



UNIVERSIDADE DO BRASIL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A IGUALDADE ENTRE AS PARTES NO PROCESSO CIVIL E A DISCIPLINA DA  
EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

DIEGO MARTINEZ FERVENZA CANTOARIO

Rio de Janeiro

2008

DIEGO MARTINEZ FERVENZA CANTOARIO

A IGUALDADE ENTRE AS PARTES NO PROCESSO CIVIL E A  
DISCIPLINA DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA A  
FAZENDA PÚBLICA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco

RIO DE JANEIRO

2008



DIEGO MARTINEZ FERVENZA CANTOÁRIO

A IGUALDADE ENTRE AS PARTES NO PROCESSO CIVIL E A DISCIPLINA DA  
EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Leonardo Greco – Presidente da Banca Examinadora  
Prof. Dr. Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ – Orientador

---

Nome completo do 2º Examinador  
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence \_

---

Nome completo do 3º Examinador  
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

CANTOÁRIO, Diego Martinez Ferverza.

A igualdade entre as partes no processo civil e a disciplina da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública / Diego Martinez Ferverza Cantoário. – 2008.

159 f.

Orientador: Leonardo Greco.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 144-159.

1. – Igualdade - Monografias. 2. Garantias Fundamentais. I. Greco, Leonardo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade Nacional de Direito. III. A igualdade entre as partes no processo civil e execução por quantia certa em face da Fazenda Pública

CDD 341.46

CDD 341.4652

*"Research ripens into scholarship only when it is able to fulfill the important task of contributing to a better understanding of present and actual problems and realities, thus providing a rational basis for building the future."*- Mauro Cappelletti

*Ao professor Leonardo Greco, exemplo pessoal e profissional sempre a nortear o rumo de seus alunos.*

## RESUMO

**CANTOÁRIO, D. M. F.** *A igualdade entre os litigantes no processo civil e a disciplina da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública.* 2008. 159 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a igualdade entre os litigantes no processo civil brasileiro, especialmente com relação à execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Em uma primeira etapa procurou-se verificar a compatibilidade das tradicionais formulações isonômicas com as exigências do Estado Democrático de Direito. Na etapa seguinte procurou-se identificar o alcance da igualdade no direito processual, tendo em vista as premissas fixadas no primeiro momento deste estudo, analisando sua correlação com as garantias fundamentais. A partir das conclusões extraídas nestas etapas foi possível realizar análise crítica da execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, verificando sua compatibilidade com a paridade de armas entre as partes.

## ABSTRACT

**CANTOÁRIO, D. M. F.** *The equality between the litigants at civil procedure and the execution against the State.* 2008. 159 f. Thesis (Law degree) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This thesis has as focus the analysis of the equality between the litigants in the civil procedure and his application to the execution against the state. At first the present writing verified the compability of the traditional theories about the equality with the needs of the modern Social State of Law. Then the thesis identify the range of equality in the civil procedure, making a link with the background built in the first and second chapters and with the fundamental guarantees of civil procedure. Finally, the conclusions from that research are used to criticize the legal discipline of execution against the state and his compatibility with the equality.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 ALICERCES DA IGUALDADE NA <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i></b> .....	12
2.1 <b>A concepção europeia de igualdade entre as revoluções liberais e a segunda guerra mundial</b> .....	14
2.2 <b>A supremacia do parlamento e a igualdade como limite à atividade do legislador na tradição francesa e alemã</b> .....	17
2.3 <b>A definição material da igualdade perante a lei no direito alemão da primeira metade do século XX</b> .....	23
<b>3 PERSPECTIVAS DA IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> .....	25
3.1 <b>A igualdade perante a lei, na lei e nos efeitos da lei</b> .....	26
3.2 <b>O controle das diferenças de tratamento</b> .....	33
3.3 <b>A vedação da discriminação</b> .....	36
<b>4 IGUALDADE E PROCESSO</b> .....	40
4.1 <b>Acesso à justiça como pressuposto</b> .....	41
4.1.1 <u>Primeiro obstáculo: os custos do processo</u> .....	42
4.1.2 <u>Segundo obstáculo: tempo</u> .....	45
4.1.3 <u>Terceiro obstáculo: perspectiva individualista do processo</u> .....	48
4.1.4 <u>Litigantes habituais versus litigantes eventuais</u> .....	52
4.1.5 <u>Eixos de desigualdade na sociedade brasileira</u> .....	54
4.1.6 <u>Outras questões relacionadas ao acesso à justiça e o tratamento diferenciado</u> .....	57
4.1.6.1 <i>Foros diferenciados</i> .....	60
4.1.7 <u>Limitações ao acesso à justiça</u> .....	64
4.2 <b>Contraditório e paridade de armas</b> .....	66
4.2.1 <u>Poderes do magistrado e paridade de armas</u> .....	74
4.2.2 <u>Limites à postura ativa do juiz</u> .....	79
4.2.3 <u>A imparcialidade do juiz: óbice ao comportamento ativo</u> .....	83
4.2.4 <u>Contraditório e tratamento diferenciado na disciplina dos prazos</u> .....	86
4.2.5 <u>Atos de comunicação</u> .....	92
4.2.5 <u>Direito à prova</u> .....	93

<b>5 O TRATAMENTO DIFERENCIADO DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA</b> .....	94
5.1 <b>O conceito de Fazenda Pública</b> .....	96
5.2 <b>Objeto da execução contra a Fazenda Pública</b> .....	98
5.3 <b>Precatório</b> .....	101
5.4 <b>A impenhorabilidade dos bens públicos</b> .....	102
5.4.1 <u>Concessionárias de serviços públicos</u> .....	105
5.4.2 <u>A impenhorabilidade dos bens públicos no direito comparado</u> .....	107
5.5 <b>Créditos de natureza alimentícia</b> .....	111
5.6 <b>Processos com prioridade de tramitação</b> .....	117
5.7 <b>Requisições de pagamento de pequeno valor</b> .....	120
5.8 <b>Pagamento parcelado (Artigos 33 e 78 do ADCT e as propostas de emenda constitucional em trâmite)</b> .....	124
5.9 <b>Execução fundada em título executivo extrajudicial</b> .....	126
5.10 <b>Seqüestro e intervenção</b> .....	130
5.11 <b>Defesa do executado</b> .....	134
5.12 <b>Nomeação à penhora de crédito na execução fiscal</b> .....	139
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	141
REFERÊNCIAS	144

## 1. INTRODUÇÃO

Atualmente, as garantias fundamentais do processo têm ocupado um lugar de incomparável destaque no estudo do direito processual. A ascensão dos direitos humanos ao epicentro do direito certamente não poderia deixar de trazer novos ares a esta área do conhecimento.

Neste contexto, a igualdade passa a ser uma das garantias mais relevantes. Sua presença é um dos mais relevantes elementos da legitimação do exercício do poder estatal através da jurisdição.

Apesar de seu reconhecido status de viga mestra do nosso ordenamento, sua plena efetividade exige mais do que a mera proclamação principiológica. É apenas através da determinação científica de suas premissas, trajetória histórica e da contextualização em face dos institutos processuais que é possível definir seu conteúdo jurídico, sem o qual seguramente não passaria de inócuo brado.

Objetivando alcançar estes escopos, no presente trabalho buscou-se definir, como premissa teórica, o conceito de igualdade no Estado Democrático de Direito, verificando a suficiência das formulações isonômicas existentes em outros períodos históricos. Mereceram destaque, nesta etapa do trabalho, as questões referentes à igualdade como princípio aplicável a todos os poderes do estado, mecanismos de análise das diferenças de tratamento e o conceito de arbitrariedade.

Assim, após delimitar o quadro teórico onde a igualdade se insere, foi possível avaliar sua projeção no processo civil, analisando dispositivos e opiniões doutrinárias, buscando sempre a conciliação destes com a paridade de armas, compreendida como projeção da isonomia no processo civil. A doutrina estrangeira também foi de grande importância, especialmente a de países de notável reputação humanitária e respeito às garantias fundamentais.

Alguns assuntos de grande relevância, como o efeito vinculante da jurisprudência dos tribunais superiores, reexame necessário e honorários em sede de mandado de segurança não foram analisados neste estudo. Militaram contra a abordagem destes temas não apenas o tempo, mas também o caráter monográfico desta pesquisa. Outros assuntos, como assistência judiciária gratuita, não poderiam deixar de ser abordados, mas buscou-se, nestes casos, conciliar a brevidade com a qualidade do texto.

Com relação à execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, objeto da parte final deste trabalho, não realizamos exposição descritiva do procedimento, mas apenas trouxemos ao debate aspectos que consideramos mais importantes para resolver os problemas atinentes ao princípio da igualdade. Mereceram destaque a impenhorabilidade dos bens públicos, a disciplina do seqüestro e os créditos alimentares, que foram analisados através do marco teórico definido na primeira etapa. Foram deixados para outra oportunidade a análise do cabimento da antecipação de tutela, da ação monitória e da possibilidade de execução provisória em face dos entes públicos, que sem dúvida são de grande importância para o assunto.

## 2. ALICERCES DA IGUALDADE NA *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Os alicerces da igualdade no sistema continental europeu, de tradição romanista, remontam às leis de Esparta, com Licurgo (IX a.C.), e as de Atenas, com Sólon (VII a.C), tendo esta última estabelecido a igualdade civil<sup>1</sup> e influenciado as formulações teóricas de Aristóteles, dos pitagóricos<sup>2</sup> e a primeira lei Romana, a Lei das XII Tábuas<sup>3</sup>.

Não obstante as importantes reformas promovidas por Sólon em Atenas é no período de Péricles que a isonomia atinge sua forma plena, garantindo a igualdade dos cidadãos atenienses perante a lei, assim como a mais ampla participação democrática no governo<sup>4</sup>.

Mesmo com a derrocada do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C, sua influência perdurou no âmbito jurídico. O Direito Romano continuou a ser aplicado às

---

<sup>1</sup> GILISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 74; JAEGER, Werner. *Paidéia. A formação do homem grego*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2003, p. 174, *ipsis litteris*, “Por outro lado, a pólis jônica trouxe com a sua idéia do direito o princípio organizador de uma nova estrutura social e ao mesmo tempo criou, com a abolição dos direitos de classe, a liberdade cívica que deu ao indivíduo o espaço necessário á sua plena realização pessoal”.

<sup>2</sup> ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade. Introdução à jurisprudência*. 1 ed. Coimbra: Almedina. 1993. p.11, *in verbis*: “A igualdade como ideal surge já em Sólon (c. 640- c. 560 A.C.) e ganha particular relevo na teoria dos pitagóricos. Os últimos pitagóricos entendiam a Justiça como um número par, isto é, composto por partes iguais, sendo o número de partes igual ao valor numérico de cada uma. Estará, acaso, nesta condição, a base da teoria da justiça particular aristotélica”.

<sup>3</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p.24. VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito especialmente do direito brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p.39.

<sup>4</sup> GRIJÓ, Luiz Alberto. *Aristocracia e democracia no século de Péricles*. Revista do Departamento de História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. nº 7, 1988, p.79.

populações de origem romana (Veneza, Roma, Nápoles e Sicília)<sup>5</sup>, tendo ampliado sua importância após o renascimento do século XII que se estendeu a França, Alemanha, Espanha e Polônia<sup>6</sup>. Futuramente estes modelos seriam exportados para as colônias na América Latina.

Os sistemas da *common law*, apenas aparentemente distante dos direitos romanistas, seguiram caminho diferente. Em 1215, lançou-se, através da *clause 39* da *Magna Carta*, os fundamentos do *due process of law*. Estabelecia esse dispositivo que nenhum homem livre seria privado de sua liberdade ou bens sem um julgamento pela legislação vigente no local. Outros diplomas, também ingleses, como o *Statute of Edward III*, de 1354, também estabeleciam garantias aos cidadãos em face do poder do soberano<sup>7</sup>.

Posteriormente, uma série de disposições legais asseguraram progressivamente as garantias de direitos aos súditos do monarca: a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679, organizando a proteção dos súditos contra as detenções arbitrárias, o *Bill of Rights* de 1689, relativo às competências do Parlamento, assegurando a liberdade de expressão, a limitação do direito de cobrar impostos e de manter forças armadas permanentes e a interdição de suspender a aplicação da legislação<sup>8</sup>.

Nas Ordenações do Reino de Portugal a igualdade entre as partes em juízo era desfigurada por arbitrárias disposições processuais, presentes no livro terceiro, como a constante no título IX, que não permitia a propositura de ação por descendente em face de ascendente, e a do título LVI, que não permitia que Muçulmanos e Judeus fossem ouvidos como testemunhas em processos em que israelitas ou islâmicos fossem parte.

---

<sup>5</sup> GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. 1 ed. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 28.

<sup>6</sup> MOREIRA ALVES, J. C. *Op. cit.* p. 128-130. No mesmo sentido conferir, ALMEIDA COSTA, Mario de. *História do direito português*. 1 ed. Coimbra: Almedina, p. 218/226.

<sup>7</sup>CLAYTON, Richard. TOMLINSON, Hugh. *Fair Trial Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 6. Merece menção a observação de Ovídio A. Baptista da Silva, que mencionando Henry Merryman assevera: “Antes de mais nada, é indispensável ter em conta que, tanto o sistema jurídico da Europa continental quanto a *common law* são de certas forma descendentes do direito romano e, não obstante, apenas o primeiro conservou a estrutura elementar do procedimento da *actio*, diretamente ligada aos juízos privados, enquanto o direito inglês preservou a porção mais nobre da função judicial romana, reservada apenas ao pretor, e não ao juiz privado”. MERRYMAN, Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México, 1979. *Apud*, BAPTISTA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canónica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 102.

<sup>8</sup> GILISEN, J. *Op cit.* p. 424.

## 2.1 A concepção continental europeia de igualdade entre as revoluções liberais e a segunda guerra mundial

No sistema Romano-Germânico da Europa Continental as revoluções liberais deram origem aos primeiros documentos da idade moderna com expressa referência à igualdade. A Revolução Francesa trouxe, em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que previa em seu art. 1º que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos<sup>9</sup>.

A proclamação desta igualdade foi acompanhada da abolição dos privilégios tais como os fiscais e os referentes ao acesso as funções públicas através da Constituição de 1791<sup>10</sup>. Todavia a declaração mantinha mero caráter de proclamação de direitos, desprovida de eficácia jurídica.

A Carta constitucional de 1814 manteve tal formulação, prevendo que todos os franceses eram iguais perante a lei independente de seus títulos ou classes<sup>11</sup>.

Essa concepção de igualdade, como identidade de direitos e deveres perante a lei, não ficou restrita à França, propagando-se com as revoluções do final do século XVIII e início do XIX. Entre 1815 e 1820 quatro Estados da Confederação germânica editaram suas constituições, quais sejam, Nassau, Baviera, Wurtemberg e Hesse-Darmstadt, estabelecendo a igualdade dos cidadãos perante a lei.<sup>12</sup> A Constituição alemã de 1849 estabeleceu, em seu artigo 135, que todos os alemães são iguais perante a lei, sem poder ser considerada nenhuma diferença, o que foi seguido pela Constituição prussiana, de 1850, no artigo 4º<sup>13</sup>.

A Constituição portuguesa de 1822 dispunha em seu artigo 9º, integrado no título I, que “a lei é igual para todos, não se devendo tolerar privilégios do foro nas causas cíveis ou crimes, nem comissões especiais”. As posteriores Cartas constitucionais de 1826 e 1838 mantiveram formulações semelhantes e aboliram todos os privilégios que não fossem essenciais aos cargos públicos<sup>14</sup>.

Nesta época, a lei possuía a característica da generalidade e abstração, sendo a

---

<sup>9</sup>ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 47-48.

<sup>10</sup>JOUANJAN, Olivier. *Le principe d'egalite devant la loi en droit allemand*. Paris: Economica, 1992, p. 38. ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 49.

<sup>11</sup>ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 52.

<sup>12</sup>JOUANJAN, O. *Op. cit.* p.49-50.

<sup>13</sup>JACQUES, Paulino. *Da igualdade perante a lei*. 2ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 1957, p.135.

<sup>14</sup>ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 55-58.

igualdade vista como mero corolário da liberdade. A igualdade perante a lei – abstrata – impunha a toda lei uma forma lógica independente de seu conteúdo: a universalidade<sup>15</sup>. Não havia, por este viés, possibilidade de estabelecer distinções entre pessoas, grupos ou situações diferentes havendo preocupação com a igualdade por um ponto de vista meramente formal<sup>16</sup>. Foi neste período que se deu a afirmação da igualdade perante a lei, estabelecendo o modelo liberal clássico<sup>17</sup>.

Este paradigma, na Alemanha e França, se inseriu no contexto de positivização do direito público, que estabeleceu o positivismo legalista, dando interpretação restritiva ao princípio da igualdade. Na França juristas como Maurice Hariou defendiam a fundamentação da igualdade em bases objetivas, formais e restritivas o que seria corroborado por Raymond Carré de Malberg com a teoria da supremacia do parlamento, com profundas implicações no controle de constitucionalidade das normas no direito francês, na medida em que não possibilitava o controle jurisdicional das leis<sup>18</sup>.

A igualdade, vista como uma garantia da liberdade, não permitia o estabelecimento de distinções de acordo com a situação concreta dos indivíduos ou coletividades. O estado liberal tinha preocupação com a defesa dos cidadãos contra as eventuais decisões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. A impossibilidade de o estado interferir na sociedade, de modo a proteger as posições sociais menos favorecidas constituía conseqüência natural da premissa de que para se conservar a liberdade de todos era necessário não diferenciar ninguém, pois qualquer tratamento que estabelecesse diferenças era visto como violador desta perspectiva de

---

<sup>15</sup> JOUANJAN, O. *Op. cit.* p. 71. PELLISSIER, Gilles. *Le principe d'égalité en droit public*. Paris: L.G.D.J. p. 28, *ipsis litteris*: “*Pour la théorie libérale, l'égalité est pleinement satisfaite à travers la généralité de la norme. Le succès de la conception de l'égalité dans la generalité correspond au souhait libéral de neutralité de l'Etat. La loi ou le règlement étaient conformes au principe d'égalité lorsqu'ils s'abstenaient d'intervenir sur les situations individuelles, de modifier l'égalité supposée établie entre les citoyens. La généralité de la loi est la garantie du maintien des initiatives individuelles. L'égalité est une égalité des chances formulée à partir d'un postulat d'égalité juridique de tous les hommes, conséquence du rejet de l'égalité naturelle. “Les avantages par lesquels les citoyens diffèrent sont au-delà du droit” (Siéyès). Le caractère juridique de l'égalité coupe ce principe des faits: l'égalité juridique est affirmé lorsde l'établissement du lien social, donc réalisée, et la loi doit seulement se garder de la rompre, c'est-à-dire s'abstenir de recréer des privilèges. Cette égalité négative tend a laisser la société se réguler elle même . L'opinion libérale professe l'égalité dans la jouissance des droits à la liberté, à la propriété et à la sécurité. La notion de généralité est l'interprétation libérale de l'égalité, selon laquelle principe d'égalité impose aux ouvoirs publics de conserver –et non de créer- les conditions juridiques égales de la liberté d'initiative individuelle.*”

<sup>16</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo*. In: Estudos de direito processual em homenagem ao professor Egas Muniz de Aragão. Coord.: MARINONI, Luiz Guilherme. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 16.

<sup>17</sup> JOUANJAN, O. *Op. cit.* p. 29.

<sup>18</sup> JOUANJAN, *Op. cit.* p. 61/62-74.

igualdade<sup>19</sup>. Prevalecia a máxima de “todos os homens não nascem iguais em força, em riqueza, em inteligência, em moradia, em espírito e em talento: mas as desigualdades desaparecem perante a lei”<sup>20</sup>.

A lei, a princípio, não considerava as particularidades, sendo a sociedade vista por um ângulo igualizador<sup>21</sup>, não se admitindo, a existência de tratamentos diferenciados, que eram vistos como privilégios<sup>22</sup>. Não havia preocupação com o conteúdo da norma e isso permitiu o desenvolvimento de asséptico e indiferente sistema legal, através de leis que, sem tratar de modo adequado situações diferentes acabou por acentuar distâncias já existentes<sup>23</sup>.

De acordo com Olivier Jouanjan, a lei não criava desigualdades artificiais, privilégios, mas ao permitir que cada um livremente exercesse suas qualidades pessoais acabava por, indiretamente criar desigualdades legítimas, pois estas estavam inscritas no mundo fático<sup>24</sup>.

O significado da igualdade perante a lei era então explicitado da seguinte maneira:

Quando (a lei) diz a todos indistintamente: “se você é membro de uma sociedade, independentemente de origem, residência, crença, fortuna, aí está o direito para todos; no círculo do direito privado e o círculo do direito público, as mesmas possibilidades existem para todos, cada um pode mover-se de acordo com a força dos seus meios”, quando a lei fala assim, o princípio da igualdade civil é estabelecido<sup>25</sup>.

Esse conceito individualista de igualdade baseava-se na existência de um espaço neutro, de meio jurídico perfeito, onde os indivíduos e os demais fatores assumem posição de inércia<sup>26</sup>. Esse caráter era ressaltado pela impossibilidade do controle dos atos da autoridade legislativa pelo judiciário, permitindo a não observância do princípio da igualdade perante a lei.

Além disso, a igualdade política e social entre todos os homens apenas se impôs muito lentamente no decurso do século XIX e, sobretudo, no início do século XX, por

<sup>19</sup>MARINONI, L. G. *Op. cit.* p. 16.

<sup>20</sup>JOUANJAN, O. *Op. cit.* p. 37.

<sup>21</sup>MORALLES, L. C. P. *Op. cit.* p. 16.

<sup>22</sup>JACQUES, P. *Op. cit.* p. 142.

<sup>23</sup>MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006. p. 18

<sup>24</sup>JOUANJAN, *Op. cit.* p. 61-63

<sup>25</sup>ROSSI, Pellegrino. *Cours de droit constitutionnel. Oeuvres complètes*, t.1, Paris.1866. p. 249, *apud*, JOUANJAN, O. *Op. cit.* p. 65.

<sup>26</sup>JOUANJAN, O. *Op. cit.* p. 65.

via legislativa ou via da revisão da Constituição. O princípio “*one man, one vote*”, base do sufrágio universal, apenas foi admitido na maior parte dos países depois da guerra de 1914-1918; tinha sido introduzido em França pela Revolução de 1848 e manteve-se desde então.<sup>27</sup>

## **2.2 A supremacia do parlamento e a igualdade como limite a atividade do legislador na tradição francesa e alemã**

Na tradicional doutrina publicista francesa do final do século XIX a igualdade recebia uma interpretação restritiva, não sendo aplicada ao legislador. Dominava a idéia de que haveria uma separação ontológica entre a igualdade e as demais liberdades individuais, não constituindo aquela direito público subjetivo. Esta construção teórica esvaziava o conteúdo jurídico da igualdade, que ficava reduzida a uma mera proclamação política<sup>28</sup>.

Na doutrina francesa, como observa Paulino Jacques, a igualdade era vista mais como princípio moral do que propriamente jurídico<sup>29</sup>.

Ainda na França da Terceira República, Emile Batbie, defendia a possibilidade da legislação estabelecer regimes especiais para certas categorias da sociedade, ressaltando ainda a importância deste tratamento diferenciado ser justificado. Adhemar Esmein, no mesmo período histórico, atacava a concepção de generalidade da lei, atentando pioneiramente para a distinção entre lei em sentido formal e material, ressaltando a importância do seu conteúdo e buscando mitigar a tese da supremacia do parlamento, defendida por juristas como Raymond Carré de Malberg<sup>30</sup>. Tratavam-se, todavia, se teses isoladas, sendo refutadas pela tradicional doutrina francesa.

Raymond Carré de Malberg, em sua clássica obra “*La loi, expression de la volonté générale*” afirmava que o parlamento estava em posição de prevalência sobre os demais poderes, não estando a lei submetida a qualquer limitação por constituir expressão da vontade geral<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> GILISEN, J. *Op cit.* p. 467.

<sup>28</sup> JOUANJAN, *Op. cit.* p. 77.

<sup>29</sup> JACQUES, P. *Op. cit.* p. 445.

<sup>30</sup> JOUANJAN, *Op. cit.* p. 68-71

<sup>31</sup> MALBERG, Raymond Carré de. *La Loi, expression de la volonté générale*. Paris: Economica, 1984, p. 104. GRECO, Leonardo. *A reforma do poder judiciário e o acesso à justiça*. In: Estudos de Direito

Esta concepção foi especialmente valorizada sob a égide da Constituição Francesa de 1875, que ampliou domínio material do poder legislativo, em detrimento do que seria reservado especialmente ao poder constituinte. Quanto ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, não podiam os tribunais rejeitar a aplicação de uma lei devido a conflito em face de disposição expressa da constituição em vigor. Para Malberg a inserção dentro da Constituição de textos limitando o poder do legislador era inconciliável com a concepção que remete à vontade geral e a soberania popular das leis emanadas das assembléias legislativas. A Constituição de 1875, ao invés de tratar o parlamento como uma simples autoridade, presa nos limites da competência dada pelo povo na Constituição, identificava a vontade parlamentar com a vontade geral, sendo o parlamento equiparado à própria soberania popular que representava, não podendo o judiciário a ela se opor<sup>32</sup>.

Não passou despercebido ao jurista de *Strasbourg* a diferença existente entre a concepção francesa e a americana no tocante a Constituição e as leis ordinárias. Nos Estados Unidos a lei ordinária não é considerada obra do povo, mas criação do legislador, que é autoridade constituída que exerce sua competência em virtude da delegação feita pelo povo na Constituição, sendo sua função limitada por esta. Os poderes Constituinte e legislativo são por eles compreendidos como essencialmente diferentes, não podendo este último, em conseqüência da natureza de seu poder, legislar em desacordo com a Constituição, podendo seus atos serem controlados pelos juízes, que estão em posição de igualdade em relação ao legislador, desde que respeitada sua esfera de competência. A Constituição no direito norte americano delimita o poder do legislador<sup>33</sup>.

Na França a concepção seria distinta, pois desde a Revolução de 1789 se admitiu que o corpo legislativo é capaz de expressar a vontade geral, a vontade do povo, através das leis. O parlamento adquiriu na hierarquia dos órgãos estatais poder infinitamente superior ao do executivo e judiciário. Estes possuíam funções comedidas e o legislativo foi elevado ao status de representante da soberania do estado. A distância entre os órgãos legislativos e constituintes eram reduzidas, e na própria concepção

---

Processual. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 600.

<sup>32</sup> MALBERG, R. C. *Op. cit.* p. 116-126-129. GILISEN, J. *Op cit.* p. 446. *Ipsis litteris*: “Depois da derrota francesa em 1870, o Império dá lugar à III República; esta não teve constituição, mas apenas um conjunto de leis constitucionais, votadas em 1875; estabelecem um regime republicano parlamentar que durará até 1940, e mesmo até 1958, sob a IV República, cuja constituição foi aprovada em 1946, após a Segunda Guerra Mundial”.

<sup>33</sup> MALBERG, R. C. *Op. cit.* p. 109.

revolucionária de 1789 não havia espaço para uma distinção positiva entre os poderes legislativo e constituinte. Os poderes do parlamento se estendiam as questões fundamentais de organização dos poderes estatais. A oposição entre poder constituinte e poder legislativo era atenuada e até mesmo imperceptível, e o parlamento era tido como representante qualificado, habitual e permanente da vontade da nação. Daí a constituição identificar a vontade geral com a vontade parlamentar, não dando importância à distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias, não estabelecendo vontades superiores as do legislador<sup>34</sup>.

Leon Duguit, assim como Carré de Malberg, refutava a criação de uma jurisdição constitucional, alegando que esta limitaria a atividade do legislador. Para ele tal tribunal seria inoperante e se transformaria em verdadeira assembleia política. Todavia, seria ele posteriormente confrontado, em sessão do instituto de Direito Público datada de 1928, com os resultados da bem sucedida experiência da Corte Constitucional austríaca apresentada por Hans Kelsen, que permitia não apenas o controle jurisdicional das leis estaduais, como na Constituição suíça de 29 de maio 1874, mas também das leis federais<sup>35</sup>.

A mencionada Constituição da Suíça dispunha, em seu artigo 4º, que “todos os suíços são iguais perante a lei”, sendo que o Tribunal Federal deste país, já em 1880, entendia que esta norma condicionava a atuação da administração, do legislador e dos juízes, que deveriam aplicar a lei de maneira igual a todos os cidadãos. Tratava-se de influência do direito norte americano, evidenciada na exigência de fundamento razoável para justificar o tratamento distinto ou idêntico. A jurisprudência do Tribunal Federal ressaltava a importância dos *standards*, do fundamento razoável e da ausência de

---

<sup>34</sup> MALBERG, R. C. *Op. cit.* p. 110. DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Em defesa do direito*. In: Palavras de um professor. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 44. *Ipsis litteris*: “Restou, porém, em aberto a questão de saber se os três poderes estavam eles próprios submetidos, e em que medida, aos limites da lei. Nesse ponto, a evolução dos sistemas jurídicos divergiu profundamente. Na Europa prevaleceu a idéia do controle do executivo pela lei, mas pareceu sempre que o Legislativo, sendo a fonte última da norma jurídica não podia ficar sujeito a um limite senão fiscalizado por ele próprio. Assim, admitiu-se que a lei ordinária fique sujeita à supremacia da lei inconstitucional. O legislativo tornou-se, assim, a chave de abóbada do sistema. Sua autoridade está limitada pela Constituição, mas é ele próprio o fiscal desse limite, cuja observância não lhe pode ser imposta por outro órgão”.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p.192. Merece menção o relato de Afonso Arinos de Melo Franco, que sobre o assunto afirmava que “Muitas causas podem ter contribuído para essa atitude abstencionista. Entre elas o fato de a França ser um Estado unitário e de governo parlamentar, e não um Estado Federal e presidencial, como a República norte-americana, atributos ambos que facilitam, indubitavelmente, a adoção do controle jurisdicional. Além disto, a magistratura francesa, desde a Revolução do século XVIII, foi sempre cuidadosamente mantida fora dos debates políticos, num processo natural de defesa da legalidade revolucionária contra a justiça monárquica (...). MELO FRANCO, Afonso Arinos. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense. 1968, p. 72.

arbitrariedade. O primeiro seria destinado ao legislador, vedando as distinções alicerçadas em fundamentos insuficientes, enquanto o segundo se dirigia aos aplicadores da lei, proibindo fundamentações não objetivas. A jurisprudência desta corte inovou ao trazer a distinção entre desigualdade formal e material. A primeira consistiria na contradição da legislação ou da aplicação da lei com ela própria e a segunda da contradição de uma disposição legislativa com o direito justo, com a equidade<sup>36</sup>.

Todavia, o acesso ao Tribunal Federal suíço era restrito aos indivíduos que pretendiam, com fundamento na violação de direito individual, impugnar lei cantonal, sendo vedado o controle das leis federais<sup>37</sup>. Restringiu-se, conseqüentemente, o âmbito do controle da atividade do legislador, apesar das inovadoras posições trazidas pelo exercício de sua jurisdição.

Na Alemanha do início do século XX, Gerhard Anschütz sustentava que a igualdade estabelecia limites as autoridades na aplicação da lei, vedando a arbitrariedade. Ao contrário da doutrina francesa, como Hariou e Malberg, entendia o autor alemão que a igualdade não era inerente à generalidade da lei, comportando alcance próprio e aplicação imediata. Abordava, portanto, a igualdade perante a lei não por uma perspectiva formal, de igualdade através da generalidade da lei, mas trazia à baila um de seus aspectos materiais, qual seja, a vedação da arbitrariedade. Esta doutrina, todavia, seria amplamente criticada pelo debate publicista germânico entre 1920 e 1933, quando a palavra de ordem passou a ser a aplicação da igualdade a atividade do legislador<sup>38</sup>.

A doutrina alemã, assim como a suíça, sofreu forte influência da jurisprudência americana na década de 20. À época, os recentes julgados da Corte Constitucional norte americana, como *Royster Guano Co v. Virgínia* trouxeram com mais vigor a noção de fundamento razoável, onde se exprimia a idéia de que a distinção operada pela lei deve ser razoável, não arbitrária, de tal modo que todas as pessoas em situações similares sejam tratadas de maneira semelhante. Também é relevante neste período a contribuição de Rudolf Stammler, com a idéia de igualdade proporcional<sup>39</sup>.

Os críticos da interpretação restritiva de Anschütz não se agrupavam em apenas uma vertente, e pode-se dizer, de maneira esquemática, que encerravam, nas diferentes

---

<sup>36</sup> JOUANJAN, *Op. cit.* p. 100.

<sup>37</sup> KELSEN, H. *Op. cit.* p. 191.

<sup>38</sup> JOUANJAN, *Op. cit.* p. 88-93.

<sup>39</sup> STAMMLER, Rudolf. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*. Berlin. 1902. p. 102/103, *apud*, JOUANJAN, *Op. cit.* p. 88-99-103

tendências, três modelos distintos de igualdade perante a lei. Carl Schmitt, em um destes modelos, defendia que a igualdade perante a lei se consubstanciava na generalidade da lei, sendo proibido ao legislativo medidas individuais. Outra vertente era a do “justo meio” (*juste-milieu*), defendida por Hans Nawiasky, Ernest von Hippel e Max Rümelin, que entendiam que a igualdade perante a lei significava a proibição dos privilégios sociais, o que se estendia ao legislador<sup>40</sup>.

A última corrente, de Julius Hatschek, defendia a necessidade de uma interpretação mais ampla do artigo 109, al.1 da Constituição de Weimar, de modo a permitir a limitação da atividade do legislador. Consideravam a igualdade um direito constitucional fundamental. A concepção de arbitrariedade era essencial para esta nova doutrina, pois o princípio da igualdade perante a lei proibiria a edição de um ato legislativo arbitrário, que seria aquele que tratasse igualmente duas situações desiguais ou igualmente duas situações iguais, sem repousar sobre uma razão suficiente que permitisse de justificar a diferença ou a identidade de tratamento. Tratava-se, portanto, de uma igualdade proporcional. Para o autor tedesco a igualdade perante a lei não impediria as *lois-mesures* (*Maßnahmegesetze*), leis individuais ou leis que decidam sobre uma situação particular, delimitada no tempo e no espaço: uma tal lei não infringiria o princípio da igualdade na medida que o tratamento específico aplicado a situação concreta repousa sobre razão suficiente. Outra contribuição de Hatschek, influenciada por Burckhardt, foi a distinção entre igualdade formal e material, consistindo a primeira na aplicação das leis e a segunda na vedação ao legislador de tratar diferentemente situações iguais e igualmente situações desiguais<sup>41</sup>.

Interessante é a análise feita por Leibholz. Para ele, existia apenas a perspectiva material da igualdade perante a lei, sendo esta definida como a vedação da arbitrariedade, se confundindo com o princípio geral da justiça. Para ele os fundamentos constitucionais da República proclamada em 1919 são inteiramente diferentes dos da aristocracia prussiana. O novo estado de direito não é simplesmente um estado legal, no qual o alcance dos direitos fundamentais se apóia na teoria da reserva legal. O estado de direito formal dá lugar ao estado de direito material, no qual os direitos fundamentais constituem as normas constitucionais eficazes, imediatamente aplicáveis, das quais o

---

<sup>40</sup> JOUANJAN, *Op. cit.* p. 105/106.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p.108-110. Conforme destaca Gilmar Ferreira Mendes: “No começo da República de Weimar, revelou-se extremamente controvertida a possibilidade de um controle incidental de constitucionalidade. (...) A admissibilidade do controle judicial incidental de constitucionalidade somente foi reconhecida no acórdão do *Reichsgericht* de 4 de novembro de 1925.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 9.

legislador não pode se apartar. O princípio da igualdade em sua nova perspectiva deveria ser interpretado sobre a base das mudanças do Estado de direito e da democracia<sup>42</sup>.

A interpretação literal da igualdade perante a lei não era mais suficiente. Sua interpretação, para Leibholz, deveria ser sistemática e se deveria buscar compreendê-la dentro do sistema de direitos fundamentais proclamados pela Constituição. A igualdade perante a lei não é, para o autor teutônico, um princípio solitário, integrando um conjunto constitucional historicamente situado. A Constituição de Weimar reconhecia, na parte consagrada aos direitos fundamentais em geral, e então ao princípio da igualdade em particular, as garantias dos indivíduos, especialmente as minorias, contra as agressões do órgão legislativo onipotente<sup>43</sup>.

A própria democracia moderna, como reconhece o autor, consiste na generalização da idéia de igualdade, sendo natural e necessário que o significado da igualdade acompanhe o desenvolvimento da realização do regime democrático, protegendo os cidadãos contra o poder discricionário do legislador, de modo que este não tenha poderes absoluto. Os direitos constitucionais dos indivíduos precedem as obras legislativas, pois tal também é o sendo do mesmo do mesmo processo de desenvolvimento do Estado moderno, que é o Estado de direito em sentido material<sup>44</sup>.

Defendia ainda Leibholz que para a igualdade ter eficácia normativa própria, isto é, independentemente da aplicação de outra norma material, é necessário que ela mesma tenha um conteúdo material. Isto afasta a dicotomia entre igualdade formal e material defendida por outros autores, que fica reduzida a mera consequência da violação da igualdade material<sup>45</sup>.

Em 1913 o Conselho de Estado Francês desenvolveu sua jurisprudência em matéria de igualdade, passando a entender que os administrados que se encontrem na mesma situação devem ser tratados igualmente, sem preferência nem favores, o que implicou no reconhecimento de uma igualdade relativa e não absoluta, ao não proibir o tratamento distinto a situações diferentes. Neste mesmo sentido, Leon Diguít sustentava que os iguais deveriam ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente. Defendia a igualdade como uma regra de direito público positivo que se imporia ao legislador por força do artigo 6º da Declaração de Direitos do Homem, o que era esvaziado pela

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p.111.

<sup>43</sup> JOUANJAN, O. *Op. cit.* p.112-113.

<sup>44</sup> *Loc. cit.*

<sup>45</sup> *Ibidem*, p.112.

ausência do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Todavia, o referido autor não criticava a generalidade e o caráter abstrato da lei, subordinava a igualdade ao princípio da liberdade e não deu suficiente atenção a definição do conteúdo normativo da isonomia<sup>46</sup>.

### **2.3 A definição material da igualdade perante a lei no direito alemão da primeira metade do século XX**

Com o advento da Constituição de Weimar, o princípio da igualdade ampliou o seu sentido e alcance. Buscou a referida Carta assegurar não apenas os chamados direitos fundamentais de primeira geração, mas também os econômicos e sociais, tais como meios de subsistência, saúde, educação, invalidez e infortúnio<sup>47</sup>.

Estes direitos, incluídos na Constituição social democrata de Weimar, tiveram como *raison d'être* o próprio princípio da igualdade, como atenta Paulo Bonavides. Todavia, enfrentaram os problemas da baixa normatividade e da eficácia duvidosa<sup>48</sup>.

Neste período, a arbitrariedade passou a ser um dos conceitos nodais da nova doutrina, pois sua constatação caracterizaria violação da igualdade. Daí decorriam dificuldades, pois para se definir o conteúdo normativo da igualdade era necessário determinar a noção de arbitrariedade. Este conceito, por um ponto de vista filosófico, não podia ser precisamente determinado, dado a dificuldade de construir uma definição *a priori* de arbitrariedade. Determinar o que é arbitrário no caso concreto depende do bom senso do juiz, baseado na idéia de que a regra abstrata deve repousar sobre uma razão necessária e suficiente<sup>49</sup>.

O caráter material do princípio da igualdade perante a lei acentuava esta dificuldade. Esta amplitude material implicava na necessidade da autoridade jurídica a integrar à sua cognição não apenas os elementos da igualdade formal, mas também aqueles oriundos da situação concreta, real, suficientes a justificar a decisão do

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p.93-95-96.

<sup>47</sup> JACQUES, P. *Op. cit.* p. 137. HERTEL, Daniel Roberto. *Reflexos do princípio da isonomia no direito processual*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro. v. 389, 2007. p. 47 “a tendência do constitucionalismo contemporâneo tem sido a de não se limitar à enunciação de um postulado formal e abstrato de isonomia jurídica, mas sim de fixar nas Constituições medidas concretas e objetivas tendentes à aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados”.

<sup>48</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 364.

<sup>49</sup> JOUANJAN, O. *Op. cit.* p. 113/118.

magistrado<sup>50</sup>.

Apesar de não se alcançar uma definição do conceito de arbitrariedade a doutrina alemã obteve relevantes avanços. Leibholz contribuiu para o debate afirmando que o princípio da igualdade cria para o indivíduo um direito público subjetivo, sendo verdadeira proteção contra o tratamento arbitrário da autoridade pública, podendo ser imposto ao legislador, conciliando a separação dos poderes e a proteção de um direito fundamental. A igualdade para o autor, portanto, era definida como a proibição da arbitrariedade<sup>51</sup>.

Essa doutrina se fez presente em algumas decisões dos tribunais, como quando a sexta câmara cível do *Reichsgericht* declarou, em 30 de novembro de 1929, a inconstitucionalidade de lei por violação do artigo 109, alínea 1 da Constituição de Weimar<sup>52</sup>. Todavia, como relata Louis Favoreu, apesar do artigo 102 da Constituição e da decisão do tribunal do *Reich* de 4 de novembro de 1925 autorizarem os juízes ordinários a verificarem a constitucionalidade formal das leis, os magistrados não ousaram formular regras sobre constitucionalidade de normas e nem sobre a proteção dos direitos fundamentais. Neste período, como nos dá notícia o autor francês, foram cometidas inúmeras violações pelo Parlamento<sup>53</sup>.

Também nesta época foi relevante a construção teórica de Carl Schmidt para os novos direitos fundamentais. O autor superou a distinção segundo a qual os direitos fundamentais eram direitos públicos subjetivos ao passo que apenas as disposições organizatórias constituíam direito subjetivo. Ao dar aos direitos fundamentais o mesmo tratamento destas últimas, deu-se a igualdade um sentido novo, fazendo com que esta não fosse mais um mero direito individual a demandar tratamento igual e uniforme, e sim uma garantia contra atos arbitrários do Estado<sup>54</sup>.

Já neste período, como nos dá notícia Luís Roberto Barroso, floresce na Alemanha movimentos de revolta dos juízes contra a legislação aplicada, como a Escola livre do direito e da Jurisprudência livre. A reação a este movimento são as teorias que afirmavam não gerar a inconstitucionalidade nulidade, mas tão somente anulabilidade do ato, o que implica efeito *ex nunc* à sentença que reconhece a inconstitucionalidade<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> *Loc. cit.*

<sup>51</sup> *Loc. cit.*

<sup>52</sup> *Ibidem*, p.117

<sup>53</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. 1 ed. São Paulo: Landy, 2004, p. 19.

<sup>54</sup> BONAVIDES, P. *Op. cit.* p. 568/569.

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19

Entretanto, a recepção desta doutrina pela jurisprudência foi interrompida com a ascensão do partido Nacional Socialista ao poder, em 1933, afirmando o princípio material da igualdade na raça. Neste período a Constituição de Weimar foi estraçalhada pelo sistema, sendo suplantada pela Constituição *völkisch*, fundamentada no primado absoluto das orientações políticas do estado. O sistema de direitos fundamentais foi suprimido em benefício do programa do partido Nacional-Socialista e o princípio da igualdade pervertido para atender aos interesses da nova política racial. Inseriram-se aí o tratamento diferenciado dado aos estrangeiros e a lei sobre esterilização<sup>56</sup>.

Esta experiência totalitária tornou explícita a possibilidade de arbítrio dos poderes legislativo e executivo na elaboração e aplicação de leis votadas conforme maiorias parlamentares circunstanciais, em detrimento de qualquer limite às suas decisões. A ausência de controle sobre as leis gerou grave descrença nos juízes ordinários e plantou o germe da insatisfação que desembocaria no desenvolvimento da jurisprudência e hermenêutica constitucional, passando-se a reconhecer a normatividade de princípios e dos valores contidos na Constituição<sup>57</sup>.

### 3. PERSPECTIVAS DA IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Após a segunda guerra mundial, na metade do século XX, compreendeu-se que os valores inscritos na Constituição não deveriam ser meras normas abstratas, providas apenas de valor ético, mas também deviam dar ensejo a tutela imediata das situações jurídicas que a contemplam<sup>58</sup>. Para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais

<sup>56</sup> JOUANJAN, *Op. cit.* p. 119/120. Certamente a igualdade e os direitos fundamentais não encontrariam boa guarita em sistema onde o mandatário máximo da nação afirmava que “*The mixing of blood and the decline of the race are, then, the results that in the beginning are not infrequently introduced by a so-called Ausländererei [love for a foreign things] – in reality an under-appreciation of one’s own cultural value in comparison to that of foreign peoples*”. E ainda em outro trecho: “*When I speak about the inner racial value of a people, I assess this value based on the sum total of the people visible achievements, thus acknowledging at the same time the presence of the particular personal qualities that represent the racial value of a people and create its cultural image.*” HITLER, Adolf. *Hitler’s Second book*. Trad.: Krista Smith. New York: Enigma Books, 2003, p. 33/34

<sup>57</sup> FAVOREU, L. *Op. cit.* p. 11.

<sup>58</sup> BARROSO, L. R. *Op. cit.* 155. FAVOREU, L. *Op. cit.* p. 55. CAMBI, Eduardo. *Neo constitucionalismo e Neo processualismo*. In: Processo e Constituição. Coord.: FUX, Luiz. NERY JÚNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 1 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2006. p. 664. *In verbis*: “O reconhecimento da força normativa da Constituição marca uma ruptura com o direito constitucional clássico, em que se visualizavam normas constitucionais programáticas que seriam simples

abandonou-se o dogma da supremacia do parlamento (sacralização da lei) e o controle de constitucionalidade encontrou abrigo na Constituição de diversas democracias ocidentais<sup>59</sup>.

As terríveis lições das experiências nazista e fascista foram as causas imediatas da criação das Cortes Constitucionais na Alemanha e na Itália. A adoção do modelo kelseniano, na Europa ocidental, foi fruto, sobretudo, da ausência de confiança nos juízes ordinários. A supremacia do parlamento foi abandonada, pois como bem destaca Louis Favoreu, não havia mais medo de ferir a soberania do legislador, que falhou na sua missão e “mostrou que podia ser opressor”<sup>60</sup>.

Neste período de amplo comprometimento humanitário, de fortalecimento das instituições democráticas e ascensão dos direitos fundamentais, a igualdade passou a ser entendida como algo além da identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico<sup>61</sup>.

Os sistemas jurídicos, então, passaram a reconhecer a importância de tratamento diferenciado, seja na lei, perante a lei ou com relação aos efeitos provocados pela aplicação do dispositivo legal, com o intuito de assegurar a igualdade concreta.

### 3.1 A igualdade perante a lei, na lei e nos efeitos da lei

A igualdade perante a lei é historicamente a primeira manifestação da igualdade. Ela fundamenta a ordem jurídica na abolição dos privilégios, tendo a unidade da aplicação da legislação como sua principal característica. Ela decorre da submissão da multiplicidade de categorias sociais, que sob a égide do antigo regime estavam submetidas a regimes jurídicos diferentes (como por exemplo, o clero), ao direito comum pelo poder constituinte dos Estados modernos<sup>62</sup>.

A função da igualdade perante a lei é reagrupar os jurisdicionados em uma esfera jurídica única, independente das situações de fato, constituindo uma injunção

---

declarações políticas, exortações morais ou programas futuros e, por isto, destituída de positividade ou de eficácia vinculantes”.

<sup>59</sup> FAVOREU, L. *Op. cit.* p. 20-22.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 23..

<sup>61</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do processo Civil*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

p. 97

<sup>62</sup> PELISSIER, G. *Op cit.* p. 25

feita aos órgãos de aplicação da norma. Esta expressão do princípio da igualdade não diz respeito ao conteúdo do ato, mas somente a modalidade de sua aplicação, assemelhando-se, por vezes, ao princípio da legalidade<sup>63</sup>.

A igualdade perante a lei exprime uma proibição da arbitrariedade individual, do privilégio particular e não institucionalizado. Ela é um instrumento da realização concreta da igualdade cuja eficácia depende do conteúdo da regra de direito<sup>64</sup>. Daí a afirmação da Comissão Constitucional portuguesa, no parecer número 1 de 14 de dezembro de 1976, de que “a igualdade perante a lei significará que na aplicação do direito não há lugar para operar discriminações em função das pessoas. Todos beneficiam por forma idêntica dos direitos que a lei estabelece (...)”<sup>65</sup>.

O Conselho Constitucional francês compreende o princípio da igualdade perante a lei como a mesma aplicação das normas processuais para pessoas que se encontram em situações semelhantes, seja na jurisdição de primeiro grau ou nos tribunais superiores<sup>66</sup>.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, com relação ao instituto da ação rescisória, tem decidido que não prevalece o verbete 343 de sua Súmula quando a aplicação assimétrica em matéria constitucional provocasse instabilidade maior do que a desconstituição de um julgado. Neste ponto a rescisória seria de grande importância para a efetiva igualdade perante a lei, evitando aplicações díspares das decisões da augusta corte, verdadeiros referenciais normativos<sup>67</sup>.

Para a Comissão Constitucional portuguesa a igualdade perante a lei exige não o tratamento idêntico em quaisquer circunstâncias, mais sim o tratamento semelhante para aqueles que se encontram em situações semelhantes<sup>68</sup>. A aludida comissão,

<sup>63</sup> *Ibidem*, p.25. Destaca Fernanda Duarte que “A igualdade perante a lei tem por destinatário exclusivo os aplicadores da lei, isto é, a igualdade há de ser observada mormente pelo juiz e pelo administrador, ao fazer incidir a lei em uniformidade”. LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes. *Princípio constitucional da igualdade*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, p.43.

<sup>64</sup> PELISSIER, G. p.26

<sup>65</sup> ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 84.

<sup>66</sup> PELISSIER, G. *Op. cit.* p. 60-61.

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 328812 ED/AM. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 6 de março de 2008.

<sup>68</sup> ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p.85-86. A Comissão Constitucional portuguesa foi a antecessora do Tribunal Constitucional daquele país, tendo seus trabalhos realizados entre os anos de 1976 a 1983. A ela competia “emitir parecer no âmbito da fiscalização preventiva, da fiscalização abstracta sucessiva e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Ao mesmo tempo, a Comissão actuava como órgão jurisdiccional supremo em matéria de fiscalização judicial da constitucionalidade, cabendo-lhe decidir em última instância, sob a forma de acórdão, dos recursos interpostos das decisões dos tribunais que recusassem a aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade e, bem assim, das decisões dos tribunais que aplicassem normas anteriormente julgadas inconstitucionais pela Comissão”. <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal02.html>>. Acessado em 14 de março de 2008. No mesmo sentido: LUCAS DA SILVA, F. D. L. *Op. cit.* p. 78.

mencionando o conceito de “desigualdades legislativas de compensação ou de concreta igualização de condições”, proposto por Castanheira Neves, assentou que “*a lei pode não ser aparentemente igual para todos os cidadãos, desde que tais desvios aparentes se não possam apresentar como expressão de privilégios ou de encargos ligados às pessoas como tais*”<sup>69</sup>.

No Direito continental europeu do pós segunda guerra a igualdade ganhou maior efetividade. A doutrina francesa, por exemplo, passou a entender que a igualdade constituía princípio aplicável, mesmo na ausência de texto, aplicando-se, inclusive, ao legislador. Este entendimento foi corroborado pelo Conselho Constitucional francês, para quem a igualdade integrava o bloco de constitucionalidade<sup>70</sup>.

A comissão constitucional portuguesa, em parecer de 1976, demonstrou entendimento semelhante, exarando no parecer nº 1 de 1976 que “o princípio da igualdade perante a lei, constitucionalmente consagrado, vincula também o próprio legislador”<sup>71</sup>.

Na Corte Constitucional italiana, o princípio da igualdade também passou a ocupar lugar privilegiado. Segundo relata Louis Favoreu, de 1956 a 1979, a violação da garantia constitucional à igualdade foi considerada causa de anulação em cerca de metade das decisões de admissão. Para o augusto tribunal italiano, a igualdade exige que “as leis sejam racionais e não arbitrárias”<sup>72</sup>.

O artigo 3º, al. 3 da Lei Fundamental alemã de 1949 dispunha que os direitos fundamentais se aplicam aos poderes legislativos, executivo e judiciário, como direito diretamente aplicável. Assim, a obediência ao princípio da igualdade passou-se a aplicar também ao legislador. A igualdade perante a lei passou a ser caracterizada como um direito fundamental, deixando sua interpretação de ser feita de maneira isolada, em consonância com os novos métodos de interpretação da Constituição que emergiam à época<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 96.

<sup>70</sup> PELISSIER, G. *Op. cit.* p. 16.

<sup>71</sup> ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p.85. No mesmo sentido o parecer da Comissão Constitucional Portuguesa nº 8 de 27 de março de 1979, *ibidem*, p.97/98

<sup>72</sup> FAVOREU, L. *Op. cit.* p. 89.

<sup>73</sup> JOUANJAN, O. *Op. cit.* p. 127; SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*. In: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlim. 1955, *apud* BONAVIDES, P. *Op. cit.*. *Ipsis litteris*: “O traço capital de separação entre esse método e a técnica interpretativa dos positivistas do século XIX consiste no primeiro se tornar profundamente crítico com respeito ao conteúdo da Constituição, apreciada globalmente, em seus aspectos teleológicos e materiais, que serem de critério para o trabalho jurídico de interpretação, ao passo que o segundo – o dos antigos positivistas- fica invariavelmente acorrentado a uma análise interpretativa de feição meramente formal, e que, segundo Smend, “decompõe o Direito Constitucional num agregado de normas e institutos isolados”, submetidos a

Esses avanços foram reflexo de uma nova concepção, que colocou fim ao que Luiz Guilherme Marinoni denominou “Estado legislativo”. A lei perdeu sua supremacia, sendo subordinada à Constituição e aos direitos fundamentais<sup>74</sup>.

Pontes de Miranda, ao explorar a igualdade perante a lei a atribuiu determinadas funções. Para o autor a ela cabia regular a feitura das leis, o direito *in feri*, submetendo-o à exigência de ser igual para todos. Também era sua função, quanto ao direito já produzido, servir, ou de regra de interpretação, no caso de dúvida, ou como preceito que autoriza recorrer-se à analogia; ser fonte de direito, em si mesmo, preenchendo as lacunas das leis anteriores ou posteriores à sua ação; ser preceito de direito intertemporal e de ordem pública; servir de regra de exegese ou interpretação da própria Constituição; ser fundamento de outros princípios (como igual acesso aos cargos públicos), só ou em conjunção com outros direitos fundamentais<sup>75</sup>.

Neste período também se concluiu que a generalidade das leis não era uma garantia suficiente para a igualdade, e que a legislação deveria comportar as distinções necessárias para dar efetividade à igualdade. Pela teoria liberal, a igualdade era plenamente satisfeita através da generalidade da norma, o que conduzia a transformação de um princípio material (igualdade) em uma regra estéril, meramente jurídica e formal. A noção de generalidade, que impunha aos poderes públicos o dever de conservar, e não criar, as condições jurídicas necessárias à igualdade, foi substituída por uma concepção positiva de igualdade, onde não se veda o tratamento diferenciado<sup>76</sup>.

As democracias ocidentais, no pós segunda guerra, reconheceram que a efetiva igualdade também comportava diferenciações a serem estabelecidas na lei, abarcando distinção geral e abstrata. Esta englobaria tanto diferenças de tratamento quanto

---

uma normatividade de todo abstrata.” p.479.

<sup>74</sup> MARINONI, L. *A jurisdição* .... p. 14.

<sup>75</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. *Democracia, Liberdade, Igualdade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1979. p. 487.

<sup>76</sup> PELLISSIER, G. *Op. cit.* p.28-29. ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 96. HERTEL, D. R. *Op. cit.* p. 46-47. MARINONI, L. G. *A jurisdição*... p. 16, *in verbis*; “Para não violar a liberdade e a igualdade – obviamente formal – dos cidadãos, a lei deveria guardar as características da generalidade e da abstração. A norma não poderia tomar em consideração alguém em específico ou ser feita para uma determinada hipótese. A generalidade era pensada como garantia da imparcialidade do poder perante os cidadãos – que, por serem ‘iguais’, deveriam ser tratados sem discriminação – e a abstração, como garantia de estabilidade – de longa vida – do ordenamento jurídico.” E continua: “A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como uma garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas. O Estado liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. A impossibilidade de o estado interferir na sociedade, de modo a proteger as posições sociais menos favorecidas, constituía consequência natural da suposição de que para se conservar a liberdade de todos era necessário não discriminar ninguém, pois qualquer tratamento diferenciado era visto como violador da igualdade –logicamente formal”. CAMBI, E. *Op. cit.* p. 673.

discriminações<sup>77</sup>, sendo exemplo o art. 8º, alínea I e II da Constituição Federal Suíça<sup>78</sup>. Na Inglaterra essa tendência pode ser comprovada pelo *Legal Aid Act* de 1988<sup>79</sup>, o *Human Rights Act* de 1998<sup>80</sup> e o *Mental Capacity Act* de 2005<sup>81</sup>.

No Brasil, diplomas legislativos como o Estatuto da Criança e do adolescente (Lei 8.069 de 1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 2003) também são exemplos desta tendência.

Estas distinções não constituíam violações ao princípio igualitário, como afirmava San Tiago Dantas em meados do século XX:

Todas essas distinções, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permite distinguir as leis arbitrárias das leis conformes ao direito, e eleva até essa alta triagem a tarefa do órgão máximo do Poder Judiciário<sup>82</sup>.

Tratava-se do reconhecimento da igualdade na lei, que buscava realizar diretamente a igualdade. O fundamento da igualdade na lei é idêntico a da igualdade perante a lei: a igualdade de todos os homens em direito. Todavia, este princípio não se destina aos órgãos de aplicação da lei<sup>83</sup>; ele se impõe ao autor do ato normativo de não cometer desigualdades. A lei não deve tratar todas as situações de maneira idêntica, devendo fazer distinções justificadas, ou seja, fundadas sobre as diferenças entre situações<sup>84</sup>.

<sup>77</sup> MARTENET, Vincent. *Géométrie de l'égalité*. Zurich-Bâle-Genève: Schulthess. 2003. p.28. FAVOREU, L. *Op. cit.* p. 55. "O princípio da igualdade não implica interdição das diferenças legais, ele estabelece antes uma relação entre as diferenças criadas pela realidade social e exige um certo grau de equilíbrio entre os dois domínios."

<sup>78</sup> SUÍÇA. Constituição (1999). <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>> Acessado em: 07 fev. 2007.

<sup>79</sup> INGLATERRA. *Legal Aid Act* (1983). <[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga\\_19880034\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880034_en_1.htm)>. Acessado em 8 de junho de 2007.

<sup>80</sup> INGLATERRA. *Human Rights Act* (1998). <<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/19980042.htm>> . Acessado em 8 de junho de 2007.

<sup>81</sup> INGLATERRA. *Mental Capacity Act* (2005). <<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050009.htm>>. Acessado em 8 de junho de 2007.

<sup>82</sup> DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Igualdade perante a lei e due process of law*. In: Problemas de Direito Positivo. Rio de Janeiro: Forense. 1953. p.56

<sup>83</sup> Faço ressalva quanto à competência constitucional atribuída a alguns órgãos julgadores para a edição de normas gerais, tais como a possibilidade dos tribunais elaborarem seus regimentos internos (art. 96, I, a, Constituição), do Conselho Nacional da Justiça poder expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência (art. 103-B, I, Constituição). Neste caso há a edição de regras gerais destinadas a disciplinarem o exercício da jurisdição e organização dos tribunais.

<sup>84</sup> PELLISSIER, G. *Op. cit.* p. 27. Daniel Hertel considera a distinção entre igualdade perante a lei e na lei irrelevante, pois a doutrina considera que o princípio da igualdade tem por destinatário tanto o legislador quando os juízes. Não concordamos com a opinião do autor, por entendermos que ambas possuem *iter* históricos distintos, e, portanto, devem ser tratadas como categorias distintas. HERTEL, D. R. *Op. cit.* p.

A igualdade na lei se expressa, então, na impossibilidade da autoridade administrativa e legislativa de estabelecerem distinções não justificadas, ou seja, destituídas de fundamento objetivo, racionalmente justificável. O contrário implica na existência de arbítrio por parte da autoridade estatal<sup>85</sup>.

O princípio da igualdade não é um vetor de imobilidade social, ela autoriza os poderes públicos a estabelecer diferenças de tratamento, desde que justificadas por diferença de situações. A interpretação contemporânea deste princípio reconhece aos poderes públicos o direito de perseguir um tal fim, constituindo caminho necessário para a passagem da igualdade liberal a igualdade social, realizando um alargamento do poder reconhecido ao estado de criar distinções, de agir sobre o corpo social o dividindo em categorias. O juiz deve verificar que este poder ampliado não reintroduz privilégios ou cria distinções injustificadas. A igualdade pela generalidade, como a igualdade perante a lei, são momentos essenciais da progressão da igualdade concreta<sup>86</sup>.

A generalidade da lei no Estado Democrático de Direito deve adequar-se as exigências do processo justo. Deste modo, a generalidade das regras processuais deve ser compreendida como aquela que incide sobre todos os jurisdicionados que se encontram na mesma situação, ressaltando o caráter excepcional destas diferenciações, assim como suas finalidades<sup>87</sup>.

Alguns autores como Gilles Pellissier sustentam a existência da “igualdade pela regra de direito”, que não é fundamentalmente diferente da igualdade na lei. Ambas dizem respeito ao conteúdo da norma. Ela se situa na mesma consciência contemporânea de necessidade de intervenção do estado. Mas enquanto a igualdade na lei conduz a um controle da justificação das distinções estabelecidas pelo Estado, a igualdade pela lei exprime uma reivindicação de uma ação normativa em favor da igualdade. Ela representa a expressão positiva da igualdade na lei<sup>88</sup>.

José Cretella Neto sintetiza de maneira esclarecedora esta tendência:

Em outras palavras, a anterior igualdade formal negativa (a lei não pode estabelecer diferenças) dá lugar, hoje, á

---

47.

<sup>85</sup> PELLISSIER, G. *Op. cit.* p.29. CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 52. Marcelo Araújo, no magistério da filosofia do direito atenta que “O problema moral relativo ao tratamento desigual não diz propriamente respeito à desigualdade, mas à arbitrariedade”. ARAÚJO, Marcelo de. *Justiça como igualdade? Alguns aspectos da discussão contemporânea em torno do conceito de justiça*. In: ETHICA, Rio de Janeiro, v. 8, n.2, 2001, p. 27.

<sup>86</sup> PELLISSIER, G. *Op. cit.* p.29.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p.62.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p.28/29.

conceituação positiva da igualdade (a todos devem ser concedidas iguais oportunidades). A consequência dessa alteração de enfoque permite que a lei trate desigualmente os desiguais, concedendo aos jurídica ou economicamente hipossuficientes, determinados benefícios, para que não sejam prejudicados em virtude de suas deficiências<sup>89</sup>.

Vincent Martenet identifica uma terceira espécie de igualdade, por ele denominada *au-delà de la loi*, ou seja, além da lei, em seus impactos. Esta noção de igualdade se configuraria quando norma neutra, pela perspectiva dos chamados critérios sensíveis, previstos, por exemplo, nos artigos 26 do Pacto ONU II, 14 da Convenção Européia de Direitos do Homem e 8, al. 2 da Constituição Federal Suíça, afetar de maneira diferente dois grupos de pessoas, e não apenas dois indivíduos, constituindo verdadeira discriminação indireta, pois fundada em critérios sensíveis como nacionalidade, religião, opinião política, renda e sexo<sup>90</sup>.

Esta igualdade contribui de certa maneira para assegurar a igualdade de chances, tendo o grande mérito de evidenciar que uma norma formalmente neutra pode ser discriminatória por restringir a efetividade de direitos fundamentais. As normas são a expressão das concepções majoritárias de uma sociedade, do espírito de um grupo dominante, podendo não levar em conta as diferenças culturais existentes no seio do organismo social<sup>91</sup>.

Entre nós, no Brasil, parece ser violadora da igualdade no impacto da legislação a manutenção dos crucifixos nas salas de audiência, questionada no Pedido de Providências nº 1343, perante o Conselho Nacional de Justiça, na medida que atenta justamente contra liberdade religiosa dos indivíduos, baseando-se sobre standard imposto por uma maioria<sup>92</sup>.

### 3.2 O controle das diferenças de tratamento

Em 1951, a Corte Constitucional alemã, em um de seus primeiros julgamentos,

---

<sup>89</sup> CRETELLA NETO, J. *Op. cit.* p.55.

<sup>90</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* 99-102.

<sup>91</sup> *Ibidem*, 106-117.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 111. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº 1343. 2005. Relator: Paulo Lobo. Ver, sobre o tema, SARMENTO, Daniel. *O crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado*. Revista de Direito Público. nº. 12. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

expressou o entendimento que o princípio da igualdade é violado quando não se encontrar justificção razoável para o tratamento diferente ou semelhante estabelecido pela lei. Não sendo justificado objetivamente o tratamento haveria arbítrio por parte da autoridade estatal<sup>93</sup>.

A igualdade, para o Tribunal Constitucional tedesco, não se impunha ao legislador apenas quando ele estabelecesse uma diferença de tratamento, mais também quando tratasse igualmente duas situações dessemelhantes. O princípio da igualdade, para este tribunal, impunha a demonstração da correspondência do ato jurídico com seus antecedentes objetivos, seus motivos, sendo também importante a razoabilidade do tratamento, que seria aferida através da avaliação dos escopos pretendidos, devendo estes serem suficientes para se alcanças a finalidade almejada<sup>94</sup>.

À época, na França, os julgados do Conselho Constitucional Francês e do Conselho de Estado não caminhavam neste sentido, pois só admitiam a violação da igualdade através do tratamento diferenciado e não através do tratamento semelhante dado a situações diferentes<sup>95</sup>.

A igualdade, nesta época, passou a ser vista não como conseqüência de tratamento igual ou desigual, mas sim como de tratamento semelhante ou diferente para situações comparáveis. Entendeu-se que a igualdade comportava dois polos, um positivo e outro negativo, situados em planos distintos, sendo adequada para a tutela da garantia isonômica a análise da sua violação através de critérios objetivos, afastando a tradicional definição aristotélica do princípio da igualdade como tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais<sup>96</sup>.

Esta tradicional fórmula aristotélica, se refere a situações idênticas, estipulando que “*dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades*”<sup>97</sup>, não permitindo a comparação entre duas situações com fundamento na semelhança, permitindo com que

---

<sup>93</sup> JOUANJAN, O. *Op. cit.* p. 130-133/134.

<sup>94</sup> *Loc. cit.*

<sup>95</sup> *Ibidem*, p.131.

<sup>96</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 23. ALBUQUERQUE, M. de. *Op. cit.* p. 96. O autor traz à colação o parecer 14 de 4 de maio de 1978 da Comissão Constitucional portuguesa, que dispõe o seguinte: “o princípio da igualdade não exige parificação absoluta no tratamento das situações, mas apenas o tratamento igual de situações iguais entre si e um tratamento desigual de situações desiguais, de modo que a disciplina jurídica prescrita seja igual quando uniforme as condições objectivas das hipóteses ou previsões reguladas e desigual quando falte tal uniformidade.”

<sup>97</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 72.

situações semelhantes, mas não idênticas, restem desamparadas da tutela do judiciário.<sup>98</sup> Neste mesmo sentido, a diferença de tratamento ou assimilação podem ser de amplitude limitada, solução a rigor impossível pela concepção que apenas considera a identidade entre as situações<sup>99</sup>.

Justamente por isso que Martim de Albuquerque afirma que o tratamento igual pressupõe “não uma igualdade geométrica, mas uma igualdade proporcional, pois vale a intenção axiológica e material, sobre a realização de uma qualquer igualdade, de uma igualdade-desigual”<sup>100</sup>. Para o autor, a igualdade representa um conceito comparativo, pressupõe uma comparação, e não uma identificação. A igualdade, por este prisma, é sempre relativa<sup>101</sup>.

A supramencionada análise da igualdade através de critérios objetivos seria alcançada, de acordo com Vincent Martenet, em duas etapas. Na primeira se avaliaria a existência de comparabilidade entre duas situações enquanto na segunda se verificaria a existência de justificativa para o tratamento diferenciado ou semelhante<sup>102</sup>.

Ao se verificar a comparabilidade entre as duas situações, indivíduos ou coletividades, se busca definir a existência pontos em comum entre ambas, com o intuito de determinar a necessidade de tratamento diferenciado ou assimilação. A preocupação, nesta etapa, é com a semelhança e não com a rigorosa identidade entre as situações comparadas<sup>103</sup>, afastando, neste sentido, a ultrapassada concepção que remontava às leis de Sólon de que a igualdade se verificava através da identidade<sup>104</sup>.

<sup>98</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 12. ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 98. O autor menciona o parecer nº. 8 de 27 de março de 1979 da Comissão Constitucional Portuguesa que dispõe o seguinte: “ Sendo claro que a igualdade de dois (ou mais) conteúdos, substratos ou relações da vida não pode ser uma igualdade conceitual total – uma ‘identidade’ que sempre estaria logicamente excluída-, aquela tem de ser aferida em função de determinados elementos, que sejam escolhidos ou se devam considerar como essenciais à comparação.”

<sup>99</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 20.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 74. Ainda em prol de uma igualdade proporcional ver MAZIÉRE, Pierre. *Le principe d'égalité en droit privé*. Marseille: Presses Universitaires d'aix. 2003, p. 43.

<sup>101</sup> ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 75. Neste sentido conferir Hartmunt Mauer, citado por Gilmar Ferreira Mendes, MAURER, Hartmunt. *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*. In: *Festschrift für Werner Weber*. Berlim, 1974, p. 345, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 207. No mesmo sentido, Fernanda Duarte afirma que a comparação entre dois ou mais objetos é verdadeira premissa da verificação da igualdade. LUCAS DA SILVA, F. D. L. *Op. cit.* p. 80.

<sup>102</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 78. PELLISSIER, G. *Op. cit.* p. 56, *ipsis litteris*, “Si tout contrôle de l'égalité consiste en un contrôle de la justification des atteintes qui lui sont portées, les termes de l'appréciation de la justification varient en fonction de l'objet de l'égalité et de son domaine d'application. Ces paramètres sont combinés au cours d'un raisonnement imposé par la structure d'un principe relationnel: le juge examine dans un premier temps si les situations sont comparables au regard d'un tertium comparationis choisi au préalable, puis si cette différence de situation justifie une différence de traitement, ou si l'intérêt général invoqué rend légitime la distinction entre des situations similaires.”

<sup>103</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 60. ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 100.

<sup>104</sup> ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 11.

A comparação é um dos mais importantes requisitos para a constatação da violação da igualdade e os tribunais supranacionais a tem considerado elemento essencial para a análise da aplicação da igualdade aos casos concretos. Ela se estabelece de maneira diferente, conforme se analise a igualdade perante a lei, na lei ou em seus efeitos<sup>105</sup>.

A segunda etapa do exame da igualdade se refere a justificação do tratamento diferenciado de duas situações, indivíduos ou coletividades *a priori* comparáveis, ou de situações que necessitam de um tratamento distinto mas que são tratadas de maneira semelhante. Sua importância funda-se na vedação dirigida ao legislador ou magistrado de estabelecer diferenças de tratamento injustificadas e arbitrárias<sup>106</sup>.

A doutrina tem entendido que esta justificação pode ser situacional, quando considerar situações, contextos ou circunstâncias; e finalista, quando a distinção ou assimilação de duas ou mais situações constituírem um instrumento de objetivo almejado pela autoridade estatal; e mista, quando comportar uma dimensão situacional e finalista<sup>107</sup>.

Este dever de justificação, verdadeiro ônus da autoridade estatal, não deve ser realizada de ofício pelo juiz<sup>108</sup>. Em decorrência das diferentes espécies de justificação concebe-se métodos diferentes para a análise da verificação da violação da igualdade em cada um deles.

Na justificação situacional, a amplitude das assimilações ou distinções devem se submeter a exame em função do seu escopo, do seu objeto e dos efeitos<sup>109</sup>. O que se exige aqui é que a assimilação ou diferenciação seja justificada por um simples motivo objetivo, ou qualificado, devendo o magistrado sopesar o elemento comparativo estabelecido na primeira etapa do exame com o motivo da distinção, evocado na segunda etapa do exame. Deve-se também considerar o universo de pessoas atingidas pela sua decisão, realizando considerações acerca do impacto desta<sup>110</sup>.

---

<sup>105</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 601.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 11. PELLISSIER, G. *Op. cit.* p. 55. JOUANJAN, O. *Op. cit.* p. 11. ALBUQUERQUE, M. de. *Op. cit.* p. 96. O autor traz à colação mais um trecho emblemático do parecer 14 de 4 de maio de 1978, da Comissão Constitucional portuguesa, onde se afirma que “as diferenciações de tratamento de situações aparentemente iguais se não de justificar, no mínimo, por qualquer fundamento material ou razão de ser que se não apresente arbitrária ou desrazoável, por isto ser contrário à justiça e, portanto, à igualdade, de modo que a legislação, não obstante a margem livre de apreciação que lhe fica para além desse mínimo, não se traduza em ‘impulsos momentâneos ou caprichosos’, sem sentido e consequência”.

<sup>107</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 189.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p.289/290.

Na justificação finalista é realizada diferente análise. A amplitude das assimilações ou distinções devem se submeter a exame em função da base legal, objetivo legítimo e proporcionalidade, decompondo-se esta última em três sub-princípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade *scritu sensu*. Estes princípios derivados a proporcionalidade significam, respectivamente, que a medida estatal deve ser apropriada para atender aos resultados desejados, não deve ser mais rigorosa do que o necessário para atender ao objetivo almejado e precisa estar correlacionada com o objetivo pela perspectiva da razoabilidade<sup>111</sup>.

### 3.3 A vedação à discriminação

A doutrina e a jurisprudência das cortes supranacionais e constitucionais têm reconhecido a impossibilidade da autoridade estatal fundamentar distinções em determinados critérios, como raça, religião, sexo, língua e opinião política, por entender que estes constituem modalidades de discriminação e que dificultam a manutenção da ordem democrática<sup>112</sup>. Estes critérios estão presentes no artigo 14 da Convenção Européia de Direitos Humanos<sup>113</sup>, artigo 26 do Pacto Internacional relativo aos direitos civil e políticos<sup>114</sup> (em vigor no Brasil), artigo 8º, al. 2 da Constituição Federal da Suíça<sup>115</sup>, artigo 3º, al. 3 da Constituição alemã<sup>116</sup>, artigo 13 da Constituição portuguesa<sup>117</sup>, artigo 3º da Constituição Italiana<sup>118</sup>.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 192-319. FAVOREU, L. *Op. cit.* p. 74. referindo-se ao Tribunal Constitucional Alemão, comenta: “De fato, o Tribunal Constitucional considera que há violação ao princípio da igualdade se ele não encontrar justificação razoável para a discriminação, neste caso ele procede a um controle das medidas arbitrárias.” CRETELLA NETTO, J. *Op. cit.* p. 53. “A questão central não é o critério diferenciador em si, mas sim, o vínculo existente entre o critério diferenciar e a finalidade da diferenciação.” Fernanda Duarte atenta que “A chave para a compreensão do conteúdo da isonomia reside exatamente, na percepção da razão pela qual em um caso o discrimen é ilegítimo e outro legítimo”. LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte. *Op. cit.* p. 92.

<sup>112</sup> ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 98.

<sup>113</sup> EUROPA. Convenção Européia de Direitos Humanos e protocolos adicionais (2003). <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglajs.pdf>>. Acessado em 08 de junho de 2007.

<sup>114</sup> BRASIL. Decreto nº. 592 de 3 de julho de 1992. <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acessado em 08 de jun. de 2007.

<sup>115</sup> SUÍÇA. Constituição (1999). <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>> Acessado em sete de maio de 2008.

<sup>116</sup> ALEMANHA. Constituição (1949). <[http://www.bundestag.de/htdocs\\_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf](http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf)> Acessado em 08 de junho de 2007.

<sup>117</sup> ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 72.

A Constituição da África do Sul, de 4 de dezembro de 1996<sup>119</sup>, é igualmente minuciosa ao descrever a regra igualitária, dedicando-a cinco incisos. Estabelece, em seu art. 9º, que todos têm o direito de desfrutar dos mesmos direitos e liberdades, que o estado não poderá injustamente discriminar pessoas em razão da raça, gênero, sexo, gravidez, estado civil, etnia, origem social, cor, orientação sexual, idade, religião, consciência, crença, cultura e nascimento.

A Constituição brasileira, apesar de não enumerar critérios, veda distinções de qualquer natureza em seu artigo 5º, *caput*. Todavia, para nós, por força de interpretação sistemática, não se deve entender que a Constituição pátria vedou toda forma de distinção entre pessoas, pois ela própria estabeleceu tratamentos diferenciados, como no artigo 5º, XXXII, referente à defesa do consumidor, e no art. 5º, LXXIV, sobre a assistência jurídica integral e gratuita.

O mais adequado para nós é entender que as distinções vedadas pela Constituição são aquelas discriminatórias, que sejam ofensivas à dignidade humana<sup>120</sup> e não justificadas pela autoridade estatal, como reconhece a doutrina dos países sob a jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos e relevante parte da doutrina brasileira<sup>121</sup>.

As legislações de países que vedam a discriminação comportam inúmeras distinções fundadas nos aludidos critérios, notavelmente sobre idade, língua, situação social ou até mesmo o sexo, por considerar a situação particular de certos grupos de pessoas, em atendimento a objetivo legítimo e proporcional. Apenas a falta de justificção na utilização de um destes critérios inscritos nas constituições é que vai ensejar a violação da proibição da discriminação.<sup>122</sup> Este entendimento é o expresso no art. 9º, §5º da Constituição da África do Sul.

A proibição da discriminação pode ser considerada como uma expressão particular da garantia geral da igualdade, espécie do gênero desta, sendo ambas faces da mesma realidade<sup>123</sup>.

Gilles Pellissier menciona que aspectos da personalidade, do estado civil ou da

---

<sup>118</sup> ITÁLIA. Constituição (1948) <<http://www.camera.it/files/costituzione/costituzione.pdf>> Acessado em 20 de fevereiro de 2007.

<sup>119</sup> ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). 4 de dezembro de 1996. Disponível em <http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>. Acesso em: 07 fev. 2007

<sup>120</sup> CRETELLA NETO, J. *Op. Cit.* p. 53.

<sup>121</sup> LEMOS, Bruno Espiñera. *Precatório: trajetória e desvirtuamento de um instituto. Necessidades de novos paradigmas*. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2004, p. 123.

<sup>122</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 36.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 40.

situação jurídica e social do indivíduo não podem fundamentar uma diferença de tratamento, pois está será tida como violadora do princípio da igualdade. Para o autor está seria a única expressão absoluta da igualdade, na medida em que esta não é absoluta<sup>124</sup>.

Em Portugal, conforme nos noticia Martin de Albuquerque, a doutrina pronuncia-se pela “proibição do arbítrio; proibição de discriminação e privilégios, obrigatoriedade de diferenciação (tratamento igual de situações ou semelhantes e tratamento desigual de situações desiguais ou dessemelhantes)”<sup>125</sup>.

A proibição da discriminação contribui para conferir uma maior verossimilhança material, e não apenas formal, a igualdade. Neste sentido, diferentemente do tradicional juízo de comparação da igualdade, se presume a comparabilidade entre as duas situações, não sendo obrigatoriamente condicionada pela demonstração pelo indivíduo ou coletividade que busca o reconhecimento da violação da vedação a discriminação. Certamente se fosse exigido de maneira rígida o ônus da comparação se ameaçaria os membros dos grupos sociais inferiores, protegidos pelos dispositivos constitucionais. Essa presunção, então, significa que o emprego de um dos critérios pessoais é suficiente para fazer nascer a obrigação da autoridade de contestar o ato impugnado<sup>126</sup>.

Em outros termos pode-se dizer que o emprego dos critérios dos artigos 9 da Constituição da África do Sul, do art. 8º da Constituição Suíça e do art.14 da Convenção Européia de Direitos Humanos são condicionados à legitimidade dos elementos justificativos<sup>127</sup>.

Para Vincent Martenet, a vedação à discriminação comporta três elementos constitutivos. O primeiro é a existência de desvantagem em razão de uma característica pessoal, o segundo é o estabelecimento do vínculo de comparação, que se beneficia da mera exigência da verossimilhança, enquanto o terceiro é a ausência de justificação<sup>128</sup>.

A doutrina entende ainda que a discriminação comporta uma modalidade direta, sendo que esta comporta mais dois elementos constitutivos, quais sejam, a

---

<sup>124</sup> PELLISSIER, G. *Op. cit.* p. 53. No mesmo sentido atenta Pierre Mazière, que relembrando Braibant atenta que “les principes généraux n’ont jamais un caractère absolu, ...” MAZIÈRE, Pierre. *Le principe d’égalité en droit privé*. Marseille: Presses Universitaires d’aix, 2003, p. 45, *apud* BRAIBANT, G. *L’arrêt ‘Syndicat général des ingénieurs conseils’ et la théorie des principes généraux du droit’*. 1983, p. 10.

<sup>125</sup> ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 74.

<sup>126</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 40/42.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 45/47.

diferença de tratamento e o aspecto de rebaixamento, de depreciação, de exclusão, de humilhação. Por essa perspectiva, a ausência de tratamento diferenciado também pode constituir discriminação. Não obstante, esta posição tem sido considerada demasiadamente restrita e não tem sido aplicada pelos tribunais das cortes supranacionais<sup>129</sup>.

A intenção da autoridade não constitui critério de aplicação da proibição da discriminação. A violação da discriminação pode-se dar de maneira até mesmo inconsciente<sup>130</sup>. Caberá então à autoridade questionada, quando da existência de discriminação, justificar o ato em que se funda o pleito. Olivier Jouanjan destaca que toda discriminação deve ser justificada sob pena de ser arbitrária<sup>131</sup>, pois, afinal, a proibição do arbítrio se traduz na exigência do fundamento racional<sup>132</sup>.

É justamente neste sentido que a Comissão Constitucional portuguesa encaminhou o seu parecer de número 3, de 19 de janeiro de 1978, ao estabelecer que discriminações arbitrárias infringem o princípio da igualdade jurídica perante a lei, por não haver qualquer razão objetiva que a justifique.<sup>133</sup>

Por fim, cabe destacar que a proibição da discriminação obsta o que é atualmente denominado de “lei-providência” (*Massnahmegesetze*), ou seja, a norma personalizada, individualizada, excepcional por não conter uma regra geral, maximamente se puder detectar nela uma intenção discriminatória injustificada<sup>134</sup>.

#### 4. IGUALDADE E PROCESSO

A Constituição brasileira e outros documentos, como o artigo 14 do Pacto de Direitos Civil e Políticos das Nações Unidas, em vigor no Brasil, impõem a igualdade das partes perante os órgãos jurisdicionais estabelecendo este último que “todos são iguais perante os tribunais e demais cortes de justiça. Toda pessoa tem direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei”<sup>135</sup>.

A fórmula de que todos são iguais perante a lei é repetida pela Constituição de

---

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p.51.

<sup>131</sup> JOUANJAN, O. *Op. cit.* p. 91.

<sup>132</sup> ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 74.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>135</sup> GRECO, Leonardo. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 9, p. 127.

países com reconhecida tradição humanitária, como Suíça (art. 8º, Constituição Federal da Confederação suíça)<sup>136</sup> e Alemanha (art.3º, al. 3, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha)<sup>137</sup>, e também pela de outros, com menor experiência democrática, como o Uruguai (art. 8º, Constituição da República Oriental do Uruguai)<sup>138</sup>, Peru (art. 2º, II da Constituição Política do Peru)<sup>139</sup> e África do Sul (art. 9º, Constituição da República da África do Sul)<sup>140</sup>.

Esta igualdade proclamada na maioria das democracias ocidentais não é apenas um direito individual, mas também organizacional, verdadeiro mecanismo regulador da atividade do Estado, responsável pela coerência das regras existentes na ordem jurídica<sup>141</sup>.

Daí sua caracterização como direito fundamental, encontrando na paridade de armas sua manifestação no processo civil<sup>142</sup>. Esta é compreendida como componente autônomo da garantia de um processo justo, mas que está intimamente ligada a outras garantias, como o contraditório<sup>143</sup> e o direito de defesa<sup>144</sup>.

Apesar de sua ampla generalidade pode-se definir a paridade de armas como a “obrigação de oferecer a qualquer parte a possibilidade razoável de apresentar sua causa em condições que não sejam de clara desvantagem com relação ao seu adversário”. Esta é a idéia que se pode extrair de diversos documentos humanitários, como a Convenção Européia de Direitos do Homem e as Constituições das democracias ocidentais<sup>145</sup>.

A importância da paridade de armas reside no seu importante papel de conferir legitimidade ao sistema de resolução de conflitos estruturado em determinado Estado, pois elimina insatisfações através da possibilidade de todos os interessados influírem na

<sup>136</sup> SUÍÇA. Constituição (1999). <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>> Acessado em: 07 fev. 2007.

<sup>137</sup> ALEMANHA. Constituição (1949).<[http://www.bundestag.de/htdocs\\_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf](http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf)> Acessado em 08 de jun. de 2007.

<sup>138</sup> URUGUAI. Constituição (1967). <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Acessado em 10 de agosto de 2007.

<sup>139</sup> PERU. Constituição (1993). <<http://www2.congreso.gob.pe/congreso/constitucion.doc>>. Acessado em 10 de agosto de 2007.

<sup>140</sup> ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). 4 de dezembro de 1996. Disponível em <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>>. Acessado em 7 fevereiro 2007.

<sup>141</sup> MARTENET, V. Op. Cit. p. 172.

<sup>142</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros. 2005. v. III. p. 53

<sup>143</sup> GUINCHARD, Serge. BANDRAC, Monique. DOUCHY, Méline. FERRAND, Frédérique. LAGARDE, Xavier. MAGNIER, Véronique. FABRI, Hélène Ruiz. SINOPOLI, Laurence. SOREL, Jean-Marc. *Droit processuel- Droit commun et droit compare du procès*. 2 ed. Paris: Dalloz. 2003. p. 693.

<sup>144</sup> JEULAND, Emmanuel. *Le droit processuel*. Paris: *Librairie Générale de Droit et Jurisprudence*, 2003, p. 207.

<sup>145</sup> JEULAND, E. *Op. cit.* p. 209.

cognição do magistrado<sup>146</sup>. Para nós, essa importância decorre da relevância da dignidade da pessoa humana<sup>147</sup> e da concepção de que o direito só poderá se legitimar na medida em que assegura a cada um aquilo que lhe pertence<sup>148</sup>.

A adequada compreensão deste princípio exige a determinação de seu conteúdo e alcance no processo civil, que serão objeto deste estudo nas próximas páginas.

#### 4.1. Acesso à justiça como pressuposto

Condição da efetiva paridade de armas entre as partes em juízo é o acesso à justiça. Como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido. Não pode esse direito ser frustrado por obstáculos irrazoáveis, a pretexto de rígido exame das condições da ação ou de pressupostos processuais, como destaca Leonardo Greco<sup>149</sup>. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos<sup>150</sup>.

Para Cappelletti a completa paridade de armas é a efetividade perfeita do acesso à justiça, pois garantiria que a conclusão final dependesse apenas dos méritos jurídicos das partes antagônicas, sem relação com diferenças estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos<sup>151</sup>.

O pleno acesso à justiça encontra alguns obstáculos a sua plena realização, que serão analisados adiante.

##### 4.1.1 Primeiro obstáculo: os custos do processo

---

<sup>146</sup> CAMBI, E. *Op. cit.* p. 677.

<sup>147</sup> CAMBI, E. *Op. cit.* p. 674.

<sup>148</sup> KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 200.

<sup>149</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: O processo justo*. In: Estudos de Direito Processual. 1 ed. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 230.

<sup>150</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryanth. *Acesso à Justiça*. 1 ed. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 12.

<sup>151</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p.15.

Um primeiro obstáculo ao acesso à justiça se refere aos custos do processo, seja quanto aos honorários de advogados, custas processuais ou simplesmente capacidade de suportar a duração do litígio. Há uma demanda reprimida de litígios que não alcançam o judiciário devido a estes obstáculos e a outros como os geográficos e burocráticos<sup>152</sup>. As democracias ocidentais têm evoluído no sentido de buscar mitigar estas barreiras através de isenção de custas e substituição do *munus honorificum* por um sistema que ofereça aos advogados alguma remuneração.

A assistência judiciária baseada no *munus honorificum* foi continuação do que outrora correspondia à assistência fundamentada na caridade. Foi implantada na França em 1851, Itália em 1865 e na Alemanha em 1877. Às partes pobres era oferecida uma justiça de segunda categoria, tendo suas causas patrocinadas por estagiários e advogados de baixa qualificação<sup>153</sup>.

Nos Estados Unidos serviços de *legal aid* foram criados em Nova Iorque e Chicago, por volta de 1880, e muitas outras cidades americanas seguiram o exemplo no século XX. Embora alguns destes serviços fossem mantidos por grupos de advogados e associações de caridade, a maior parte deles era financiada por contribuições privadas. Além disso, as universidades ofereciam serviços jurídicos gratuitos, como forma de treinar os estudantes<sup>154</sup>. A independência desta assistência era muitas vezes comprometida pelo financiamento da atividade por líderes empresariais locais. Isso fazia com que as causas patrocinadas fossem excessivamente voltadas a interesses individuais que não estivessem em atrito com os seus principais mantenedores, como ocorre com nas causas de família<sup>155</sup>.

Na Itália, o Decreto Real de 1923 deu continuidade a assistência judiciária baseada do *munus honorificum*, estabelecendo uma série de requisitos formais e substanciais para o gozo do patrocínio gratuito. O hipossuficiente era obrigado a redigir uma solicitação escrita e em papel selado, dirigida ao presidente da comissão

---

<sup>152</sup> GRECO, Leonardo. *O acesso ao direito e à justiça*. In: Estudos de Direito Processual. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 2005. p. 206/209. CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. Cit.* p. 21.

<sup>153</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Trad.: Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE. 1974, p. 161

<sup>154</sup> CARP, Robert A. STIDHAM, Ronald. *Judicial process in America*. 2 ed. Washington: Congressional Quarterly press. 1993. P. 103.

<sup>155</sup> KILWEIN, John. *The decline of the Legal Services Corporation: "It's ideological, stupid!"*. In: *The transformation of Legal Aid. Comparative and Historical Studies*. Org.: REGAN, Francis. PATERSON, Alan. TAMARA, Goriely. FLEMING, Don. Oxford: Oxford University Press. 1999. p. 41

competente, assim como uma exposição clara e precisa dos direitos e dos meios de prova. É notável que um cidadão comum não estava apto a preencher tais requisitos, que demandavam alguma cultura jurídica. Estas disposições eram mais danosas para as partes pobres na medida em que a lei italiana, à época, não previa um serviço de consultoria extrajudicial gratuito, tornando, na prática, impossível o pleito da gratuidade de justiça<sup>156</sup>.

Esta assistência calcada em moldes excessivamente restritivos foi abandonada, estando a matéria atualmente disciplinada pela lei nº. 217, de 30 de julho de 1990<sup>157</sup>.

Com o intuito de ultrapassar as barreiras oriundas dos excessivos honorários de advogados, foram realizadas no ocidente importantes reformas tendentes a afastar as excessivas despesas dos pobres com advogados, assim como custas judiciais, no que foi chamado por Cappelletti de “primeira onda do acesso à justiça”. Deste modo iniciou-se a superação do *laissez faire* com a nova legislação inglesa (1949 e 1972), norte americana (1965), francesa (1972), sueca (1972), canadense (1972) e australiana (1972), dedicada ao patrocínio das causas dos hipossuficientes. Estes países prestavam o serviço de assistência gratuita fundamentalmente através do chamado “sistema *judicare*”, ou através de outro, denominado “sistema de advogado remunerado pelos cofres públicos”. O primeiro, o sistema *judicare*, busca tratar os pobres como indivíduos, proporcionando a mesma representação aos pobres da que eles teriam se contratassem um advogado; o segundo diz respeito ao corpo de advogados encarregados de promover os interesses dos pobres como classe, caracterizado por grandes esforços no sentido de fazer os assistidos conscientes de seus novos direitos e desejosos de utilizar advogados para ajudar a obtê-los<sup>158</sup>.

Nos Estados Unidos, principalmente por influência da *American Bar Association*, se estabeleceu o *Legal Services Program*, onde o advogado não deveria se preocupar apenas com os problemas individuais dos hipossuficientes, mas também em alterar o próprio sistema jurídico, quando este prejudicasse os pobres. Isso incluía um maior ativismo, *lobby*, proposição de casos teste e *class actions*<sup>159</sup>.

Todavia, o que se verifica hoje em dia em grande parte dos países

---

<sup>156</sup> CAPPELLETTI, M. *Proceso*, ... p.163-164

<sup>157</sup> ITÁLIA. *Legge 30 Luglio 1990*, n. 217. *Istituzione del patrocinio a spese dello stato per i non abbienti*. [http://www.italgiure.giustizia.it/nir/1990/lexs\\_127395.html](http://www.italgiure.giustizia.it/nir/1990/lexs_127395.html). Acesso em 29 de setembro de 2005.

<sup>158</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. Op. Cit. p. 32-41. CLAYTON, R. TOMLINSON, H. Op. Cit. p. 88-89, *in verbis*: “An effective right of access might also require that the state provide legal aid, at least where the nature of the proceedings, if they are to be successful, requires legal representation”.

<sup>159</sup> KILWEIN, J. Op. Cit. p. 46-47.

industrializados é um verdadeiro declínio do financiamento assistência judiciária. Nos estados Unidos é crescente a propaganda ideológica no sentido de que a classe média não deve pagar por serviços por ela não desfrutados: “*let me keep mine*”. Argumenta-se, que o chamado *Legal Service Litigation* criou uma permanente classe de beneficiários do *welfare state*, que retiram recursos do resto da sociedade. O *Legal Services Corporation Act* e suas emendas impediram os advogados do *Legal Service Litigation* de envolvimento em questões políticas, de terem outras atividades profissionais e outras restrições fruto da oposição nas duas casas do Congresso, o que sem dúvida veio em prejuízo dos hipossuficientes.<sup>160</sup>

Para nós, essa tendência se expressa no Brasil através das leis 7.363 de 1985 e 11.382 de 2006. A primeira introduziu o §3º do art. 686 do Código de Processo Civil, desautorizando a publicação de editais de alienações em hasta pública inferiores a vinte vezes o valor do salário mínimo, enquanto a segunda ampliou esse limite para sessenta. O referido dispositivo institui tratamento injustificável e arbitrário, pois realiza verdadeira discriminação em função da condição social do indivíduo.

#### 4.1.2 Segundo obstáculo: Tempo

O tempo é outro relevante inimigo da efetiva igualdade no processo. A “lentidão” da justiça constitui um grave problema social, pois provoca danos econômicos, imobilizando bens e capitais, favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cómodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos do mais forte para ditar as condições da rendição<sup>161</sup>. Não há dúvidas que a real isonomia processual fica seriamente comprometida com os processos excessivamente demorados<sup>162</sup>.

No Brasil, a Emenda 45 fez uma importante afirmação principiológica, ao

<sup>160</sup> KILWEIN, J. Op. cit. p. 41-54-57.

<sup>161</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 276/277.

<sup>162</sup> LUCON, P. H. dos S. *Op cit.* p. 113.

introduzir no artigo 5º da Constituição o inciso LXXVIII que assegura a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos também afirma ser direito do cidadão ser ouvido em prazo razoável<sup>163</sup>.

Todavia, para que essa garantia seja efetivada é de grande importância o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado pela injustificável morosidade das decisões judiciais. Como bem atenta Leonardo Greco, a morosidade da Justiça torna inócua a proclamada eficácia concreta dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), e hipócrita a afirmada prevalência dos direitos humanos (art. 1º)<sup>164</sup>.

A tutela de urgência se revela como um antídoto, ainda que parcial, à morosidade do procedimento ordinário, para dar resposta a situações concretas e satisfazer pretensões que, sem elas, ensejariam o perecimento do próprio direito material<sup>165</sup>. Ela pode ser instrumento eficaz para mitigar a demasiada duração do processo, mencionada por Cappelletti como fonte de injustiça social, “*porque el grado de resistencia del pobre es menor que el grado de resistencia del rico; este último, y no el primero, puede normalmente esperar sin daño grave una Justicia lenta*”<sup>166</sup>.

Todavia, como alerta Nicolò Trocker, os provimentos de urgência são efetivados em prejuízo do direito de defesa, sendo imperiosa a indagação quanto ao excessivo preço a ser pago em prol da “eficiência”<sup>167</sup>.

Alguns diplomas legais buscam assegurar a rápida solução dos litígios através da vedação de algumas modalidades de intervenção de terceiros. É o que ocorre com as leis 9.099/1995 e 8.078/1990, respectivamente disciplinadoras dos Juizados Especiais Cíveis e da defesa do consumidor. Na primeira veda-se totalmente qualquer modalidade de intervenção de terceiros (art. 10, Lei 9.099/1995) e na segunda a denúncia da lide, o que implica, neste último caso, a impossibilidade do direito regressivo do comerciante contra quem lhe forneceu a mercadoria ser apreciado e decidido na mesma sentença<sup>168</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor utiliza o chamamento ao processo para assegurar o acesso do consumidor ao bem da vida. É permitido ao fornecedor de

<sup>163</sup> CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS. <[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/conv\\_americana\\_dir\\_humanos.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm)>. Acessado em 2 de julho de 2007.

<sup>164</sup> GRECO, L. *A reforma...* p.104.

<sup>165</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Medidas Cautelares satisfativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 7, 1994, p. 4.

<sup>166</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 133.

<sup>167</sup> TROCKER, N. *Op. cit.* p. 409-410.

<sup>168</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.70/71.

produtos e serviços que seja réu em ação com base na Lei 8.078/1990 chamar ao processo a empresa seguradora com a qual haja contratado seguro de responsabilidade (Lei 8.078/1990, art. 101, II). A empresa seguradora será chamada ao processo, sendo-lhe defeso pretender a integração ao contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil<sup>169</sup>.

O Estatuto do Idoso, Lei 10.7141 de 2003, assegura tratamento diferenciado ao idoso, prevendo no artigo 71 “prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, em qualquer instância”<sup>170</sup>. Este tratamento está em consonância com os requisitos já abordados do objetivo legítimo, base legal e proporcionalidade, elementos componentes da justificação do tratamento díspar<sup>171</sup>.

Também objetiva garantir a rápida solução do litígio, assim como a eficácia do contraditório e da ampla defesa, a situação prevista no parágrafo único do artigo 46 do Código de Processo Civil, em que o juiz poderá limitar o número de litigantes no processo<sup>172</sup>.

As recentes reformas processuais trouxeram a lume o instituto da repercussão geral, novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, previsto no artigo 102, §3º da Constituição e 543-A, §2º do Código do Processo Civil. Também este dispositivo tem como objetivo tornar mais célere a prestação jurisdicional<sup>173</sup>, através de verdadeira filtragem, onde são selecionadas apenas as questões mais relevantes, do ponto de vista jurídico, social e econômico. Todavia, o grande paradoxo oriundo da disciplina deste instituto é que se reconheceria a existência de questões constitucionais “menos importantes” para fim de repercussão geral<sup>174</sup>.

Na Inglaterra, onde a morosidade da justiça também é um problema, ocorreram inúmeras mudanças em prol da celeridade, o que se deve principalmente à responsabilização do Estado pela Corte Européia de Direitos Humanos. Passou-se a entender que fatores como excesso de trabalho das cortes e escassez de recursos não são justificativas suficientes para atrasos nos julgamentos porque o Estado têm o dever de

<sup>169</sup> *Ibidem*, p.71.

<sup>170</sup> Neste sentido: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima Câmara Cível. Relator: Antonio Carlos de Nascimento Amado. Apelação Cível 2006.001.67973. Rio de Janeiro, 7 de março de 2007.

<sup>171</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 307- 327.

<sup>172</sup> CRETELLA NETO, J. *Op. cit.* p. 55.

<sup>173</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário 569.476-3/SC. Brasília, 2 de abril de 2008.

<sup>174</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). São Paulo: Revista de Processo, n. 145, 2007, p. 152/155.

organizar seu sistema legal para permitir as cortes a cumprir o determinado no artigo 6º, parágrafo 1º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, que prevê o direito de todo cidadão ter sua causa apreciada pelo poder judiciário em tempo razoável<sup>175</sup>.

Os juízes não ficam excluídos da responsabilidade de garantir aos litigantes a realização do processo em tempo razoável. O código de processo civil pátrio impõe ao juiz, no artigo 125, II o dever de imprimir celeridade ao procedimento. Para Cândido Rangel Dinamarco este dever consiste em exigir pontualidade aos auxiliares da Justiça (artigos 193 e 194 do Código de Processo Civil), cobrar os autos aos advogados quando em atraso (artigo 195 do Código de Processo Civil), e também em ser pontual o próprio juiz ao despachar os autos (art. 189 do Código de Processo Civil) e em designar audiências para data tão próxima quanto possível, evitar atos desnecessários<sup>176</sup>.

As partes devem também colaborar com a celeridade processual na medida em que o Código de Processo Civil sanciona aquele que opõe resistência injustificada ao andamento do processo (art. 17, inciso IV do Código de Processo Civil), como através do arrolamento de testemunha residente no exterior que nada saiba sobre os fatos da causa. Neste sentido, como atenta Cândido Rangel Dinamarco, a Fazenda Pública e o Ministério Público, agindo de má fé em qualquer processo de que participem, são de igual modo sujeitos a essa disciplina. Isso ocorrerá, por exemplo, quando a Fazenda Pública insiste em cobrar judicialmente contribuições tributárias que reiteradamente os tribunais venham declarando indevidas, e quando o Ministério Público propuser ações civis públicas de modo temerário<sup>177</sup>.

#### 4.1.3 Terceiro obstáculo: perspectiva individualista do processo

No último quartel do século XX, a representação dos interesses transindividuais e individuais homogêneos ganhou destaque, especialmente com relação aos direitos do consumidor e ambiental, oriunda do que é comumente identificado como a segunda onda do acesso à justiça. Essa representação é de grande importância para que seja transposto o obstáculo do acesso à justiça pelos chamados litigantes eventuais, ou seja,

---

<sup>175</sup> CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 106. Para melhor compreensão do conceito de prazo razoável ver: JEULAND, E. *Op. cit.* p. 193.

<sup>176</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.II. p. 235.

<sup>177</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.II. p. 261-163.

aqueles sem capacidade organizacional de pleitear individualmente a tutela de seus direitos por estarem em nítida desvantagem em face de seus adversários<sup>178</sup>.

Hodiernamente, como relembra Cappelletti, bens e serviços são produzidos e distribuídos em mercados cada vez mais vastos, com frequência transnacionais, e é totalmente absurdo pensar que os esquemas tradicionais do processo de partes podem permitir ao consumidor isolado o exercício eficaz dos próprios direitos em confronto com os gigantes multinacionais da economia moderna<sup>179</sup>.

A propositura destas ações coletivas é de grande interesse para a efetiva igualdade no processo civil. Através delas não apenas se torna possível reduzir obstáculos ao acesso à justiça, como os custos, mas também se minimiza o desestímulo à busca dos direitos lesados, oriundo da desigualdade de tratamento produzida por sentenças contraditórias<sup>180</sup>.

Aspecto importante é a propositura destas ações por associações, especialmente nos países do sistema continental europeu, pois a representação governamental dos interesses transindividuais e individuais homogêneos, que é o principal método de representação, não tem sido bem sucedida. Instituições como o Ministério Público, por sua própria natureza, são incapazes de fazê-lo. O Ministério Público dos sistemas continentais e as instituições análogas, incluindo o *Staatsanwalt* alemão e a extinta *Prokuratura* soviética, são vinculados a papéis tradicionais restritos e não são capazes de assumir por inteiro a defesa dos interesses difusos recentemente surgidos, além de demasiadamente sujeitos à pressão política. A condição de funcionário político do *attorney general* (Procurador Geral), existente na tradição continental européia pode inspirá-lo, mas também inibi-lo de adotar a posição independente de um “advogado do povo” contra componentes poderosos do *establishment* ou contra o próprio Estado. Além disso, a reivindicação dos novos direitos muitas vezes exige qualificação técnica além das possibilidades do Ministério Público, envolvendo áreas não jurídicas como medicina, engenharia, biologia e etc. É preciso reconhecer o papel importante, e até mesmo essencial, dos grupos privados, ao suplementarem, catalizarem, e mesmo substituírem as ações das agências governamentais<sup>181</sup>.

A doutrina pátria tem pregado o intenso comprometimento do *parquet* com a

---

<sup>178</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 49/50.

<sup>179</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso dos consumidores à justiça*. In: Revista Forense. n. 310. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 54

<sup>180</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 161.

<sup>181</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 52-59. CAPPELLETTI, M. *O acesso dos ...* p. 55

defesa dos interesses sociais, tanto por intermédio de sua atuação judicial como também, ante a utilização dos mecanismos extrajudiciais, tais como o inquérito civil, o compromisso de ajustamento de conduta e a verdadeira aproximação do Promotor de Justiça com a comunidade, se colocando à disposição da sociedade para ouvir seus problemas e necessidades, colocando em prática os instrumentos processuais de que dispõe, apresentando esta mesma sociedade em juízo<sup>182</sup>.

Não se pode negar a importância de um Ministério Público eficiente, mas deve-se reconhecer que sua atividade não é suficiente para maximizar a proteção aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos presentes na sociedade<sup>183</sup>.

Não obstante, resta óbvio que os custos de organizações permanentes também podem dificultar a representação dos interesses difusos e coletivos e a efetivação da igualdade entre os litigantes, impedindo que algumas demandas sejam propostas. Aí reside a importância da experiência norte americana onde as *class actions* permitem que um litigante represente toda uma classe de pessoas em uma determinada demanda, evitando os custos de criar associação permanente. As *class actions* ajudam a proporcionar as vantagens de litigantes organizacionais a causas de grupos ou de interesse público, promovendo economia de escala através da reunião de pequenas causas, aumentando o poder de barganha de determinada classe através da ameaça de indenizações de grandes proporções. Entretanto, não se pode negar que o engajamento efêmero das *class actions* e a sua impossibilidade de reparar prejuízos sofridos pelos consumidores a tornam um instrumento imperfeito<sup>184</sup>.

No mesmo sentido, Robert Carp e Ronald Stidham afirmam que as *class actions* têm o grande mérito de permitir que pequenos grupos, sem força política, possam participar politicamente através do resultado de suas ações. Os grupos que não possuem vitalidade econômica suficiente para promover atividades de *lobby* no congresso encontram nas *class actions* importante instrumento de suas pretensões. Os movimentos negro e feminista utilizaram amplamente esta via<sup>185</sup>.

A necessidade da representação dos interesses difusos no Brasil deu ensejo a Lei 7.347 de 1985 que instituiu a Ação Civil Pública, destinada a proteger direitos e

---

<sup>182</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *A tutela do interesse coletivo como instrumento polarizador da participação do Ministério Público no Processo Civil brasileiro*. In: Revista da Emerj. v. 4, n.16. 2001, p. 183.

<sup>183</sup> CAPPELLETTI, M. *O acesso dos ...* p. 58.

<sup>184</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 60/61.

<sup>185</sup> CARP, Robert A. STIDHAM, Ronald. *Judicial process in America*. 2 ed. Washington: *Congressional Quarterly*. 1993. p. 109.

interesses transindividuais, sendo de grande importância para a ampliação do processo para além das fronteiras da visão individualista<sup>186</sup>. O conjunto de mecanismos que a compõe são destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatorias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico<sup>187</sup>.

Antes da Lei 7.347 de 1985 o único instrumento à disposição dos jurisdicionados para a defesa dos interesses coletivos era a ação popular, introduzida em nosso ordenamento pela Constituição Federal de 1934 e pela Lei Federal nº 4.717/65. Não obstante, tal ação possuía objeto limitado, o que deixava desamparados alguns direitos como os direitos dos consumidores e da infância e da juventude<sup>188</sup>.

Todavia, não parece ser pertinente, para nós, a observação da doutrina de que a ação popular não era suficiente para defender os interesses coletivos objeto de sua propositura apenas por se encontrar o particular em desvantagem em relação ao Estado. As pesquisas comparativas sobre o tema comprovaram que a representação dos interesses coletivos por particulares é importante tendência mundial, e que a representação do Ministério Público não tem sido bem sucedida<sup>189</sup>. Deve-se ressaltar que o Estado Democrático de Direito exige a exploração das potencialidades institucionais de participação dos particulares, que se deve dar também através da oportunidade de propositura das ações coletivas<sup>190</sup>.

Os legitimados para a propositura da Ação Civil Pública são fundamentalmente entes estatais, tais como a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Importante alteração oriunda da Lei 11.440 de 2007 conferiu legitimidade à Defensoria Pública para a propositura desta ação (art. 5º, I, Lei 7.347 de 1985), o que constituiu importante passo em direção ao fortalecimento do nosso sistema de assistência jurídica gratuita através do corpo de advogados remunerados pelos cofres públicos, que passam a ser mais eficientes na representação dos pobres como classe e na diminuição dos obstáculos

---

<sup>186</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A tutela coletiva e o estatuto do idoso*. In: Revista da EMERJ. v.8. nº. 32, 2005, p.176.

<sup>187</sup> ZAVASCKI, T. A. *Op. cit.* p. 63.

<sup>188</sup> PINHO, H. D. B. *A tutela coletiva ...* p.176.

<sup>189</sup> CAPPELLETTI, M. *O acesso dos ...* p. 56. CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. Cit.* p.52-59.

<sup>190</sup> UNGER, Roberto Magabeira. *O direito e o futuro da democracia*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 17. MORALLES, L. C. P. *Op. cit.* p. 48. “A participação popular, primado que sustenta a idéia de democracia, deve significar não apenas o voto, mas também outros meios com que os cidadãos possam influenciar nos centros de poder, e, através do processo, pode-se caracterizar pelo princípio do contraditório e pela instituição da ação popular, a qual é um exemplo típico”.

existentes entre estes e os litigantes habituais<sup>191</sup>.

Todavia, parece que a legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública dada as associações (art. 5º, V, Lei 7.347 de 1985), seja um dos maiores avanços em sede de técnica processual. As associações, como lembra Leonardo Greco, exercem papel importante, assegurando o equilíbrio no processo através da organização dos sujeitos que se encontram em desvantagem em organizações e associações, que pela união de esforços, consigam compensar o desequilíbrio existente e dar aos indivíduos a possibilidade de litigar em igualdade de condições<sup>192</sup>. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro compartilha de opinião semelhante, afirmando que os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos somente serão protegidos na medida em que existem entes legitimados de diversas matizes suficientes aptos para um adequado desempenho<sup>193</sup>.

Esta legitimação decorre também da importância política das associações livres no Estado Democrático de Direito, pois como menciona Alexis de Tocqueville, a centralização extrema do poder político “desvigor a sociedade e enfraquece os governos, o que ressalta a importância da participação democrática das associações na luta contra o arbítrio estatal”<sup>194</sup>. Essa participação democrática fortalece o que tem sido denominado de experimentalismo democrático, onde se constata um espectro amplo de possibilidades institucionais não aproveitadas, assim como a morte do velho conflito entre estatismo e privatismo, planificação e mercado, sendo substituídas por um novo conflito entre versões institucionalizadas alternativas do pluralismo político e econômico, ressaltando a importância da participação dos cidadãos na consolidação do estado Democrático de Direito<sup>195</sup>.

Além disso, tornou-se evidente a importância do zelo dos particulares à máquina burocrática, a qual, muito amiúde, torna-se lenta, inflexível e passiva na execução de suas tarefas<sup>196</sup>. Esta participação renovadora certamente é de grande importância para a

<sup>191</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 39/41.

<sup>192</sup> GRECO, L. *Garantias...* p. 199-200

<sup>193</sup> PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *Acesso à justiça*. 2 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2003, p. 232.

<sup>194</sup> TOCQUEVILLE, A. *Op. cit.* p. 370.

<sup>195</sup> UNGER, Roberto Magabeira. *O direito e o futuro da democracia*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 17. CAPPELLETTI, M. *O acesso dos ....* p. 56. *Ipsis litteris*: “Essa solução tem vantagens evidentes: a ação das associações pode superar os inconvenientes derivados da natural debilidade do litigante solitário, cujos recursos ; ademais, pode tornar economicamente acessível o processo, na medida em que permite fazer valer em conjunto os direitos do grupo; se, além disso, se atribuem ao juiz poderes inibitórios, pode superar-se também outra fraqueza, lamentada com frequência, da tutela judicial, a saber, o fato de que ela apenas intervém *ex post*, já consumado o ilícito. Há ainda a vantagem da especialização, com o plus da “motivação” – do “zelo” – que às vezes falta nos órgãos públicos. Um problema que a solução em foco apresenta, contudo, é o fato de que ela só pode ser eficaz nos países onde as associações são política e economicamente fortes.”

<sup>196</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 50. CAPPELLETTI, M. *O acesso dos ....* p. 56

efetiva igualdade em juízo, não apenas por proporcionar a devida representação dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, mas também por proporcionar a representação dos direitos por um de seus titulares, minimizando a presença estatal através da figura do *parquet*.

#### 4.1.4 Litigantes habituais versus litigantes eventuais

A partir dos últimos anos da década de 60 os processualistas passaram a se preocupar com os óbices enfrentados pelos jurisdicionados no acesso à justiça, reconhecendo a existência de obstáculos distintos dos jurídicos.

Remonta aproximadamente a esta época a menção à distinção entre litigantes “eventuais” e “habituais”<sup>197</sup>, fundamentada na frequência de encontros das partes com o sistema judicial, correspondendo a que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa<sup>198</sup>.

As possibilidades das partes são ponto central desta distinção, havendo o reconhecimento de que algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas. Um dos grandes méritos desta idéia é evidenciar que sobre as descrições neutras das regras do processo civil costumam ocultar-se modelo demasiadamente afastado da realidade, onde se pressupõe duas partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os advogados possam trazer. O processo, no entanto, não pode ser colocado no vácuo, alheio a todas as diferenças entre os indivíduos que integram o processo<sup>199</sup>.

Entre as vantagens dos litigantes habituais Cappelletti e Garth citam a maior experiência com o Direito, permitindo melhor planejamento do litígio; a possibilidade de desenvolver relações informais com membros da instância decisora e de reduzir os riscos da demanda por maior número de casos. Em função destas vantagens operacionais os litigantes habituais são mais eficientes do que os indivíduos, havendo, por exemplo, maior facilidade de mobilização para pleitearem seus direitos em juízo.

---

<sup>197</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 25, *apud*, GALANTER. *Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*. In: *Law and Society Review*, v. 0, 1974, p. 95.

<sup>198</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. Cit.* p.25.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p.12-21

Os cidadãos comuns, ao contrário, em sua condição de consumidores, são relutantes em buscar o amparo do sistema judicial, e quando o buscam tendem a o fazer em causas relativas a questões de família e criminal<sup>200</sup>.

A análise das barreiras ao acesso à justiça, revelou um padrão: os obstáculos criados pelos sistemas jurídicos são especialmente cruéis para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, verdadeiros *repeat players*, adeptos do uso constante do sistema judicial para obterem seus próprios interesses<sup>201</sup>.

O Projeto Florença, capitaneado por Cappelletti e Garth, identifica claramente a existência de fatores não econômicos que condicionam o desempenho dos litigantes em juízo<sup>202</sup>. Tratam-se de fatores culturais, políticos, psicológicos, tais como o temor reverencial pelos personagens do processo<sup>203</sup>, e geográficos, como bem relembra Leonardo Greco, por ocasião das dimensões continentais do Brasil e de outros países da América Latina<sup>204</sup>.

Para nós, em sociedades subdesenvolvidas, como o Brasil, os óbices ao acesso à justiça são ainda mais expressivos. Existe verdadeira multiplicidade de eixos distintivos que condicionam a influência das partes no processo, tal como a posição social que determinado indivíduo ocupa na sociedade e que transborda para o processo judicial.

O reconhecimento da existência de fatores externos ao processo que condicionam o desempenho dos litigantes amadureceu na consciência dos processualistas a necessidade de assegurar a igualdade das partes em juízo através de meios que impedissem que as desvantagens existentes em outras esferas da sociedade influenciassem o desempenho das partes em juízo. Passou-se a buscar a igualdade no ponto de partida, a igualdade de oportunidade, como visionariamente defendido por Pedro Calmon<sup>205</sup>, que tem modernamente sido denominada de igualdade complexa<sup>206</sup>.

Por esta perspectiva tenta-se impedir que a posição de um cidadão em uma esfera ou em relação a um bem social seja abalada por sua posição em outra, como ocorre

---

<sup>200</sup> *Ibidem*, p.26-39

<sup>201</sup> *Ibidem*, p.28. CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso dos consumidores ...* p. 55.

<sup>202</sup> CAPPELLETTI, M. *O acesso dos ...* p. 59

<sup>203</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 24.

<sup>204</sup> GRECO, Leonardo. *O Acesso ao Direito e à Justiça*. In: Estudos de Direito Processual. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 1 ed. 2005. p. 207.

<sup>205</sup> BITTENCOURT, Pedro Calmon Muniz de. *Curso de Direito Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1942. p. 328.

<sup>206</sup> ROUANET, Luiz Paulo. *Igualdade complexa e igualdade de renda no Brasil*. In: MERLE, Jean Christophe. MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy. 2003. p. 385.

quando os menos abastados litigam em face daqueles com maior capacidade econômica<sup>207</sup>. Todavia, como já foi mencionado, não são apenas questões de ordem econômica que abalam a posição de algumas partes quando em juízo, sendo este, possivelmente, apenas uma das causas da reconhecida instabilidade na interpretação da igualdade<sup>208</sup>.

Torna-se necessária uma abordagem mais específica destes eixos desigualitários que condicionam o desempenho dos litigantes, com recurso a categorias não apenas jurídicas, mas também sociológicas.

#### 4.1.5 Eixos de desigualdade na sociedade brasileira

A questão dos eixos de desigualdade ganha especial contorno na sociedade brasileira, onde se estabelecem uma série de sinais distintivos, complementarmente ao econômico, ou seja, não são apenas os custos do processo que influenciam o seu desfecho.

Apesar da sociedade brasileira se estruturar sobre aparente cordialidade<sup>209</sup>, existe grande preocupação com a hierarquia e autoridade, como destaca Roberto da Matta, sendo os conflitos resolvidos através de ritos autoritários, prática esta expressa na tradicional idéia de que “cada um deve saber o seu lugar”, freqüentemente encontrada nas relações cotidianas. Essas práticas permitem a sobrevivência de um ideal aristocrático, desigualitário, no seio de uma sociedade que se proclama e procura ser vista como igualitária<sup>210</sup>.

Esta estrutura social desigualitária baseia-se na intimidade social e constitui resquício da transição precária de uma sociedade essencialmente feudal para o meio de produção inserido no contexto de uma economia de mercado<sup>211</sup>. Esse arcabouço, alicerçado na intimidade, na proximidade pessoal, é identificada por Sérgio Buarque de Holanda em seu clássico “Raízes do Brasil”, que menciona a dificuldade do homem ibérico em distinguir o público do privado, trazendo para a esfera das instituições todo o

---

<sup>207</sup> *Loc. cit.*

<sup>208</sup> JOUANJAN, O. *Op. cit.* p.24.

<sup>209</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1997. p.147.

<sup>210</sup> DAMATTA, Roberto. *Carnavais Malandros e Heróis*. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco. 1997. p.182/185.

<sup>211</sup> HOLANDA, S. B. *Op. cit.* p. 135.

colegiado de relações pessoais que regem sua vida particular<sup>212</sup>.

Não ficam os embates forenses alheios a tal aspecto de nossa cultura. Também eles se tornam alegorias das relações sociais e de poder existentes fora da lide.

Assim, pode-se dizer que mesmo relações impessoais são atravessadas pela pessoalidade, pela busca de aproximação pessoal. As relações de trabalho e econômicas, mesmo quando impessoais, se somam a um conjunto de laços pessoais regidos pela intimidade, o respeito, a consideração, o favor, o que evidencia a precariedade das instituições em nossa cultura, como atenta a competente pesquisa de campo de Roberto da Matta<sup>213</sup>.

Existe a possibilidade para uma hierarquização contínua e múltipla de todas as posições do sistema, criando inúmeras condições anteriores ao processo e que influenciam seu caminhar. Por essa perspectiva, relações sociais díspares - tais como a existente entre patrão e empregado - são operadas por cima do eixo econômico através de uma classificação de caráter moral que permite dividir estas categorias em outras classificações, possibilitando, por exemplo, dividir os padrões em generosos e não generosos, agradáveis ou desagradáveis. É isto que permite dividir estas categorias em outras classificações com base em múltiplos eixos de hierarquização, que sem dúvida inibe os conflitos do sistema<sup>214</sup>.

Dentre estes conflitos reprimidos, oriundos das relações sociais entrecortadas, não há dúvida que se encontra o litígio judicial, que pode ser abortado antes mesmo do litigante mais fraco ingressar em juízo, em decorrência de sua posição de inferioridade em outras esferas da sociedade, o que é inaceitável em um Estado que se pretende Democrático de Direito.<sup>215</sup>

Este sistema de múltiplos eixos permite a diferenciação contínua e sistêmica dos cidadãos, supostamente iguais, proporcionando a manutenção de um esqueleto hierárquico e complementar que convive com os ideais igualitários e complica a percepção de se operar o sistema, pois afasta uma análise da igualdade meramente concentrada no critério econômico. Esta análise do sistema social brasileiro, realizada através do viés econômico, acaba deixando de lado todos os outros eixos

---

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>213</sup> DAMATTA, R. *Op. cit.* p. 192.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>215</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições ...* v.II. p. 184. *In verbis*: “Nem sempre o conflito substancial de interesses sai do espírito da pessoa contrariada, que se resigna ao silêncio. Isso acontece até por ignorância ou pobreza. Às vezes o conflito exterioriza-se no convívio social mas não vem para o processo – e são muitas as causas da litigiosidade contida”.

classificatórios, que possuem importante influência na construção de uma sociedade desigual<sup>216</sup>. O problema do desempenho das partes em juízo é amplamente condicionado por estes fatores, que não podem ser desprezados pelo julgador, pelo legislador e pela doutrina.

Neste sentido ganha destaque a observação de Cappelletti e Garth, de que a capacidade jurídica pessoal está intimamente ligada não apenas com vantagens tais como recursos financeiros, mas também educação, meio e status social, sendo estes fatores determinantes na determinação da acessibilidade à justiça<sup>217</sup>.

O desempenho das partes em juízo é condicionado, então, por uma série de pressupostos. Objetivamente, pode-se dizer, remetendo à doutrina de Leonardo Greco, que para o concreto acesso ao direito o Estado deve dar efetividade a pressupostos básicos, como educação básica, sobrevivência condigna aos cidadãos, assistência hospitalar e segurança pública<sup>218</sup>. Apenas as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais<sup>219</sup>, pois no processo, um resultado justo depende, em grande parte, da capacidade de atuação das partes<sup>220</sup>.

#### 4.1.6 Outras questões relacionadas ao acesso à justiça

Em outro momento dos estudos processuais se reconheceu a importância de métodos diferenciados de resolução de conflitos tais como os procedimentos especiais para o julgamento de pequenas causas, a conciliação e a instituição de procedimentos diferenciados, que oferecem ao menos em tese, a possibilidade de rápida solução dos litígios. Sustenta-se que nestes procedimentos as vantagens da experiência podem ser mitigadas, enquanto que no processo judicial tradicional elas são realçadas, na medida em que naquela as partes podem utilizar toda a sua destreza em manejar o direito, fazendo-se valer de todas as suas potencialidades<sup>221</sup>.

<sup>216</sup> DAMATTA, R. *Op. cit.* p. 193.

<sup>217</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 22.

<sup>218</sup> GRECO, L. *O acesso ao Direito ....* p.197-223

<sup>219</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 161.

<sup>220</sup> GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil.* 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 79/80.

<sup>221</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 113. SARAT, Austin. *Alternatives in Dispute Processing: Litigation in a Small Claims Court.* In: *Law & Society Review.* v. 10. 1976. 352-356, *apud*, CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. Cit.* p.109. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela Antecipada.* 4 ed. Curitiba: Juruá Editora. 2005. p. 18. *Ipsis litteris*: “Com o crescimento da sociedade, cresceu o Estado

De acordo com o relato de Carreira Alvim, nos Países em que a distribuição da Justiça constitui monopólio estatal, a preferência tem sido pela mera simplificação dos ritos, através da simplificação do processo e do procedimento, como sucede no Brasil, com o processo cautelar, com os procedimentos sumários e especiais, e algumas leis esparsas (Lei do Mandado de Segurança), ou da simplificação dos julgamentos, como o julgamento antecipado da lide, a antecipação da tutela e a tutela liminar. Especial referência merece a Lei n. 7.244, de 1984, instituidora, entre nós, dos Juizados Especiais de Pequenas Causas<sup>222</sup>.

A efetiva igualdade entre os litigantes, no que tangencia o acesso à justiça, implica em garantir tratamento diferenciado a determinadas situações. Daí a afirmação de Carreira Alvim de que em sede de provimentos provisórios deve-se considerar a situação particular dos integrantes dos pólos da relação processual, na medida em que a apreensão do dano ainda não ocorrido (art. 273, I do Código de Processo Civil) , mas na eminência de ocorrer, pode ser diferente em função de quem o experimenta<sup>223</sup>.

O direito ao acesso à justiça inclui também o direito às vias recursais e a execução eficaz<sup>224</sup>. O não cumprimento das decisões judiciais abala os alicerces do Estado Democrático de Direito<sup>225</sup>. Como já mencionado, a jurisdição, componente do poder estatal, não se legitima pela mera reprodução de procedimentos, como sustentado por Luhman<sup>226</sup>, mas pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais.

O direito de acesso às vias recursais como componente do direito ao acesso à justiça, e por consequência da paridade de armas, repudia a criação de exarcebados obstáculos à admissibilidade de recursos, como através do prequestionamento explícito

---

, e, conseqüentemente multiplicaram-se os conflitos, tornando morosa a prestação jurisdicional, porquanto o Poder estatal, encarregado de resolvê-los, já não consegue, por inúmeras razões, desincumbir-se dela. Tal situação tem direcionado a sociedade moderna na busca de formas alternativas de resolução dos conflitos, consciente da impossibilidade de serem resolvidos exclusivamente pelo Estado. Estas experiências têm, sobretudo, a vantagem de proporcionar a resolução do litígio a baixo custo e sem a complexidade da Justiça estatal.”

<sup>222</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Antecipação de tutela na reforma processual*. Disponível em <[http://www.ipej-rj.com.br/2006/artigo\\_anexo/007-ANTECIPAÇÃO%20DE%20TUTELA%20NA%20REFORMA%20PROCESSUAL.doc](http://www.ipej-rj.com.br/2006/artigo_anexo/007-ANTECIPAÇÃO%20DE%20TUTELA%20NA%20REFORMA%20PROCESSUAL.doc)>. Acessado em 20 de setembro de 2007. p.01. CABRAL, Luciane Gontijo Carreira Alvim. *Tutela antecipada em favor do réu*. Disponível em <<http://www.ipej-rj.com.br/2006/artigos2.asp?tipo=a&id=146>>. *Ipsis litteris*: “(...)mesmo antes das minirreformas do Código de Processo Civil, e, por permissão de leis específicas, algumas ações já permitiam, em certa medida, a sua concessão, como, v. g., as ações mandamentais, possessórias, populares, civis públicas, expropriatórias, diretas de inconstitucionalidade, sobre locações, e as previstas no Código de Defesa do Consumidor.”. Acessado em 20 de setembro de 2007.

<sup>223</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. *Tutela ...* p. 96.

<sup>224</sup> JEULAND, E. *Op. cit.* p. 193.

<sup>225</sup> GRECO, L. *A reforma...* p. 594

<sup>226</sup> LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. 1 ed. Brasília: Universidade de Brasília. Trad.: Maria da Conceição Côrte Real. Apresentação: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. 1980. p. 5.

e o carimbo ilegível<sup>227</sup>. Como bem adverte Leonardo Greco, novas limitações como a elevação do valor do preparo, a imposição das limitações à admissibilidade de certos recursos em função da transcendência, do tipo de questões ou da repercussão podem ser positivas no aspecto quantitativo, mais qualitativamente serão perniciosas, reduzindo ainda mais o respeito às garantias fundamentais do processo<sup>228</sup>.

Ainda com relação aos recursos, Leonardo Greco atenta para a disparidade de tratamento existente nos embargos infringentes, disciplinados pelo artigo 530 do Código de Processo Civil, e nas decisões denegatórias de mandado de segurança, mandado de injunção e habeas data, nas hipóteses do artigo 102, II, *a* e 105, II, *b*. O primeiro violaria o princípio da isonomia por conceder o direito de interpor embargos infringentes apenas àquele que perdeu nas duas instâncias, enquanto os demais são criticados por não darem ao Estado as mesmas possibilidades de recorrer que as dos particulares<sup>229</sup>.

Cabe também, neste sentido, a sagaz observação de Juan Montero Aroca de que admitir que o juiz que tenha proferido sentença em instância inferior possa julgar o recurso interposto é a mesma coisa que não existir recurso<sup>230</sup>. Viola-se, neste caso, o princípio da igualdade, ao se conferir diferentes oportunidades de acesso à justiça a cada litigante em sede de embargos infringentes.

Para nós, também fere a paridade de armas o entendimento pretoriano, consagrado no Superior Tribunal de Justiça, de que nos embargos de divergência (artigos. 255 e 266 do Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça c/c artigo 546 do Código de Processo Civil) só serão cabíveis quando teses jurídicas antagônicas tenham incidência em situações concretas de absoluta similitude fática<sup>231</sup>. Tal orientação se mostra demasiadamente restrita, fundamentando-se em exigência pouco razoável, pois excludente de situações semelhantes e comparáveis.

Alguns dispositivos de nosso direito positivo frustram a pretensão daqueles que tiveram seu direito reconhecido em juízo. É o caso do reexame necessário (artigo 475 do Código de Processo Civil), que se apóia no falso pressuposto da incapacidade profissional, do desleixo ou mesmo da incapacidade de seus procuradores,

---

<sup>227</sup> GRECO, L. *A reforma...* p. 590. MONTEIRO NETO, Nelson. *A decisão de não-conhecimento do recurso por ser ilegível o carimbo do protocolo*. Revista Dialética de Direito Processual. n° 32. São Paulo: Dialética. 2005. p.87

<sup>228</sup> GRECO, L. *A falência...* p. 314.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 309.

<sup>230</sup> AROCA, Juan Montero. *Sobre a imparcialidade do juiz y a incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: *tirant lo blanch*. 1999. p. 332.

<sup>231</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Jorge Scartezzini. Agravo regimental nos embargos de divergência em Recurso Especial n. 651.261-RJ. Brasília, 28 de junho de 2006.

estabelecendo injustificável vantagem baseada na pessoa, e não na relevância da matéria discutida<sup>232</sup>.

Ainda neste sentido podemos trazer à colação a vedação de execução provisória e antecipação de tutela contra o poder público (Lei 9.494 de 1997, artigos 1º e 2º-B). Estes dispositivos criam verdadeira *via crucis* para os jurisdicionados que litigam com o Estado, tendo estes ainda que suportar a longa espera para o cumprimento da ordem de pagamento através dos precatórios. Cassio Scarpinela Bueno nega a vigência destes dispositivos, afirmando que o artigo 5º, XXXV, da Constituição não permite a sobrevivência de dispositivo, pois é impossível afastar do judiciário a neutralização ou proteção de direito ameaçado<sup>233</sup>.

Os obstáculos também podem ser de natureza geográfica, ou física, o que fica evidente em um país de dimensões continentais como o Brasil. A superação destas barreiras é promovida através de mudanças que reduzem as distâncias entre os tribunais e as pessoas comuns. Com este intuito, e buscando permitir a todos o mais amplo acesso à justiça, é louvável o funcionamento do judiciário durante a noite, de modo que as pessoas que trabalham não sejam inibidas a propor demandas pela necessidade de faltar ao serviço<sup>234</sup>.

#### 4.1.6.1 *Foros diferenciados*

O direito positivo pátrio estabelece inúmeras regras disciplinadoras da competência em razão da necessidade de tratamento diferenciado. Destacam-se, entre elas, o foro de residência da mulher (artigo 100, I do Código de Processo Civil), de domicílio do idoso (artigo 80 do da Lei 10.741 de 2003) e do consumidor (artigo 101, I, da Lei 8.078 de 1990).

<sup>232</sup> GIANNICO, Maurício. *Remessa obrigatória e o princípio da isonomia*. Revista de Processo, São Paulo. n.º. 111, 2003, p. 59. Em sentido oposto, ou seja, pela não violação do princípio da isonomia, Jorge Tosta. Apesar de defender a continuidade do instituto, o autor afirma que “Parece-nos que a solução mais adequada para conciliar tais aspectos seria extinguir o reexame necessário em face da Fazenda Pública e restaurar, em certa medida, a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nos casos em eu a Fazenda ficasse vencida e decorresse o prazo para o Procurador ou o advogado apelar da sentença. Assim, se o representante do Ministério público verificasse a existência de algum *error in iudicando* ou *in procedendo* que pudesse prejudicar o patrimônio público, interporia o respectivo recurso de apelação para que a questão fosse reexaminada pelo tribunal”. TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144.

<sup>233</sup> BUENO, Cassio Scarpinela. *O poder público em juízo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 196-114.

<sup>234</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 102.

A doutrina comenta fartamente o artigo 100, I do Código de Processo Civil, que estabelece como competente o foro da residência da mulher para as ações de separação e conversão desta em divórcio, anulação de casamento, nulidade de casamento e, analogicamente, divórcio direto<sup>235</sup>. Este dispositivo busca dispensar a mulher, presumidamente parte mais fraca na relação processual<sup>236</sup>, de se deslocar ao domicílio do marido.

Tal atenção a este dispositivo se justifica pelo preconizado no artigo 5º, I da Constituição que estabelece serem homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, e também pelo estabelecido no artigo 226, §5º da Constituição, que dispõe que os “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. A questão que se tem colocado é se este tratamento diferenciado estaria em conformidade com a igualdade prevista na Constituição<sup>237</sup>, e até mesmo em com os critérios sensíveis previstos na maioria dos documentos de proteção humanitária já mencionados alhures.

Patrícia Pizzol entende que o preceito contido no artigo 100 pode infringir ou não o princípio da igualdade, dependendo da situação em que se encontre a mulher em relação ao marido. Para a autora é necessário verificar no caso concreto se a mulher é a parte mais fraca (se ela tem independência financeira), e apenas neste caso prevalecerá a prerrogativa de foro. Se, contudo, ela se encontrar em condições iguais às do marido, a regra geral, prevista no artigo 94 do Código de Processo Civil, não seria aplicada<sup>238</sup>.

Da mesma opinião compartilha Daniel Roberto Hertel, que defende a verificação no caso concreto de qual dos cônjuges seria merecedor do foro privilegiado, permitindo o gozo do benefício do foro pelo marido, quando este ocupar posição desvantajosa<sup>239</sup>.

Já para Cândido Rangel Dinamarco, a prevalência do foro da residência da mulher independe das circunstâncias das partes ou da causa e, de modo geral, de qualquer elemento relacionado com o mérito<sup>240</sup>.

A jurisprudência é vacilante, manifestando ora entendimentos em um sentido, ora em outro. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a regra

---

<sup>235</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v. I. p. 506-505. PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 190. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 100.

<sup>236</sup> CARNEIRO, A. *Jurisdição ....* p. 100.

<sup>237</sup> PIZZOL, P. M. *Op. cit.* p. 191. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 100.

<sup>238</sup> PIZZOL, P. M. *Op. cit.* p. 192.

<sup>239</sup> HERTEL, D. R. *Op. cit.* p. 53.

<sup>240</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed. v.I. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 506.

contida no inciso I do artigo 100 do Código de Processo Civil, que estabelece o foro especial em relação à mulher, deve ser interpretada restritivamente, não se estendendo à ação de divórcio direto, não expressamente prevista em face do disposto no artigo 226, §5º da Constituição<sup>241</sup>. O mesmo tribunal já se pronunciou, em sede de controle difuso de constitucionalidade, reconhecendo a inconstitucionalidade do aludido dispositivo<sup>242</sup>.

A doutrina também atenta para a necessidade de evitar os abusos decorrentes deste tratamento privilegiado. Celso Agrícola Barbi sustenta que os ardis promovidos pela parte beneficiária do dispositivo legal podem ser evitados por uma apreciação mais rigorosa da real residência da mulher, decorrendo daí a indispensabilidade da mulher demonstrar, efetivamente, sua residência em determinada localidade<sup>243</sup>. Carreira Alvim argumenta que o artigo 100, I do Código de Processo Civil só deveria ser aplicado nas hipóteses de abandono pelo marido, vindo este, em razão disto, a residir em outra localidade<sup>244</sup>.

Apesar das abalizadas opiniões em sentido contrário, entendemos que não se trata de violação ao princípio da igualdade, na medida em que é possível encontrar no país áreas em diferentes estágios de desenvolvimento humanitário referente à emancipação feminina. Outro aspecto que reforça a tese da constitucionalidade deste dispositivo e sua aplicação independente de valoração de acordo com o caso concreto é que a lei 11.340 de 2006, comumente denominada de “Lei Maria da Penha”, dispôs em seu artigo 15 a competência do foro de domicílio ou residência da mulher para os processos cíveis por ela regidos.

Essa regra é de competência territorial, portanto, relativa e prorrogável<sup>245</sup>. Assim, a mulher, quando autora poderá promover a ação no domicílio do réu. Quando a ação foi proposta pelo marido fora de seu domicílio será prorrogada a competência se não oposta à exceção de incompetência<sup>246</sup>. Não sendo conhecida a residência da mulher que figura como ré em demanda de separação, seria competente o foro do último

---

<sup>241</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. Recurso especial 17.999-0 RJ. Brasília, 31 de agosto de 1992.

<sup>242</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Recurso Especial 27.483-SP. Brasília, 4 de março de 1997.

<sup>243</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 335.

<sup>244</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil brasileiro*. 1 ed. Curitiba: Juruá. 2008, p. 277/278.

<sup>245</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda seção. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Conflito de Competência n. 245-MG. Brasília, 28 de junho de 1989. Ver também, BARBI, C. A. *Op. cit.* p. 336.

<sup>246</sup> PIZZOL, P. M. *Op. cit.* p. 196. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Recurso Especial 27.483- SP. Brasília, 4 de março de 1997.

domicílio do casal. Todavia, se o marido só sabe a cidade em que a mulher tem residência, sem conhecer-lhe o endereço, prevalece o inciso I e a citação far-se-á por edital. Se sequer a cidade é conhecida, o marido fica liberado para propor a demanda no foro de seu próprio domicílio<sup>247</sup>.

A Lei 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor trouxe no seu artigo 101, I o foro diferenciado em benefício dos consumidores, que podem propor ação em seu próprio domicílio. Esta regra, assim como a referente às mulheres, prevista no Código de Processo Civil, busca facilitar o acesso à justiça dos consumidores, por serem considerados, como ressalta José Cretella Neto, parte presumidamente mais fraca<sup>248</sup>.

Athos Gusmão Carneiro menciona relevante divergência, nos dando notícia de que Kazuo Watanabe<sup>249</sup> sustenta que esta regra é de competência relativa, podendo o consumidor abrir mão dela e propor ação no domicílio do demandado, enquanto Arruda Alvim<sup>250</sup> acredita tratar-se regra de competência absoluta.

A Lei 11.280 de 16 de fevereiro de 2006 ampliou a proteção aos consumidores, estabelecendo que a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará a competência para o foro de domicílio do réu. Esta competência, de acordo com o artigo 114, também reformado pela aludida lei, será prorrogada se dela o juiz não declinar ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.

Trata-se de mais uma regra protetiva do consumidor, buscando garantir a sua participação no processo. Mitiga-se a liberdade entre as partes e confere-se tratamento de competência absoluta à hipótese de competência relativa, afastando-se, nesta hipótese, o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a incompetência relativa não se conhece *ex officio* pelo magistrado.

O artigo 80 da Lei 10.741 de 2003, o Estatuto do Idoso, prevê que as ações referentes à proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos “serão propostos no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores”. A jurisprudência tem

---

<sup>247</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v. I. p. 506.

<sup>248</sup> CRETELLA NETO, J. *Op cit.* p. 55.

<sup>249</sup> WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1992. p.563, *apud* CARNEIRO, A. G. *Jurisdição ...* p. 133.

<sup>250</sup> ALVIM, Arruda. *Et alii, Código de defesa do consumidor comentado*, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p. 454, *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 133.

entendido que este tratamento diferenciado deve ser interpretado restritivamente, ou seja, não se estendendo às ações que versem sobre direitos subjetivos individuais<sup>251</sup>.

Mais uma vez, percebe-se como princípio norteador a proteção à parte mais fraca na relação processual, sendo cada vez mais comum a o tratamento da competência territorial como absoluta, em homenagem ao elevado valor de ordem pública que constitui o acesso à justiça e a efetiva paridade de armas entre os litigantes.

#### 4.1.7 Limitações ao acesso à justiça

Para grande parte da doutrina e jurisprudência, o direito de acesso à justiça não é absoluto, podendo ser limitado por algumas razões. Esta é a posição consagrada na Corte européia de direitos humanos, no Conselho constitucional francês e na Corte de justiça das comunidades européias. Discordante é o posicionamento do Comitê de direitos humanos da ONU, que afirma: “*le droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial est un droit absolu que ne souffre aucune exception*”<sup>252</sup>.

Na França, Serge Guinchard comenta que para que a restrição ao acesso à justiça seja legítima é preciso que o objetivo perseguido seja legítimo, e que exista um vínculo de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo almejado<sup>253</sup>. Emmanuel Jeuland assevera ainda que razões de interesse geral ou de boa administração da justiça justificam o estabelecimento de limitações desta natureza<sup>254</sup>.

Na Inglaterra, Richard Clayton e Hugh Tomlinson compartilham de entendimento semelhante, subordinando as limitações ao acesso à justiça à existência de objetivo legítimo e meio proporcional ao objetivo desejado<sup>255</sup>.

A legislação de diversas democracias ocidentais tem permitido limitações ao

<sup>251</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima segunda câmara cível. Relator: Gamaliel Quinto de Souza. Agravo de instrumento nº 26462/2005. Rio de Janeiro, 28 de março de 2006. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Relator: Reinaldo Pinto Alberto Filho. Agravo de instrumento 16.917/2005.

<sup>252</sup> GUINCHARD, Serge. *Et alii. Droit processuel. Droit commun et droit compare du procès*. 2 ed. Paris: Dalloz. 2003. p. 523. FAVOREU, L. *Op. cit.* p. 74. De acordo com o autor a jurisprudência da Corte Constitucional alemã é que os direitos fundamentais estão sujeitos a certos limites, que podem resultar da Constituição ou da lei ordinária.

<sup>253</sup> GUINCHARD, S. *Et alii. Op. cit.* p. 524.

<sup>254</sup> JEULAND, E. *Op. cit.* p. 194.

<sup>255</sup> CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 90.

acesso à justiça, apresentando, por vezes, pouca compatibilidade com as garantias fundamentais do processo. Na Inglaterra, o acesso dos litigantes às cortes pode ser condicionado à obtenção de requerimentos de permissão e autorização. Tais requerimentos são concedidos pelo próprio tribunal e se aplicam a certos litigantes como deficientes mentais, menores e litigantes de má fé. Os deficientes não podem litigar sem um assistente, o chamado *litigation friend*, de acordo com disposição estabelecida pelo *Mental Health Act*, em 1983, e o não cumprimento destes requisitos implica em nulidade absoluta. Contudo, a grande controvérsia gira em torno da limitação ao acesso à justiça dos cidadãos que habitualmente, e persistentemente, ingressam em juízo sem nenhum fundamento, litigando de má fé. Estes litigantes temerários, chamados de *vexatious litigants*, só podem propor ação após juízo positivo do tribunal. Semelhante disposição também pode ser encontrada na legislação da África do Sul<sup>256</sup>.

A Corte europeia de direitos humanos construiu entendimento favorável a sanção do abuso do direito de agir pelos ordenamentos internos. Todavia, sua construção jurisprudencial, apontou as multas como meio adequado para tal, não cogitando do estabelecimento de sanções mais amplas como no direito inglês<sup>257</sup>.

Para nós, não parece estar de acordo com o ideal de processo justo a subordinação do direito de acesso à justiça a uma decisão prévia de determinado órgão do poder judiciário. Acreditamos que a possibilidade de multas de quantia significativa seja suficiente para inibir esta estirpe de demandas.

A valorização da lealdade processual, como instrumento da efetividade do processo, é exaltada em outros institutos do direito inglês, tal como o *contempt of court*<sup>258</sup>. Ela evita excessiva delongas processuais, permitindo que a parte que tem razão alcance o bem da vida que lhe pertence mais rapidamente, sem se submeter à escusa chicana do devedor. No Brasil, infelizmente, a lealdade processual possui tímidas disposições no Código de Processo Civil, cominando sanções à litigância de má fé e aos atentados à dignidade da justiça (artigos 16, 17, 18, 600 e 601 do Código de Processo Civil)<sup>259</sup>.

A lei inglesa também estabelece uma série de imunidades como as relativas à Coroa, que foram reduzidas após o *Crown Proceedings Act*, permitindo a sua submissão

---

<sup>256</sup> CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 11-12.

<sup>257</sup> GUINCHARD, S. *Et alii. Op. cit.* p. 530.

<sup>258</sup> INGMAN, Terence. *The english legal process*. 11 ed. New York: Oxford. 2006. p. 351/352.

<sup>259</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v. II. p. 251.

ao procedimento legal ordinário; ao Parlamento e seus membros; aos participantes do processo, tais como advogados e testemunhas, com relação a suas manifestações no processo; as imunidades dos deficientes mentais, as *statutory immunities*, presentes no *Mental Health Act*<sup>260</sup>. Constituem também estas imunidades limitações ao acesso à justiça dos jurisdicionados.

#### 4.2 Contraditório e paridade de armas

A concepção contemporânea da igualdade, qualificada de material, não se satisfaz com regras formais destinadas a assegurar as partes paridade de tratamento, mas impõe ao juiz o dever de verificar *in concreto* se alguma delas se encontra em posição de inferioridade no acesso aos meios de defesa. Essa eventual deficiência deve ser suprida com iniciativas compensatórias para restabelecer o necessário equilíbrio, sem o qual não se pode atingir um resultado justo<sup>261</sup>. O juiz também tem o dever de conclamar as partes à previa audiência antes de adotar qualquer decisão, oferecendo a ambas as partes as mesmas oportunidades de acesso à justiça e de exercício do direito de defesa<sup>262</sup>. Pode-se afirmar que aí está, em breves palavras, a concepção atual do princípio do contraditório e sua correlação com a paridade de armas.

Esta idéia se opõe à vigente no absolutismo monárquico e no positivismo. No primeiro momento, o mencionado princípio foi reduzido ao direito de ser ouvido e no segundo “a função axiológica da audiência bilateral foi esvaziada, desclassificando-o como princípio imanente do processo judicial e sobrevivendo circunstancialmente como regra técnica característica de alguns procedimentos, mas não de outros”<sup>263</sup>.

Abandonou-se, naqueles períodos, o contraditório como método e instrumento da investigação dialética da verdade provável, para rebaixá-lo a princípio externo e

---

<sup>260</sup> CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 13-23.

<sup>261</sup> GRECO, Leonardo. *A busca ...* p. 5

<sup>262</sup> GRECO, Leonardo. *O princípio do Contraditório*. In: Estudos de Direito Processual. 1 ed. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos. 2005. p. 541.

<sup>263</sup> GRECO, L.. *O princípio...* p. 543.

puramente lógico formal<sup>264</sup>.

No Estado Democrático de Direito o contraditório deixou de ser um simples instrumento de luta entre as partes para transformar-se num instrumento operacional do juiz<sup>265</sup>, especialmente devido ao reconhecimento da dignidade humana como valor fundamental de um ordenamento jurídico<sup>266</sup>. A conduta do magistrado passa a ser orientada pela razoabilidade, tendo como objetivo a paridade de armas entre os litigantes, ou seja, a efetiva chance das partes apresentarem suas pretensões e resistências perante o julgador em posição de igualdade. Para que as partes possam influir eficazmente na formação da decisão judicial, todas elas devem desfrutar das mesmas faculdades e nenhuma delas deve ter mais do que as outras a possibilidade de oferecer alegações, propor e produzir provas<sup>267</sup>.

O magistrado, como bem atenta Cândido Rangel Dinamarco, deve participar dos processos sob sua direção, tomando razoáveis iniciativas probatórias, dialogando racionalmente com as partes e dispondo medidas urgentes que evitem a consumação de males irremediáveis e capazes de frustrar o exercício útil da jurisdição<sup>268</sup>. A postura ativa deve proporcionar o pleno contraditório, maximizando as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita as desigualdades entre as partes<sup>269</sup>.

Essa participação deve ser norteada pelo contraditório eficaz. Decorrem dele a necessidade das partes serem adequada e tempestivamente notificadas da existência do processo e de todos os atos neles praticados, através de comunicações preferencialmente reais; a ampla possibilidade de oferecer alegações e manifestar-se sobre as alegações da outra parte; propor e produzir provas e participar da produção das provas requeridas ou determinadas por outros sujeitos; o direito de manifestar-se previamente sobre todas as questões submetidas à apreciação do juiz, contribuindo assim para que as decisões que se seguirem sejam as melhores possíveis e sempre considerem os interesses e opiniões

---

<sup>264</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. In: Garantias Constitucionais do processo civil. Org.: TUCCI, José Rogério Cruz e. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. 1 ed. p. 134-135.

<sup>265</sup> GRECO, Leonardo. *O princípio ...* p. 545.

<sup>266</sup> TROCKER, N. *Op. cit.* p. 378.

<sup>267</sup> MAJZOUB, Fabienne Quilleré. *La défense du droit a un process equitable*. Bruxelles: Bruylant. 1999. p.211. GRECO, L. *A busca...* p.4. MORALLES, L. C. P. *Op. cit.* p. 49, *ipsis litteris*: “A participação em contraditório no processo permite que o exercício do poder jurisdicional se legitime, pois os interessados no provimento final participam da formação do convencimento do juiz através da formulação de suas teses, produção de provas e impugnação para outros órgãos. Nessa participação, o princípio da igualdade deve estar presente materialmente, e não apenas formalmente, para que a legitimação tenha um conteúdo verdadeiramente democrático.”

<sup>268</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições ...* v.1. p.61.

<sup>269</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 77.

das partes interessadas; a razoabilidade dos prazos; a fundamentação das decisões; a publicidade e o desenvolvimento de um processo por audiências<sup>270</sup>.

Pode-se então dizer que o contraditório deve ser perene e ininterrupto, não se manifestando apenas no oferecimento da defesa<sup>271</sup>, pois assim não se estaria assegurando a paridade de armas.

Também decorre deste contraditório eficaz a reabertura do prazo para aquele que nomeia à autoria apresentar peças de defesa, quando a intervenção do terceiro resultar frustrada, quer porque o autor recusa a nomeação, quer porque o nomeado a recusa. A abertura do novo prazo para contestar deve ser explícito. Após o indeferimento do pedido de nomeação apresenta-se nova situação jurídica para o nomeante que, a partir daí, será considerado, efetivamente, parte legítima no processo<sup>272</sup>.

Na denúncia da lide, quando o autor for titular da pretensão regressiva, deverá ser facultado ao denunciado que assumir a posição de litisconsorte do autor aditar a petição inicial (Código de Processo Civil, art. 74). Este aditamento poderá consistir, por exemplo, em acrescentar o outrora denunciado uma nova *causa petendi*, ou em trazer mais elementos e argumentos de fato ou de direito à petição inicial, ou quiçá em expungir-la de irregularidades que poderiam torná-la inepta. Não pode, todavia, alterar substancialmente próprio pedido formulado pelo denunciante, ou cumular pedidos outros<sup>273</sup>.

Leonardo Greco assevera que os terceiros, que de qualquer modo possam sofrer efeitos na sua esfera jurídica de uma decisão judicial em processo *inter alios*, devem ter os seus interesses protegidos pela garantia do contraditório, “não só pela possibilidade de intervenção nesse processo com todas as prerrogativas processuais das partes, mas também pela preservação do seu direito de eximir-se desses efeitos, se o julgado sobrevier sem a sua efetiva participação”<sup>274</sup>.

Em posição semelhante, Cândido Rangel Dinamarco afirma que o assistente litisconsorcial e o simples não sofrem nenhuma alteração em sua situação jurídico-substancial devido à procedência ou improcedência da demanda inicial, pois não traz ele demanda alguma a ser julgada, nem em face dele foi proposta alguma. Para o autor a

---

<sup>270</sup> GRECO, L. *A busca...* p. 1. CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 33.

<sup>271</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. 1 ed. São Paulo: Dialética. 1999. p. 41.

<sup>272</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção...* p. 95. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Recurso Especial 235.644. Brasília, 16 de fevereiro de 2001.

<sup>273</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 123/124.

<sup>274</sup> GRECO, L. *O princípio...* p. 553.

locução “considera-se litisconsorte” do artigo 54 do Código de Processo Civil significa apenas que as possibilidades de atuação desse assistente serão tantas quantas as de uma parte principal<sup>275</sup>.

Neste mesmo sentido caminha o entendimento de Nicolò Trocker:

*Da um lato, lo stesso intervento litisconsortile non assicura al soggetto interessato una piena esplicazione dei diritti costituzionalmente garantiti di azione e di difesa, dal momento che secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza anche l'interveniente litisconsortile deve accertare (entro certi limiti) il processo nello stato in cui si trova e non può più compiere atti che siano preclusi alle parti. Dall'altro, ciò che è più grave, gli istituti predisposti dall'ordinamento presuppongono pur sempre che il terzo abbia concretamente la possibilità di prendere conoscenza del processo instaurato da altri<sup>276</sup>.*

O contraditório participativo não se limita a assegurar a marcha dialética do processo e a igualdade formal entre as partes, devendo instaurar diálogo humano entre as partes e o juiz, aproximando o processo do ideal de justiça.<sup>277</sup> Apesar de igualdade e contraditório serem princípios distintos ambos estão intimamente ligados<sup>278</sup>.

Deve-se, assim, ser dado a cada parte a oportunidade de ser ouvida, levar ao tribunal a sua visão sobre a demanda, sendo possibilitada a expressão oral.<sup>279</sup> O diálogo oral e ativo sobre fatos e direito não apenas acelera o processo, mas também tende a resultar em decisões que as partes compreendem e freqüentemente aceitem sem recorrer<sup>280</sup>. Disto decorre a importância da promoção do diálogo humano e do contraditório participativo também no âmbito dos recursos, como destaca Leonardo Greco, que critica a vedação das sustentações orais nos embargos declaratórios, nos agravos de instrumento e interno<sup>281</sup>.

Mauro Cappelletti ressalta que os gravíssimos inconvenientes resultantes da adoção de um processo rigidamente escrito, mas também adverte os males de excessivo radicalismo em prol da oralidade. Para o autor italiano a formulação-proposição da

<sup>275</sup> DINAMARCO, C. *Instituições...*v.II. p. 388.

<sup>276</sup> TROCKER, N. *Op. cit.* p. 432-433

<sup>277</sup> GRECO, L. *A busca...* p.01. CALAMANDREI, P. *Eles os juízes...* p.71.

<sup>278</sup> VIANA, J. V. *Op. cit.* p. 19. Nicolò Trocker menciona que a jurisprudência da Corte constitucional federal da Alemanha reconhece a autonomia do princípio do contraditório (*rechtliches Gehör*). TROCKER, N. *Op. cit.* p. 380.

<sup>279</sup> CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 33.

<sup>280</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* 78.

<sup>281</sup> GRECO, Leonardo. *A falência do sistema de recursos*. In: Estudos de Direito Processual. 1 ed. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 2005. p. 304.

demanda, bem como as argumentações jurídicas são beneficiadas pela escrita, pois esta permite mais séria e útil elaboração, assim como um aprofundamento mediante consulta a obras científicas e jurisprudenciais, afastando o risco de perniciosas desigualdades derivadas do diverso grau de habilidade e de rapidez das partes contrapostas e dos respectivos defensores<sup>282</sup>.

Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir em caráter assistencial as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses. Essa equalização é articularmente importante quando entre as partes exista relação fática de subordinação ou dependência, como nas relações de consumo<sup>283</sup>. A compensação das diferenças entre as partes, levando em conta, inclusive, circunstâncias relativas à capacidade dos defensores é de grande importância para a plena realização deste princípio<sup>284</sup>.

Torna-se importante que quando as partes não utilizarem as faculdades de participação inerentes ao contraditório, que o juiz solicite-lhes que exerçam suas faculdades. Este o posicionamento da doutrina francesa, que se inspira na alínea 3ª do artigo 16 do *Code de Procédure Civile* para fundamentar sua opinião<sup>285</sup>.

O direito alemão caminha no mesmo sentido, manifestando-se a doutrina contra as decisões que denomina “sentenças com surpresa” (*Überraschungsentscheidungen*) aquelas que fundamentam em pontos que não foram objeto de contraditório. O artigo 130 do Código de Processo Civil alemão, *Zivilprozessordnung*, também estabelece, em sua terceira alínea que o juiz deve dar ciência às partes dos pontos que poderão ser enfrentados de ofício<sup>286</sup>.

Esta também é a opinião exarada por parte da doutrina pátria. Assim, pode-se o réu quedar-se inerte, desde que tenha sido dado a ele a oportunidade de ser ouvido no processo, apresentando sua contrariedade no autor e influenciando no convencimento do juiz<sup>287</sup>.

---

<sup>282</sup> CAPPELETTI, Mauro. *O valor atual do princípio da oralidade*. In: Revista Jurídica. nº 297. 2002, p. 13-14

<sup>283</sup> GRECO, L. *Garantias...* *Op cit.* p. 256.

<sup>284</sup> GRECO, Leonardo. *O princípio ....* p. 542. TROCKER, N. *Op. cit.* p. 384, *in verbis*, “*il perfetto equilibrio delle parti viene visto come presupposto essenziale del pieno ed efficace adempimento delle attività che informano il contraddittorio*”.

<sup>285</sup> RICCI, Edoardo F. *Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício*. In: Processo e Constituição. Org.: FUX, Luiz. NERY JÚNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1 ed. p. 496.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 497.

<sup>287</sup> NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.* p. 174-175.

As partes devem ter as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas e recorrendo de decisões judiciais<sup>288</sup>. Assim, deve o juiz valorar livremente a prova (art. 131, Código de Processo Civil), não preterindo prova testemunhal em face de documental, pois muitas vezes a parte mais fraca, por força de óbices educacionais, não se preparou adequadamente para a defesa de seu direito em juízo. O juiz deve valorar livremente os elementos probatórios do processo, segundo sua própria sensibilidade, sem estar vinculado a estritos critérios legais que predeterminem o valor de cada meio de prova<sup>289</sup>.

Todavia, cabe lembrar a advertência de Eduardo Cambi, segundo o qual o princípio do livre convencimento é mitigado pelo senso de responsabilidade, norteado pelos padrões de justiça e pelos limites econômicos previstos na Constituição, sendo buscados mediante um processo justo, com ampla participação e controle das partes<sup>290</sup>.

A livre valoração da prova, em oposição ao rígido sistema das provas legais, permite o reequilíbrio de forças em juízo. Para Cappelletti essa perspectiva assinala o tardio ingresso das idéias renascentistas no processo, que não deve estar mais fundamentado em apriorismos escolásticos nem em simples abstrações, mas sobre a análise fenomenológica e experimental da realidade. O método da oralidade passa a ter grande importância nesta ambiência, implicando uma renovada confiança no homem e no “homem-juiz”, nas suas capacidades de objetiva observação e de análise serena e imparcial dos dados observados<sup>291</sup>.

Nicolò Trocker menciona que a oralidade é um instrumento válido para uma análise mais profunda da causa e de um acerto mais completo dos fatos, favorecendo uma decisão mais justa e adequada da controvérsia. Para o autor italiano a oralidade é importante para garantir o adequado direito de defesa, sendo *conditio sine qua non* do rigoroso respeito ao contraditório (*rechtliches Gehör*)<sup>292</sup>.

Daí a contemporânea e feliz afirmação de Carreira Alvim, segundo o qual a prova

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>289</sup> CALAMANDREI, P. *Eles os juízes... in verbis*, “Ouve-se repetir que a prova testemunhal é o instrumento típico da má fé processual e que, de testemunhas desmemoriadas, quando não corrompidas, a justiça só pode esperar traição. Talvez seja verdade, mas suspeito que dessa tradicional lamentação contra a fragilidade do testemunho é em grande parte responsável a inaptidão ou a preguiça dos que são chamados a recolhê-lo.” DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.II. p. 242. No mesmo sentido ver CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 278/279.

<sup>290</sup> CAMBI, E. *Op. cit.* p. 667.

<sup>291</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O valor atual do princípio da oralidade*. In: Revista Jurídica. n° 297. 2002. p. 17.

<sup>292</sup> TROCKER, N. *Op. cit.* p. 419-420.

testemunhal *lato sensu* – inclusive o depoimento pessoal e a confissão – são meios hábeis para revelar a prova inequívoca para os fins do art. 273 do Código de Processo Civil<sup>293</sup>.

Cândido Rangel Dinamarco destaca que, no processo civil pátrio, o maior número de atos orais não se encontra no procedimento ordinário, e sim no sumário. Neste, a própria resposta se deduz em audiência (artigo 278 do Código de Processo Civil) nos processos dos juizados especiais - onde o próprio pedido pode ser feito em forma verbal na secretaria ( Lei 9.099 de 1995, artigo 14), bem como a contestação, sendo necessariamente orais a tomada de depoimentos e a sentença (Lei 9.099 de 1995, artigo 28)<sup>294</sup>.

Deste poder do juiz valorar livremente a prova, e também de determinar a produção de provas de ofício (art. 130, Código Processo Civil) decorre que para o magistrado não existe preclusão quanto à prova. Por isso, se a parte apresenta o rol de testemunhas ou documentos fora do prazo, poderá o juiz determinar de ofício a produção da respectiva prova, se entendê-la importante para formar seu convencimento. Pode também determinar audiência de ofício de qualquer das partes ou de testemunhas referidas, ou a realização de perícias ou de inspeções, embora não requerida pelas partes<sup>295</sup>.

Desta perspectiva de atuação do juiz resultam dispositivos legais como o artigo 1.197 do Código Processo Civil que possibilita ao juiz de ofício suspender do exercício de suas funções o tutor ou curador, nomeando-lhe interinamente o substituto; o artigo 112 § único do Código de Processo Civil, que determina que o juiz pode de ofício declarar a nulidade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, declinando de competência para o juízo de domicílio do réu; o artigo 33 da Lei 6.830 de 1980, que determina ao juiz que comunique de ofício à repartição da Fazenda Pública a decisão transitada em julgado. É facultado ainda ao juiz, para cumprir o seu dever assegurar as partes igualdade de tratamento (art. 125, I do Código de Processo Civil), prorrogar quaisquer prazos, mas comarcas onde for difícil o transporte, mas nunca por mais de 60 dias.

Concretamente, a situação de um particular que não é beneficiado pela garantia processual é diretamente afetada pelo fato de outro particular se beneficiar, desde que

---

<sup>293</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *A antecipação de tutela na reforma processual*. Disponível em <[http://www.ipej-rj.com.br/2006/artigo\\_anexo/007-ANTECIPAÇÃO%20DE%20TUTELA%20NA%20REFORMA%20PROCESSUAL.doc](http://www.ipej-rj.com.br/2006/artigo_anexo/007-ANTECIPAÇÃO%20DE%20TUTELA%20NA%20REFORMA%20PROCESSUAL.doc)>. Acessado em 20 de setembro de 2007. p. 16.

<sup>294</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...*v.II p. 477.

<sup>295</sup> LACERDA, Galeno. *O juiz e a justiça no Brasil*. In: Revista de Processo. nº 61. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 167.

ambos estejam em situação comparável. As diferenças de tratamento realizadas entre dois indivíduos em um mesmo processo podem ser incompatíveis com a igualdade mesmo quando individualmente o tratamento dado a cada indivíduo respeite a Constituição<sup>296</sup>.

Estes devem ser os métodos norteadores da atividade do juiz ao averiguar a violação da igualdade. Ele deverá, em consonância com o atual momento metodológico do processo civil, intervir não apenas para verificar a existência de um motivo objetivo e razoável, mas também para garantir a paridade de armas<sup>297</sup>. Esta vai significar que toda a parte em um processo deve ter o direito de expor sua causa sem estar em desvantagem com relação ao adversário, em observância ao contraditório<sup>298</sup>.

Importantíssimo aspecto do contraditório é assegurar a existência de uma ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz, pois, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais<sup>299</sup>.

Advêm daí a afirmação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, de que a efetividade do contraditório “não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da cognição”<sup>300</sup>.

No mesmo sentido afirma Nicolò Trocker que o contraditório deve assegurar a constante possibilidade de participar ativamente do desenvolvimento do processo, cooperando na pesquisa dos fatos, no recolhimento das provas e na elaboração e formação do reconhecimento do juiz<sup>301</sup>.

Esse exercício adequado do direito de defesa implica na inadmissibilidade que sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apoie, em ponto fundamental, sobre fatos que as partes não tenham tomado posição, não tendo sido capazes de influenciar o provimento jurisdicional. É neste diapasão que se alerta para os riscos da regra do *iura novit curia*, que pode acabar redundando em instrumento de opressão e

---

<sup>296</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 550.

<sup>297</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 299.

<sup>298</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 497. GRECO, L. *Garantias...* p. 257.

<sup>299</sup> GRECO, L. *O princípio...* p. 544. TROCKER, N. *Op. cit.* p. 386. “*Ma in questo suo nucleo essenziale il contraddittorio non esprime l’esigenza che le parti si trovino su un piano di parità formale nel processo, né postula affatto la cd. Neutralità del giudice, bensì richiede semplicemente che gli interessati siano posti in grado di influire attivamente sull’esito del giudizio*”.

<sup>300</sup> OLIVEIRA, C. A. A. de. *Op. cit.* p. 140.

<sup>301</sup> TROCKER, N. *Op. cit.* p. 372.

autoritarismo<sup>302</sup>, obstruindo o efetivo contraditório e oportunidade das partes influenciarem em igualdade de condições o convencimento do magistrado.

As recentes reformas processuais têm sacrificado a garantia do contraditório, em prol de duvidosa celeridade, que tem sido verdadeira panacéia do contencioso de massa. É neste contexto que se insere a lei 11.277 de 2006 e 11.382 de 2006, que respectivamente, introduziu o artigo 285-A e alterou o artigo 687 do Código de Processo Civil.

Em sentido contrário, Teresa Arruda Alvim Wambier sustenta que as recentes reformas são odes aos princípios da legalidade e igualdade. Para a autora estes cânones do direito processual levam a que se considerem desejáveis soluções que tendam a evitar discrepâncias na jurisprudência. Decorreria daí a necessidade de uniformizar a jurisprudência, e de se evitar que a situações idênticas se dêem soluções diferentes com base no mesmo texto da lei. Estariam inseridos neste contexto a extensão ampla que se presta à eficácia da sentença e à respectiva coisa julgada nas ações coletivas *lato sensu*, a possibilidade do legislativo suspender a eficácia de determinado texto legal tido como inconstitucional apenas *incidenter tantum*, nos embargos de divergência e a uniformização de jurisprudência<sup>303</sup>.

Também Paulo Henrique dos Santos Lucon se posiciona no mesmo sentido, afirmando que o referido dispositivo não viola o contraditório, pois este “é apenas diferido para o caso de o autor apelar”<sup>304</sup>.

Para nós, o pragmatismo do chamado “processo civil de resultados” traz muitas vezes, enormes danos aos valores mais importantes do processo civil. Daí a sempre pertinente advertência de Cappelletti e Garth de que o uso de procedimentos rápidos pode resultar em produto de má qualidade além de subverter os fundamentos do processo justo e humanitário. Mesmo uma mudança na direção de um significado mais “social” da justiça não quer dizer que o conjunto de valores do procedimento tradicional deva ser sacrificado<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> OLIVEIRA, C. A. A. de. *Op. cit.* p. 143. Cabe ressaltar, como relembra Paulo Henrique dos Santos Lucon, que o contraditório deve ser observado até mesmo nas questões passíveis de serem analisadas de ofício. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil*. In: Revista do advogado, nº 88, p. 164.

<sup>303</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia, como inspiradores da compreensão de algumas recentes alterações do direito positivo – Constituição Federal e CPC*. São Paulo: Revista do Advogado. n. 88. p. 188.

<sup>304</sup> LUCON, P. H. S. *Novas tendências ...* p. 165.

<sup>305</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 164/165.

#### 4.2.1 Poderes do magistrado e paridade de armas

No século XIX, a ideologia do Estado não intervencionista, liberal, repercutia diretamente na forma de atuação dos juízes, que sustentavam posição de inércia perante a condução do processo. As partes movimentavam o processo de acordo com a sua capacidade e possibilidade técnica, econômica e social, sem que o magistrado pudesse intervir e determinar, por exemplo, a produção de provas de ofício<sup>306</sup>. Ao juiz não era facultado aplicar princípios constitucionais, que eram vistos como abstratos e vagos, devendo se ater aos dispositivos legislativos que lhes davam realização positiva, como se sustentava na França da Terceira República<sup>307</sup>.

No Brasil, na vigência das Ordenações, a legislação previa que o juiz deveria julgar “segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que a consciência lhe dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito foi provado”<sup>308</sup>.

Eduardo Couture assinala que neste período o processo civil foi reduzido a mera relação de direito privado, sendo a inércia do juiz vista como conseqüência da autonomia da vontade, não havendo demanda em matéria cível realizada de ofício. Só a vontade colocava em funcionamento os órgãos jurisdicionais, não estando o impulso processual ligado a decisão do estado. Regiam a relação de direito processual os princípios dispositivo, da prova racional, do impulso processual a cargo da parte, do processo escrito e da audiência bilateral<sup>309</sup>.

Todo esse sistema tinha como paradigma apenas a igualdade formal das partes perante a lei. O princípio da autonomia da vontade era compreendido como a expressão da liberdade e possibilidade de igualdade dos indivíduos perante o ordenamento jurídico<sup>310</sup>. Tratava-se de reflexo da filosofia liberal, que em sua essência trazia a idéia de que “o indivíduo deve ter a liberdade de usar ao máximo suas capacidades e oportunidades de acordo com suas próprias escolhas, sujeito somente à obrigação de

---

<sup>306</sup>MORALLES, L. C. P. *Op. cit.* p. 16.

<sup>307</sup>MALBERG, R. C. *Op. cit.* p. 120.

<sup>308</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 109.

<sup>309</sup> COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal*. 2ª ed. Buenos Aires: DePalma. 1978. p.309-p.310.

<sup>310</sup> COUTURE, E. *Op. cit.* p. 323.

não interferir na liberdade de outros indivíduos fazerem o mesmo”<sup>311</sup>.

Este sistema, alicerçado na igualdade como mero princípio teórico, punha-se em contraste com a realidade da vida, perecendo nos casos em que não houvesse contendas entre pessoas ou coletividades que ocupassem posições semelhantes na sociedade. Ficava claro este modelo ruía quando empregados litigavam contra seus patrões ou quando o indivíduo almejava reconhecer seus direitos em face do estado onipotente<sup>312</sup>.

Calamandrei, na Itália da primeira metade do século XX, lembrava que uma das finalidades do processo civil é aproximar a justiça do povo, tornando-o mais próximo e acessível das pessoas humildes. Reconhecia o autor que a afirmação meramente jurídica da igualdade tornar-se letra morta quando no caso concreto a disparidade de recursos econômicos deixa uma das partes em condições desfavoráveis<sup>313</sup>.

A mera transição para o sistema do juiz ativo, sob a égide dos modelos autoritários do entre Guerras, não foi capaz de suprir as necessidades sociais que clamavam por um processo mais justo. Esse modelo desmoronou na Europa continental desde o término da Segunda Guerra Mundial, pois, nas palavras de Leonardo Greco, “pregava o abandono do princípio dispositivo e a outorga ao juiz de amplos poderes de determinar de ofício todas as provas necessárias à formação do seu convencimento, mesmo nas causas que versassem sobre interesses disponíveis”<sup>314</sup>. Esta é a razão da doutrina francesa afirmar que o princípio da imparcialidade do juiz ganhou maior amplitude após a segunda guerra<sup>315</sup>.

Importantíssima, neste sentido, é a observação de Eduardo Couture:

*Decir que el problema procesal se resuelve invistiendo al juez de los plenos poderes discrecionales de un jefe de estado autoritario, reforzando al máximo su autoridad, significa dejar las cosas en su punto anterior. Porque entonces, de allí en adelante, el problema será el juez. En el momento mismo en que las formas dejan de ser una inquietud, el juez comienza a ser algo inquietante*<sup>316</sup>.

O Código de Processo Civil de 1973 foi uma das últimas manifestações da

<sup>311</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Trad.: Luciana Carli. São Paulo: Nova Cultural. 3 ed. 1988. p. 175.

<sup>312</sup> COUTURE, E. *Op. cit.* p. 323.

<sup>313</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Bookseller. 2003. p.345.

<sup>314</sup> GRECO, L. *A prova...* p. 102.

<sup>315</sup> JEULAND, E. *Op. cit.* p. 197.

<sup>316</sup> COUTURE, E. *Op. cit.* p. 340.

crença na supremacia do interesse público e na excelência do Estado-Providência, excessivamente interventivo. Esta foi a fonte do artigo 130 do Código de Processo Civil pátrio, que almejava maior proximidade com a verdade objetiva através do aumento dos poderes inquisitórios dos magistrados<sup>317</sup>.

Com o desenvolvimento dos estudos humanitários em prol da efetiva igualdade em juízo se compreendeu que era essencial mudança na postura do juiz, que passou a não ser mais visto como um sujeito inerte e passivo, imparcial com relação ao conteúdo da controvérsia, mas não com respeito à relação processual<sup>318</sup>. Emergiu daí a responsabilidade material do juiz pela condução do processo, onde se entendia, sem afastar a importância essencial da sua imparcialidade, que este, diante da parte mal defendida, em vez de permanecer passivo e complacente, à vista dos erros, das omissões e da incapacidade da parte, assumia um papel ativo. Esta nova postura decorre dos alicerces sobre os quais se funda o estado de nossa época, quais sejam, a liberdade individual e a igualdade de oportunidades<sup>319</sup>.

Trata-se do juiz democrático, não mais do juiz inquisitório nem inerte. Este novo juiz deve “respeitar a liberdade das partes na iniciativa probatória na medida em que elas se presumem encontrar-se na posição ideal para avaliar a relevância e utilidade de cada prova em relação à sua versão dos fatos”<sup>320</sup>.

Este movimento em prol da efetividade da regra isonômica não ficou restrito aos sistemas de tradição romanistas, da Europa continental e das outrora colônias. A Inglaterra, por exemplo, realizou progressiva transição do *reactive system* para o *proactive system*, passando os tribunais a preocupar-se com a condução dos litígios, objetivando a efetiva tutela dos direitos<sup>321</sup>.

É neste contexto que se passou a entender, tanto nos ordenamentos da *civil law* quanto da *common law*, que um comportamento ativo do julgador possibilitaria maior

---

<sup>317</sup> GRECO, L. *A prova...* p. 101-102.

<sup>318</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*. In: Revista de Processo. nº 65. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 129.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>320</sup> GRECO, L. *A prova...*p. 102.

<sup>321</sup> CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 38, *in verbis* “The English civil justice system has longbeen notorious for its delays. However, the past two decades have seen a fundamental change in the attitude of the English courts toward the conduct of litigation. There has been a progressive move away from a “reactive” system, moving at the pace of the parties, to a “proactive” system of “case management”. The “overriding objective” of the Civil Procedure Rules is to deal with cases justly. This entails, dealing with cases, so far as practicable, “expeditiously and fairly”. The courts have been given extensive powers of management over all proceedings. “Fast track” cases should be allocated timetables of no more than 30 weeks between commencement and trial.”; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Uma Novidade: O código de processo civil inglês*. Revista de Direito Renovar. Nº 15. 1999. p. 57.

respeito ao princípio da igualdade real entre as partes, através da participação efetiva na produção probatória, podendo o magistrado, quando necessário, realizar inspeções e inquirir testemunhas não apresentadas pelas partes<sup>322</sup>.

Esse juiz democrático, como bem observa Leonardo Greco, somente intervém subsidiariamente na proposição de provas por elas não requeridas. Isto ocorrerá quando necessário para garantir a paridade de armas, suprindo a dificuldade em que uma delas se encontre no exercício dos seus meios de defesa, em razão da inferioridade no acesso a esses meios em relação à outra, ou em razão da desídia ou inércia do seu advogado ou até mesmo da impossibilidade de descobrir que provas poderiam vir a gerar a convicção do juiz<sup>323</sup>. Todavia, a regra, como assinala Emmanuel Jeuland, é de que no processo civil são as partes que dirigem o processo<sup>324</sup>.

Parece-nos interessante a observação de Cândido Dinamarco, de que o juiz deverá atuar de ofício “quando se aperceber de que a omissão é fruto da pobreza, de deficiências culturais das partes ou da insuficiência do patrocínio que lhes está ao alcance”<sup>325</sup>. Também merece atenção a observação do mesmo autor, mas em obra distinta, de que “nos processos sobre direitos indisponíveis, o juiz compartilha com as partes do encargo probatório, aflorando ditames relativos à sua liberdade investigatória”<sup>326</sup>.

Modernamente, a presença de julgadores mais ativos tem sido extremamente valorizada nos chamados “procedimentos especiais de pequenas causas”, que encontram sua projeção no Brasil nos Juizados Especiais instituídos pela lei 9.099 de 1995. Nos litígios submetidos a este rito a atuação dos magistrados é essencial para assegurar a paridade de armas, auxiliando os litigantes que não contam com assistência profissional. As reformas instituidoras deste procedimento, nas democracias ocidentais, tendem a

---

<sup>322</sup> BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. cit.* p. 98-11. FINOTTI SILVA, Nelson. *Paridade de armas no Processo Civil*. Revista Jurídica. n. 327. p. 31.

<sup>323</sup> GRECO, L. *A prova...* p. 102.

<sup>324</sup> JEULAND, E. *Op. cit.* p. 197.

<sup>325</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v. III. p. 55. No mesmo sentido, Sergio Alves Gomes atenta que “embora não caiba ao juiz dirimir tão grave problema de natureza econômica e social, cabe-lhe empenhar-se para reduzir seus reflexos na esfera processual. Para tanto utilizará dos poderes que lhe são conferidos. Adotará atitudes ativas em prol da igualdade de participação das partes no processo. Determinará produção de provas relevantes ao esclarecimento da verdade, ao perceber que por deficiência econômica a parte deixou de fazê-lo. Trata-se de providência que colaborará para uma decisão justa do litígio em consideração”. GOMES, S. A. *Op. cit.* p. 81.

<sup>326</sup> DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 305. Leonardo Greco atenta para a importância do juiz ativo no procedimento de interdição: “...para a decretação da incapacidade, o juiz deve exercer com vigor o seu poder de produzir provas, sem prejuízo das que forem propostas pelo requerente, pelo requerido ou pelo seu curador.” GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. 1 ed. São Paulo: Dialética. 2003. p. 116.

promover tal atitude através da simplificação de algumas regras de produção de provas, o que permite, como ocorre, por exemplo, na Inglaterra e na Suécia, grande flexibilidade processual, conforme o tipo da demanda. O juiz ativo e menos formal tornou-se uma característica dos tribunais de pequenas causas<sup>327</sup>.

Neste sentido é a lição do ilustre processualista Luiz Fux:

“Minimizando esse grave problema erigido em barreira de acesso à justiça, a Lei dos Juizados Especiais permite que o juiz, despindo-se da condição de mero espectador do “duelo entre as partes” engendre notável “ativismo judicial” na busca das provas da verossimilhança daquilo que se alega. E, nesse mister, inúmeras vezes sem perder a sua imparcialidade, sem deixar de se manter eqüidistante – como se lhe exige o fundamento do monopólio jurisdicional nas mãos do judiciário -, o magistrado supre as carências probatórias a pretexto de julgar segundo a maior coincidência possível entre o que se passou na vida dos fenômenos e na vida do processo”<sup>328</sup>.

#### 4.2.2 Limites à postura ativa do juiz

A atividade instrutória do juiz encontra alguns limites. No direito pátrio o artigo 128 do Código de Processo Civil veda que o juiz conheça feitos não suscitados pelas partes, decidindo a lide nos estritos limites em que foi proposta. O artigo 460 proíbe ao juiz sentenciar a favor do autor, em natureza diversa do pedido, bem como condenar o réu em quantidade superior, ou em objeto diverso daquilo que lhe foi demandado, estabelecendo o princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte.<sup>329</sup> O escopo de atuação do direito material também não autoriza a concessão de antecipação de tutela de ofício<sup>330</sup> assim como julgamento *citra, extra* ou *ultra petita*<sup>331</sup>. Julgar sem observar os limites da demanda proposta significa julgar, em alguma medida, sem a iniciativa de

<sup>327</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 103.

<sup>328</sup> FUX, Luiz. *Juizados Especiais – um sonho de justiça*. In: Revista de Processo. São Paulo: revista dos Tribunais. n. 90, 1998. p. 156.

<sup>329</sup> CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p.222

<sup>330</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v. I. p. 163

<sup>331</sup> BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. cit.* p. 130. DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.II. p. 188. *Ipsis litteris*: “Em nenhum processo o resultado a ser produzido pelo juiz poderá extrapolar os limites do objeto do processo – seja mediante outorga de outro bem, ou bens em quantidade maior, ou mesmo de um provimento jurisdicional diferente do pedido. Se pediu mera declaração de que crédito existe, o juiz não poderá condenar o réu a pagar; se foi pedida a resilição de um negócio jurídico, fica excluída a possibilidade de sentença declarando-o nulo; nem pode haver condenação a pagar, quando foi pedida a execução etc.”.

parte, o que é vedado pelo dever de inércia inicial, imposta pelos artigos 2º e 262 do Código de Processo Civil<sup>332</sup>. A doutrina e a jurisprudência também têm entendido que o juiz não pode conhecer de ofício a incompetência relativa (Súmula 33 STJ)<sup>333</sup> e o benefício da justiça gratuita<sup>334</sup>.

Não pode o juiz levar em conta sua ciência privada dos fatos relevantes, como se depreende do vetusto brocardo *quod non est in actis non est in mundo*. Toda decisão judicial deve ser tomada com base na lei e atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos (art. 131 do Código de Processo Civil). Quando tiver conhecimento pessoal dos fatos a cujo respeito julgará, é dever do magistrado dar-se por impedido e servir de testemunha, para que outro juiz julgue a demanda (art. 409, inciso I, do Código de Processo Civil)<sup>335</sup>.

Os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, não em relação aos meios de prova que ele entender necessários à formação de seu convencimento. E não se trata de atividade meramente supletiva. Deve o juiz atuar de forma dinâmica, visando a trazer para os autos retrato fiel da realidade jurídico-material.<sup>336</sup>

As provas ilícitas também limitam os poderes do juiz. Elas só poderão ser objeto de sua cognição se não existir outro meio de prova idôneo a comprovação do direito alegado pelo autor. Decorre que por vezes prevalece o direito de acesso à justiça do autor (art. 5º, XXXV, Constituição) em face da garantia individual da vedação das provas ilícitas no processo civil (art. 5º, LVI, Constituição)<sup>337</sup>.

Ganha relevo, como mencionam José Cretella Neto e Nelson Nery Júnior, para abrandar a vedação absoluta à utilização das provas ilícitas o princípio da proporcionalidade, que permite interpretar a norma jurídica segundo um critério comparatístico entre os bens jurídicos em jogo, de modo a solucionar o caso em concreto segundo o critério mais justo.<sup>338</sup>

Discordamos, todavia, da opinião de Cândido Rangel Dinamarco, que em defesa

---

<sup>332</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.II. p. 237.

<sup>333</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?* In: Revista Forense. v. 312. Rio de Janeiro: Forense. 1990. p.26. DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v. I. p. 598.

<sup>334</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *A assistência judiciária sob o ângulo do requerido*. In: Revista do advogado. 2000. p. 83.

<sup>335</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.II. p. 237.

<sup>336</sup> BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. cit.* p.94.

<sup>337</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.III. p. 51.

<sup>338</sup> CRETELLA NETO, J. *Op. cit.* p. 327-329. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p.194.

da admissibilidade das provas ilícitas afirma ser “imoral o zelo pela intimidade de pessoas de cujo comportamento contrário ao direito e à sociedade já não se tem dúvida”<sup>339</sup>. Tal concepção nos parece incompatível com o Estado Democrático de Direito, fundado no primado dos direitos fundamentais, dos quais se ressalta a dignidade da pessoa humana. O ser humano, deve ser visto como um fim em si mesmo, não devendo sua dignidade ser desprezada para a consecução de fins públicos.

Além disso, como relembra Nelson Nery Júnior, não vige, em toda a sua amplitude, o princípio da busca da verdade real, de modo que devem ser impostas algumas restrições à obtenção da prova, pois os direitos fundamentais devem ser desrespeitados<sup>340</sup>.

A busca pela paridade de armas também não autoriza julgamentos *contra legem*, pois estes são relevantes fatores de instabilidade social, comprometendo a segurança jurídica e os demais escopos do processo civil. As matizes constitucionais do processo civil brasileiro apontam-no como um sistema em que prepondera a legalidade, estando o juiz adstrito ao que dispõe a lei e garante a Constituição não lhe sendo lícito privar as partes dos meios processuais institucionalizados no direito positivo. Não se admite a invocação do direito à prova como absoluto.<sup>341</sup>

Não é vedado ao magistrado verificar se o poder estatal de criar distinções entre diferentes situações, notavelmente sobre grupos sociais, reintroduz privilégios ou cria distinções injustificadas.<sup>342</sup> Eficaz será neste sentido o controle de constitucionalidade incidental (art. 480 a 482 do Código de Processo Civil) e concentrado (art. 102, I, a, Constituição; Lei 9868/99 e 9882/99), visando afastar a aplicação da legislação inconstitucional e coibir o arbítrio estatal.

O controle do respeito destes limites pelo juiz se exerce pela publicidade dos atos processuais, que é o único instrumento eficaz do controle da exação dos juízes no cumprimento dos seus deveres e do respeito à dignidade humana e igualdade das partes.<sup>343</sup> A publicidade dos atos processuais permite ao público a fiscalização de seus

---

<sup>339</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.III. p. 51.

<sup>340</sup> NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.* p. 195.

<sup>341</sup> BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. cit.* p.11. DINAMARCO, C. *Instituições...* v. I. p.182.

<sup>342</sup> PELLISSIER, G. *Op. cit.* p. 29

<sup>343</sup> GRECO, L. *Garantias...* p. 266. ALDER, John. *Constitutional and administrative law*. 6 ed. New York: Palgrave Macmillan. 2007. p. 414. “The primary justification for the giving of reasons is respect for human dignity and equality, so that those who purport to exercise power must be accountable”. CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 35. *Ipsis litteris*: “Open justice promotes the rule of law. Citizens of all ranks in a democracy must be subject to transparent legal restraint, especially those holding judicial or executive offices. Publicity whether in the courts, the press or both, is a powerful deterrent to abuse of power and improper behavior.”

juízes sendo importante para a legitimidade do exercício da jurisdição<sup>344</sup>.

Richard Clayton e Hugh Tomlinson enumeram outras razões para a observância do princípio da publicidade. Ele evita hábitos inapropriados por parte da corte, mantém a confiança pública na administração da justiça e possibilita o público saber se a justiça está sendo bem administrada. Isto, todavia, não impede que em alguns casos ocorra a supressão da publicidade, que será legítima para a proteção da intimidade das pessoas, como nas causas de direito de família e preservação de segredo comercial. Para os autores, considerações quanto à segurança nacional não são suficientes para restringir a publicidade<sup>345</sup>.

Outro importante mecanismo de controle é a motivação das decisões judiciais. Ela confere racionalismo e legitimidade a independência de que goza o juiz, na medida em que ele explicita as razões pelas quais chega às conclusões adotadas. A motivação deve ser tal que traga ao leitor a sensação de que o juiz decidiu de determinado modo porque assim impunham os fundamentos adotados, havendo respeito à coerência da motivação<sup>346</sup>. Trata-se de exigência inerente ao Estado Democrático de Direito, bem como instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa<sup>347</sup>.

O juiz deve determinar o direito e os fatos que deram ensejo a sua decisão. Esta é a função do “*due process and justice*”. Para Richard Clayton e Hugh Tomlinson é essencial que nenhuma das partes tenha dúvida sobre qual foi a razão do provimento favorável ou desfavorável, pois uma fundamentação deve ser baseada em algo mais convincente do que mera evidências. Apenas assim estará cumprido o dever do magistrado de motivar suas decisões<sup>348</sup>.

Na França, Serge Guinchard comenta que a motivação é indispensável para a qualidade da justiça, sendo importantíssima para o controle do arbítrio dos magistrados. Além disso, permite uma análise científica da jurisprudência e o exercício do duplo grau de jurisdição pelos tribunais<sup>349</sup>.

---

<sup>344</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* p.236.

<sup>345</sup> GRECO, L. *Garantias...* p. 267. CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 35

<sup>346</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* p.243. MARINONI, L. G. *A jurisdição...* p. 56. *Ipsis Litteris*: “Não basta o juiz estar convencido, deve ele demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva”.

<sup>347</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira turma. Relator: Ministro Menezes Direito. Recurso Extraordinário 54095/RJ. Brasília, 19 de fevereiro de 2008.

<sup>348</sup> CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 39

<sup>349</sup> GUINCHARD, S. *Et alii. Op cit.* p. 685.

Como bem destaca Barbosa Moreira, a fundamentação dos julgados, em seu aspecto técnico, é de grande importância para a sua correta interpretação, delimitação do âmbito da *res iudicata* e para economizar impugnações. Em seu valor contemporâneo, ela tem a função de aferir, *in concreto*, a imparcialidade do juiz, permitindo a verificar se o julgamento constitui ou não produto da apreciação objetiva da causa, em clima de neutralidade diante das partes<sup>350</sup>.

Apesar de sua grande importância, a obrigação de motivar as decisões judiciais não é antiga no direito francês, tendo sido introduzida em 1790. No direito processual europeu, sua força não é tão grande, e seu valor foi fixado pela Corte europeia de direitos humanos apenas recentemente. Esta compreende a mencionada garantia como uma aplicação autônoma da noção de processo justo presente no artigo 6º da Convenção europeia de direitos humanos. O aludido tribunal entende ainda, em interpretação restritiva deste princípio, que não existe necessidade de cada argumento do demandante ser respondido pelo tribunal<sup>351</sup>.

No Brasil, a obrigatoriedade da motivação tem raízes no Código Filipino, que a estatua no Livro III, Título LXVI, §7<sup>352</sup>. Atualmente, este poderoso mecanismo de controle da exação dos juizes está expresso nos incisos IX e X do artigo 93 da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que estabelecem que todos os julgamentos e decisões administrativas dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as suas decisões. Trata-se de disposição de grande amplitude, especialmente em face da legislação de países como a França, que não exigem a fundamentação das medidas de administração judiciária, apenas por não as considerar julgamentos<sup>353</sup>.

#### 4.2.3 A Imparcialidade do juiz: óbice ao comportamento ativo?

A igualdade entre as partes em juízo inclui o julgamento por um juiz imparcial,

<sup>350</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. In: Temas de direito processual. Segunda série. 1 ed. São Paulo: Saraiva. 1980. p. 86.

<sup>351</sup> GUINCHARD, S. *Et alii*. *Op cit.* p. 686. Louis Favoreu destaca que na Corte Constitucional austríaca “A deliberação e o voto são tomados a portas fechadas. Os votos não são publicados e as opiniões dissidentes não são antecipadas.” FAVOREU, L. *Op. cit.* p. 45.

<sup>352</sup> MOREIRA, J. C. B. *A motivação...* p. 85.

<sup>353</sup> GUINCHARD, S. *Et alii*. *Op cit.* p. 688.

ou seja, um juiz equidistante das partes e dos interesses a eles submetidos. Esse magistrado vai examinar a postulação que lhe foi dirigida no intuito exclusivo de proteger o interesse de quem tiver razão. A imparcialidade importa em determinar realisticamente o que vai comprometer o interesse do juiz, sendo ele desqualificado quando for parte litigante, tiver interesse financeiro ou qualquer outro no resultado final do processo<sup>354</sup>.

Não se exige que o magistrado seja alheio a realidade que o cerca, não possuindo nenhuma opinião *a priori*. O que se procura evitar, como ressalta John Alder, são alguns comprometimentos mais evidentes, tais como interesses financeiros na causa ou proximidade com as partes<sup>355</sup>.

Richard Clayton e Hugh Tomlinson afirmam que a imparcialidade deve se submeter a dois testes, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro constituiria na determinação das garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima quanto a sua observância e o segundo é a base da convicção particular de um determinado juiz. Deve prevalecer a máxima “Justiça é não apenas para ser feita, mas para ser vista sendo feita”. A confiança nos tribunais, em uma sociedade democrática, deve inspirar os cidadãos<sup>356</sup>.

Emmanuel Jeuland afirma que existem mecanismos preventivos e *a posteriori* de controle da imparcialidade do juiz. Os mecanismos preventivos seriam a publicidade das decisões e os procedimentos de *récusation* e de *suspicion legitime*. O primeiro é trazido pela Convenção Européia de Direitos do Homem, no artigo 6-1 e objetiva controlar as decisões do juiz através da presença do público. O procedimento de *récusation* (artigo 341 do *Code de procédure civile française*) assemelha-se bastante à disciplina dos impedimentos e da suspeição no direito brasileiro, pois afasta o juiz quando este possuir interesse pessoal na causa; quando for credor, devedor, herdeiro ou donatário de uma das partes; quando for parente até o quarto grau ou possuir relação de amizade ou inimizade com uma das partes<sup>357</sup>.

O procedimento de *suspicion legitime* se assemelha bastante ao de *récusation*,

<sup>354</sup> CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 30. GRECO, L. *Garantias...* p.231. Juan Montero Aroca comenta que “*La imparcialidad o, mejor, su falta, la parcialidad, ha de guardar siempre relación con el designo o prevención de poder la función que se ejercita, no al servicio del recto cumplimiento de la misma, sino al servicio del interés de una de las partes o del interés de quien juzga o procede*”. AROCA, J. M. *Op. cit.* p. 332.

<sup>355</sup> ALDER, J. *Op. cit.* p. 410-411.

<sup>356</sup> CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 109

<sup>357</sup> JEULAND, E. *Op. cit.* p. 204-205. No direito pátrio, conforme leciona Paulo Henrique dos Santos Lucon, os instrumentos da suspeição e do impedimento tem o escopo de propiciar a imparcialidade do juiz e propiciar a igualdade entre as partes. LUCON, P. H. dos S. *Op. cit.* p. 110.

ocorrendo, inclusive, nas mesmas hipóteses, mas tendo aplicabilidade apenas à totalidade de membros de um tribunal, sendo o processo remetido a outro órgão jurisdicional. Por fim, menciona o autor que as medidas a serem realizadas *a posteriori* constituem em pedidos de anulação do processo com fundamento nos artigos 6-1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos perante a Corte de apelação e até mesmo a Corte de cassação<sup>358</sup>.

Essas regras que justificam a exclusão do juiz, como bem destaca Celso Agrícola Barbi, são de ordem subjetiva, referem-se à sua pessoa, e não ao juízo. Se a este se referisse o assunto pertenceria à seara da competência<sup>359</sup>.

Dar tratamentos equilibrados é projeção do dever do magistrado ser substancialmente imparcial: o juiz tem o dever de dar prazos iguais a ambos os litigantes (art. 185, Código de Processo Civil) e iguais oportunidades para se manifestar sobre documentos ou quaisquer outros elementos de prova que venham ao processo. Também se deve velar pela neutralização das desigualdades, através do tratamento diferenciando, concedendo os benefícios da assistência judiciária aos necessitados ou determinando de ofício a realização de uma prova que a parte não tem condições de custear ou produzir. Cumprir a exigência do inciso I do art. 125 é assumir criteriosamente esses comportamentos ativos<sup>360</sup>.

A observância da imparcialidade do magistrado poderá dar-se através do respeito ao contraditório, publicidade e fundamentação das decisões<sup>361</sup>. O contraditório, corolário da proclamação política da participação democrática, não deve apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, devendo o juiz também passar a integrar este princípio, assegurando às partes a possibilidade de influenciar eficazmente as decisões judiciais<sup>362</sup>.

A fundamentação das decisões deve traduzir a conclusão de um debate de idéias que se trava no curso do processo, dirigindo-se às partes, aos demais juízes que deverão tomar conhecimento da demanda em grau de recurso, à comunidade jurídica, e ao público em geral, destacando-se o papel pedagógico do provimento jurisdicional, de

---

<sup>358</sup> JEULAND, E. *Op. cit.* p. 204-205. ALDER, J. *Op. cit.* p. 410-411. “*A direct personal financial interest, however small, will automatically disqualify the decision maker, the law conclusively presuming bias(...)*”.

<sup>359</sup> BARBI, C. A. *Op. cit.* p. 412.

<sup>360</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v. II. P. 235.

<sup>361</sup> BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. cit.* p.113. CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 4.

<sup>362</sup> GRECO, L. *O princípio ...* p. 544.

extraordinária importância para a estabilidade das decisões judiciais<sup>363</sup>.

Julgadores passivos acentuam a distância existente entre os litigantes eventuais e habituais, desfrutando estes de vantagens óbvias ao propor ou defender demandas, na medida em que seus recursos financeiros permitem apresentar argumentos de maneira mais eficiente, além de poder suportar a duração do litígio.<sup>364</sup> A presença do juiz ativo se torna essencial nas causas em que uma das partes litiga sem advogado, tal como nas causas até 20 salários mínimos nos Juizados Especiais Cíveis (art. 9, Lei 9.099/95), pois litigantes com baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos de modo eficiente, sendo mais prejudicados do que beneficiados pela possibilidade de pleitear o provimento jurisdicional sem a assistência de advogado<sup>365</sup>.

Importante instrumento de manutenção da imparcialidade do juiz é a legitimação *ad coadjuvandum* do Ministério Público. Assim torna-se possível ao Estado tomar iniciativas vedadas aos juízes, evitando violações ao princípio dispositivo e à inércia inicial. Neste sentido é que o código de Processo Civil, no seu artigo 82, estabelece que o Ministério Público deve intervir como assistente nas causas em há interesses de incapazes, tendo o dever de atuar sempre no interesse desses assistidos<sup>366</sup>. Também atua neste sentido o *parquet* quando substituto processual do idoso em situação de risco, conforme preceitua os artigos 74, II e 43 da lei 10.741 de 2003, o Estatuto do Idoso. Esta disposição busca assegurar a mais plena paridade de armas, evitando comprometer a imparcialidade do magistrado e têm sido louváveis os esforços da jurisprudência pela sua plena efetividade<sup>367</sup>.

#### 4.2.4 Prazos e contraditório

A disciplina dos prazos é de grande importância para a efetividade do contraditório. Eles devem proporcionar tempo suficiente para que as partes se preparem,

---

<sup>363</sup> FERNANDES, José Henrique Lara. *O devido processo legal e a fundamentação das decisões judiciais na Constituição de 1988*. In: Direito Processual e Direitos Fundamentais. Org.: GRECO, Leonardo. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 62-63.

<sup>364</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 21.

<sup>365</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 29. TOCQUEVILLE, A. *Op. cit.* p. 196.

<sup>366</sup> DINAMARCO, Cândido. *Instituições...* v.II. p. 419-428. GRECO, L. *O princípio ...* p. 551

<sup>367</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 231.789-4/00, Relator: Desembargador Santi Ribeiro. São Paulo, 15 de janeiro de 2008.

evitando quaisquer surpresas<sup>368</sup>. O modelo ideal de processo justo, que trata as partes com dignidade, “confere ao juiz o poder de, sem prejuízo da sua celeridade, dosar os prazos de acordo com as necessidades defensivas da parte, que variam em função das circunstâncias da causa e as imposições do próprio direito material”, sendo esta flexibilidade uma das indispensáveis projeções do princípio do contraditório<sup>369</sup>.

Para nós, então, a paridade de armas, no tocante aos prazos, se realiza através da exigência de lapso de tempo proporcional às situações que disciplinam.

Cândido Rangel Dinamarco observa que o Código de Processo Civil cuida de manter essa igualdade, o que faz nos artigos 508, 522, §2º e 527, V, ao fixar o mesmo prazo para interpor recurso e para responder a ele, cabendo ao juiz, na falta de disposição legal, fixar isonomicamente os prazos judiciais<sup>370</sup>.

O artigo 191 do Código de Processo Civil estabelece que “quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”. Trata-se de regra que busca garantir a paridade de armas, na medida em que almeja assegurar às partes igual oportunidade de influenciar eficazmente as decisões judiciais.

Cândido Rangel Dinamarco e Nelson Nery Júnior afirmam que a *raison d'être* deste dispositivo é a maior dificuldade que o advogado de cada um terá para consultar os autos ou retirá-los de cartório<sup>371</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, conforme nos dá notícia Nelson Nery Júnior, consolidou no enunciado 641 de sua súmula que “não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido”. Neste caso, o único sucumbente teria de recorrer no prazo simples, sem o benefício do artigo 191 do Código de Processo Civil, pois não haveria a dificuldade inerente a presença de decorrentes da multiplicidade de advogados<sup>372</sup>.

Para Athos Gusmão Carneiro este dispositivo também se aplica quando o litisdenunciado contesta o pedido formulado na ação principal e possui procurador outro que não o do denunciante, mesmo se apenas um deles houver apelado da sentença. A regra da contagem majorada dos prazos, todavia, não incide se o denunciado se limita a negar a existência do vínculo do qual decorreria o invocado direito de regresso<sup>373</sup>.

---

<sup>368</sup> CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 33. CRETELLA NETTO, J. *Op. cit.* p. 56.

<sup>369</sup> GRECO, L. *O princípio ...* p. 549.

<sup>370</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.II p. 574.

<sup>371</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.II p. 575. NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. Cit.* p. 93.

<sup>372</sup> NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.* p. 94.

<sup>373</sup> CARNEIRO, A. G. *Intervenção...* p. 128.

Não obstante, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em sede de denunciação da lide, não há de se aplicar o prazo em dobro do artigo 191 do Código de Processo Civil quando o denunciado, comparecendo aos autos, nega a qualidade que lhe é atribuída, não mais se manifestando no processo, pois não houve a formação de litisconsórcio<sup>374</sup>.

Ainda em sede de intervenção de terceiros, insta ressaltar que a doutrina não acolhe o benefício do prazo quando autor e réu iniciais no processo se apresentam, em momento posterior, como litisconsortes passivos da oposição deduzida por terceiro. Eles são representados por procuradores diferentes, mas dispõem do prazo comum de quinze dias (artigo 57 do Código de Processo Civil)<sup>375</sup>.

O artigo 182, *in fine*, do Código de Processo Civil permite ao juiz a prorrogação dos prazos, nos lugares em que as condições de transporte sejam particularmente difíceis, a ponto de impedir o deslocamento das partes e seus patronos à sede do juízo, sendo este dispositivo aplicado tanto aos prazos peremptórios quanto aos dispositivos. Esse poder do juiz é inerente ao *due process of law* e ao próprio contraditório, na medida em que busca garantir a ampla defesa<sup>376</sup>.

Também merece destaque a questão da retratação do relator no agravo interno. Teresa Arruda Alvim Wambier destaca que a legislação não menciona qual providência caberia à parte se houvesse inversão de posições, decorrente da retratação. Para a autora paulista deve-se entender, por força do princípio da isonomia, que existe o direito da parte prejudicada interpor outro agravo, no mesmo prazo<sup>377</sup>. Pedro Miranda de Oliveira compartilha da mesma opinião, acrescentando que se ocorrer retratação quanto à inadmissibilidade do agravo, desta decisão não caberá impugnação, haja vista que o juízo positivo de admissibilidade é irrecorrível, pois é matéria que não preclui, podendo ser revista *ex officio* a qualquer tempo pelo órgão colegiado<sup>378</sup>. Busca-se, assim, permitir o pleno contraditório entre as partes através da flexibilização dos prazos processuais.

É polêmica a questão quanto ao benefício do prazo em favor da Fazenda Pública e Ministério Público do artigo 188 do Código de Processo Civil. O mencionado

<sup>374</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção...* p. 142. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta turma. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Agravo regimental no recurso especial 67684. Brasília, 27 de junho de 1996.

<sup>375</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.II. p. 575.

<sup>376</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.II. p. 559.

<sup>377</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. t. 2. p.434-435, *apud* OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Princípios Constitucionais do Processo Civil no âmbito recursal. In: Processo e Constituição. Org.: FUX, Luiz. NERY JÚNIOR, Nelson. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. P. 356.

<sup>378</sup> OLIVEIRA, P. M. de. *Op. cit.* p. 356

dispositivo dispõe que computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

Quanto à extensão deste tratamento diferenciado Nelson Nery Júnior sustenta que não abarca apenas as causas em que o estado ingressa em juízo com seu perfil financeiro, sendo necessário admitir qualquer das suas entidades da administração direta e autárquicas, sendo irrelevante o tipo de demanda em que a entidade se vê envolvida.<sup>379</sup> Sidney Palharini Júnior e Cândido Rangel Dinamarco compartilham deste entendimento, sustentando seus posicionamentos no Decreto-Lei 7.659 de 21 de junho de 1945 e na Lei 9.469 de 1997, que estenderam a regra às autarquias e às fundações públicas.<sup>380</sup>

Não obstante, como afirma Sérgio Shimura, o tratamento diferenciado benéfico aos entes estatais deve ser interpretado com a menor abrangência possível, na medida em que constitui, em grande parte, óbice ao acesso à justiça dos demais jurisdicionados, como também atenta Fernando de Castro Fontainha.<sup>381</sup>

Afirma Egas Dirceu Muniz de Aragão comenta que o prazo em dobro para recorrer será computado para qualquer recurso, desde que previsto no Código, não estando abrangido o prazo para responder, pois esta não estaria contida no conceito de recorrer<sup>382</sup>.

A doutrina não chega a consenso quanto à constitucionalidade deste dispositivo. De um lado Roberto Rosas<sup>383</sup>, Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>384</sup> e José Cretella Neto<sup>385</sup> entendem pela sua inconstitucionalidade, enquanto João Carlos Souto<sup>386</sup> e Nelson Nery Júnior<sup>387</sup> e outros opinam pela sua constitucionalidade.

Cândido Rangel Dinamarco, em aguçada observação, aponta vício de origem totalitária no benefício do prazo, herdado do Código de Processo Civil de 1939 e do regime do Estado-Novo que o outorgou, sendo, portanto, no mínimo discutível a sua

<sup>379</sup> NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.* p. 84.

<sup>380</sup> PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *O princípio da isonomia aplicado ao direito processual civil*. In: FUX, Luiz. NERY JÚNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 621. DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v. II. p. 576,

<sup>381</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro. *Benefícios da Fazenda Pública em juízo: obstáculo ao acesso à justiça?* Brasília: Revista CEJ. n° 30. 2005. p.19-25.

<sup>382</sup> MUNIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. II. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 110.

<sup>383</sup> ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.39.

<sup>384</sup> LUCON, P. H. dos S. *Op. cit.* p. 121.

<sup>385</sup> CRETELLA NETO, J. *Op. cit.* p. 59

<sup>386</sup> SOUTO, João Carlos. *A união federal em juízo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 270.

<sup>387</sup> NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.* p. 74.

adequação às garantias que a Constituição oferece ao cidadão<sup>388</sup>.

A despeito dos inúmeros escritos doutrinários sobre o assunto deve-se procurar critérios objetivos para se analisar constitucionalidade deste instituto em nosso ordenamento jurídico. Cabe, então, indagar se o tratamento diferenciado instituidor do benefício do prazo está de acordo com os requisitos da base legal, objetivo legítimo e proporcionalidade.<sup>389</sup>

Não há dúvidas de que existe base legal para o prazo diferenciado dado ao Ministério Público e a Fazenda Pública, como decorre do art. 181 do Código de Processo Civil, do Decreto-Lei 7.659 de 21 de junho de 1945 e da Lei 9.469/1997. Não subsiste, entretanto, a construção jurisprudencial que concede o prazo em dobro também em sede de contra-razões, dada a ausência de base legal. Quanto ao objetivo legítimo também há conformidade, pois como afirma a doutrina, este instituto, assim como os demais protetivos da Fazenda Pública, buscam proteger, em última instância, a coletividade através da preservação do erário público.<sup>390</sup>

Todavia, a questão não fica tão evidente no tocante a proporcionalidade da regra do Código de Processo Civil instituidora do tratamento diferenciado, principalmente devido as justificativas mistas utilizadas pelos defensores do mencionado dispositivo que conjugam, de maneira nem sempre comprovada, argumentos de ordem situacional e finalistas.

Parte da doutrina sustenta que as dificuldades de comunicação, as barreiras geográficas e o excesso de processos justificam o tratamento diferenciado<sup>391</sup>. Todavia, como já foi mencionado, a Fazenda Pública se insere dentro da categoria de litigante habitual, desfrutando de todos os benefícios oriundos desta condição, como já evidenciado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.<sup>392</sup> Além destas vantagens o corpo de procuradores dos entes públicos, notavelmente da União, é composto, em sua maioria, por profissionais que recebem subsídios que ultrapassam, e muito, a média dos profissionais liberais, atraindo, portanto, profissionais de elevada qualificação.

Ademais, o cotidiano revela que o maior fomentador de litígios é o próprio Estado, que normalmente atua através de comportamento processual eivado de má fé. Daí Cândido Rangel Dinamarco afirmar que as vantagens concedidas ao Ministério

---

<sup>388</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v.II p. 575-576

<sup>389</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 307-327.

<sup>390</sup> HERTEL, Daniel Roberto. *Reflexos do princípio da isonomia no Direito Processual*. Revista Forense, v. 389. p. 51, 2007.

<sup>391</sup> *Loc. cit.*

<sup>392</sup> CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Op. cit.* p. 72.

Público e à Fazenda não são aceitáveis, por atentar contra a igualdade no processo. Para o autor paulista, o tratamento diferenciado não pode encontrar guarita na condição de mega estrutura da Administração Pública, pois se assim fosse, as grandes empresas também deveriam ser beneficiadas<sup>393</sup>.

Deste modo não se pode deixar de concluir pela não adequação deste dispositivo a nossa ordem constitucional na medida em que não se atende o requisito da proporcionalidade, permitindo com que entes com qualificada representação e condições de trabalho limitem o direito de acesso à justiça dos demais jurisdicionados.

Além disso, o tratamento dado à Fazenda Pública, como destaca Paulo Henrique dos Santos Lucon, configura-se como arbitrário, remontando à época de um modelo estatal superado<sup>394</sup>.

#### 4.2.5 Atos de comunicação

Comunicação processual, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco, é a “transmissão de informações sobre atos do processo às pessoas sobre cujas esferas de direito atuarão os efeitos deste, eventualmente acompanhadas do comando a ter uma conduta positiva ou uma abstenção”. Ela é essencial à efetividade do princípio do contraditório, figurando como instrumentação técnico-processual da ciência dos atos do processo, que é inerente a este. Para ter efetiva oportunidade de reagir, é preciso que o sujeito seja informado do ato, atuando os atos de comunicação processual justamente neste sentido. É a regra do *audita altera pars* presente tanto na *civil law* quanto na *common law*<sup>395</sup>.

A regra presente no Código de Processo Civil é que as intimações sejam feitas pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria. Todavia, alguns entes receberam tratamento diferenciado pela legislação pátria, recebendo intimação pessoal, como Ministério Público (artigo 236, §2º do Código de Processo Civil), Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº. 73 de

---

<sup>393</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Privilégios do Estado em juízo. Conselho Superior de Orientação jurídica da FIESP/CIESP, 1997, p. 5, *apud* CRETELLA NETO, J. *Op. cit.* p. 58.

<sup>394</sup> LUCON, P. H. dos. S. *Op. cit.* p. 118.

<sup>395</sup> CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 33. DINAMARCO, C. R. *Instituições...* v. II. p. 502. NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.* p. 182.

1993, artigo 38) e Defensoria Pública (Lei 1.060 de 1950, artigo 5º, §5º e Lei Complementar nº. 80, artigo 44, I de 1994). Cândido Rangel Dinamarco relata que a jurisprudência entende o *dies a quo* será não o da entrega dos autos no gabinete dessas instituições, mas aquele em que o agente público lança seu ciente nos autos<sup>396</sup>.

João Carlos Souto assevera que o artigo 38 da Lei Complementar nº. 73 de 1993, que confere o benefício das intimações pessoais aos integrantes da Advocacia Geral da União, decorre da “assombrosa quantidade de processos em que o ente público figura como parte, o que contribui para tornar extremamente difícil o controle de prazos por parte dos Procuradores da União”<sup>397</sup>.

Celso Agrícola Barbi atenta que para o Ministério Público a cautela da lei se justifica pela ausência do interesse pessoal dos *parquets* nas causas, e também pela sua majoritária atuação como *custos legis*<sup>398</sup>.

Não obstante a insigne posição em desacordo, acreditamos que o benefício da intimação pessoal apenas subsiste com relação à Defensoria Pública. Esta tem exercido sua atividade em condições excessivamente desvantajosas, o que não ocorre com o Ministério Público e a Advocacia Geral da União, que estão razoavelmente aparelhadas, podendo patrocinar as causas da União em qualquer causa em que esta for parte ou interessada.

O direito de ser comunicado adequadamente sobre a lide e seu conteúdo e de fazer-se ouvir no tribunal tem implicações também na linguagem utilizada no processo<sup>399</sup>. Para nós, não haverá paridade de armas se o tribunal manifestar-se, através dos atos de comunicação, em língua que não seja a mesma do jurisdicionado. Afinal, é impossível que o ato de comunicação cumpra sua função quando redigida em língua estranha ao réu.

A questão, como assinala Nelson Nery Júnior, é mais relevante em países onde existe mais de uma língua oficial ou mais de um grupo étnico-lingüístico. Normalmente, a Constituição ou leis processuais destas nações, asseguram o direito ao intérprete no tribunal, como ocorre na Romênia (art. 102, Constituição), na antiga Iugoslávia (artigo 157, Código de Processo Civil), Bulgária (artigo 5º, Código de Processo Civil), e na antiga Tchecoslováquia (artigo 18, Código de Processo Civil)<sup>400</sup>. Na Áustria existe

<sup>396</sup> DINAMARCO, C. R. *Instituições*.. v. II p. 565.

<sup>397</sup> SOUTO, J. C. *Op. cit.* p. 188.

<sup>398</sup> BARBI, C. A. *Op. cit.* p. 240.

<sup>399</sup> NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.* p. 182.

<sup>400</sup> STALEV, Zhivko. *Fundamental guarantees of litigants in civil proceedings: a survey of the laws of the European people's democracies*. In: CAPPELLETTI, Mauro. TALLON, Denis (coord.).

disposição expressa de lei no sentido de garantir às minorias raciais e linguísticas, o desenvolver do procedimento em sua língua pátria (*Volksgruppengesetz* – Lei dos grupos estrangeiros, § 17), sob pena de ofensa ao princípio do contraditório. Na Alemanha há autorização na lei de organização judiciária para a nomeação de intérprete para a parte que não conhece o idioma alemão (*Gerichtsverfassungsgesetz*, §185), que se efetiva sempre que for necessário<sup>401</sup>.

Todavia, nem todos os países que contam com mais de uma língua oficial trazem disposições Constitucionais ou legais para assegurar a efetiva participação em clima de paridade de armas. A *novel* Constituição boliviana prevê, em seu artigo 5º, 34 idiomas como oficiais, sem contudo, determinar a presença de interpretes nos atos judiciais<sup>402</sup>.

#### 4.2.6 Direito à prova

O direito à prova, integrante do próprio direito ao *due process of law*<sup>403</sup>, não é absoluto, devendo ser observado nos limites em que se revelam necessários aos fins a que se destina, o que justifica algumas limitações constitucionais e infraconstitucionais<sup>404</sup>, como a própria vedação das provas ilícitas, só sendo estas admitidas em caráter excepcional, quando não houver outros meios de prova no processo<sup>405</sup>. É como instrumento da verdade que a prova cumpre a sua função social de dar segurança às relações sociais e comerciais, prevenir e evitar litígios e delitos, servir de garantia dos direitos subjetivos e dos diversos *status* jurídicos<sup>406</sup>.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, prevaleceu por muito tempo o

---

*Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano- New York, 1973, p. 389-390, *apud* NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.* p. 182.

<sup>401</sup> KISSEL, Otto Rudolf. *Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz*. München. 1981. p. 1282, *apud* NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.* p. 182.

<sup>402</sup> BOLÍVIA. *Constituição política del Estado*. La Paz: U.P.S. 2007. *In verbis*: “*Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, esse ejja, guaraní, guarasu´we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojiño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yaracaré y zamuco*”.

<sup>403</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Ministro Celso de Mello. Habeas Corpus 94016 MC/SP. Brasília, 07 de abril de 2008.

<sup>404</sup> BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. cit.* p.22.

<sup>405</sup> CINTRA, A. C. De A. *Op. cit.* p. 12-13. CRETELLA NETO, J. *Op. cit.* p.327. BEDAQUE, J. R. dos S. *Op. Cit.* p. 142.

<sup>406</sup> GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. In: Estudos de Direito Processual. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p.387.

entendimento de que, sendo o juiz destinatário das provas, cabia-lhe com exclusividade decidir a respeito de sua admissão. Às partes caberia apenas fiscalizar eventual abuso do juiz que indeferisse ou deferisse determinada prova sem nenhuma justificativa<sup>407</sup>.

Todavia, não é esta a concepção que prevalece atualmente. O direito à prova, no Estado Democrático de Direito, não mais se esgota com a sua proposição pela parte, mas se completa com o direito à sua admissão e produção, vedada ao juiz qualquer apreciação desfavorável a respeito da sua relevância antes de conhecê-la, desde que hipoteticamente possa ela contribuir para demonstrar os fatos que ao requerente interessam<sup>408</sup>. Daí decorre a concepção do Supremo Tribunal Federal de que não ofende o princípio do contraditório acórdão que mantém indeferimento de diligência probatória tida por desnecessária<sup>409</sup>.

Prevalece o direito de produzir todas as provas que possam ser úteis à defesa dos próprios interesses, devendo o juiz apenas as provas que não apresentem a menor utilidade<sup>410</sup>, especialmente quando estas se apresentarem meramente protelatórias<sup>411</sup>.

## **5. O TRATAMENTO DIFERENCIADO DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA**

A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, que é objeto dos artigos 730, 731 do Código de Processo Civil, 100 da Constituição e 78 do Ato das disposições constitucionais transitórias, institui relevante tratamento diferenciado em favor dos entes públicos.

A execução por quantia certa promovida pela Fazenda Pública é disciplinada pela Lei 6.839 de 1980, a Lei de Execução Fiscal. O procedimento ali previsto, como bem atenta Araken de Assis, institui procedimento diferenciado dotado de “inúmeras e radicais simplificações, algumas duvidosas no merecimento e beliscando a constitucionalidade, e no qual os expedientes hábeis à rápida realização do crédito,

---

<sup>407</sup> GRECO, Leonardo. *A prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código Civil*. In: Direito Processual e Garantias Fundamentais. Org.: GRECO, Leonardo. MIRANDA NETTO, Fernando Gama. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 100.

<sup>408</sup> GRECO, L. *A busca...* p.03

<sup>409</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo 141095-7-PR, relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 de novembro de 1994.

<sup>410</sup> GRECO, L. *A prova...* p. 101.

<sup>411</sup> BARBI, C. A. *Op cit.* p. 401.

princípio comum a toda execução, se mesclam a privilégios descabidos”<sup>412</sup>. Todavia, a mencionada lei apenas disciplina a cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa, em conformidade ao artigo 2º da Lei 6.830 de 1980 e com o artigo 585, VII do Código de Processo Civil, estando excluídos todos os demais não contidos neste conceito<sup>413</sup>, como empresas públicas e sociedades de economia mista, mesmo que concessionárias ou permissionárias de serviços públicos<sup>414</sup>.

Na execução fiscal, o título executivo é produzido unilateralmente, e “goza da presunção de certeza e liquidez” (art. 3º Lei 6.830 de 1980); a produção de provas pela Fazenda independe de requerimento na petição inicial (art. 6º, §3º Lei 6.830 de 1980); o mero despacho do juiz interrompe a prescrição (art. 8º, §1º Lei 6.830 de 1980) e é exigida garantia da execução antes de oferecidos os embargos (art. 16º, §1º Lei 6.830 de 1980).

Mesmo quando a Fazenda Pública propõe ação em face do particular nas hipóteses alheias ao procedimento especial da Lei 6.839 de 1980, subsiste o tratamento diferenciado, pois ainda assim os entes públicos podem fazer valer os clássicos mecanismos executórios, como a penhora e arrematação, enquanto o particular não goza desta possibilidade, ao promover a execução contra a os entes públicos. Não obstante, estas hipóteses são poucas, pois como leciona Araken de Assis, “quase todas as fontes de receita da Fazenda Pública, no sentido mais largo possível (v.g., a taxa de saúde complementar, *ex vi* dos artigos 24 e 25 da Lei 9.961/2000), se mostram passíveis de formar créditos exequíveis pelo rito especial...”<sup>415</sup>.

Todos estes tratamentos diferenciados, e os demais existentes na comparação entre a Fazenda Pública e particulares, devem ser justificados pelas autoridades estatais instituidoras do tratamento díspar. Caso esta justificação não ocorra, forçoso será o reconhecimento da arbitrariedade e conseqüente discriminação efetuada pelo legislador<sup>416</sup>.

Daí decorre a importância de se analisar a conformidade das disposições que regem a execução em face da fazenda pública com as garantias fundamentais do processo, em especial com o princípio da igualdade.

---

<sup>412</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 985.

<sup>413</sup> *Ibidem*, p. 998.

<sup>414</sup> GRECO, L. *O processo...* v.II. p. 218.

<sup>415</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 999.

<sup>416</sup> Sobre o controle da diferença de tratamento ver, MARTENET, V. *Op. cit.* p. 45/47.

## 5.1 O Conceito de Fazenda Pública

O vocábulo Fazenda Pública possui diferentes sentidos, os quais a doutrina procura sempre destacar, podendo ora corresponder ao erário enquanto instituidor e arrecadador de impostos; ora à idéia do “estado em juízo”, litigando sobre aspectos patrimoniais; ou, ainda, à Administração Pública, incluídos nesta seus órgãos e autarquias<sup>417</sup>.

Prevalece na doutrina o entendimento de que o conceito de Fazenda Pública compreende as pessoas jurídicas de direito público interno: a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios e suas respectivas autarquias, bem como as fundações instituídas pelo poder público que tenham o regime de direito público quanto a seus bens<sup>418</sup>. Este é o conceito inclui as entidades estatais, pois o erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda que envolva pessoas jurídicas de direito público<sup>419</sup>.

A inclusão das autarquias no conceito em estudo dá-se por essas se constituírem pessoas jurídicas de direito público interno, verdadeiros prolongamentos do próprio Estado, *longa manus* do ente estatal, criadas por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno (artigo 5º, I, Decreto Lei nº. 200/67). Ademais, para as autarquias federais, inclusive, há expressa previsão legal para o uso do instituto do precatório (art. 59, Lei nº. 5.010/66)<sup>420</sup>.

Por via reflexiva, as Fundações Públicas também são incluídas nos limites do conceito estudado, por conta de seu caráter autárquico, reconhecido em doutrina e jurisprudência<sup>421</sup>. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que “é a finalidade, a origem

<sup>417</sup> VIANA, J. V. *A execução...* p. 14.

<sup>418</sup> MIRANDA, Gilson Delgado. *A execução contra a Fazenda Pública no sistema constitucional brasileiro*. In: Processo e Constituição. FUX, Luiz. NERY JÚNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 800. PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. 1 ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p. 5. VIANA, J. V. *Execução...* p. 15. NERY JÚNIOR, N. *Princípios...* p. 85.

<sup>419</sup> MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. *Execução contra a Fazenda Pública*. 1 ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 105/106.

<sup>420</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 15. DELGADO, José augusto. *Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Inexigibilidade de Precatório requisitório quando se tratar de crédito de natureza alimentícia – art. 100 da Constituição Federal*. Revista de processo. São Paulo: RT, nº 57, 1990. BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Aspectos novos das execuções contra a Fazenda Pública*. Revista brasileira de direito processual. nº 53. p.95

<sup>421</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 15. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. “As fundações instituídas pelo poder público que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime

dos recursos que fazem delas espécies do gênero de autarquia<sup>422</sup>. A fundação, então, só é alcançada pela disciplina processual atinente ao vocábulo “Fazenda Pública” quando se estrutura em regime de direito público, e não de direito privado<sup>423</sup>.

As entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista), detentoras de personalidade e regime de Direito Privado (art. 173, §1º, CF/88), não se incluem no conceito de Fazenda Pública, nem gozarão das prerrogativas processuais daquelas<sup>424</sup>.

A não aplicação do conceito Fazenda Pública às empresas públicas e sociedades de economia mista deve-se ao fato destas serem entidades paraestatais, ou seja, estão dispostas paralelamente ao Estado, o que não ocorre com as pessoas da federação e suas respectivas autarquias, cujo regime financeiro, orçamentário e contábil é público<sup>425</sup>.

Conforme destaca Jorge Tosta, nas sociedades de economia mista, o Estado é mero acionista e assim deve ser tratado. Não se admite, pois, diante da natureza comercial puramente privada de tais sociedades, qualquer tratamento privilegiado<sup>426</sup>. Decorre daí que estes entes, mesmo quando concessionários de serviços públicos, devem se submeter aos atos de constrição de seu patrimônio<sup>427</sup>.

Merece menção o entendimento jurisprudencial de que a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT), controlada pela União, é alcançada pelo conceito de Fazenda Pública, apesar de ser pessoa jurídica de direito privado. Tal tratamento se justificaria, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pelo regime de monopólio instituído pela Lei 6.538 de 1978, não procedendo a crítica doutrinária segundo a qual apenas o artigo 177 da Constituição poderia versar sobre a exclusividade da prestação do serviço postal pela União<sup>428</sup>.

Por fim, deve-se destacar que para fins de execução judicial pra cobrança da Dívida Ativa, interpreta-se restritivamente o artigo 1º da Lei 6.830 de 1980, a Lei de

---

administrativo previsto, nos estados membros, por leis estaduais são fundações de direito público e, portanto, pessoas jurídicas de direito público – Tais fundações são espécies do gênero autarquia”. Relator: Ministro Moreira Alves. Recurso Extraordinário nº 101.126-RJ. Brasília, 24 de outubro de 1984.

<sup>422</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda turma. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Recurso Extraordinário 215.741-SE. Brasília, 30 de março de 1999.

<sup>423</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 403.

<sup>424</sup> NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.* p. 85. VIANA, J. V. *Execução...* p. 15.

<sup>425</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 87.

<sup>426</sup> TOSTA, J. *Op. cit.* p. 190.

<sup>427</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 88.

<sup>428</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 285-288. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Criminal. Quinta turma. Habeas Corpus 21804/SP (2002/0048885-5). Relator Ministro Gilson Dipp. Brasília, 4 de novembro de 2003.

Execuções Fiscais<sup>429</sup>, não se cogitando, portanto, o alcance desta às fundações públicas e empresas públicas.

## 5.2 O objeto da execução contra a Fazenda Pública

A execução contra a Fazenda Pública no direito brasileiro, prevista nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, abrange apenas as dívidas pecuniárias. Os créditos de outra natureza, em que figure como obrigada pessoa jurídica de direito público, bem como as ordens emitidas pelo órgão judiciário, executam-se pelas vias comuns a quaisquer outros devedores, ou seja, através dos meios porventura aplicados aos particulares. Assim ocorre com as obrigações de fazer e não fazer ou de entregar coisa<sup>430</sup>.

Na execução para a entrega de coisa a sentença favorável ao particular não interfere no patrimônio público, pois o bem é da propriedade do particular. O mesmo ocorre com relação às obrigações de fazer e não fazer contra o poder público, como por exemplo, nas determinações de que o Poder Executivo altere a classificação funcional de certo servidor, implante em folha a vantagem pecuniária em favor deste ou mesmo se abstenha de praticar determinado ato considerado lesivo a um direito individual<sup>431</sup>.

Cabe ressaltar que estas duas hipóteses, ao contrário do que sustenta Vicente Greco Filho<sup>432</sup>, não justificam tratamento ao nível constitucional semelhante ao dado as execuções por quantia certa no âmbito do art. 100 da Constituição. Para nós, o argumento de que a manutenção do regime comum a estas execuções violaria a separação de poderes não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito comprometido com a efetividade dos direitos fundamentais. Além disso, a separação de

---

<sup>429</sup> ASSIS, A. Op. cit. p. 986. GRECO, L. *Execução...* p. 218.

<sup>430</sup> GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. 2001. 1 ed. Rio de Janeiro- São Paulo: Renovar, 2001. p.540. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 951. VIANA, J. V. *Execução...* p. 34. Ricardo Perlingeiro comenta a incoerência da legislação pátria comentando que “a execução de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública, embora envolva uma despesa milionária e com possibilidades de sacrificar o orçamento público, está sujeita a um procedimento idêntico ao da execução contra particulares, inclusive quanto aos meios de coerção psicológica do art. 461 do CPC. Por outro lado, uma execução de quantia certa de obrigação alimentar, que, pela própria natureza, é essencial à vida, dependerá de previsão orçamentária, e o seu pagamento ocorrerá, na melhor das hipóteses, no exercício financeiro seguinte”. MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. *Redefinição de papéis da execução contra a Fazenda Pública*. Revista CEJ, Brasília, n. 31, 2005, p. 69.

<sup>431</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 34.

<sup>432</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 34.

poderes não pode ser vista como um valor absoluto, existindo mitigações no próprio texto da constituição, como no artigo 48, VIII, que prevê a competência do Congresso Nacional para conceder anistia, conforme assentou o Min. Gilmar Mendes em recente voto<sup>433</sup>. O poder de Juízes e Tribunais executarem seus julgados se sobrepõe a separação entre administrar e julgar quando se trata de garantir o efetivo cumprimento das decisões judiciais<sup>434</sup>.

Também Francisco Clementino de San Tiago Dantas, em 1957, já atentava que a divisão de poderes nada mais é do que uma técnica de contenção do arbítrio do governante, isto é, de proteção dos direitos individuais contra a perda de isenção de autoridade<sup>435</sup>.

Luís Roberto Barroso comenta que atualmente é insuficiente a teoria da separação dos Poderes, assim como inelutável a superação do modelo de democracia puramente representativa, o que evidencia do judiciário, e da jurisdição constitucional por ele exercida, na tutela e efetivação dos direitos fundamentais<sup>436</sup>. Também na doutrina Norte Americana, na primeira metade do século XX, encontravam-se vozes contrárias ao rígido modelo de separação de poderes<sup>437</sup>.

Juvêncio Vasconcelos noticia que parte da doutrina entende que o procedimento previsto nos artigos 730 a 731 do Código de Processo Civil não é execução e sim mero procedimento administrativo, destinado ao pagamento dos credores por sentença judicial. A execução seria apenas “aparente”, ou até mesmo “falsa”, devido à impossibilidade de adentrar ao patrimônio do devedor através da execução forçada e de seus institutos mais básicos: penhora e arrematação<sup>438</sup>.

Para outros a execução contra a Fazenda Pública não se trata de procedimento administrativo, e sim de execução propriamente dita. Sustenta-se que apesar da execução não ser possível através dos tradicionais meios de sub-rogação, esta se efetua através de outras medidas de coação, como a intervenção (art. 34, V, a Constituição) e a responsabilidade penal (art. 100, §6º Constituição), que levam ao cumprimento da

---

<sup>433</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.231-2/DF. Relator Ministro Carlos Veloso. Brasília, 15 de dezembro de 2005.

<sup>434</sup> FARRERES, Germán Fernández. *La posición del tribunal constitucional español sobre o privilegio de inembargabilidad de los bienes pulicos y la ejecucion de sentencias condenatorias de las administraciones publicas*. In: Execução Contra a Fazenda Pública. Brasília: CJF, 2003, p. 21.

<sup>435</sup> SAN TIAGO DANTAS, F. C. *Em defesa...* p. 43.

<sup>436</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.57.

<sup>437</sup> CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do Processo e a Evolução do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito. Trad.: Lêda Boechat Rodrigues, 1956, p. VII.

<sup>438</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 59/60

obrigação. A tentativa de incluir estas medidas no conceito de execução indireta não são convincentes, salvo com relação ao seqüestro (art. 731 do Código de Processo Civil c/c art. 100, §2º Constituição)<sup>439</sup>, o que para nós já parece suficiente para caracterizá-la como atividade executiva.

Este procedimento diferenciado, para a maioria da doutrina, se justifica pela impenhorabilidade dos bens públicos<sup>440</sup>. Também são mencionadas a presunção de solvência da Administração<sup>441</sup>, a necessidade de manter a harmonia entre os poderes da República<sup>442</sup>, a continuidade do serviço público e o princípio da isonomia<sup>443</sup>.

A instituição do pagamento através da requisição de expedição de precatório remonta à Constituição de 1934. Antes o pagamento dos credores era feito casuisticamente, ao sabor da vontade política do legislativo e executivo<sup>444</sup>, inexistindo um critério que assegurasse as preferências na ordem cronológica de sua apresentação<sup>445</sup>. Todavia, apenas a partir da Constituição de 1967 (art. 112), ratificada pela Emenda Constitucional nº. 1 de 1969 (art. 117), e reiterada pela Constituição atual, no §1º do artigo 100, e que surgiu a obrigação de inclusão no orçamento dos entes devedores, de quantia necessária ao pagamento das requisições até então apresentadas<sup>446</sup>.

### 5.3 Precatório

<sup>439</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 61/64. Também pela natureza jurisdicional da execução é Francisco Wildo Lacerda Dantas. DANTAS, F. W. L.. *Op. cit.* p. 117.

<sup>440</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 952. MIRANDA, Gilson Delgado. *A execução contra a Fazenda Pública no sistema constitucional brasileiro*. In: Processo e Constituição. Org.: FUX, Luiz. NERY JÚNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo. p. 799. THEODORO JÚNIOR, H. *Op. cit.* p. 300. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 285.

<sup>441</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 951.

<sup>442</sup> GRECO FILHO, V. *Op. cit.* p. 45. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execuções contra a Fazenda Pública. Regime do precatório*. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica. 1999. p. 93.

<sup>443</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 799.

<sup>444</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 1 ed. São Paulo: Dialética, 2003. p.165.

<sup>445</sup> LEMOS, B. E. *Op. Cit.* p. 22. SÉRVULO DA CUNHA, Sérgio. *Os precatórios, a República e o princípio da moralidade*. In: *Revista Trimestral de Direito público*. São Paulo: Malheiros. n.º 30. 2000. p. 103. Marcelo Ferro atenta que antes da Constituição de 1934 o legislador designava nominalmente os credores a serem contemplados no exercício seguinte, dando margem a todo tipo de influência junto aos parlamentares. FERRO, Marcelo Roberto. *Execução de crédito de natureza alimentícia contra a Fazenda Pública – Exegese do art. 100 da CF*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 329, p. 111.

<sup>446</sup> FERRO, M. R. *Op. cit.* p. 111.

Precatório, como leciona Bruno Espiñeira Lemos, “é a requisição expedida pelos juízes nas execuções de sentenças contra a Fazenda Pública, onde tenha sido condenada a certo pagamento, encaminhada ao Presidente do tribunal competente para que, através do seu intermédio, sejam autorizadas e expedidas as necessárias ordens de pagamento”<sup>447</sup>.

Para o aludido autor, como para relevante parte da doutrina, o regime dos precatórios busca atender aos princípios da moralidade administrativa, isonomia entre os créditos, impenhorabilidade dos bens públicos, prévia dotação orçamentária e supremacia do interesse público. Através do aludido instituto seria possível também solucionar o problema dos eventuais favorecimentos políticos indevidos<sup>448</sup>.

Não há dúvidas, para nós, de que, em meados do século passado, quando fora instituído, o precatório cumpriu importante papel, moralizando os pagamentos realizados pela administração pública. Essa moralização, contudo, não se traduziu em efetividade da execução em face da Fazenda Pública, mas apenas em não preterição na ordem de recebimento das quantias devidas (e por vezes, nem isso).

O sistema de execução contra a Fazenda Pública alicerçado no instituto do precatório, conforme atenta Romeu Giora Júnior, é extremamente benéfico aos entes públicos. O ano orçamentário é encerrado no primeiro dia de julho, e assim, em alguns casos, o prazo para o pagamento chega a dezoito meses, pois não importa a data da expedição do ofício requisitório, uma vez que tão somente serão incluídos no orçamento seguinte aqueles precatórios apresentados ou protocolados até o primeiro dia de julho, conforme determina o artigo 100 da Constituição<sup>449</sup>.

Estas notórias desvantagens as quais o contribuinte é submetido são acrescidas de outras, como as introduzidas pelos artigos 33 e 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Através destes dispositivos se constitucionalizou a moratória do poder público, parcelando os pagamentos, respectivamente, em 8 e 10 anos<sup>450</sup>.

#### 5.4 A impenhorabilidade dos bens públicos

---

<sup>447</sup> LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 17.

<sup>448</sup> *Ibidem*, p. 25-26.

<sup>449</sup> GIORA JÚNIOR, Romeu. *Os precatórios*. Revista Tributária e de finanças públicas. n.º. 76. 2007. p. 228.

<sup>450</sup> *Ibidem*, p. 230/231.

No direito pátrio, o regime especial dos bens do domínio nacional e do patrimônio administrativo é comumente identificado pela doutrina como a causa do procedimento diferenciado de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Este regime, de acordo com a maioria da doutrina, não admitiria a constrição imediata e incondicionada dos bens públicos em decorrência do art. 100 do Código Civil, que estabelece a inalienabilidade dos bens de uso comum do povo e os de uso especial, sendo daí oriunda a impenhorabilidade (artigos 648 e 649, I do CPC)<sup>451</sup>.

Para Araken de Assis esta impenhorabilidade se estende aos bens dominicais, na medida em que cabe tão-só à lei promover a desafetação e autorizar a alienação, em cada caso, e para finalidades específicas<sup>452</sup>. Já para Gilson Delgado Miranda, os princípios da continuidade dos serviços públicos e da isonomia são motivadores do procedimento diferenciado contra a Fazenda Pública e a conseqüente impenhorabilidade de seus bens<sup>453</sup>.

Ricardo Perlingeiro atenta para o caráter duvidoso da constitucionalidade do preceito legal que torna impenhoráveis os bens públicos de uso não essencial do Estado, privilégio absolutamente inócuo que limita a atuação jurisdicional do Poder Judiciário<sup>454</sup>.

Bruno Espiñeira Lemos comenta que, em razão do desprestígio do cumprimento das decisões judiciais pela Fazenda Pública, deveria permitir-se a penhora incidente sobre os bens dominicais, quando estes estejam afastados de um fim público<sup>455</sup>.

Na Alemanha, Otto Mayer (1846-1824), se posicionava contrário à possibilidade de execução forçada contra o Estado para a efetivação de sentenças judiciais. Para o autor, a admissibilidade de modalidades expropriatórias em face do Estado feriria sua dignidade, sendo ainda desnecessária, pelo fato de ser sempre o Estado solvente (*fiscus semper idoneus successor sit et solvendo*)<sup>456</sup>.

Petrônio Calmon observa que o único mandamento pátrio sobre a

---

<sup>451</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 952/953. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. v. II. p.300. GRECO, Leonardo. *O processo...* p.541. MIRANDA, Gilson Delgado. *A execução contra a Fazenda Pública no sistema constitucional brasileiro*. In: Processo e Constituição. Org.: FUX, Luiz. NERY JÚNIOR, Nelson. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 798. LEMOS, *Op. cit.* p. 22.

<sup>452</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 952/953.

<sup>453</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 799.

<sup>454</sup> MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. *Execução Contra a Fazenda Pública*. 1 ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 226.

<sup>455</sup> LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 49-50.

impenhorabilidade do bem público é o Código de Processo Civil, pois a Constituição não trata do tema. Para o autor, é preciso interpretar à luz da Constituição o artigo 67 do Código Civil no que diz respeito à impenhorabilidade dos bens públicos de uso comum do povo e de uso especial, especialmente quanto aos créditos de natureza alimentar<sup>457</sup>.

Leonardo Greco destaca o anacronismo desta intangibilidade do patrimônio estatal. Para o autor trata-se de tradição herdada do absolutismo monárquico e da relação de submissão dos súditos ao soberano, “em que não havia direito individual que pudesse ameaçar a supremacia do patrimônio e do interesse público”. Sustenta autor que no Estado Contemporâneo, a intangibilidade do patrimônio público “apenas se legitima na medida em que serve ao bem comum, através da sua afetação ao exercício de funções públicas de interesse de toda a coletividade”<sup>458</sup>.

Augustín Gordillo, na Argentina, expressa o mesmo entendimento, lembrando que naquele país até o início do século ainda existiam inaceitáveis proteções ao erário, todas derivadas desta concepção oriunda do absolutismo monárquico<sup>459</sup>. Funda-se esta concepção, de Estado-patrimonial sobre um sistema cujos recursos necessários ao seu sustento eram provenientes de sua própria atividade produtiva de bens para o mercado<sup>460</sup>, daí a intangibilidade de seu patrimônio.

Nos parece válida também a opinião de Rosemiro Pereira Leal, que atenta para a

<sup>456</sup> SOMMERMANN, Karl-Peter. *A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública no Direito Alemão*. In: Execução Contra a Fazenda Pública. Org.: MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. Brasília: CJF, 2003, p. 107.

<sup>457</sup> CALMON FILHO, Petrônio. *Execução contra a Fazenda Pública e penhora de bens públicos. Proposta do Instituto brasileiro de direito processual para a reforma do artigo 100 da Constituição Federal*. In: Execução Contra a Fazenda Pública. Org.: MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. Brasília: CJF, 2003, p. 145.

<sup>458</sup> GRECO, Leonardo. *O processo...* v II. p. 541. FARRERES, G. F. *Op. cit. Ipsis litteris* “Y es que la tradicional regla de la inembargabilidad de los bienes de las Administraciones Públicas, formulada en términos absolutos y generales, carece de fundamento suficiente cuando se enfrenta a la ejecución de sentencias judiciales, máxime al presentar un marcado carácter subjetivo, vinculada al hecho, sin más, de la titularidad pública de los bienes e independientemente de su naturaleza y del destino o fin al que estén adscritos”.

<sup>459</sup> GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8 ed. t. 1. Buenos Aires: F.D.A, 2003. p. II. 4 *In verbis*: “El soberano no podía en el Estado de policía ser llevado ante los tribunales como un litigante común y tampoco pudo serlo el Estado moderno durante mucho tiempo, exigiéndose en nuestro país hasta 1900 contar con una venia especial del Congreso; de todas maneras, aun superado ese aspecto del problema, todavía cuesta entre nosotros demandar al Estado y hay escasísimos jueces ante quienes hacerlo, con lo cual la denegación de justicia se produce materialmente. En algunas jurisdicciones locales hay lisa y llana denegación de justicia.” “El Rey “no podía dañar,” esto es, no cometía daños desde el punto de vista jurídico y por lo tanto era irresponsable por los daños materiales que causara; también el Estado constitucional fue durante mucho tiempo irresponsable por los perjuicios que ocasionara y recién en 1933 la Corte Suprema aceptó su responsabilidad extracontractual; pero ella todavía hoy dista bastante de ser satisfactoria, máxime cuando limitaciones económico financieras lo hacen recurrir a soluciones del pasado, como explicamos en el cap. IV”.

<sup>460</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 29.

decadência do conceito de estado hobbesiano, pois este demonstrou, na modernidade, total despreparo para conduzir uma sociedade “desconfiada da obediência às tradições e do talento de uma autoridade que promete rapidamente paz social e justiça célere”<sup>461</sup>.

Notável é a disparidade de tratamento favorável a Fazenda Pública quando esta no pólo ativo, na medida em que a impenhorabilidade dos bens públicos foi erigida pela doutrina à condição de dogma intransponível mesmo em sede de execução de créditos alimentícios, como assentou o Superior Tribunal de Justiça (Súmula 144 STJ).

Petrônio Calmon relata que o Instituto Brasileiro de Direito Processual, ao participar dos debates em torno da PEC nº 96, sugeriu que os créditos que natureza alimentícia deveriam ser excluídos da técnica dos precatórios, observando-se a ordem das intimações e possibilitada a penhora dos bens patrimoniais, não afetadas às atividades estatais, como já ocorre em vários países. A entidade pagadora deveria consignar dotação orçamentária específica, mas diferentemente do atual sistema, a previsão orçamentária deveria ser anterior à formação do título executivo judicial, ou seja, ao transitar em julgado a sentença condenatória, o pagamento seria imediato, em face da previsão orçamentária genérica operada no exercício anterior. Deste modo, afastar-se-ia a crítica de que não se pode pagar sem previsão orçamentária<sup>462</sup>. O mesmo autor noticia que Vicente Greco Filho já apresentara, na Assembléia Nacional Constituinte, proposta que autorizaria expressamente a penhora de bens e verbas públicas<sup>463</sup>.

Leonardo Greco, em sua conhecida obra “O processo de Execução”, atenta para a discriminação existente com as condenações judiciais na técnica de elaboração do orçamento das pessoas jurídicas de direito público. Para o autor se deveria aplicar aos débitos oriundos das condenações judiciais a mesma técnica de previsões de receitas por antecipação dos demais serviços ou atividades que o estado executará. Assim o Erário disporia, em cada ano, de dotações específicas para ir pagando os débitos judiciais, na medida em que fossem transitando em julgado as sentenças condenatórias proferidas contra a Fazenda<sup>464</sup>.

---

<sup>461</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. nº. 30. 2004. p.42. LUCON, P. H dos S. *Op. cit.* p. 118. “O que não se pode admitir é o tratamento privilegiado dispensado a apenas uma das partes de modo arbitrário. Assim sucede com os inexplicáveis benefícios da Fazenda Pública (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e respectivas autarquias), que remontam à época de um modelo estatal superado e não têm razão de hoje sobreviver”.

<sup>462</sup> CALMON FILHO, P. *Op. cit.* p. 145

<sup>463</sup> CALMON FILHO. P. *Op. cit.* p. 155.

<sup>464</sup> GRECO, L. *O processo...* v. II. p. 539.

É problemático, por outro lado, querer garantir a capacidade de funcionamento de entes públicos por meio de uma interpretação extensiva de preceitos de proteção contra a execução. Neste caso, a tônica recai, muito rapidamente num suposto bem comum, não se levando em conta de modo suficiente a pretensão do indivíduo à tutela jurisdicional. Se as pretensões contra a Fazenda Pública não puderem ser realizadas, restarão lesadas a credibilidade do Estado e de suas ramificações, bem como a confiança nas instituições estatais e na racionalidade e lealdade de sua atuação.<sup>465</sup>

#### 5.4.1 Concessionárias de serviços públicos

A crescente diferenciação funcional das formas de ação e organização do estado representa um desafio especial para o regime da execução. Principalmente as diversas formas de privatização de tarefas públicas dificultam crescentemente a delimitação entre o setor público e o privado<sup>466</sup>.

Na Alemanha, o Estado é protegido contra execuções promovidas por particulares, pouco importando se o estado se vale de uma forma de organização de direito público ou privado. Conforme ressalta Karl Sommerman, isto não é problemático, enquanto o Estado levar a sério sua obrigação de garantir as condições básicas de existência, e com isso, assegurar a disponibilidade de serviços públicos, mesmo quando, na relação externa, atuem pessoas jurídicas de direito privado. Todavia, atenta o autor alemão para os possíveis problemas advindos do aumento de círculo de serviços a serem prestados e, no contexto de uma crise econômica apareça a ameaça de uma insolvência estrutural<sup>467</sup>.

No Brasil a jurisprudência já foi confrontada com esta questão, tendo decidido pela possibilidade de empresa instituída sob regime jurídico de direito privado, mas concessionária de serviços públicos, ter direito à execução de seus débitos trabalhistas pelo sistema de precatórios e à impenhorabilidade de seus bens<sup>468</sup>.

<sup>465</sup> SOMMERMANN, K. P. *Op. cit.* p. 114.

<sup>466</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>467</sup> SOMMERMANN, K. P. *Op. cit.* p. 117.

<sup>468</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Execução. Observância do artigo 100 da Constituição Federal. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da

No caso concreto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário de número 220.906- DF, entendeu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por ser empresa pública federal, criada pelo Decreto-Lei nº. 509, de 10 de março de 1969, goza de privilégios equivalentes ao da Fazenda Pública. Além disso, de acordo com o pretório excelso, a mencionada empresa seria merecedora deste tratamento diferenciado por explorar serviço monopolizado de competência da união, exercendo atividade tipicamente estatal, não sendo sujeita integralmente ao regime jurídico das empresas privadas, pois sua participação neste cenário estaria ressalvada pelo artigo 173 da Constituição Federal. A aprovação prévia do orçamento desta instituição pelo Ministério do Planejamento e Orçamento foi outra justificativa presente na decisão do mencionado tribunal<sup>469</sup>.

#### 5.4.2 Impenhorabilidade dos bens públicos no direito comparado

Na Espanha, conforme nos informa Gérman Fernández Farreres, a reforma do contencioso administrativo através da Lei 29 de 13 de julho de 1998 e a evolução da doutrina e jurisprudência do Tribunal Constitucional abriu brecha para que o tradicional princípio da impenhorabilidade dos bens públicos fosse mitigado em benefício da execução de sentenças. Admite o catedrático da Universidade Complutense que deve ser superada a imunidade dos fundos públicos e dos recursos financeiros para que seja

---

restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso extraordinário 220. 906 DF Relator Ministro Maurício Correa. Brasília, 16 de novembro de 2000. No mesmo sentido caminham os seguintes julgados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Constitucional. Recurso Extraordinário 225.011-MG. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 16 de novembro de 2000. 229.696-PE julgados em 16.11 de 2000. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Constitucional. Recurso extraordinário 229.444-CE. Relator Ministro Carlos Veloso. Brasília, 19 de junho de 2001.

<sup>469</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso extraordinário 220. 906- DF. Relator Ministro Maurício Correa. Brasília, 16 de novembro de 2000. Ver também ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 285-288. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Criminal. Quinta turma. Habeas Corpus 21804/SP (2002/0048885-5). Relator Ministro Gilson Dipp. Brasília, 4 de novembro de 2003.

efetivo o preceito constitucional da tutela jurisdiccional efetiva<sup>470</sup>.

García de Enterría, conforme nos informa Bruno Espiñeira Lemos, ressalta que a Constituição da Espanha (artigos 117,3 e 118) dispõe que os juízes ordinários detêm poderes de execução direta contra a Fazenda Pública e esta execução não pode ser enfraquecida pelo argumento da ausência ou insuficiência de dotação orçamentária. A execução contra a Fazenda Pública apenas encontraria limites na impenhorabilidade de determinados bens públicos que sejam essenciais à organização pública ou serviços públicos<sup>471</sup>.

No aludido país permite-se atos de constrição sobre o patrimônio estatal. Estabelece o artigo 106.3 da Lei do Contencioso Administrativo (Lei 29 de 13 de Julho de 1998) que transcorridos três meses desde o trânsito em julgado da sentença poderá ser instaurada a execução forçada<sup>472</sup>.

No caso dos entes locais, a *Ley de Haciendas Locales* de 28 de dezembro de 1988 dispôs, em seu artigo 154.2, modificado pela lei 66 de 30 de dezembro de 1997 (artigo 66.6), que os tribunais, juízes e autoridades administrativas não poderão “*despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales(...)*”<sup>473</sup>.

Não obstante, a Corte constitucional espanhola, através das *Sentencias constitucionales* 116 de 15 de julho de 1998<sup>474</sup> e 228 de 1 de dezembro de 1998<sup>475</sup>,

<sup>470</sup> FARRERES, G. F. *Op. cit.* p. 34.

<sup>471</sup> ENTERRIA, Eduardo García de. *Curso de direito administrativo*. Trad.: SETTI, Arnaldo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 921, *apud* LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 37.

<sup>472</sup> ESPANHA. *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. <[http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes\\_espal\\_029\\_1998.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espal_029_1998.pdf)>. Acesso em 9 de novembro de 2007.

<sup>473</sup> FARRERES, G. F. *Op. cit.* p. 29.

<sup>474</sup> ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença Constitucional 166. <[http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-0166](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-0166)>. Acessado em 09 de novembro de 2007. “*En definitiva, hemos de llegar a la conclusión de que, observado el procedimiento para la válida realización del pago (art. 154.4 L.H.L. y concordantes) si el ente local deudor persistiera en el incumplimiento de su obligación de satisfacer la deuda de cantidad líquida judicialmente declarada, el privilegio de inembargabilidad de los «bienes en general» de las Entidades locales que consagra el art. 154.2 L.H.L., en la medida en que comprende no sólo los bienes demaniales y comunales sino también los bienes patrimoniales pertenecientes a las Entidades locales que no se hallan materialmente afectados a un uso o servicio público, no resulta conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 C.E. garantiza a todos, en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes*”.

<sup>475</sup> ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença Constitucional 228. [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/doc.php?Coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-0228](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?Coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-0228). Acessado em 09 de novembro de 2007. “*Precisamente, esa aplicación general e indiscriminada de la prohibición de embargo establecida en el art. 154.2 L.H.L. a todos los bienes del Ente Local, cuya consecuencia es la denegación del embargo que el recurrente solicitó con el propósito de que el órgano judicial adoptara*

refutaram esta concepção. O artigo 154.2 da *Ley de Haciendas Locales* foi declarado inconstitucional por atentar contra o artigo 24.1 da Constituição espanhola. No mesmo julgamento foi assentado entendimento favorável aos atos de constrição sobre o patrimônio público, desde que sobre bens patrimoniais não afetos materialmente a nenhum serviço público<sup>476</sup>.

Em Portugal, conforme nos dá notícia Ricardo Perlingeiro, o título executivo pode ser realizado contra a Fazenda Pública de duas maneiras: por procedimento administrativo, onde o orçamento prévio é *conditio sine qua non*, e por execução forçada, em que apenas os bens públicos dominiais responderão (art. 822, b e 823,1 do Código de Processo Civil Português)<sup>477</sup>.

Modernamente também se refuta os argumentos de que a possibilidade de execução por quantia certa contra a Fazenda pública constituiria afronta ao princípio da separação de poderes. Como bem destaca Karl-Peter Sommermann, em um Estado de direito liberal e consagrador de poderes, o que importa é exatamente construir um sistema de *checks and balances*, em que haja “controle, contenção e moderação recíprocos dos poderes, o que também deve incluir – na medida do necessário – a existência de instrumentos eficazes de implementação”<sup>478</sup>.

O autor teutônico noticia que a Corte Constitucional alemã deduziu do princípio do Estado de direito (artigos 2º e 28, Lei Fundamental), em combinação com o direito geral de liberdade do artigo 2º, I, da Lei Fundamental, uma pretensão genérica à garantia jurisdicional, que abrange todos os litígios jurídicos, afastando as limitações oriundas de qualquer interpretação do artigo 19, IV, da Lei Fundamental, que prevê que “àquele que for lesado em seus direitos pelo poder público é facultado o acesso à via jurisdicional”<sup>479</sup>. Afastadas as limitações que se consubstanciariam na impossibilidade de tutelar lesões realizadas pelo Estado enquanto pessoa privada, se configura o imperativo constitucional de permissão da execução forçada. Além disso, destaca o autor que a possibilidade de execução pecuniária contra o Estado se deduz da garantia à propriedade, do artigo 14, I, da Lei Fundamental. A garantia à propriedade protege não

*las medidas pertinentes para asegurar la efectiva ejecución de su Sentencia, una vez agotado infructuosamente el plazo de dos meses del art. 105 L.J.C.A. y observado el preceptivo trámite administrativo para el pago de la deuda, es aquella negativa general la que, a la vista de la doctrina sentada en nuestra STC 166/1998, vulnera el derecho fundamental del recurrente a la ejecución efectiva de las resoluciones judiciales (art. 24.1. C.E.).”*

<sup>476</sup> FARRERES, G. F. *Op cit.* p. 28.

<sup>477</sup> MENDES DA SILVA, R. P. *Redefinição...* p. 70.

<sup>478</sup> SOMMERMANN, K. P. *Op. cit.* p. 107.

<sup>479</sup> ALEMANHA. Constituição (1949).<[http://www.bundestag.de/htdocs\\_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf](http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf)> Acessado em 08 de jun. de 2007.

só a subsistência e a utilização dos direitos patrimoniais legalmente previstos, como também a sua realização fática<sup>480</sup>.

Na Alemanha, de acordo com o § 882, do Código de Processo Civil (*ZPO*), não se permite a execução forçada sobre coisas que sejam indispensáveis para a realização de tarefas públicas do devedor ou cuja alienação contrarie o interesse público. A execução com base em títulos da jurisdição administrativa tem dispositivo análogo, que se encontra no § 170, III, *Verwaltungsgerichtsordnung*. A literatura de comentários arrola, como bens indispensáveis para tarefas públicas, por exemplo, carros de polícia ou de bombeiros, incluindo os instrumentos necessários para a eliminação do perigo, armamentos das forças armadas, meios de transportes públicos, prédios da administração com seu inventário, e análogos. A proteção contra a execução abrange também os fundos, quando servirem estes para a realização de tarefas públicas. Créditos e outros direitos patrimoniais não estão abrangidos pela proteção à execução. Pode-se dizer que fica protegido contra a execução o chamado “patrimônio da Administração” (*Verwaltungsvermögen*), não o patrimônio financeiro (*Finanzvermögen*)<sup>481</sup>.

É inegável que na Alemanha a Administração cumpre, em grande medida as decisões judiciais<sup>482</sup>. A estrita vinculação da administração à lei, que representa um princípio fundamental do Direito Constitucional e que influencia de modo marcante a formação do serviço público, compreende também as decisões dos tribunais, que possuem vastas funções de controle em defesa do cidadão contra a Administração pública. Essa posição dos tribunais é sustentada por um largo consenso na sociedade alemã, em virtude da experiência do período nacional-socialista, com o poder ilimitado do Executivo e com as inúmeras violações a direitos humanos. De acordo com a concepção alemã de direito constitucional, não é estranho à separação de poderes que os tribunais possam, além de anular atos administrativos, obrigar a Administração à prática de ações concretas no sentido de realizar os direitos dos cidadãos. Assim, parece conseqüente que a tutela judicial a tais direitos subjetivos inclua, quando necessário, medidas coercitivas contra autoridades. O fato de que isto só ocorre em casos excepcionais decorre, finalmente, também de que o funcionário que não cumprir suas obrigações legais e, com isso, criar pretensões de indenização para os cidadãos, possa ser acionado regressivamente<sup>483</sup>.

---

<sup>480</sup> SOMMERMANN, K. P. *Op. cit.* p. 108.

<sup>481</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>482</sup> LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 36.

<sup>483</sup> SOMMERMANN, K. P. *Op. cit.* p. 116.

Na Inglaterra também se tem abandonado as concepções excessivamente protetivas do Estado. As imunidades da Coroa, oriundas da máxima “*The king can do no wrong*” tem sido amplamente criticadas, e até mesmo revogadas, principalmente devido às condenações pela Corte Européia de Direitos Humanos. Entendeu o aludido tribunal no julgamento do *leading case Osman v. United Kingdom* que privilégios estatais constituíam afronta ao direito de acesso à justiça dos jurisdicionados, ferindo o art. 6º da Convenção Européia de Direitos do Humanos<sup>484</sup>.

Nos Estados Unidos, herdeiros da doutrina da imunidade soberana difundida na Inglaterra, ainda é forte a concepção de que o Estado não podia ser processado, sem o seu consentimento, perante a sua própria corte. Os *contract dispute act*, de 1978, *tucker act*, e *tort claims act* mitigaram essa limitação, constituindo renúncias à autoridade soberana<sup>485</sup>.

Antes de 1956, a maioria das sentenças contra os Estados Unidos não podia ser paga por fundos de apropriação permanentes, mas exigiam, para serem pagas, uma liquidação específica do Congresso. Em 1956, o Congresso promulgou lei estabelecendo fundo permanente e indefinido de apropriação (*the Judgment Fund*), para o pagamento de sentenças finais não “*otherwise provided for*”. A intenção deste Fundo foi instituir um mecanismo capaz de minorar os fardos processuais de pagamento de sentença, propiciar melhor pontualidade dos pagamentos, e reduzir os lançamentos de juros contra os Estados Unidos (caso isto seja previsto em lei) referentes ao período entre a prolação e a execução da sentença. Em 1961, o congresso modificou a lei a fim de permitir pagamentos do Fundo do Ministério da Justiça para acordos em litígio atual ou iminente<sup>486</sup>.

Este fundo de sentenças não está limitado ao ano contábil, e o Congresso não precisa destinar-lhe recursos anualmente ou em forma semelhante. Além disso, desembolsos do Fundo não são atribuídos ao orçamento dos órgãos cujas atividades levaram a obrigações pecuniárias. O órgão responsável não é obrigado a reembolsar o Fundo, salvo dispositivo legal em contrário<sup>487</sup>.

---

<sup>484</sup> CLAYTON, R. TOMLINSON, H. *Op. cit.* p. 144.

<sup>485</sup> COLE, Charles D. *Imunidade soberana e responsabilidade civil do governo federal dos Estados Unidos da América*. In: Execução contra a Fazenda Pública. Org.: MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. Brasília:CJF, 2003. p. 85-94. Sobre as imunidades no direito inglês ver ALDER, J. *Op. cit.* p. 327/339. Ver também, DANTAS, F. W. L. *Op. cit.* p. 95.

<sup>486</sup> COLE, C. D. *Op. cit.* p. 96.

<sup>487</sup> COLE, C. D. *Op. cit.* p. 97.

### 5.5. Créditos de natureza alimentícia

A Constituição de 1988 inovou ao estabelecer, no artigo 100, tratamento diferenciado dado aos créditos de natureza alimentícia. Posteriormente, através da Emenda Constitucional nº. 30 de 2000, foi inserido o §1º ao artigo 100 da Constituição, que definiu os créditos de natureza alimentícia como aqueles “decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado”<sup>488</sup>.

A redação artigo 100, *caput* foi objeto de grande discussão doutrinária. Parte da doutrina passou a sustentar que se tratava de mero direito de preferência em face dos demais precatórios enquanto outras vozes acreditavam que os créditos de natureza alimentícia não mais estariam sujeitos ao sistema de precatórios.

Para os partidários da idéia de que os créditos de natureza alimentícia estariam sujeitos ao regime de precatórios existiria uma “fila dos precatórios normais” e outra dos precatórios alimentícios, sendo que esta sempre gozaria do direito de preferência. Tal medida se justificaria pelo risco do retorno da advocacia administrativa e da ausência de controle oriunda da inexistência de ordem de apresentação dos precatórios<sup>489</sup>.

Para Bruno Espiñeira Lemos a observância da ordem especial para os créditos de natureza alimentícia é justificada pelo princípio da isonomia (entre credores), assim como à proteção do princípio da proibição da despesa imprevista (artigo 165, § 8º da Constituição), cujos princípios da unidade e da universalidade do orçamento lhe são consecutórios<sup>490</sup>.

João Carlos Souto destaca que a submissão dos créditos alimentares à expedição

<sup>488</sup> FRANCO, Fernão Borba. *Execução contra a Fazenda Pública*. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora. 2002. p. 211.

<sup>489</sup> *Ibidem*, p. 211-212. Para Gilson Delgado Miranda, a interpretação que exclui os créditos de natureza alimentícia do regime de precatórios é meramente literal, devendo ser afastada. MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 805. PEREIRA, H. V. *Op. cit.* p. 428. João Carlos Souto também sustenta que a substituição do precatório pelo crédito de natureza suplementar traria o retorno da advocacia administrativa. SOUTO, J. C. *Op. cit.* p.305-306.

<sup>490</sup> LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 57. Ricardo Seibel de Freitas Lima também sustenta que a existência de duas filas para o pagamento decorre do princípio da igualdade. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *A execução contra a Fazenda Pública. Questões polêmicas dos tribunais*. In: AJURIS: Revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul. 2004. v. 31. p. 228

do precatório dá-se por força de interpretação sistemática da Constituição, cotejando especialmente o artigo 167, que veda “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual”<sup>491</sup>

Sustenta-se, em prol deste posicionamento, que o próprio legislador desejou afastar a possibilidade de dispensa dos créditos alimentares do regime de precatórios. A Proposta de Emenda Constitucional 407 de 1996, embrião da Emenda Constitucional n.º 30, estabelecia que o §1º do artigo 100 da Constituição traria a previsão de que os débitos de natureza alimentícia seriam pagos em até 30 dias após o trânsito em julgado, proposta esta não aprovada<sup>492</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário de número 134.166-PR, em 1992, tendo como relator o Ministro Otávio Gallotti, debatendo a abrangência do tratamento diferenciado dado ao crédito alimentar, manteve a vinculação de precatório de tal natureza ao sistema orçamentário, afirmando que:

Quanto a não considerá-los sujeitos à exigência da dotação orçamentária, nem ao procedimento próprio dos precatórios, mas ao pagamento integral, incontinenti e atualizado, sempre à boca do cofre, como sugere o Dr. Eduardo Ferreira Neto, em sua representação, não julgo ser lícito extrair do texto constitucional, as prerrogativas ali reclamadas.

Além de infringir, no plano teórico, os princípios da unidade e da universalidade do orçamento, a possibilidade de tal prática se debate, desenganadamente, com a realidade da limitação das dotações orçamentárias e da quantificação dos recursos públicos em geral, demarcada pela receita<sup>493</sup>.

Consolidou-se, na jurisprudência do aludido tribunal, que a redação do artigo 100 e parágrafos, não retirou os créditos de natureza alimentar da submissão ao regime dos precatórios, apenas os sujeitou a uma ordem própria formada unicamente com créditos de tal natureza<sup>494</sup>.

Este entendimento foi consolidado no verbete 144 da Súmula do Superior

---

<sup>491</sup> SOUTO, J. C. *Op. cit.* p.307.

<sup>492</sup> LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 86.

<sup>493</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira turma. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Recurso extraordinário 134166/PR. Brasília, 3 de novembro de 1992.

<sup>494</sup> LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 55. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Ementa: Precatório. Crédito de Natureza Alimentícia. Na dicção da ilustrada maioria, em relação a qual continuo guardando reservas, a norma inserta no artigo 100 da Constituição Federal não exclui do regime dos precatórios os créditos de natureza alimentícia. Há de se observar, apenas, ordem de satisfação que somente os envolva - ação direta de inconstitucionalidade n. 47-1, relatada pelo Ministro Octávio Gallotti, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 09 de setembro de 1992. Recurso extraordinário 169208/SP. Brasília, 31 de outubro de 1994. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. Relator: Ministra Ellen Gracie. Agravo Regimental na Suspensão Liminar 158-2/CE. Brasília, 11 de outubro de 2007.

Tribunal de Justiça, que dispõe: “Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa”. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal editaria o verbete 655 de sua Súmula, galvanizando a compreensão do instituto no mesmo sentido assinalado supra<sup>495</sup>.

Posteriormente, a Medida Provisória 1.561-1 de 1997 reforçaria ainda mais esta opinião, ao estabelecer, no seu artigo 6º, parágrafo único, “o direito de preferência aos credores de obrigação alimentícia, obedecida, entre eles, a ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios judiciais”<sup>496</sup>. A lei 9.469, de 10 de julho de 1997, que revogou a Lei n. 8.197 de 27 de junho de 1991, em seu artigo 6º também trouxe a mesma previsão<sup>497</sup>.

Ricardo Perlingeiro, em sentido contrário, comenta que os argumentos da tese de que a Constituição impõe um único regime de execução contra a Fazenda Pública partem de falsas premissas. Para o autor “A execução contra a Fazenda Pública independentemente de precatório judicial tem ocorrido na prática, sem que haja ofensa aos princípios orçamentários ou administrativos, comumente invocados nessas oportunidades”<sup>498</sup>.

Para o aludido autor a dispensa do precatório para com os créditos de natureza alimentar é perfeitamente conciliável com os demais preceitos constitucionais. A impenhorabilidade dos bens públicos, decorrente de sua inalienabilidade, deve ser invocada “apenas para evitar a utilização do patrimônio público em atividades privadas sem que haja prévia autorização legal”. Ademais, a inviolabilidade dos bens públicos não é absoluta, e o Supremo Tribunal Federal, neste sentido, já admitiu o seqüestro de dinheiro público no caso de descumprimento da ordem de preferência no pagamento dos precatórios<sup>499</sup>.

---

<sup>495</sup> Dispõe o verbete 655 da Súmula do Supremo Tribunal Federal que “A exceção prevista no art. 100, caput, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza”. Este entendimento já estava consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes mesmo da aludida súmula.

<sup>496</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 805.

<sup>497</sup> PEREIRA, H. V. *Op. cit.* p. 428. SOUTO, J. C. *Op. cit.* p. 306. Atenta Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva que o art. 128 da Lei 8.213 de 1991, enquanto em vigor, era prova da possibilidade da execução contra a Fazenda Pública sem ofensa aos princípios orçamentários ou administrativos. MENDES DA SILVA, R. P. *Op. cit.* p. 131.

<sup>498</sup> MENDES DA SILVA, R. P. *Execução...* p. 131.

<sup>499</sup> *Ibidem*, p. 132. Araken de Assis atenta que a impenhorabilidade do dinheiro público desaparece na hipótese de desobediência à cronologia das requisições. ASSIS, A. *Op. cit.* p. 968. Ver também, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. Relator: Ministro Francisco Falcão. Recurso em mandado de segurança n.º 21636-SP. Brasília, 28 de novembro de 2006. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. Relator: ministro Francisco Falcão. Recurso em mandado de segurança n.º 19.683-SP. Brasília, 2 de maio de 2006. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. Relator: Ministro

Com relação à continuidade dos serviços públicos e a previsão orçamentária, estas não seriam afetadas. No primeiro caso, não seria facultada a penhora ou seqüestro dos bens públicos indiscriminadamente, podendo a lei regulamentar as hipóteses ou bens sujeitos aos atos de contrição e expropriação. A criação de fundo específico, como ocorreu por vários anos com as execuções propostas em face do INSS (artigo 128 da Lei 8.213 de 1991) poderia afastar violações aos princípios orçamentários<sup>500</sup>.

Também carecem de consistência as alegações de que a não sujeição dos créditos alimentares ao regime de precatórios traria risco de retorno da advocacia administrativa. Como destaca Ricardo Perlingeiro, em aguçada observação, meios de coerção, no âmbito disciplinar (penalidades administrativas), civil (*astreintes* ou *contempt of court*) ou penal (tipificação do crime de desobediência judicial para o servidor público), aliados a um prazo específico para cumprimento da ordem judicial são sugestões que evitariam o retorno de tal prática tão soturna<sup>501</sup>. No mesmo sentido, a opinião de Francisco Wildo Lacerda Dantas, segundo o qual, de um modo geral, poder-se-ia cogitar da declaração de inelegibilidade aos quadros políticos que procrastinassem o efetivo pagamento da dívida<sup>502</sup>.

Com relação aos princípios orçamentários, acreditamos que estes não são óbices reais à execução fundada em dívida alimentar. O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que “entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o judiciário, senão dar primazia ao último”<sup>503</sup>.

Acompanham este entendimento Carreira Alvim, Luciane Gontijo Carreira

---

Maurício Corrêa. Reclamação 1915-SP. Brasília, 4 de dezembro de 2003.

<sup>500</sup>MENDES DA SILVA, R. P. *Execução...* p. 132. Atenta Leonardo Greco que “Já defendi a constituição de fundos públicos, administrados pelo Judiciário e compostos de dotações estabelecidas com base na média dos débitos dos três últimos anos. Se, no final do exercício, as dotações se esgotassem, seriam cobertas, como as demais despesas públicas, por créditos suplementares ou especiais.” GRECO, Leonardo. *A Revisão Constitucional e o processo civil*”, in Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. n.º. 67. 1992, p. 103 e seguintes, *apud* GRECO, L. *O processo...* v. I. p. 537-538. Com relação aos princípios orçamentários é importante a observação de Marcelo Ferro de que “o princípio da proibição da despesa imprevista não é absoluto, na medida em que a própria Constituição faculta a abertura de créditos adicionais para o fim específico de pagamento dos débitos judiciais” FERRO, M. R. *Op. cit.* p. 119.

<sup>501</sup> MENDES DA SILVA, R. P. *Execução...* p. 133. Em recente julgado, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou a aplicação de *astreintes* à autarquia municipal, em sede de obrigação de fazer, sob o argumento de que, em última instância, o pagamento de penalidade recairia sobre o contribuinte. Não nos parece a opinião mais acertada. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Relator: Xavier de Aquino. Agravo de instrumento n.º. 682.439-5/6-00. São Paulo, 13 de dezembro de 2007.

<sup>502</sup> DANTAS, F. W. L. *Op. cit.* p. 110-116.

<sup>503</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello. Suspensão de Tutela Antecipada 223/PE. Brasília, 14 de abril de 2008.

Alvim<sup>504</sup> e Marcelo Ferro<sup>505</sup>, que militam pela não sujeição dos credores alimentares ao regime dos precatórios.

Para Marcelo Ferro, “não parece haver dúvida de que a diversidade da situação entre os credores da Fazenda Pública justifica tratamento diferenciado, em função da natureza dos respectivos créditos”. Atenta o mencionado autor que a sistemática do pagamento dos débitos da Fazenda Pública, através do precatório, não resguarda os interesses dos credores alimentícios, devendo o intérprete atribuir-lhe o sentido que melhor se adequa à finalidade protetora da norma<sup>506</sup>.

A construção teórica que dá aos créditos alimentares mera preferência em face dos demais na “fila dos precatórios” não é suficiente para representar o cumprimento da função do Estado em garantir direitos inerentes à pessoa humana, “já que o benefício é meramente aparente, pois obriga ao credor à espera por período incompatível com as necessidades que seu crédito visava suprir”. O crédito alimentar destina-se a garantir a subsistência do credor e de sua família, devendo ser imediatamente realizável. A submissão de tais créditos à sistemática do precatório implicará no comprometimento de sua natureza intrínseca, retirando seu caráter alimentar, já que o pagamento só será efetuado, no mínimo, sete meses após a atualização do débito<sup>507</sup>.

Eduardo José da Fonseca Costa afirma que a transposição da disciplina dos precatórios para os créditos alimentares feriu de morte os mais elevados valores da justiça, porquanto gritante é a injustiça de impossibilitar o autor de imediatamente usufruir os recursos necessários à própria subsistência. Para o autor, sequer existiria comparabilidade entre “o sistema de ordem de apresentação cronológica do precatório judicial e a destinação precípua dos créditos de natureza alimentar à subsistência do credor e dos seus familiares”.<sup>508</sup>

Sustenta o autor que o art. 17, §1º da Lei 10.259 de 2001 não impede que valores superiores a sessenta salários mínimos sejam dispensados do sistema de precatórios. Para ele, se o jurisdicionado “que se encontre em estado de necessidade, requerer a tutela antecipatória em demanda fundada em crédito alimentar superior a sessenta salários mínimos, não deverá o juiz submetê-lo ao regime de precatório”. Por essa

---

<sup>504</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. CABRAL, Luciane Gontijo Carreira Alvim. *Código de Processo Civil Reformado*. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 659.

<sup>505</sup> FERRO, M. R. *Op. cit.* p. 113.

<sup>506</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>507</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>508</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A efetivação das liminares monetárias contra a Fazenda Pública*. Revista Tributária e de finanças públicas. n. 57, 2004, p. 22.

perspectiva o juiz poderá impor a expedição do precatório apenas na parte que ultrapassa sessenta salários mínimos, dispensar a requisição se o valor ultrapassar sutilmente o limite estabelecido pela lei, ou dispensar o precatório sempre que o autor não reúna condições financeiras de se manter e que a quantia a receber possa evitar perigo que aflige o autor<sup>509</sup>.

Com o intuito de não fazer cair no descaso as decisões proferidas pela Justiça do Trabalho contra a Fazenda Pública, o Tribunal Superior do Trabalho editou a instrução normativa nº. 11, de 1997, que autorizava o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, a requerimento do credor, a decretar o seqüestro da verba necessária ao pagamento do precatório apresentado até 1º de julho, e não satisfeito<sup>510</sup>. Todavia, esta instrução normativa, que beneficiava principalmente os créditos de natureza alimentícia, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.662<sup>511</sup>. Esta decisão dada pelo aludido Tribunal, fez com que os entes estatais, conforme afirma o Ministro Marco Aurélio, deixassem de honrar as dívidas alimentares, para se preocupar apenas com os créditos comuns, devido ao receio do seqüestro de suas rendas previsto no §4º do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>512</sup>.

A doutrina também tem buscado outras alternativas fazer cumprir o real escopo dos precatórios alimentares. Bruno Espiñeira Lemos destaca que seria de grande importância, para manter-se a dignidade do combalido e defenestrado instituto do precatório, que não apenas fosse estabelecido um montante maior para a dispensa da submissão à ordem dos requisitórios em sede de “pequeno valor”, no caso da União, mas, especialmente, “se dispensasse da ordem dos precatórios, por meio de um novo teto, os créditos de natureza alimentícia”<sup>513</sup>.

---

<sup>509</sup> *Ibidem*, p. 24. Menciona ainda o autor que, “o art. 17, §1º é uma equação de duas variantes, a qual se rege da seguinte forma: para a expedição de precatório judicial ser dispensada, quanto mais o crédito superar o valor de sessenta salários mínimos, tanto mais grave deve ser a situação de necessidade em que se encontra seu pretense titular. Se assim não se interpretar, infelizmente o direito estará privilegiando o demandante necessitado que tem a “sorte” de ser credor de uma quantia inferior a sessenta salários mínimos em detrimento do autor tão ou mais necessitado que tem o “azar” de ser credor de uma quantia superior a sessenta salários mínimos.”

<sup>510</sup> Conforme nos dá notícia Antonio de Pádua Muniz Corrêa. CORRÊA, Antonio de Pádua Muniz. *Precatório de pequeno valor. Execução contra a Fazenda Pública*. Revista tributária e de finanças públicas. São Paulo. nº. 32, 2000, p. 155.

<sup>511</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Ação direta de inconstitucionalidade 1662-SP. Brasília, 30 de agosto de 2001.

<sup>512</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Agravo regimental na reclamação 3.293-SP. Brasília, 25 de outubro de 2006. p. 139.

<sup>513</sup> LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 110. Também Francisco Wildo Lacerda Dantas, em competente pesquisa realizada entre juízes participantes do Curso de Especialização *Lato Sensu* realizado pelo CJF, notavelmente da quinta região, concluiu que o procedimento atual de execução contra a Fazenda Pública

Para nós esta solução não é suficiente. O tratamento diferenciado dado aos créditos de natureza alimentícia só é finalisticamente justificável, por atender aos requisitos mencionados da base legal (art. 100, Constituição), objetivo legítimo (garantir a subsistência do credor) e proporcionalidade (por tratar-se de medida necessária nos limites em que é proposta), se for assegurado a satisfação dos créditos alimentares sem observância ao regime dos precatórios. Subordinar a satisfação dos créditos de natureza alimentícia à expedição de precatório é utilizar medida estatal inapropriada para atender ao resultado desejado, e portanto, ilegítima, por estabelecer discriminação injustificável, desnecessária<sup>514</sup>.

### 5.6 Processos com prioridade de tramitação

A lei 10.173 de 2001 inovou ao estabelecer, no artigo 1211-A do Código de Processo Civil, que “os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos ou diligências em qualquer instância”. Posteriormente, o aludido preceito processual seria modificado pela lei 10.741 de 2003, o Estatuto do Idoso, fixou a idade mínima em sessenta anos<sup>515</sup>.

A doutrina tem se manifestado pela não existência de uma prioridade de pagamento dos precatórios em relação aos processos dos idosos por inexistência de previsão constitucional<sup>516</sup>. Para Leonardo José Carneiro da Cunha esta não extensão da prioridade prevista no artigo 1211-A do Código de Processo Civil ao pagamento dos precatórios decorre da natureza administrativa do processamento do precatório perante o presidente do tribunal e da não previsão no artigo 100 da Constituição<sup>517</sup>.

No tocante a natureza do processamento do precatório pela presidência do tribunal a doutrina majoritária a considera administrativa, compartilhando deste entendimento Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva<sup>518</sup>, Hélio do Valle Pereira<sup>519</sup>, Araken

---

não é adequado nem satisfatório. DANTAS, F. W. L. *Op. cit.* p. 109.

<sup>514</sup> A respeito do controle das diferenças de tratamento conferir MARTENET, V. *Op. Cit.* p. 192-319.

<sup>515</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 805.

<sup>516</sup> *Ibidem*, p. 805.

<sup>517</sup> CUNHA, L. C. *A fazenda...* p. 182.

<sup>518</sup> MENDES DA SILVA, R. P. *Execução...* p.116.

<sup>519</sup> PEREIRA, H. V. *Op. cit.* p. 427.

de Assis<sup>520</sup>, Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>521</sup> e Simone Schreiber<sup>522</sup>. O Supremo Tribunal Federal<sup>523</sup> e o Superior Tribunal de Justiça também compartilham desta mesma compreensão, tendo este último editado o verbete nº. 311 de sua Súmula: “Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”<sup>524</sup>.

Assim, apesar das elevadas motivações humanitárias que justificariam a preferência dos idosos no recebimento de seus créditos, acreditamos que atualmente inexistente base legal para tal. Entretanto, deve-se ter em conta que caso o legislador venha a estabelecer, mediante reforma da Constituição, ordem preferencial de pagamento para os maiores de sessenta anos, não se estaria infringindo o princípio da igualdade, mas apenas o reafirmando.

Já é possível vislumbrar alteração em nossa Carta política que atenda a este anseio. A proposta de emenda à Constituição nº. 1 de 2003, de autoria do Senador Maguito Vilela, ainda em trâmite, determina que o pagamento feito aos idosos seja realizado em espécie, ou seja, sem sujeição à fila dos precatórios<sup>525</sup>. Trata-se de louvável iniciativa, na medida em que muitos anciãos esperam o pagamento até o final de suas vidas.

Também se encontram em trâmite, no Senado, outras duas outras propostas. A primeira é a proposta de emenda Constitucional nº. 29 de 2005, de autoria do Senador Sérgio Cabral, que estabelece que “os precatórios expedidos em favor dos maiores de 60 (sessenta) anos de idade serão obrigatoriamente pagos dentro do primeiro trimestre do exercício de pagamento, com preferência sobre os demais”<sup>526</sup>.

A segunda, a proposta de emenda à Constituição nº. 61 de 2005, propõe-se a alterar o §3º do artigo 100 da Constituição, estendendo aos idosos o tratamento

<sup>520</sup> ASSIS, A. *Op cit.* p. 965.

<sup>521</sup> CUNHA, L. J. C. *A fazenda...* p. 168-169.

<sup>522</sup> SCHEREIBER, Simone. *Considerações sobre o regime de precatório para pagamento dos débitos judiciais pela Fazenda Pública*. Revista Ibero americana de Direito Público. v.II. Rio de Janeiro, América Jurídica. 2001. p. 249.

<sup>523</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator: Ministro Sidney Sanches. Agravo regimental no agravo de instrumento 308.917-PE. Brasília, 16 de outubro de 2001.

<sup>524</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. Relator: Denise Arruda. “...tão somente os atos emanados de presidente de tribunal, em sede de precatórios, por se revestirem de natureza político-administrativa, e não jurisdicional, sujeitam-se à ação mandamental...”. Recurso ordinário em Mandado de segurança nº. 17.958. Brasília, 13 de setembro de 2005.

<sup>525</sup> BRASIL. Diário do Senado Federal. Brasília, Brasília, 20 de Fevereiro de 2003. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2003/02/19022003/01605.pdf>> p. 1605-1606. Acesso em 20 de outubro de 2007.

<sup>526</sup> BRASIL. Diário do Senado Federal. Brasília, Brasília, 29 de junho de 2005. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2005/06/28062005/21138.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2007.

diferenciado dado aos créditos de pequeno valor, os dispensando do regime de precatórios<sup>527</sup>.

Parece-nos que todas estas propostas atendem ao dever de justificação situacional, proposto por Vincent Martenet, pois as medidas adotadas se fundamentam nas características inerentes à situação dos idosos, que enfrentam realidade diferente dos demais jurisdicionados. Esta afirmação, apesar de simplista, nos parece essencial. A exigência do escopo legítimo, natural desta modalidade de justificação, que é de proporcionar acesso ao bem da vida àqueles que possivelmente não sobreviverão à fila dos precatórios, mostra-se plenamente preenchido<sup>528</sup>.

### 5.7 Requisições de pagamento de pequeno valor

As Emendas Constitucionais n.º 30 de 2000 e 37 de 2002 trouxeram importantes modificações à disciplina do pagamento dos débitos da Fazenda Pública. A primeira estabeleceu que os créditos de pequeno valor não se sujeitam ao regime dos precatórios (art. 100, § 3º, Constituição) e que esta categoria de créditos tampouco sujeita-se ao parcelamento do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Já a Emenda Constitucional n.º 37 de 2002 vedou a expedição de valor complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra de valor de precatório (art. 100, § 4º da Constituição), com o intuito de evitar que o pagamento fosse feito em parte como dívida de pequeno valor, e em outra pela via do precatório.

Este procedimento especial, como menciona Araken de Assis, envolve todas as dívidas de pequeno valor, sejam os créditos comuns, sejam os alimentares<sup>529</sup>.

A Lei 10.259 de 2001, que disciplinou a criação dos juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estabeleceu, no §1º do artigo 17 que as

<sup>527</sup> BRASIL. Diário do Senado Federal. Brasília, 26 de outubro de 2005. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2005/10/25102005/36117.pdf>> p. 36117. Acesso em 20 de outubro de 2007.

<sup>528</sup> MARTENET, V. *Op. cit.* p. 190. FAVOREU, L. *Op. cit.* p. 74. referindo-se ao Tribunal Constitucional Alemão, comenta: “De fato, o Tribunal Constitucional considera que há violação ao princípio da igualdade se ele não encontrar justificação razoável para a discriminação, neste caso ele procede a um controle das medidas arbitrárias.” CRETELLA NETTO, J. *Op. cit.* p. 53. “A questão central não é o critério diferenciador em si, mas sim, o vínculo existente entre o critério diferenciar e a finalidade da diferenciação.”

<sup>529</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 971.

obrigações definidas como de pequeno valor terão como limite o mesmo valor estabelecido pelo artigo 3º da mesma Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível, ou seja, sessenta salários mínimos. O pagamento desta quantia, de acordo com o *caput* do artigo 17, deverá ser feito no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório<sup>530</sup>.

Desatendida esta requisição o juiz deve determinar o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão considerando a expressa autorização legal (art. 17 da Lei 10.259 de 2001)<sup>531</sup>, devendo, como observa Araken de Assis, ser previamente ouvido o Ministério Público, por força do artigo 731 do Código de Processo Civil<sup>532</sup>. Destaque-se que o juiz a determinar o seqüestro, no caso das dívidas de pequeno valor é o que conduziu a execução e não o presidente do tribunal<sup>533</sup>.

Os Estados e Municípios gozam da faculdade de editarem leis específicas definindo o teto para o pagamento das dívidas de pequeno valor (art. 87, ADCT). Tal medida por parte do poder constituinte derivado se justifica pela diferente capacidade financeira dos entes da federação<sup>534</sup>. Admite-se, na doutrina, a incidência do seqüestro previsto no artigo 17 da Lei 10.259 de 2001 quando a Fazenda estadual ou municipal infringir o prazo de pagamento<sup>535</sup>.

Na ausência de previsão legal aplicar-se-á, como teto às obrigações de pequeno

---

<sup>530</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 806. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Segunda Turma. Relator: Napoleão Maia Filho. “Constitucional. Lei 10. 259/2001. Definição do conceito de pequeno valor. Execução de honorários advocatícios. Resolução 258/02 do CJF. Possibilidade de pagamento via RPV. 1. A definição de obrigação de pequeno valor, constante da lei 10.259 /2001, não tem aplicabilidade restrita às ações interpostas no Juizado Especial Federal Cível, devendo ser levado em consideração em todas as condenações impostas à Fazenda Pública Federal, vez que o art. 100,§ 3º. Da CF apenas exige que tal conceito venha explicitado em lei em sentido estrito, não exigindo lei específica para tanto”. AGTR 2003.05.00.016492-9. Rio de Janeiro, 21 de junho de 2005.

<sup>531</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 972.

<sup>532</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 973. Este seqüestro, para Ricardo Perlingero, tem natureza de verdadeiro arresto de natureza executiva, encerrando uma desapropriação judicial. MENDES DA SILVA, R. P. *Redefinição... Op. cit.* p. 72.

<sup>533</sup> CORRÊA, Antonio de Pádua Muniz. *Precatório de pequeno valor. Execução contra a Fazenda Pública*. Revista tributária e de finanças públicas. n. 32. São Paulo, 2000, p.161

<sup>534</sup> Como bem destaca Bruno Espiñeira Lemos, “Não se pode imaginar 30 (trinta) salários-mínimos, como referencial mínimo a título de “pequeno valor” para um município de pouco mais de 3.000 (três) mil habitantes que se mantém, exclusivamente, com o que recebe do Fundo de Participação dos Municípios”. LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 151.

<sup>535</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 807. Ricardo Perlingero observa que “nada impede, entretanto, que o juiz opte pela execução forçada e determine o seqüestro ou a apreensão de bens públicos estaduais ou municipais necessários à satisfação do crédito”. Este arresto, para Ricardo Perlingero, tem natureza de verdadeiro arresto de natureza executiva, encerrando uma desapropriação judicial. MENDES DA SILVA, R. P. *Redefinição... Op. cit.* p. 72.

valor, a quantia de sessenta salários mínimos para a União (art. 17, Lei 10.259 de 2001 c/c art. 3º da mesma Lei), quarenta salários mínimos para os Estados e trinta para os municípios (art. 87, ADCT, oriundo da Emenda Constitucional nº. 30 de 2000)<sup>536</sup>.

Todavia, esta possibilidade dos entes locais definirem o teto para obrigações de pequeno valor tem dado azo a condutas pouco louváveis por parte dos administradores públicos. No Piauí, por exemplo, a Lei nº. 5.250 de 2 de julho de 2002, definiu obrigações de pequeno valor no âmbito estadual como aquelas inferiores a cinco salários mínimos. O estabelecimento de valor tão reduzido deu ensejo ao ajuizamento da ADIn 2868, proposta pelo Procurador Geral da República, objetivando defenestrar de nosso ordenamento jurídico tamanho retrocesso social<sup>537</sup>.

Araken de Assis assevera que se acréscimos posteriores ao ajuizamento, a exemplo da atualização monetária, tornaram o crédito superior ao limite de sessenta salários mínimos, caberá ao exequente optar, na forma do artigo 17, §4º, pelo pagamento integral através de precatório, ou pelo pagamento até o mencionado limite, renunciando ao crédito do valor excedente<sup>538</sup>. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem consagrado o mesmo entendimento com relação às custas processuais e honorários advocatícios<sup>539</sup>.

Não obstante, como menciona Ricardo Perlingeiro, “depois de efetuado pagamento sem precatório, havendo ainda valores a receber por fato superveniente e do qual não tinha conhecimento o credor, será admissível o fracionamento, porém o pagamento deste remanescente será por precatório.”<sup>540</sup>.

Na hipótese de litisconsórcio, cada autor terá seu direito considerado

<sup>536</sup> MENDES DA SILVA, R. P. *Redefinição... Op. cit.* p. 71.

<sup>537</sup> LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 149. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Britto. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2868/PI. Brasília, 2 de fevereiro de 2006.

<sup>538</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 973.

<sup>539</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. “Direito Previdenciário e Processual Civil. Execução sem a necessidade de expedição de precatório. Limite previsto no artigo 17, parágrafo 1º, combinado com o artigo 3º da Lei nº 10.259/01. Exclusão da verba honorária e das custas processuais. Impossibilidade. 1. Os créditos em demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios previdenciários, cujos valores de execução não excederem a 60 salários mínimos por autor, poderão, por opção de cada um dos exequentes, ser pagos no prazo de até 60 dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade da expedição de precatório. 2. O limite de 60 salários mínimos tem incidência sobre os valores de execução que, por certo, compreendem não só o valor efetivamente devido ao segurado, mas também os valores a serem suportados pela autarquia previdenciária, a título de honorários advocatícios e de custas processuais. Precedente. 3. A dispensa do precatório só será possível quando os valores da execução, incluídos os honorários advocatícios, não excederem o limite de 60 salários mínimos, sendo vedado o seu fracionamento. 4. Recurso provido”. Recurso especial 736444/RS, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 18 de agosto de 2005. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Agravo regimental no recurso especial 720744/RS, Relator ministro Hélio Quaglia Barbos. Brasília, 31 de maio de 2005.

<sup>540</sup> MENDES DA SILVA, R. P. *Redefinição... Op. cit.* p. 71.

individualmente, de forma que alguns poderão ser dispensados do precatório e outros não. Este é o entendimento previsto na Resolução n.º. 2 de 2003 (art. 3º, §1º) do Superior Tribunal de Justiça, na Instrução Normativa n.º. 1 de 2003 do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, na Resolução 438 de 2005 do Conselho da Justiça Federal e na Resolução 199 de 2005 do Tribunal de Justiça de São Paulo <sup>541</sup>. Em relação a cada autor se considerará a totalidade de pedidos eventualmente cumulados<sup>542</sup>.

Em posição isolada, Ricardo Seibel sustenta não ser admissível desmembrar o valor por beneficiário do crédito, em caso de litisconsórcio, pois o contrário violaria a Constituição<sup>543</sup>.

Os créditos de pequeno valor estão excluídos do âmbito de incidência do soturno artigo 19 da Lei 11.033 de 2004, que condiciona o levantamento de valores de precatório judicial, ou a autorização para o seu depósito em conta bancária à apresentação de certidão negativa de tributos federais, estaduais, municipais e certidão de regularidade para com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a dívida ativa da União. Isto se dá por disposição expressa do própria diploma (artigo 19, I e II, Lei 11.033 de 2004), que exclui os ditos créditos de pequeno valor, assim como os de natureza alimentar. Todavia, independente do tratamento diferenciado dado, os tribunais têm entendido pela inconstitucionalidade desta regra, por ofensa ao princípio do devido processo legal, da razoabilidade, proporcionalidade e ao próprio artigo 100 da Constituição<sup>544</sup>.

A desigualdade está latente na supra mencionada lei. Como assentado em sede jurisprudencial, o “direito, já consagrado pela decisão judicial transitada em julgado, após o trâmite de processo em que foram observados o contraditório e a ampla defesa, fica na dependência de formalidades destinadas a proteger interesses da Fazenda não

<sup>541</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 808. GIORA JÚNIOR, R. *Op. cit.* p. 233. CUNHA, L. J. C. *A fazenda...* p. 181. Também a jurisprudência tem reconhecido a necessidade de se considerar cada litisconsorte individualmente. Merecem menção os seguintes julgados: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Segunda Câmara de Direito Público. Agravo Interno 286.532.5/3-00. Relator: Desembargador Lineu Peinado. São Paulo, 1 de outubro de 2001; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Quarta Câmara de Direito Público. Agravo Interno 287.815.5/2-00. Relator: Desembargador Soares Lima. São Paulo, 13 de março de 2003. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso especial 728163/RS, relator Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 20 de outubro de 2005.

<sup>542</sup> MENDES DA SILVA, R. P. *Redefinição...* *Op. cit.* p. 71.

<sup>543</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *A execução contra a Fazenda Pública. Questões polêmicas dos tribunais.* In: AJURIS: Revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul. 2004. v. 31. p. 228. No mesmo sentido, BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Henrique Osvaldo Poeta Roenick. Agravo de instrumento n.º 70005154703. Porto Alegre, 18 de dezembro de 2002.

<sup>544</sup> BRASIL. Tribunal regional Federal da Quarta Região. Corte especial. Relator: Desembargador Federal Albino Ramos de Oliveira. Arguição de inconstitucionalidade em agravo interno n.º.2005.04.01017909-2-RS. Porto Alegre, 23 de março de 2006.

submetidas a igual procedimento”. Tal exigência teria como efeito a dantesca situação de que, os credores da Fazenda Pública, que por qualquer motivo estivessem questionando as exigências fiscais fazendárias, ficariam impossibilitados de receber seus créditos, dada a inafastável condição estabelecida pela lei de apresentação da certidão negativa de débitos, o que fere frontalmente o artigo 5º, XXXV da Constituição<sup>545</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, reconheceu a inconstitucionalidade da Lei 11.033 de 2001, em acórdão de lavra da Ministra Cármen Lúcia, afirmando que os requisitos definidos para a satisfação dos precatórios somente podem ser definidos pela Constituição. Ainda no aludido julgado assentou-se que a determinação de condicionantes e requisitos para o levantamento ou a autorização para o depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatórios judiciais, que não aqueles constantes de norma constitucional, ofende aos princípios da garantia da jurisdição efetiva (art. 5º, XXXVI, Constituição) e o art. 100 e seus incisos<sup>546</sup>.

### **5.8 Pagamento parcelado (Artigos 33 e 78 do ADCT e as propostas de emenda constitucional em trâmite)**

Com a edição da Constituição de 1988, o legislador buscou resolver o problema do enorme déficit público com o parcelamento da dívida dos entes da federação. Assim, através da emenda constitucional nº. 30 se estabeleceu que as prestações remanescentes, exceto as de natureza alimentícia, poderiam ser pagas em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de 8 anos<sup>547</sup>.

O artigo 33 do ADCT estabeleceu, em seu §1º que as entidades devedoras poderiam emitir títulos da dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento. Com a emissão destes títulos, o parcelamento do pagamento dos precatórios foi mais ainda desmoralizado, na medida em que muitos governos os

---

<sup>545</sup> BRASIL. Tribunal regional Federal da Quarta Região. Corte especial. Relator: Desembargador Federal Albino Ramos de Oliveira. Arguição de inconstitucionalidade em agravo interno nº.2005.04.01017909-2-RS. Porto Alegre, 23 de março de 2006.

<sup>546</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.453-7. Brasília, 30 de novembro de 2006.

<sup>547</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 810.

emitiam com objetivos diversos dos pagamentos dos precatórios<sup>548</sup>.

Esse parcelamento, que ambicionava solucionar o déficit público através do sacrifício de seus credores não trouxe resultados. “O poder público continuou devedor de créditos antigos e mesmo aqueles credores que se sujeitaram ao fracionamento ainda não receberam todo o crédito devido”<sup>549</sup>.

Com a emenda constitucional nº 30 de 2000 foi renovada a sistemática do pagamento parcelado como mecanismo de protelar o pagamento das dívidas da Fazenda Pública. O artigo 78 do ADCT deu aos entes públicos o prazo de 10 anos para saldar os créditos oriundos dos precatórios pendentes até a sua promulgação, e também as ações propostas até o dia 31 de dezembro de 1999<sup>550</sup>.

Escaparam, parcialmente, do alcance da Emenda Constitucional nº. 30 os créditos oriundos da desapropriação do único imóvel do devedor, tendo o parcelamento destes sido limitado à dois anos. Os créditos de natureza alimentícia, os de pequeno valor e os que já tiveram a necessária quantia depositada em juízo foram expressamente excluídos da “moratória” dos entes públicos<sup>551</sup>.

Para Bruno Espiñeira Lemos o legislador deveria ter condicionado a utilização da moratória concedida pelo artigo 78 do ADCT à efetiva comprovação técnico-orçamentária da incapacidade de pagamento da entidade de direito público, pois apenas assim se respeitaria o princípio da isonomia. Para o autor, também foi desrespeitado o princípio igualitário ao determinar o prazo máximo de dois anos para o pagamento dos créditos oriundos de desapropriações<sup>552</sup>.

Esperava-se que após duas décadas de sucessivos parcelamentos da dívida pública, se pudesse vislumbrar um fim para a *via crucis* dos credores. O § 4º do artigo 78 do ADCT autorizou o presidente do tribunal competente, a requerimento do credor, a sequestrar recursos da entidade executada, em casos de vencimento do prazo, omissão no orçamento ou preterição do direito de precedência<sup>553</sup>. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal parece caminhar para a aplicação pela deste instituto nos casos de vencimento do décimo do débito, na medida em que existem manifestações favoráveis à

<sup>548</sup> RIBEIRO, Antonio de Pádua. *Execução contra a Fazenda Pública*. Revista CEJ, nº. 16. Brasília, 2002, p. 109.

<sup>549</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 810.

<sup>550</sup> RIBEIRO, A. P. *Op. cit.* p. 109. Para Bruno Espiñeira Lemos o parcelamento das dívidas antigas, anteriores a 31 de dezembro de 1999 e pagamento integral das dívidas novas, no exercício seguinte afronta o princípio da igualdade. Para o autor esta distinção é arbitrária, constituindo, portanto, uma discriminação. LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 123.

<sup>551</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 810.

<sup>552</sup> LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 126/128.

<sup>553</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 811.

exclusão deste dispositivo do alcance do decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1662/SP<sup>554</sup>.

Todavia, encontra-se em tramitação, no Senado, a proposta de emenda constitucional nº. 23 de 2003, de autoria do Senador Efraim Morais. A aludida proposta objetiva conferir nova redação ao §1º do artigo 100 da Constituição, limitando o pagamento dos precatórios, excluindo os de natureza alimentícia, a dois por cento das receitas correntes líquidas, e permitindo o parcelamento em até sessenta vezes<sup>555</sup>.

O mencionado projeto, de acordo com o seu autor, tem o objetivo de “evitar que os entes federativos sejam financeiramente inviabilizados por compromissos assumidos no passado sem ferir o louvável espírito introduzido pela Lei de Responsabilidade Fiscal”. Além disso, buscaria a aludida emenda “impedir que as obrigações com precatórios eliminem a capacidade de investimento dos entes federativos”<sup>556</sup>.

O parecer nº. 593 de 2003, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de relatoria do Senador Demóstenes Torres concluiu pela constitucionalidade da proposta de emenda à Constituição, asseverando que:

a medida revela-se conveniente e oportuna, porque torna mais realista e viável o regime dos pagamentos dos precatórios, ora por limitar o montante máximo, ora por permitir o parcelamento da dívida. Caso seja aprovada, cremos que diminuirá sobremaneira o descumprimento das obrigações por parte dos entes federativos, e, como bem ressalta sua justificação, tornará impossíveis as manobras utilizadas por muitos governadores e prefeitos com vistas a protelar os pagamentos e dificultar financeiramente a administração dos sucessores<sup>557</sup>.

Em 20 de agosto de 2003 foi apresentada a primeira proposta de emenda ao projeto, permitindo o parcelamento em até cento e vinte vezes<sup>558</sup>.

Com o requerimento nº 10 de 2007, de autoria do senador Pedro Simon, passaram a tramitar conjuntamente as propostas de Emenda à Constituição número 12, 2006; 11, 29 e 61, de 2005; 51, de 2004; e 1 e 23, de 2003, por tratarem de tema

---

<sup>554</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski . Reclamação 3084/SP. Brasília, 23 de março de 2008.

<sup>555</sup> SENADO FEDERAL. <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2003/04/16042003/07964.pdf>>. Acessado em 20 de fevereiro de 2007.

<sup>556</sup> DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2003/04/16042003/07964.pdf>>. Acessado em 20 de fevereiro de 2007.

<sup>557</sup> DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2003/05/30052003/13848.pdf>> Acessado em 20 de fevereiro de 2007.

<sup>558</sup> DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2003/08/20082003/24506.pdf>> Acessado em 20 de fevereiro de 2007.

correlato<sup>559</sup>. Resta aos jurisdicionados aguardar ao desfecho do processo legislativo, e desta tentativa de agravar a inefetividade da já combalida execução contra a Fazenda Pública.

### 5.9 Execução fundada em título executivo extrajudicial

Conforme leciona Leonardo Greco, título executivo “é o documento ou é a situação fático jurídica que, revestidos dos requisitos legais, autorizam a instauração do processo de execução (*nulla executio sine titulo*)”<sup>560</sup>. Para o mesmo autor, o título executivo extrajudicial corresponderá a um “documento ou ato a que a lei confere eficácia executiva, sem que a sua formação tenha se originado de um processo de conhecimento anterior”<sup>561</sup>.

O texto constitucional prevê que os pagamentos realizados pelo *modus* previsto em seu art. 100 serão oriundos de “sentença judiciária”. Por isso, parte da doutrina abraçou a idéia de que o procedimento dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil somente poderia advir com base em título judicial<sup>562</sup>.

Vicente Greco Filho, defende que a execução por quantia certa com base em título extrajudicial não é possível, e que o tratamento constitucional do problema foi coerente com o regime de reexame obrigatório das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública (art. 475 do Código de Processo Civil), da tradição do direito brasileiro. Para o autor, se a lei, de regra, exige que as próprias decisões judiciais contra a Fazenda sejam reexaminadas obrigatoriamente pelo tribunal para terem executividade, como admitir que o título extrajudicial a tenha quando o mais das vezes ou pelo menos às vezes não tem exame algum do judiciário sobre a integridade e procedência do crédito<sup>563</sup>?

Da mesma opinião é Bruno Espiñeira Lemos, que acredita ter o § 3º do artigo 100 da Constituição, através da expressão “sentença judicial transitado em julgado”,

<sup>559</sup> DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2007/02/06022007/00700.pdf>> Acessado em 10 de março de 2008.

<sup>560</sup> GRECO, L. *O processo...* p. 103.

<sup>561</sup> GRECO, L. *O processo...* p. 178.

<sup>562</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 94/95.

<sup>563</sup> GRECO FILHO, V. *Da execução...* p.59. MACHADO, Antonio Cláudio. *Execução contra a Fazenda Pública. Inadmissibilidade*. São Paulo: Revista de Processo. nº 59. P. 216-218.

afastado a possibilidade de execução de título extrajudicial. Além disso, o autor sustenta a existência do sistema de precatórios na suposta (e ultrapassada) supremacia do interesse público sobre o privado<sup>564</sup>. Este posicionamento é seguido também por João Carlos Souto<sup>565</sup> e Juraci Inês Chiarini Vicente<sup>566</sup>.

Para estes juristas o detentor do título executivo extrajudicial deveria propor ação de conhecimento condenatória para a obtenção de um título executivo judicial e, só posteriormente, ingressar com a execução com base na condenação obtida<sup>567</sup>.

Existe uma posição intermediária, porém extremamente minoritária. De acordo com os autores que compartilham desta vertente, uma vez ajuizada uma execução contra a Fazenda pública, com base em título extrajudicial, sendo citada a Fazenda-devedora e, opostos ou não os embargos, deveria ser proferida uma sentença, a qual, como qualquer sentença contrária à Fazenda Pública, sujeita-se ao duplo grau de jurisdição. Nesta situação, estaria satisfeita a exigência constitucional. Teríamos, aí, uma “sentença judiciária” para fins de expedição do precatório<sup>568</sup>.

Juvêncio Vasconcelos dissente de tal opinião. Sustenta que a eficácia de um título executivo extrajudicial é imediata, decorrente da lei, não estando a depender de uma posterior sentença oriunda de processo de conhecimento. Para o autor, admitida a execução de um título extrajudicial contra a Fazenda pública, o procedimento, em especial a fase de expedição de precatório, não decorreria de uma decisão judicial *a posteriori*, lançada em sede de eventuais embargos, mas sim, da própria eficácia executiva do título. Segundo este posicionamento, mesmo que os embargos sejam opostos, e posteriormente rejeitados, não é a sentença embargatória que se executa, mas sempre o título que instrui a exordial executiva<sup>569</sup>.

Pela possibilidade de execução do título extrajudicial contra a Fazenda Pública encontramos as abalizadas opiniões de Celso Neves<sup>570</sup>, Humberto Theodoro Júnior<sup>571</sup>,

---

<sup>564</sup> LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 26-27-62.

<sup>565</sup> SOUTO, J. C. *Op. cit.* p. 288, 289.

<sup>566</sup> VICENTE, Juraci Inês Chiarini. *Execução contra a Fazenda Pública Fundada em Título Extrajudicial*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 120.

<sup>567</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 95.

<sup>568</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 95-96

<sup>569</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 96-98.

<sup>570</sup> NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 153.

<sup>571</sup> THEODORO JÚNIOR, H. *Curso...* v. II. p. 301.

Leonardo Greco<sup>572</sup>, Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>573</sup> e Araken de Assis<sup>574</sup>. Este último traz importante contribuição ao assunto, defendendo o trânsito em julgado não para a expedição do precatório, mas para o levantamento do dinheiro<sup>575</sup>.

Este posicionamento de tão numerosa parcela da doutrina decorre da total equiparação da eficácia executiva dos títulos judiciais e extrajudiciais. Principalmente após o advento da Lei nº. 8.953 de 1994, que albergou de vez o entendimento de que os procedimentos executivos comuns do Código de Processo Civil – execução para entrega de coisa, execução das obrigações de fazer e não fazer e execução por quantia certa - podem ter fundamento em título executivo judicial ou extrajudicial. É essa tendência unificadora leva aos processualistas entenderem a possibilidade de cabimento da execução contra a Fazenda Pública fundada em título extrajudicial<sup>576</sup>.

Além disso, deve-se ressaltar que é impossível negar que a Administração Pública, no desenvolver de suas atividades, muitas vezes participa da confecção de documentos, como contratos e duplicatas, também encontrados nas relações jurídicas entre particulares e que são, por sua vez, títulos executivos extrajudiciais, constantes do *roll* do artigo 585, Código de Processo Civil<sup>577</sup>.

Para nós, este entendimento é o que se encontra em maior conformidade com a efetiva paridade de armas no processo civil. A Fazenda Pública, quando exequente, promove a execução de débito inscrito em sua dívida ativa através de título executivo extrajudicial (art. 585, VII), onde o particular não participou de sua formação podendo sujeitá-lo à ônus injustificável no acesso à justiça e à ampla defesa, impedindo-o de reagir contra a execução injusta antes de garantir o juízo<sup>578</sup>. Logo, a execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública parece-nos ser um feliz contraponto em face do soturno, e quiçá inconstitucional, privilégio dos entes públicos.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento favorável à execução em face da Fazenda Pública com base em título extrajudicial, tendo

---

<sup>572</sup> GRECO, L. *O processo...* v. I. p. 396.

<sup>573</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *As defesas do executado*. In: Leituras complementares de Processo Civil. Org.: DIDIER JÚNIOR, Freddie. 6 ed. Salvador: Juspodium, 2008, p. 274.

<sup>574</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 961/963.

<sup>575</sup> *Loc. cit.*

<sup>576</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 97.

<sup>577</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 98.

<sup>578</sup> GRECO, Leonardo. *A crise do processo de execução*. 1 ed. In: Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 42. Araken de Assis destaca que somente os embargos suspendem a execução do crédito fiscal. Este, como sabemos, por força do artigo 16, §1º da Lei 6.830 de 1980, depende de prévia garantia do juízo. A mera propositura de Mandado de Segurança ou de ação anulatória não suspende a exigibilidade do crédito tributário. ASSIS, A. *Op. cit.* p. 988/991.

consagrado seu posicionamento no verbete 279 de sua súmula<sup>579</sup>.

Admitido o título executivo extrajudicial contra a fazenda, o procedimento a ser trilhado será exatamente o dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil. O rito é perfeitamente compatível com o título extrajudicial. Citar-se-á a Fazenda para opor embargos. Não opostos ou rejeitados, só então virá a expedição do precatório. O contraditório estará plenamente assegurado com a possibilidade de interposição (ou não) dos embargos, destacando-se, inclusive que, nesse caso, a defesa será ampla, *ex vi* do art. 745 do CPC<sup>580</sup>.

### 5.10 Seqüestro e intervenção

Atualmente os únicos meios existentes na legislação pátria para “assegurar” o pagamento dos precatórios aos credores são o seqüestro e a intervenção, sendo este último extremamente desprestigiado pela jurisprudência<sup>581</sup>.

O seqüestro de rendas públicas, a ser determinado pelo presidente do tribunal competente, ocorre em decorrência do desatendimento da ordem cronológica (art. 100, §2º, Constituição)<sup>582</sup>, e também no caso de omissão no orçamento ou desrespeito do prazo de dez anos instituído pelo artigo 78 do ADCT<sup>583</sup>.

<sup>579</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: Execução – Fazenda Pública – Título Extrajudicial – Possibilidade. As requisições de passagens aéreas, acompanhadas de nota de empenho, são títulos executivos extrajudiciais. O legislador permite a execução contra a Fazenda Pública por título extrajudicial. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Recurso especial 203.962/AC. Brasília, 6 de maio de 1999. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Brasília, 23 de março de 2000. Recurso especial 193.896/RJ. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma. Relator: Ministro Franciulli Netto. Recurso especial 188.864/RS. Brasília, 2 de agosto de 2001. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. Relator: Ministro Felix Fisher. Recurso Especial 212.689/SP. Brasília, 21 de março de 2000.

<sup>580</sup> VIANA, J. V. *Execução...* p. 99.

<sup>581</sup> O Supremo Tribunal Federal em sucessivos julgamentos desprestigiou o instituto da intervenção, especialmente através da tese do Ministro Gilmar Mendes Ferreira de que descumprimento da inclusão da verba necessária ao pagamento deve ser voluntária e intencional e que a declaração da intervenção poderia ferir o princípio da proporcionalidade e a “reserva do financeiramente possível. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Intervenção Federal nº 139-SP. Brasília, 19 de março de 2003. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministra Ellen Gracie. Agravo Regimental na Intervenção Federal 2117-DF. Brasília, 9 de agosto de 2006.

<sup>582</sup> GIORA JÚNIOR, Romeu. *Os precatórios*. Revista Tributária e de finanças públicas. nº. 76, 2007, p. 227. LEMOS, B. E. *Op. cit.* p. 116. GRECO FILHO, V. *Op. cit.* p. 95. GRECO, L. *O processo...* v.II. p. 544.

<sup>583</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 812. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Agravo Regimental na Reclamação 3.034-2/PB. Brasília, 21 de setembro de 2006. “Em oportunidade anterior afirmou serem três, e apenas três, as situações nas quais a EC 30/00 admite o

Em posição minoritária, Marcelo Lima Guerra defende que sendo frustrado o pagamento do precatório alimentar, ou seja, quando não for incluído numerário suficiente a satisfazer estes créditos, poderá o órgão jurisdicional, por outros meios, satisfazer o credor, seqüestrando rendas para dar efetividade ao mandamento constitucional<sup>584</sup>.

Não obstante, tal posicionamento não encontrou guarita na jurisprudência e na doutrina. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento que a não inclusão no orçamento da verba necessária ao pagamento de precatórios, mesmo os de natureza alimentar, por si só, não consubstanciaria forma de preterição do direito de preferência, tendo sido vencidos, neste ponto, os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence<sup>585</sup>.

Apesar desta amplitude restritiva dada ao instituto do seqüestro pelos tribunais superiores, a jurisprudência não tem se mostrado de todo inflexível com relação as prementes necessidades sociais ameaçadas em face da demora do poder público em satisfazer seus credores. O Tribunal de Justiça de São Paulo, neste sentido, vem consolidando entendimento favorável a possibilidade de constrição de dinheiro público quando o credor, em função de doença grave, necessitar da satisfação imediata do débito para assegurar a continuidade da assistência médica e o mínimo existencial. Prepondera, de acordo com inúmeros julgados do supra citado Tribunal, a dignidade da pessoa humana em face dos privilégios de ordem processual, tratando-se de “constrição de natureza humanitária”<sup>586</sup>. Tal compreensão deste instituto também encontra guarita

---

seqüestro. (1) vencimento do prazo de 10 anos, do art. 78 do ADCT (§4º do art. 78 do ADCT); (2) preterição do direito de precedência (§2º do art. 100 e §4º do art. 78 do ADCT); (3) omissão, a partir do oitavo ano do prazo de dez anos de inclusão de verba no orçamento, prevista no §1º do art. 100, quanto aos créditos de que trata o art. 78 do ADCT (§4º do art. 78 do ADCT).

<sup>584</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 210-211, *apud*, MIRANDA, G. D. Op. cit. p. 812.

<sup>585</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.662-SP. Brasília, 30 de agosto de 2001. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Reclamação 1903-MS. Brasília, 17 de outubro de 2004. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Reclamação 2125-RJ. Brasília, 2 de setembro de 2004. Também Ricardo Seibel afirma não ser legítimo alargar as hipóteses de cabimento de seqüestro, visando compelir o poder executivo a satisfazer determinados créditos. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *A execução contra a Fazenda Pública. Questões polêmicas dos tribunais*. In: AJURIS: Revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul. 2004. v. 31. p. 239. No mesmo sentido Ricardo Perlingeiro, “o seqüestro constitucional depende exclusivamente, de preterição na ordem do pagamento. nenhuma outra causa pode justificá-lo. Dessa maneira, mantida a ordem de pagamento, a falta de recursos orçamentários ou a insuficiência do depósito, por si sós, não ensejam o seqüestro”. MENDES DA SILVA, R. P. *Execução...* p. 124.

<sup>586</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Órgão especial. Relator: Roberto Vallim Bellocchi. Agravo regimental nº 1553470101. São Paulo, 23 de abril de 2008. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Órgão especial. Relator: Roberto Vallim Bellocchi. Agravo regimental nº 1553050001. São Paulo, 23 de abril de 2008. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. órgão especial. Relator: Roberto Vallim Bellocchi. Agravo regimental nº 1517560901. São Paulo, 9 de abril de 2008. SÃO

na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já decidiu pela possibilidade de expedição de ordem de seqüestro em razão de grave moléstia<sup>587</sup>.

A doutrina diverge quanto a natureza jurídica do seqüestro. Gilson Delgado Miranda defende a sua dupla natureza jurídica, sendo satisfativa quando ajuizada pelo primeiro credor da fila, pois visa entregar-lhe a quantia seqüestrada para a satisfação do seu crédito (art. 100, §2º Constituição). Ajuizada por qualquer outro credor preterido, mas o que não seja o que deva receber em primeiro lugar, a medida será cautelar (art. 822, IV, Código de Processo Civil), porque visa a recomposição da ordem cronológica de preferência dos precatórios<sup>588</sup>.

Também admitindo esta concepção mista, Hélio do Valle Pereira sustenta que os efeitos do seqüestro serão distintos de acordo com o caso. Afirma o autor que tratando-se de credor com direito à percepção do crédito pago a outrem (o primeiro da “fila”), a pretensão terá caráter exclusivamente satisfativo, pois o objetivo é apreender numerário para atendimento de seu direito. Em se cuidando de postulação formulada por outro credor preterido (que não seja o primeiro da “fila”), o seqüestro tem caráter preventivo, não resultando em automático atendimento da sua postulação principal<sup>589</sup>.

Para Araken de Assis a medida exhibe sempre natureza executiva, por promover a transferência forçada de dinheiro para o patrimônio do exeqüente. O autor atenta ainda que desaparece - na hipótese de preterição ou desobediência à cronologia das requisições - a impenhorabilidade do dinheiro público<sup>590</sup>, no que é seguido por relevantes doutrinadores<sup>591</sup>.

Juvêncio Vasconcelos Viana atenta que com a concessão do seqüestro não se almeja apenas prevenir ou resguardar uma situação, mas o que se obtém é verdadeira invasão no patrimônio da Fazenda, decorrendo disto o seu caráter satisfativo<sup>592</sup>. Também afirmando a natureza satisfativa da medida estão Ricardo Perlingeiro<sup>593</sup>, Leonardo Greco<sup>594</sup> e Fernão Borba Franco<sup>595</sup>.

---

PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Órgão especial. Relator: Celso Limongi. Agravo regimental nº 1525080501. São Paulo, 19 de dezembro de 2007.

<sup>587</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Agravo Regimental na Reclamação 3.034-2/PB. Brasília, 21 de setembro de 2006.

<sup>588</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 812.

<sup>589</sup> PEREIRA, H. V. *Op. cit.* p. 429.

<sup>590</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 968/970.

<sup>591</sup> MENDES DA SILVA, R. P. *Op. cit.* p. 127.

<sup>592</sup> VIANA, J. V. *Op. cit.* p. 126.

<sup>593</sup> MENDES DA SILVA, R. P. *Op. cit.* p. 127.

<sup>594</sup> GRECO, L. *O processo...* v. II, p. 544.

<sup>595</sup> FRANCO, F. B. *Op. cit.* p. 181.

Os atos constitutivos podem recair tanto sob o patrimônio do particular beneficiário do depósito errôneo que infringiu a ordem dos precatórios quanto sob o erário, sendo admissível o seqüestro de quaisquer recursos públicos, exceto os depositados para o efeito de pagamento de precatórios<sup>596</sup>. Parte da jurisprudência entende haver a necessidade de litisconsórcio necessário entre o particular que recebeu fora da ordem cronológica e o ente público, pois a decisão invadiria a esfera de interesse jurídico de ambos<sup>597</sup>.

Questão polêmica acerca do seqüestro é a relativa à transação entre o particular e o ente público como ensejadora desta medida de caráter satisfativo. Araken de Assis sustenta, neste diapasão, que a transação realizada sem o prévio pagamento dos precatórios pendentes, mesmo antes de obter-se o registro do precatório, justifica o seqüestro<sup>598</sup>.

Vicente Greco Filho é incisivo ao tratar desta possibilidade. O autor conclui que a partir do trânsito em julgado da sentença o pagamento de qualquer credor, ainda que em virtude de transação, caracteriza escolha ilegítima, viola o direito de precedência e autoriza o seqüestro<sup>599</sup>.

Outro instrumento que deveria servir à efetividade do pagamento através do regime de precatórios é a intervenção federal da União no Estado ou deste no Município (art. 34, IV e 35, V, Constituição). Destina-se às hipóteses de cessação de pagamentos, de falta de destinação de verbas orçamentárias suficientes ou de recusa em liberá-las no exercício<sup>600</sup>.

O precatório é ordem oriunda do poder judiciário dirigido ao executivo que deve, nos termos do artigo 100 da Constituição, incluir a verba necessária ao pagamento dos precatórios apresentados até o dia 1º de julho. Não sendo efetivada esta inclusão se estaria a desrespeitar decisão judicial, ensejando a intervenção<sup>601</sup>.

Esse mecanismo, uma dos poucos instrumentos dos cidadãos em face do poder do estado, foi esvaziado pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Em famoso *leading case* (Intervenção Federal n.º 39 – São Paulo), o aludido tribunal entendeu que para a decretação da intervenção federal seria necessária, como pressuposto, atuação

---

<sup>596</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 969.

<sup>597</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. Relator: Ministro Jorge Scartezini. Recurso ordinário em Mandado de Segurança 16914-0/MG. Brasília, 3 de fevereiro de 2004.

<sup>598</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 168.

<sup>599</sup> GRECO FILHO, V. *Op. cit.* p. 91.

<sup>600</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 967.

<sup>601</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 813.

dolosa e deliberada do ente público, com finalidade de não pagamento. Alegou-se também que o Estado está sujeito a múltiplas obrigações de idêntica hierarquia ao pagamento de suas dívidas, como a continuidade dos serviços públicos. Sustentou-se também, no voto condutor do Ministro Gilmar Mendes Ferreira, que a legitimidade da intervenção deve-se sujeitar ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e à “reserva do financeiramente possível” (*Vorbehalt des finanziellen möglichen*)<sup>602</sup>.

No caso concreto, entendeu-se que o pedido de intervenção não cumpria os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade. Para o Ministro Gilmar Mendes, manter a condução da administração Estadual sob o comando de um Governador democraticamente eleito, é menos gravoso do que a ruptura na condução do Estado<sup>603</sup>.

Em aguçada observação Gilson Delgado Miranda menciona que na prática não se pode mais viabilizar a intervenção mecanismo para fazer valer o direito do credor. A decisão do STF liberou o Estado do risco de intervenção ao aceitar a alegação do governo paulista de que não há recursos disponíveis para arcar com as despesas vinculadas, garantir a continuidade dos serviços públicos e pagar as dívidas alimentares<sup>604</sup>. Curiosamente, anos após a aludida decisão, “a receita do Estado tem aumentado, mas não a destinação para o pagamento de precatórios”<sup>605</sup>.

No voto vencido no supra mencionado *leading case*, o Ministro Marco Aurélio discordou da tese segundo a qual a intervenção seria uma medida desproporcional, assentando que “pouco importa que o Estado não proceda com a intenção ao postergar o pagamento. Cumpre considerar, tão somente, se há falta de respeito à ordem jurídica”<sup>606</sup>.

---

<sup>602</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Intervenção Federal nº 139-SP. Brasília, 19 de março de 2003. Na doutrina pátria, Ricardo Seibel aplaude o entendimento do Supremo Tribunal Federal, afirmando que “De fato, estado os Estados obrigados a satisfazer múltiplas outras obrigações constitucionais, e não havendo recursos financeiros suficientes para atender a todas estas, a intervenção federal, além de violar o princípio federativo, e o sub princípio da autonomia, não se conforma às três máximas parciais da proporcionalidade”, LIMA, R. S. *Op. cit.* p. 238.

<sup>603</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Intervenção Federal nº 139-SP. Brasília, 19 de março de 2003.

<sup>604</sup> MIRANDA, G. D. *Op. cit.* p. 814.

<sup>605</sup> SOUZA, Giselle. Seqüestro de renda para precatório é tendência. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, 13 de maio de 2008. Direito e justiça, B-8.

<sup>606</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Intervenção Federal nº 139-SP. Brasília, 19 de março de 2003.

### 5.11 Defesa do executado

O regime dos embargos na execução contra a Fazenda Pública evidenciam outro tratamento diferenciado existente nesta modalidade executória. Os embargos à execução contra a Fazenda Pública estão previstos no artigo 741 (com redação oriunda da lei 11.232 de 2005), *caput* do Código de Processo Civil, não existindo, atualmente, nenhuma previsão de garantia do juízo para a sua oposição, enquanto o particular, quando no pólo passivo, deve segurar o juízo antes de opor embargos (art. 16, §1º, Lei 6.830 de 1980).

Este dispositivo (art. 16, §1º, Lei 6.830 de 1980) mantêm a rigidez dos embargos existente no Código de Processo Civil de 1973 antes das reformas das leis 11.232 de 2005 e 11.382 de 2006, especialmente pela exigência da prévia garantia do juízo, que não mais vige na disciplina dos embargos e impugnação prevista no Código de Processo Civil (artigos 736 e 475-L do CPC)<sup>607</sup>. O sujeito passivo, na execução por quantia certa proposta pela Fazenda Pública, não poderá defender-se sem prévia penhora ou depósito, mesmo para alegar nulidades absolutas, a inexistência da dívida ou ineficácia do título, de que tem prova cabal, e sendo obrigado a aguardar os momentos próprios para interpô-los<sup>608</sup>.

De acordo com Araken de Assis, a exigência da garantia do juízo se estende às ações autônomas, ajuizadas prévia ou incidentalmente, que apenas suspenderão a exigibilidade do crédito fiscal se realizado o depósito prévio<sup>609</sup>. Não nós parece a melhor alternativa, pois além de aumentar as disparidades entre particular e fisco constitui em posicionamento à margem da legislação nacional, que não prevê este requisito para suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 7º, II, Lei 1.533 de 1951 e art. 273 do Código de Processo Civil).

Para Leonardo Greco, a exigência da garantia do juízo cria “injustificável obstáculo ao acesso à justiça pelo devedor, que não pode se defender, nem mesmo para alegar nulidade absoluta ou o pagamento da dívida, sem o pesado ônus da imobilização

---

<sup>607</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 176/177.

<sup>608</sup> GRECO, L. *O processo...* p. 583.

<sup>609</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 1064.

de parte do seu patrimônio, através da penhora ou do depósito<sup>610</sup>. Essa situação torna-se especialmente grave pelo fato de que a certidão de inscrição em dívida ativa, título executivo extrajudicial que enseja a propositura da ação de execução fiscal, é constituída unilateralmente pelo credor, colocando os entes públicos em posição demasiadamente vantajosa no acesso à tutela jurisdicional, e violando, portanto, a paridade de armas e o contraditório<sup>611</sup>.

Esse anacronismo acabou criando, à margem da lei, meios informais de impugnação, como a objeção ou exceção de pré executividade, que poderá ser oferecida pelo devedor, o responsável tributário ou qualquer terceiro interessado<sup>612</sup>, desde que ostente interesse jurídico<sup>613</sup>.

Por ser mecanismo de defesa essencialmente informal, a exceção de pré executividade não suspende a execução, e comportará a arguição apenas dos mais graves vícios do processo, que sejam suscetíveis de apreciação com base em prova pré constituída, como falta de condições da ação e de pressupostos processuais decorrentes de nulidade absoluta; vícios do processo administrativo fiscal; nulidades relativas da execução; excesso de execução; inexistência total ou parcial do débito fiscal; qualquer causa extintiva da obrigação, como pagamento, prescrição ou compensação<sup>614</sup>.

Araken de Assis atenta para a importância da ampliação do campo de incidência natural da exceção, desaparecendo, inclusive, o critério das questões que o juiz poderia conhecer *ex officio*, abarcando também as exceções substantivas<sup>615</sup>. No mesmo sentido, Carreira Alvim afirma que nada impede que o excipiente alegue também questões de interesse privado, como o pagamento, a novação, a compensação, a transação e a prescrição. Para o renomado processualista a garantia do juízo para conhecer destas

---

<sup>610</sup> GRECO, L. *O processo...* p. 583. Araken de Assis comenta que “o depósito da coisa ou a penhora expressiva no patrimônio poderiam acarretar paralisação das atividades econômicas do devedor e outras conseqüências imprevisíveis”. ASSIS, A. *Op. cit.* p. 1067.

<sup>611</sup> GRECO, L. *Exceção...* p. 112. Ver também, GARCIA MACHADO, Leonardo. *Nomeação à penhora de crédito de precatório na execução fiscal: Direito do executado*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo. n. 49. 2003. p. 191. Araken de Assis também menciona que a produção de provas mais complexas se realizará em sede de embargos, ASSIS, A. *Op. cit.* p. 1072.

<sup>612</sup> GRECO, L. *Exceção...* p. 112.

<sup>613</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 1073.

<sup>614</sup> GRECO, L. *Exceção...* p. 127/129. BARROS, Luiz Felipe Machado. *Exceção de pré-executividade fiscal*. Revista Tributária e de finanças públicas. n. 51. São Paulo. 2003. p. 184. José Vilaço da Silva comenta que “somente as matérias de ordem pública, basicamente aquelas concernentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, são passíveis de arguição, podendo ainda serem alegadas a decadência e a prescrição, que dizem respeito ao mérito.” VILAÇO DA SILVA, José. *Exceção de pré-executividade e a execução fiscal*. Revista tributária e de finanças públicas. n. 32. 2000. São Paulo. p. 148.

<sup>615</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 1071-1076.

questões configuraria um verdadeiro absurdo<sup>616</sup>.

Mesmo com a saudável construção pretoriana da exceção de pré executividade, não se pode esquecer que o particular, ao promover a execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, se submete à disciplina dos embargos, que dispensa a necessidade de garantir o juízo para alegar vícios, defeitos ou questões da própria execução, causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação, desde que supervenientes à sentença<sup>617</sup>. Trata-se de notável tratamento diferenciado, e que, para nós, não justificado.

Essa excessiva posição do desvantagem do particular, seja no polo ativo ou passivo da execução, encontra suas mais absurdas manifestações também na exigência de constrição sobre bens do executado para a suspensão do processo executivo (seja através dos embargos do artigo 16 da Lei de Execução Fiscal ou de quaisquer ações anteriores ou incidentais) e conseqüente impossibilidade de dilações probatórias sem garantir o juízo.

O Superior Tribunal de Justiça tem avançado no sentido de mitigar as distinções entre o regime de defesa do executado previsto no Código de Processo Civil e na Lei de Execução Fiscal, mas não de modo a favorecer o princípio da igualdade. Em recente julgado a segunda turma da colenda corte decidiu que embargos à execução não podem ser recebidos com efeito suspensivo sem que os argumentos do executado sejam robustos e que o valor da execução esteja integralmente garantido por penhora, depósito ou fiança bancária. Isto se justificaria, para o aludido órgão, pela aplicação do artigo 730-A, §1º do Código de Processo Civil à lei 6.830 de 1980<sup>618</sup>. Para nós, tal revisão da sistemática dos embargos em sede de execução fiscal deveria levar não a um agravamento das condições do executado, e sim a uma melhora, através da dispensa da garantia do juízo, esta sim em consonância com as recentes reformas legislativas e com as diretrizes de um processo igualitário.

A Medida Provisória 2.180-35 de 2001, através de seu artigo 4º, inseriu o artigo 1º-B na Lei 9.494 de 1997, que estabeleceu o prazo de 30 dias para a Fazenda Pública embargar, afastando o prazo de dez dias, como constava no texto originário<sup>619</sup>. Esta alteração, de acordo com Araken de Assis, não fere o princípio da igualdade, pois o

---

<sup>616</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. *Teoria...* p. 361.

<sup>617</sup> CUNHA, L. J. C. *As defesas...* p. 273.

<sup>618</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Recurso especial 1024128-PR. Brasília, 13 maio de 2008.

<sup>619</sup> MIRANDA, G. D. *Op cit.* p.801.

particular também dispõe de trinta dias para embargar a execução fiscal (artigo 16, *caput*, da Lei 6.830 de 1980)<sup>620</sup>.

Não nos parece a opinião mais acertada, pois na execução fiscal, como já foi mencionado, o executado é citado para pagar em 5 dias, e caso não satisfaça o exeqüente, sofrerá a incidência da penhora sobre o seu patrimônio. Certamente, não podemos considerar que o direito processual estará respeitando a plena paridade de armas ao permitir a sobrevivência de uma regra que estabelece que o ente público deverá ser citado para oferecer embargos em 10 dias (artigo 730 do Código de Processo Civil), enquanto o particular tem 5 dias para pagar (artigo 16, §1, Lei 6.830 de 1980), sofrendo os conseqüentes atos constritivos caso ultrapassado o prazo. O prazo da Fazenda de 10 (dez) dias para embargar é maior que o de 5 (cinco) dias que o particular dispõe, e maior será a disparidade entre os litigantes se a Fazenda passar a gozar de 30 (trinta) dias para embargar. O particular se sujeitaria a mais uma espera demasiadamente longa, até mesmo porque o pagamento pelos entes públicos apenas se concretizará muito tempo depois, quando for atendida a requisição de pagamento<sup>621</sup>.

Na execução promovida pelos entes públicos, fora do rito excepcional da Lei 6.830 de 1980, o particular é intimado do auto de penhora e de avaliação, podendo oferecer impugnação no prazo de 15 dias (artigo 475-J, §1º do CPC), o que também constitui um tratamento diferenciado injustificável.

O Superior Tribunal de Justiça tem negado a vigência deste dispositivo, por ofensa aos princípios basilares do processo civil, como a igualdade e do devido processo legal. até a conversão da Medida Provisória em lei pelo Congresso. De acordo com o voto da Ministra Laurita Vaz, a edição de medida provisória sobre matéria processual “extrapola o limite da razoabilidade ao proporcionar um contexto de completa insegurança jurídica, pois permitirá que uma das partes do processo – a Fazenda Pública – altere as regras de forma unilateral e o fundamental, durante o curso do processo”<sup>622</sup>.

---

<sup>620</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 964. Cabe destacar que a maioria da doutrina já reconhece que não se aplica aos embargos o prazo em quádruplo para contestar, devido à natureza dos embargos como ação. RIBEIRO, Antonio de Pádua. *Execução contra a Fazenda Pública*. Revista CEJ. n. 16. Brasília. 2002. p.113.

<sup>621</sup> Tal crítica também é encontrada na doutrina pátria, “a Fazenda Pública não é citada para pagar, como sói acontecer com todo réu despojado de privilégios processuais, mas, sim, para opor embargos à execução, independentemente de garantia do juízo. Assim, o processo se arrasta indefinitivamente, sendo sinônimo de verdadeira denegação de justiça.” CORRÊA, Antonio de Pádua Muniz. *Precatório de pequeno valor. Execução contra a Fazenda Pública*. Revista tributária e de finanças públicas. n. 32. São Paulo. 2000. p. 154.

<sup>622</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. Relator: Ministra Laurita Vaz. Recurso Especial 512.290-RS. Brasília, 2 de dezembro de 2003.

Esta mesma medida provisória alterou a disciplina dos honorários das execuções não embargadas. O Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a sua constitucionalidade, com interpretação conforme, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Logo, não cabem honorários nas execuções não embargadas propostas após a edição da referida medida provisória<sup>623</sup>.

Com relação à sujeição do embargo oposto pela Fazenda Pública, estes não se sujeitam ao reexame necessário, conforme já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>624</sup>. Na doutrina a questão é içada de divergências, sendo Araken de Assis um dos defensores da sujeição dos embargos do devedor ao duplo grau de jurisdição, enquanto Simone Schreiber<sup>625</sup> e Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>626</sup> sustentam o contrário. Todavia, admite, este último autor, a sujeição dos embargos opostos pelo particular, e providos, em sede de execução fiscal, ao reexame necessário<sup>627</sup>.

### 5.12 Nomeação à penhora de crédito de precatório na execução fiscal

Interessante questão é a referente à nomeação à penhora de crédito decorrente de precatório judicial. Trata-se, de verdadeira penhora de crédito, e, para parte da doutrina, e jurisprudência, penhora de dinheiro<sup>628</sup>.

Os entes públicos têm sustentado que não é possível a penhora de precatórios, por desrespeito da gradação legal estabelecida no artigo 11 da lei 6.830 de 1980, onde a penhora de crédito de precatório, por se equiparar à penhora de direitos, ocupa o último lugar na gradação legal (art. 11, VIII, Lei 6.830 de 1980). Também se tem mencionado que o artigo 16, §3º da Lei 6.830 de 1980 vedou expressamente a compensação<sup>629</sup>.

<sup>623</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. Relator: Ministro Carlos Veloso. Recurso extraordinário 420.816-PR. Brasília, 29 de setembro de 2004.

<sup>624</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte especial. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Embargos de divergência no recurso especial 234319-SC. Brasília, 7 de março de 2001.

<sup>625</sup> SCHREIBER, S. *Op. cit.* p. 252.

<sup>626</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 1 ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 124.

<sup>627</sup> *Loc. cit.*

<sup>628</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Recurso especial n. 365095-ES. Brasília, 18 novembro de 2003. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. Relator: Ministro José Delgado. Recurso Especial 325.868-SP. Brasília, 7 de agosto de 2001.

<sup>629</sup> GARCIA MACHADO, L. *Op. cit.* p.194/196.

Os argumentos fazendários não procedem em nenhuma de suas duas sustentações. Primeiramente, deve-se ter em vista que o objetivo maior da gradação estabelecida pelo Código de Processo Civil (artigo 655 do Código de Processo Civil) e pela Lei de Execuções Fiscais (artigo 11, VII, Lei 6.830 de 1980) é a realização do pagamento de um modo mais fácil e célere ao credor. Além disso, o artigo 620 estabelece que “quando por vários meios credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. A gradação estabelecida pela gradação da penhora tem caráter relativo, e não existe razão para a Fazenda Pública negar a possibilidade da penhora deste crédito, pois ela terá a mais completa segurança de seu crédito, haja vista que o bem oferecido à penhora está em seu poder<sup>630</sup>, afastando um dos problemas mais relevantes da penhora de créditos, qual seja, a incidência sobre bem cuja existência é apenas suposta<sup>631</sup>.

Não admitir a penhora de crédito decorrente de precatório é violar frontalmente a garantia da paridade de armas. Isto porque, conforme destaca Humberto Theodoro Júnior, ao executado permite-se requerer a substituição da penhora somente por depósito em dinheiro ou fiança bancária (artigo 15, I da Lei 6.830 de 1980). Já para a Fazenda Pública permite-se postular a substituição dos bens penhorados por quaisquer outros, estando liberada até da observância da gradação legal de preferência para a nomeação à penhora<sup>632</sup>. Tal latente relatividade da enumeração dos bens penhoráveis não pode se estender apenas a um dos litigantes, sob pena de ferir o princípio da igualdade processual.

Além disso, como já mencionado, parte da doutrina e da jurisprudência admite que o crédito do precatório se equipara a dinheiro ou título da dívida pública, bens que ocupam o topo da gradação legal (artigo 11, I da Lei 6.830 de 1980)<sup>633</sup>.

É preciso destacar que a penhora do precatório não se confunde com o instituto

---

<sup>630</sup> *Ibidem*, p.194/197. Ver também, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma. Relator: Carlos Velloso. Recurso ordinário em mandado de segurança 47-SP. Brasília, 7 de maio de 1990. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. Relator: José Delgado. Agravo regimental no agravo de instrumento 843413-RS. Brasília, 12 de junho de 2007. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. Relator: Ministro José Delgado. Agravo regimental no recurso especial 399557-PR. Brasília, 18 de abril de 2004. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Quarta turma especializada. Relator: Luiz Antonio Soares. Agravo de instrumento 2003.02.01.003021-6. Rio de Janeiro,

<sup>631</sup> ASSIS, A. *Op. cit.* p. 535.

<sup>632</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. São Paulo: Saraiva. 6 ed. 1999. p. 62/63.

<sup>633</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Recurso especial n. 365095-ES. Brasília, 18 novembro de 2003. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. Relator: Ministro José Delgado. Recurso Especial 325.868-SP. Brasília, 7 de agosto de 2001.

da compensação. Esta, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, é a “extinção das obrigações quando duas pessoas forem, reciprocamente, credora e devedora”<sup>634</sup>. Assim, conforme já assentou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se mostra possível a compensação quando se tratar de pessoas distintas, ou seja, quando a Fazenda não for devedora na ação em que se originou o precatório<sup>635</sup>.

Mesmo nos casos onde a Fazenda exequente também é devedora na ação que originou o precatório, não há de se falar em impossibilidade de se realizar a penhora de créditos, como já assentou o Superior Tribunal de Justiça<sup>636</sup>. Ademais, nomear um bem à penhora não significa necessariamente que se esteja pleiteando a compensação de débitos, pois não existe verdadeira pretensão compensatória por parte do executado. Caso ainda fosse admitida alguma interpretação neste sentido, esta acabaria por desembocar no absurdo do devedor opor embargos não para sua defesa, mais sim para compensar seus créditos certos e líquidos com crédito fazendário incerto, pois ainda não finda a execução fiscal<sup>637</sup>.

Para nós o assunto ganha relevo ao tratar do oferecimento de crédito oriundo de precatório como garantia do juízo para o oferecimento dos embargos. Possuindo o executado disponibilidade deste meio, deve ser-lhe facultado a segurança do juízo exigido pelo artigo 16, §1º da Lei 6.830 de 1980. Apenas assim torna-se possível assegurar a ampla defesa e o contraditório, que devem estar presentes com mais força em execução promovida com fundamento em título extrajudicial onde o executado não participou de sua formação.

<sup>634</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *Instituições de direito civil*. v.II. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 256.

<sup>635</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. Relator: José Delgado. Agravo regimental no agravo de instrumento 843413-RS. Brasília, 12 de junho de 2007.

<sup>636</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. “A Fazenda recorrida é devedora na ação que se findou com a expedição do precatório. Se não houve pagamento, foi por exclusiva responsabilidade da mesma, uma vez que tal crédito já deveria ter sido pago. Trata-se, destarte, de um crédito da própria Fazenda Estadual, o que não nos parece muito coerente a recorrida não aceitar como garantia o crédito que só depende de que ela própria cumpra a lei e pague aos seus credores”. Relator: Ministro José Delgado. Recurso Especial 325.868-SP. Brasília, 7 de agosto de 2001. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. “1. A Lei 6.830/80, art. 9º, III e art. 11, VIII atribui ao executado a prerrogativa de nomear bens à penhora, que pode recair sobre direitos e ações. 2. Deveras, a execução deve ser promovida pelo meio menos gravoso ao devedor. Inteligência do art. 620 do CPC. 3. Conseqüentemente, admite-se a nomeação, para fins de garantia do juízo, de crédito da própria Fazenda Estadual consubstanciado em precatório, máxime por suas características de certeza e liquidez, que se exacerbam quando o próprio exequente pode aferir-lhe a inteireza.” Relator: Luiz Fux. Recurso especial 480351-SP. Brasília, 3 de junho de 2006.

<sup>637</sup> GARCIA MACHADO, L. *Op. cit.* p. 196/200.

## 6. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do conceito de igualdade evidenciou que, no Estado Democrático de Direito, não é possível adotar apenas a sua concepção negativa da igualdade, vedando-se distinções de qualquer natureza. Deve-se, portanto, admitir tratamentos diferenciados, desde que finalisticamente ou situacionalmente justificados por uma razão objetiva.

Esta transição para um juízo positivo da igualdade deve ser acompanhado de uma maior abrangência do conceito. Não se deve, portanto, restringir a área de incidência deste princípio às situações idênticas, tutelando também as semelhantes, e subordinando a análise do princípio da igualdade ao requisitos de comparabilidade entre situações ou pessoas.

Todos os tratamentos diferenciados devem ser justificados, sob pena de, caso não cumprido este requisito, existir arbitrariedade por parte da autoridade que promove o tratamento dispar. Essa justificação pode-se dar com fundamento em diferentes situações ou em objetivos da autoridade estatal. No primeiro devem ser examinados os elementos do escopo, objeto e efeitos, enquanto no segundo a base legal, objetivo legítimo e proporcionalidade.

Estas perspectivas permeiam todo o ordenamento jurídico, afastando, ou não, tradicionais regras processuais. Pode-se dizer que regras como foros e prazos diferenciados somente se justificam na medida em que asseguram a plena paridade de armas a litigantes em situações díspares, ensejadoras de mecanismos de facilitação ao acesso à justiça com o objetivo de garantir a plena isonomia processual. É o caso do benefício atribuído às mulheres e aos consumidores, que podem propor ações no local onde residem, nas hipóteses disciplinadas no Código de Processo Civil e na legislação extravagante, como já mencionado alhures.

O mesmo pode-se dizer da iniciativa probatória subsidiária do juiz. Às partes que estejam em excessiva posição de desvantagem, em função de desequilíbrio substancial em esfera alheia à judicial (como a econômica ou subordinação de poder) deve-se garantir tratamento diferenciado, visando a plenitude das garantias fundamentais do processo e a legitimidade do exercício da jurisdição e do próprio Estado Democrático de Direito.

Com relação à execução contra a Fazenda Pública, acreditamos que o tratamento

diferenciado não se justifica, especialmente em face das normas mais severas que regem a disciplina de execução do crédito fiscal em face do particular, que abrange a esmagadora maioria dos créditos pecuniários da Fazenda.

A não justificação do tratamento diferenciado fica ainda mais latente ao se considerar os créditos de natureza alimentícia, que também estão submetidos ao regime de precatório, o que acaba por desvirtuar o propósito de sua instituição, na medida em que faz com que pessoas aguardem anos para poderem receber os créditos necessários à sobrevivência. O adequado respeito ao princípio da isonomia, em sede de execução contra a Fazenda Pública, exige a possibilidade de execução direta dos créditos alimentícios, inclusive através da utilização do seqüestro, para garantir a sua plena efetividade.

As demais dívidas devem ser satisfeitas através de quantias periodicamente depositadas em fundos. As hipóteses de seqüestro deveriam ser ampliadas, afastadas de vez quaisquer possibilidades de “novo calote dos entes públicos”, como ocorreu por ocasião da Emenda Constitucional 30 de 2000. Também seria de grande importância a criação de verdadeiro *contempt of court*, que exigisse maior seriedade por parte dos administradores públicos, que deixassem de incluir a quantia necessária para o pagamento dos precatórios. Dever-se-ia fortalecer o instituto da intervenção como mecanismo de controle do pagamento dos precatórios, afastando a equivocada interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Seria de imensa importância a extensão do tratamento dado aos idosos nos demais processos ao pagamento de precatório, impedindo que algumas destas pessoas não possam receber a quantia devida por ocasião do termo de suas vidas.

Além disso, deveria ser possibilitada a penhora dos bens públicos dominicais independentemente de lei, seguindo o exemplo de outros ordenamentos, especialmente quanto aos créditos alimentares, e os referentes às pessoas idosas, considerados excluídos das dívidas de pequeno valor. Tudo isso, sem prejuízo de mecanismos como o *contempt of court* e a intervenção federal.

## 7. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade. Introdução à jurisprudência*. 1 ed. Coimbra: Almedina. 1993.

ALDER, John. *Constitutional and administrative law*. 6 ed. Hampshire: Palgrave Macmillan. 2007.

ALEMANHA. Constituição (1949). <[http://www.bundestag.de/htdocs\\_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf](http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf)> Acessado em 08 de jun. de 2007.

ALMEIDA COSTA, Mario de. *História do direito português*. 1 ed. Coimbra: Almedina.

ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). 4 de dezembro de 1996. Disponível em <http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>. Acesso em 07 fevereiro 2007.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Filipino ou Ordenações do Reino de Portugal*. 14 ed. Brasília: Senado Federal. 2004. v.2.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

ARAÚJO, Marcelo de. *Justiça como Igualdade? Alguns Aspectos da Discussão Contemporânea em torno do Conceito de Justiça*. In: *ETHICA – Cadernos Acadêmicos*. v. 8. n.2. p.111-131, 2001.

AROCA, Juan Monteiro. *Sobre a imparcialidade do juiz y a incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: tirant lo blanch. 1999.

ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

BAPTISTA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?* In: *Revista Forense*. v. 312. Rio de Janeiro: Forense. 1990.

\_\_\_\_\_. *Uma Novidade: O código de processo civil inglês*. *Revista de Direito Renovar*. nº 15. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

BARROS, Luiz Felipe Machado. *Exceção de pré-executividade fiscal*. *Revista Tributária e de finanças públicas*. n. 51. São Paulo. 2003

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

BITTENCOURT, Pedro Calmon Muniz de. *Curso de Direito Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1942.

BLANKE, Hermann- Joseph. *O dinheiro como bem público penhorável no Direito Alemão*. In: Execução contra a Fazenda Pública. Trad.: Luís Greco. Org. MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. v. 23.

BOLÍVIA. *Constituição política del Estado* (2007). La Paz: U.P.S. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

BUENO, Cassio Scarpinela. *O poder público em juízo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

CABRAL, Luciane Gontijo Carreira Alvim. *Tutela antecipada em favor do réu*. Disponível em <<http://www.ipej-rj.com.br/2006/artigos2.asp?tipo=a&id=146>>. Acessado em 20 de setembro de 2007.

CALAMANDREI, Pierro. *Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados*. Trad. Ary dos Santos. 7 ed. São Paulo: Clássica. 1985.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Bookseller. 2003.

CALMON FILHO, Petrônio. *Execução contra a Fazenda Pública e penhora de bens públicos*. In: Execução contra a Fazenda Pública. Org. MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. v. 23.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. In: FUX, Luiz. JÚNIOR, Nelson Nery. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades*

*contemporâneas*. In: Revista de Processo. nº 65. São Paulo: Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. 1 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. Trad. Ellen Gracie Northfleet. 2002.

\_\_\_\_\_. *O acesso dos consumidores à justiça*. In: Revista Forense. nº. 310. 1990.

\_\_\_\_\_. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Trad.: Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea. 1974.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do Processo e a Evolução do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito. Trad.: Lêda Boechat Rodrigues, 1956.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

\_\_\_\_\_. *Da Antecipação de Tutela*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

CARP, Robert A. STIDHAM, Ronald. *Judicial process in America*. 2 ed. Washington: *Congressional Quarterly*. 1993.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Antecipação de tutela na reforma processual*. Disponível em <[http://www.ipej-rj.com.br/2006/artigo\\_anexo/007-ANTECIPAÇÃO%20DE%20TUTELA%20NA%20REFORMA%20PROCESSUAL](http://www.ipej-rj.com.br/2006/artigo_anexo/007-ANTECIPAÇÃO%20DE%20TUTELA%20NA%20REFORMA%20PROCESSUAL.doc) .doc> . Acessado em 20 de setembro de 2007.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil brasileiro comentado*. 1 ed. v.I. Curitiba: Juruá. 2008.

\_\_\_\_\_. CABRAL, Luciane Gontijo Carreira Alvim. *Código de Processo Civil Reformado*. 6 ed. Curitiba: Juruá. 2007.

---

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

CLAYTON, Richard. TOMLINSON, Hugh. *Fair Trial Rights*. Oxford: Oxford University Press. 2001.

COLE, Charles D. *Imunidade soberana e responsabilidade civil do governo federal dos Estados Unidos da América*. In: Execução contra a Fazenda Pública. Org.: Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. Brasília: CJF, 2003. p. 83-103.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal*. 2ª ed. Buenos Aires: DePalma. 1978.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS. Acesso em 2 de julho de 2007. [http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/conv\\_americana\\_dir\\_humanos.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm).

CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS E PROTOCOLOS ADICIONAIS (2003). <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>>. Acessado em 08 de jun. de 2007.

CORRÊA, Antonio de Pádua Muniz. *Precatório de pequeno valor. Execução contra a Fazenda Pública*. Revista tributária e de finanças públicas. n. 32. São Paulo. 2000.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A efetivação das liminares monetárias contra a Fazenda Pública*. Revista Tributária e de finanças públicas. n. 57.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. 1 ed. Rio

de Janeiro: Forense. 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 1 ed. São Paulo: Dialética. 2003.

\_\_\_\_\_. *As defesas do executado*. In: Leituras complementares de Processo Civil. Org.: DIDIER JÚNIOR, Freddie. 6 ed. Salvador: Juspodium. 2008.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais Malandros e Heróis*. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco. 1997.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execuções contra a Fazenda Pública. Regime do precatório*. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica. 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004. v.1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001. v.2.

ESPAÑA. *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. <[http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes\\_espal\\_029\\_1998.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espal_029_1998.pdf)> Acesso em 9 de novembro de 2007.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentença Constitucional 228. [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/doc.php?Coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-0228](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?Coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-0228). Acessado em 09 de novembro de 2007.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentença Constitucional 166. [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-)

0166. Acessado em 09 de novembro de 2007.

FARRERES, Germán Fernández. *La posición del tribunal constitucional español sobre o privilegio de inembargabilidad de los bienes pulicos y la ejecucion de sentencias condenatorias de las administraciones publicas*. In: *Execução contra a Fazenda Pública*. Org. MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. v. 23.

FAVOREAU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. 1 ed. São Paulo: Landy, 2004.

FERNANDES, José Henrique Lara. *O devido processo legal e a fundamentação das decisões judiciais na Constituição de 1988*. In: *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Org.: GRECO, Leonardo. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

FERRO, Marcelo Roberto. *Execução de crédito de natureza alimentícia contra a Fazenda Pública – Exegese do art. 100 da CF*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 329.

FINOTTI SILVA, Nelson. *Paridade de armas no Processo Civil*. In: *Revista Jurídica*. n.327. 2005.

FONTAINHA, Fernando de Castro. *Benefícios da Fazenda em juízo: barreira ao acesso à justiça?* Brasília: Revista CEJ. nº 30. p. 19/25. 2005.

FRANCO, Fernão Borba. *Execução contra a Fazenda Pública*. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora. 2002.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Trad.: Luciana Carli. São Paulo: Nova Cultural. 3ª ed. 1988.

FUX, Luiz. *A ideologia dos juizados especiais*. São Paulo: Revista de Processo. n. 86. 1997.

\_\_\_\_\_. *Juizados especiais*. São Paulo: Revista de Processo. n. 90. 1998.

GARCIA MACHADO, Leonardo. *Nomeação à penhora de crédito de precatório na execução fiscal: Direito do executado*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo. n. 49. 2003.

GIL, Milagroz López. *La ejecución de sentencias en la ley del contencioso administrativo español*. Brasília: Revista CEJ. n. 34. p.73/83. 2006.

GILISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIORA JÚNIOR, Romeu. *Os precatórios*. Revista Tributária e de finanças públicas. n°. 76. 2007.

GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de Direito Administrativo*. 8 ed. t. 1. Buenos Aires: F.D.A, 2003.

GRECO, Leonardo. *O princípio do Contraditório*. In: Estudos de Direito Processual. 1 ed. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 2005.

\_\_\_\_\_. *A reforma do poder judiciário e o acesso à justiça*. In: Estudos de Direito Processual. 1 ed. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 2005.

\_\_\_\_\_. *O Acesso ao Direito e à Justiça*. In: Estudos de Direito Processual. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 1 ed. 2005.

\_\_\_\_\_. *Garantias fundamentais do processo: O processo justo*. In: Estudos de Direito Processual. 1 ed. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 2005.

\_\_\_\_\_. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos. nº 9. p. 127.

\_\_\_\_\_. *O conceito de prova*. In: Estudos de Direito Processual. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

\_\_\_\_\_. *O processo de execução*. 1 ed. v. II. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Da execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva. 1986.

GRIJÓ, Luiz Alberto. *Aristocracia e democracia no século de Péricles*. Revista do Departamento de História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, nº 7, setembro 1988.

GUINCHARD, Serge. BANDRAC, Monique. DOUCHY, Méline. FERRAND, Frédérique. LAGARDE, Xavier. MAGNIER, Véronique. FABRI, Hélène Ruiz. SINOPOLI, Laurence. SOREL, Jean-Marc. *Droit processuel- Droit commun et droit compare du procès*. 2 ed. Paris: Dalloz. 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1997.

INGLATERRA. *Legal Aid Act* (1983). <[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga19880034\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga19880034_en_1.htm)>. Acessado em 8 de junho de 2007.

INGLATERRA. *Human Rights Act* (1998). <<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/19980042.htm>> . Acessado em 8 de junho de 2007.

INGLATERRA. *Mental Capacity Act* (2005).<<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050009.htm>>. Acessado em 8 de junho de 2007.

ITÁLIA. Constituição (1948) <<http://www.camera.it/files/costituzione/costituzione.pdf>> Acessado em 20 de fevereiro de 2007.

ITÁLIA. *Legge 30 Luglio 1990, n. 217. Istituzione del patrocinio a spese dello stato per i non abbienti.* <[http://www.italgiure.giustizia.it/nir/1990/lexs\\_127395.html](http://www.italgiure.giustizia.it/nir/1990/lexs_127395.html)>. Acessado em 29 de setembro de 2005.

JACQUES, Paulino. *Da igualdade perante a lei.* 2ª ed. Rio de Janeiro:Forense. 1957.

JAEGER, Werner. *Paidéia. A formação do homem grego.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes. 2003.

JOUANJAN, Olivier. *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemande.* Paris: Economica. 1992.

JEULAND, Emmanuel. *Le droit processuel.* Paris: LGDJ. 2003.

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

LACERDA, Galeno. *O juiz e a justiça no Brasil.* In: Revista de Processo. nº 61. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas.* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. nº 30. 2004.

LEMOS, Bruno Espiñera. *Precatório: trajetória e desvirtuamento de um instituto. Necessidades de novos paradigmas.* 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2004.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *A execução contra a Fazenda Pública. Questões polêmicas dos tribunais.* In: AJURIS: Revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul. 2004. v. 31.

LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes. *Princípio constitucional da igualdade.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. In: BEDAQUE; José Roberto dos Santos (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

\_\_\_\_\_. *Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil*. Revista do Advogado. nº 88.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. 1 ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1980.

MACHADO, Antonio Cláudio. *Execução contra a Fazenda Pública. Inadmissibilidade*. São Paulo: Revista de Processo. nº 59.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

MALBERG, Raymond Carré de. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris: Economica. 1984.

MAJZOUN, Fabienne Quilleré. *La défense du droit a un process equitable*. Bruxelles: Bruylant. 1999.

MARINHO, José Domingos da Silva. *A igualdade e o Código de Processo Civil*. *Justitia*, São Paulo, v. 128. 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual em homenagem ao professor Egas Muniz de Aragão*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005.

MARTENET, Vincent. *Géométrie de l'égalité*. Zurich-Bâle-Genève: Schulthess. 2003.

MAZIÈRE, Pierre. *Le principe d'égalité en droit privé*. Marseille: Presses Universitaires d'aix –Marseille. 2003.

MELO FRANCO, Afonso Arinos. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense. 1968.

MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. *Execução contra a Fazenda Pública*. 1 ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

\_\_\_\_\_. *Redefinição de papéis da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública*. Brasília: Revista CEJ. n.31. p.68/75. 2005.

MONTEIRO NETO, Nelson. *A decisão de não-conhecimento do recurso por ser ilegível o carimbo do protocolo*. Revista Dialética de Direito Processual. nº 32. São Paulo: Dialética. 2005.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e princípio da igualdade*. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Fabris. 2006.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. In: *Garantias Constitucionais do processo civil*. Org.: TUCCI, José Rogério Cruz e. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

PACTO INTERNACIONAL REFERENTE AOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966). <[http://www.admin.ch/ch/f/rs/0\\_103\\_2/a26.html](http://www.admin.ch/ch/f/rs/0_103_2/a26.html)>. Acessado em 08 de jun. de 2007.

PELLISSIER, Gilles. *Le principe d'égalité en droit public*. Paris: L.G.D.J.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

PERU. Constituição (1993). <<http://www2.congreso.gob.pe/congreso/constitucion.doc>>. Acessado em 10 de agosto de 2007.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *Acesso à Justiça*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de Pinho. *A tutela do interesse coletivo como instrumento polarizador da participação do Ministério Público no Processo Civil brasileiro*. In: Revista da Emerj. v. 4. n.16. 2001.

\_\_\_\_\_. *A tutela coletiva e o estatuto do idoso*. In: Revista da Emerj. v. 8. n.32. 2001.

PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Democracia, Liberdade, Igualdade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1979.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal02.html>>. Acessado em 14 de março de 2008.

RIBEIRO, Antonio de Pádua. *Execução contra a Fazenda Pública*. Revista CEJ. n. 16. Brasília. 2002.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

ROUANET, Luiz Paulo. Igualdade Complexa e igualdade de renda no Brasil. In: MERLE, Jean Christophe. MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade*. São Paulo, Landy.

2003.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Igualdade perante a lei e due process of law*. In: Problemas de Direito Positivo. Rio de Janeiro: Forense. 1953.

\_\_\_\_\_. *Programa de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

\_\_\_\_\_. *Em defesa do direito*. In: Palavras de um professor. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 1 ed.

SCHEREIBER, Simone. *Considerações sobre o regime de precatório para pagamento dos débitos judiciais pela Fazenda Pública*. Revista Ibero americana de Direito Público. v.II. Rio de Janeiro, América Jurídica. 2001. p. 247/258

SÉRVULO DA CUNHA, Sérgio. *Os precatórios, a República e o princípio da moralidade*. In: *Revista Trimestral de Direito público*. São Paulo: Malheiros. n.º 30. 2000.

SILVA PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de direito civil*. v.II. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 256.

SOMMERMANN, Karl-Peter. *A execução forçada por quantia certa contra a Fazenda Pública no Direito Alemão*. Trad.: Luís Greco. In: *Execução contra a Fazenda Pública*. Org. MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. v. 23.

SUÍÇA. Constituição (1999). <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>> Acessado em: 07 fev. 2007.

KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2002.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

TERENCE, Ingman. *The english legal process*. 11 ed. Oxford: Oxford University Press. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. v. II.

\_\_\_\_\_. *Lei de execução fiscal*. São Paulo: Saraiva. 6 ed. 1999.

\_\_\_\_\_. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: sentimentos e opiniões*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal02.html>>. Acessado em 14 de março de 2008.

TROCKER, Nicolo. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giufffrè. 1974.

UNGER, Roberto Magabeira. *O direito e o futuro da democracia*. 1 ed. São Paulo: Boitempo. 2004.

URUGUAI. Constituição (1967). <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Acesso em 10 de agosto de 2007.

VALLADÃO, Haroldo. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. 1 ed. São Paulo:

Dialética. 1998.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. 1 ed. São Paulo: Dialética. 2003.

VICENTE, Juraci Inês Chiarini. *Execução contra a Fazenda Pública fundada em título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

VILAÇO DA SILVA, José. *Exceção de pré-executividade e a execução fiscal*. Revista tributária e de finanças públicas. n. 32. 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. *A assistência judiciária sob o ângulo do requerido*. In: Revista do advogado. n. 59. 2000. p. 82-88.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia, como inspiradores da compreensão de algumas recentes alterações do direito positivo – Constituição Federal e Código de Processo Civil*. nº 88. In: Revista do Advogado. São Paulo. 2006.