

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

JANEIRO/FEVEREIRO 2011

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Editorial

Editorial.....	3
----------------	---

Cursos e Eventos

Cursos do Centro de Estudos.....	5
Aulas da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado	5
Eventos em parceria com outras instituições.	5

Peça e Julgado

Recurso Ordinário Trabalhista – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.....	7
--	---

Doutrina

O Princípio da Justa Indenização e a Coisa Julgada	15
--	----

Parecer

Rescisão do Contrato de Trabalho – Saldo em Desfavor do Empregado. Inscrição como Dívida Ativa. Cobrança em Execução Fiscal. Impossibilidade (republicação por ter saído incompleto)	45
---	----

Ementário

Consultoria	55
Contencioso Geral	57
Contencioso Tributário-Fiscal	61

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado

Elival da Silva Ramos

Procurador Geral do Estado Adjunto

José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Silvia Helena Furtado Martins

Subprocurador Geral da Consultoria

Adalberto Robert Alves

Subprocurador Geral do Estado

da Área do Contencioso Geral

Fernando Franco

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Eduardo José Fagundes

Corregedor Geral

José Luiz Borges de Queiroz

Ouvidoria

Maria Rita Vaz de Arruda Corsini

Assessoria

Adriano Vidigal Martins, Alexandre Aboud, Ana Maria Oliveira Toledo Rinaldi, Bruno Maciel dos Santos, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Daniel Smolentzov, Elizabete Matsushita, Eric Ronald Januario, Fabio Trabold Gastaldo, Flávia Della Coletta Depiné, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Lucilia Aparecida dos Santos, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Márcia Aparecida de Andrade Freixo, Marcio Yukio Santana Kaziura, Maria Rita Vaz de Arruda Corsini, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosana Martins Kirschke, Sibele Ferrigno Poli Ide Alves, Telma de Freitas Fontes, Valéria Luchiari Magalhães, Vera Lucia Gonçalves Barbosa, Virgílio Bernardes Carbonieri, Yara Chucralla M. Blasi.

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), José Luiz Borges de Queiroz, Adalberto Robert Alves, Fernando Franco, Eduardo José Fagundes, Celso Alves de Resende Junior, Marcus Vinicius Armani Alves, José Ângelo Remédio Junior, Vanderlei Ferreira de Lima, Mirian Gonçalves Dilguerian, Marcelo Grandi Gironlo, Maria de Lourdes D'Arce Pinheiro, Vera Wolff Bava Moreira e Luciano Corrêa de Toledo.

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Ana Sofia Schimidt de Oliveira, Norberto Oya e Camila Rocha Schwenck

Escola Superior da PGE

Diretora

Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-diretora

Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial

Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Camila Rocha Schwenck, Carla Pedroza Andrade, Cláudia Garcia Grion, Fernando César Gonçalves Pedrinho, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Norberto Oya.

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Maria Paula, 67, 10º andar, CEP 01319-906 – São Paulo-SP; Tel. (11) 3130-9500, divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br.

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Rua da Mooca, 1.921 – Mooca

03103-902 – São Paulo – SP – Brasil

sac 0800 01234 01

sac@imprensaoficial.com.br

livros@imprensaoficial.com.br

www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 900 exemplares

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

Editorial

O início de uma nova gestão é sempre momento propício a reflexões sobre os rumos a serem seguidos pela organização, de modo a orientar o planejamento institucional e a atuação que lhe é consequente, no sentido da consecução desses fins.

No caso da Procuradoria Geral do Estado não se pode deixar de registrar os expressivos avanços alcançados em seu passado mais recente, o que veio demonstrar premissa que já houvera assinalado no discurso que proferi em nome dos Procuradores do Estado empossados em 24 de julho de 1980: a advocacia pública apenas pode florescer no terreno fértil da democracia e do Estado de Direito, em que se combinam a renovação da liberdade com a segurança da legalidade, as duas tábuas da salvação do advogado de que falava Rui Barbosa em sua antológica *Oração aos Moços*.

Entretanto, quanto mais avançamos mais de nós se espera. Se hoje temos instrumentos de atuação mais diversificados e eficientes, aumenta, na mesma proporção, a nossa responsabilidade quanto à viabilização das políticas públicas compreendidas nos programas dos governos que se sucedem, pautados pela seiva legitimadora do voto popular. Em última análise, essas políticas públicas nada mais representam do que a concretização dos direitos fundamentais acolhidos pela Constituição de 1988, concretização essa que deve ficar a cargo do Poder Executivo e seu aparato administrativo, sob o controle político do Poder Legislativo e jurídico do Poder Judiciário.

Daí a necessidade de revisão constante de nossa forma de atuação, contenciosa ou consultiva, bem como, de tempos em tempos, de nossa estrutura organizacional. Esse último aspecto foi assumido como uma das prioridades da atual gestão, quer em razão do tempo decorrido desde a entrada em vigor da atual Lei Orgânica, quer em virtude do impacto produzido pela criação da Defensoria Pública sobre a Advocacia do Estado em sentido estrito, envolvendo desde a forma de recrutamento dos Procuradores até o modo mais solidário e proativo desses profissionais de lidar com as questões de governo.

No plano das atividades de apoio ao exercício da advocacia do Estado, vem se destacando, desde a sua já longínqua instituição, o Centro de Estudos, ora sob o comando da Procuradora Mariângela Sarrubbo Fragata, ex-Subprocuradora Geral da Área da Assistência Judiciária e a primeira Defensora Pública Geral do Estado (interina).

No extenso cardápio de ferramentas que o Centro de Estudos coloca à disposição dos Procuradores, o *Boletim* ocupa posição sedimentada, permitindo a disseminação de inovações normativas em geral e, especialmente, as de cunho legislativo; a divulgação de trabalhos forenses e pareceres gerados no âmbito da própria PGE; bem como de decisões judiciais ou administrativas do interesse da advocacia pública. Além disso, os seus fascículos costumam ser abertos com variado noticiário, abrangente da repercussão do trabalho da instituição nos meios de comunicação.

Por tudo isso, veiculado em meio eletrônico e, ou, na tradicional forma impressa, espera-se que, nesses próximos quatro anos, o *Boletim do Centro de Estudos* continue a representar importante instrumento auxiliar dos Procuradores em sua faina diária, sem perder de vista a necessidade de incorporar inovações impostas pelo avanço tecnológico e dos meios de transmissão de informações.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

Cursos do Centro de Estudos

28/2 – Encontro da Área da Consultoria Geral – Renaissance São Paulo Hotel.

Aulas da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado

4/2 – Direito Administrativo I, do curso de Direito do Estado – A Constitucionalização do Direito Administrativo. Professor Doutor Elival da Silva Ramos, Procurador Geral do Estado.

Eventos em parceria com outras instituições

17, 18, 19 e 20/1 – Contratos no Âmbito do Direito Empresarial (AASP).

18/1 – Audiência Trabalhista e Ônus da Prova (AASP).

31/1 – Cuidados na Elaboração de Recursos Especial/Extraordinário (AASP).

Recurso Ordinário Trabalhista – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz do Trabalho da 64ª Vara do Trabalho da Capital

Autos nº 02227200706402002

Reclamante: MAURA ROSA LUCIANO MANGUEIRA

Reclamada: HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, Autarquia Estadual criada pelo Decreto Lei nº. 13.192 de 19 de janeiro de 1943 e Regulamento aprovado pelo Decreto nº. 9.720 de 20 de abril de 1977, por intermédio da Procuradora do Estado que esta subscreve, consoante o determinado pelo artigo 99 da Constituição do Estado de São Paulo, na redação dada pela Emenda 19/04, que incumbiu a Procuradoria Geral do Estado da representação judicial das autarquia e pela Resolução PGE nº 10, de 26 de maio de 2006, publicada no Diário Oficial do Estado em 30 de maio de 2006, que disciplinou a transferência do acervo e a defesa judicial desta Autarquia, não se conformando com a r. sentença de fls., vem tempestivamente interpor RECURSO ORDINÁRIO, consoante as inclusas Razões, requerendo o respectivo processamento, para que o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho proceda ao reexame da R. Decisão, reformando-a, com fundamento no artigo 895, a, da CLT, e artigo 10, incisos III, IV e VI, do Decreto-Lei n. 779/69.

Nestes termos, Pede deferimento.

São Paulo, 7 de maio de 2009.

Mirna Natalia A. da Guia Martins

Procuradora do Estado OAB/SP N. 207.443

RAZÕES DE RECURSO ORDINÁRIO

Processo nº 02227200706402002

Recorrido: MAURA ROSA LUCIANO MANGUEIRA

Recorrente: HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

Egrégio Tribunal, Colenda Turma, Doutos Julgadores.

Em que pese o brilho da r. sentença prolatada, no presente caso, o MM. Juízo “a quo” não decidiu com o costumeiro acerto ao julgar procedente em parte a presente reclamação trabalhista, condenando o reclamado ao pagamento de danos morais e materiais, arbitrados em R\$ 50.000,00, acrescidas de juros e correção monetária.

De fato, a r. sentença não poderá prosperar, devendo ser reformada por esse E. Tribunal, como restará demonstrado a seguir.

I - Da nulidade

De uma simples análise nos autos, verifica-se que a presente reclamatória está eivada de nulidade, ante a ausência de intimação pessoal do recorrente para se manifestar sobre o laudo e honorários do perito. Conforme se verifica às fl. 269 somente os advogados da autora e da segunda reclamada foram intimados para se manifestar sobre o laudo pericial. Posto isso, requer-se seja declarada a nulidade do feito desde o ponto indicado, determinando-se a intimação da recorrente, nos moldes do art. 283, I do Provimento 13/2006. Saliente-se que a falta de intimação do ora recorrente trouxe efetivo prejuízo para a defesa, uma vez a reclamada não teve oportunidade de contestar um laudo que lhe foi desfavorável e nem de apresentar quesitos complementares.

Entretanto, caso assim não entendam Vossas Excelências, requer seja determinada a baixa dos autos em diligência para que o Sr. Perito se manifeste sobre os quesitos de números 8 e 9 apresentados pelo recorrente fls. 2101, vez que diferentemente do alegado pelo Sr. Perito ff Is. 2621, o exame admissional e o laudo do RX mencionado no exame admissional encontram-se às fls. 100/101. e o registro de ocorrências médicas às fls. 98/99. É de suma Importância para tese defensiva de preexistência da doença que estes quesitos sejam respondidos.

NO MÉRITO

II - Da prescrição

Na r. sentença prolatada o MM Juízo *a quo* entendeu, quanto à prescrição, ser o caso de se aplicar o disposto no art. 7º, inciso XXIX da CF. Todavia, essa não é a melhor exegese, uma vez que o artigo 206, § 3º, V, do Código Civil determina que prescreve em 3 anos a pretensão à reparação civil. Tendo em vista que a recorrida afirma na exordial que todos os seus padecimentos têm como origem

ou são consequências da tuberculose, diagnosticada em junho de 2004, há que se concluir que a pretensão da recorrida encontra-se prescrita, uma vez que a reclamatória foi distribuída em dezembro de 2007. Assim, requer-se a reforma da r. sentença, determinando-se seja a presente extinta, com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, IV do CPC.

Observe-se que a prescrição é instituto de direito Material – motivo pelo qual, quanto aos danos morais, deve-se observar o disposto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil, diploma legal que regula o instituto. O rito processual ou a Justiça competente para julgar o feito não tem o condão de alterar o determinado pela lei por lei específica.

III - Da falta dos pressupostos da responsabilidade civil

A r. sentença condenou a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral e material, segundo se infere, adotando a teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que não imputou à reclamada qualquer tipo de conduto doloso ou culposos. Consta da r. sentença: “... A referida patologia apresenta concausa com as atividades realizadas na Reclamada, devido ao contato com doentes portadores de patologias infecciosas, em ambiente hospitalar... Inócuas, portanto, as impugnações das reclamadas, motivo pelo qual conheço a alegada moléstia profissional.”

A douta Magistrada reconheceu a existência da doença e entendeu ter sido a doença contraída em função do trabalho realizado, e consequentemente condenou a reclamada a pagar a indenização pleiteada, em nítida aplicação da teoria da responsabilidade objetiva. Ocorre que a r. sentença afronta o artigo 7, XXVIII da Constituição Federal que determina que em se tratando de acidente de trabalho é o caso de responsabilidade subjetiva. Pelo exposto, de rigor a reforma da r. sentença, absolvendo-se a reclamada do pagamento da indenização requerida.

Ressalto que não ficou demonstrado que o recorrente não cumpriu com as normas de segurança, ou seja, medidas preventivas que poderiam ter sido realizadas para evitar a contaminação por uma doença que se espalha pelo ar. Ora, se não ficou evidenciado que houve qualquer violação às regras de segurança, é de se notar que não há pressupostos suficientes a fim de caracterizar a responsabilidade desta Autarquia, motivo pelo qual a r. sentença deverá ser reformada.

Ademais, ressalto que a doença é preexistente, o que rompe o nexo de causalidade. Assim, de rigor seja afastada a possibilidade de indenização em virtude de acidente de trabalho, pois quando do exame admissional já se diagnosticou que a reclamante tinha história prévia de tuberculose.

Nesse sentido, observa-se que no exame admissional a que foi submetida, antes de ingressar nos quadros da recorrente, no exame de raio-x de tórax, notou-se “opacidade em ápice direito”, cuja hipótese diagnóstica foi: “provável tuberculose residual” (fls. 98/101). Na ocasião, aconselhou-se o acompanhamento

do quadro, com controles periódicos para verificação do desenvolvimento da doença; importante ressaltar que a imagem observada nos raios-X da recorrida leva a conclusão de que a mesma já havia tomado contato com o bacilo causador da tuberculose e que a doença se encontrava latente, ou seja, que a recorrida ainda não havia desenvolvido a doença, mas que seu pulmão já estava contaminado pelo bacilo, sendo que o desenvolvimento da doença poderia ocorrer a qualquer momento.

Tendo em vista que a contaminação da recorrida pelo bacilo da tuberculose se deu anteriormente à sua admissão aos quadros da recorrente, de rigor a reforma da r. sentença, a fim de afastar qualquer responsabilidade por parte da Autarquia, pois a doença que acometeu a recorrida (a tuberculose) não decorreu da atividade laborativa.

IV - Da Indenização

A r. sentença condenou a reclamada a indenizar a reclamante no valor correspondente a R\$ 50.000,00 [cinquenta mil reais), a título de danos morais e materiais.

Consta da r. sentença que a condenação em danos morais visa, também, “evitar que o réu incorra no mesmo ato novamente”, para desestimular ou inibir situações semelhantes. Ocorre que não consta da sentença que ato é este que se busca desestimular uma vez que, como ressaltado acima, não foi imputado ao réu qualquer conduta, seja omissiva ou comissiva, que tenha colocado a autora em risco. Pelo exposto, no caso da condenação ser mantida, de rigor o valor fixado seja minorado, pois não há conduta alguma a ser inibida.

Observa-se, ainda, que o arbitramento dos valores a serem indenizados deve levar em conta a condição econômica da recorrida, pessoa simples que exercia a função de escriturária (oficial administrativo), percebendo salário mensal de R\$ 1.250,00 (um mil, duzentos e cinquenta reais). De uma só vez ela receberia o equivalente a 40 vezes o seu salário, o que, evidentemente, é demasiado.

Há que se levar em consideração, ainda, a natureza jurídica do réu, um Hospital Público com verbas e patrimônio próprios, que atende diariamente milhares de pacientes. Dessa forma, a condenação pecuniária do Hospital irremediavelmente surte efeitos negativos ao restante da população, já que ocorreria um remanejamento de verbas que seriam utilizadas na manutenção e melhoria do atendimento para o pagamento de indenizações.

Quanto aos danos materiais observo que a reclamante não fez prova dos valores por ela despendidos, não se desincumbindo do ônus que lhe cabia, motivo pelo qual incabível a condenação em danos materiais.

Pelo exposto, no caso da condenação subsistir, de rigor seja minorado o valor arbitrado a título de indenização.

No mais, requer que todas as notificações e intimações sejam efetuadas pessoalmente, mediante a retirada dos autos no 5º andar do Edifício-Sede, conforme dispõe o artigo 303 do Provimento GP/CR Nº 13/2006 (Consolidação das Normas da Corregedoria do TRT - 2ª Região).

Diante de todo o exposto, requer-se que esse E. Tribunal digne-se a conhecer o presente recurso para, ao final, dar-lhe provimento, reformando a r. sentença prolatada, a fim de que seja julgada IMPROCEDENTE. Caso assim não se entenda, pugna-se pelo acolhimento dos pedidos subsidiários.

São Paulo, 7 de maio de 2009.

Mirna Natalia A. da Guia Martins
Procuradora do Estado OAB/SP N. 207.443

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

PROCESSO TRT/SP Nº 02227. 2007. 064. 02. 00-2

RECURSO ORDINÁRIO

ORIGEM: 64ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

1º RECORRENTE: Fundação Faculdade de Medicina

2º RECORRENTE: Hospital das Clínicas da FMUSP

3º RECORRENTE: Maura Rosa Luciano Manguiera

Adoto o relatório da r.sentença de fls. 289/292 que julgou a ação parcialmente procedente, complementada pela r. decisão de embargos declaratórios de fl. 297.

Inconformada, recorre ordinariamente a 2ª reclamada – Fundação Faculdade de Medicina – em fls. 302/322, alegando em síntese que: não pode subsistir a r.decisão de origem que reconheceu a responsabilidade subsidiária da recorrente. Afirma que não possui qualquer vínculo com a primeira reclamada, pois é uma fundação de direito privado, enquanto que a primeira ré é uma autarquia. Assevera que seus empregados são admitidos por meio de processo seletivo pelo Departamento de Recursos Humanos, enquanto que os funcionários da primeira demandada são admitidos por meio de concurso público. Pugna pela sua exclusão do polo passivo do feito. Por cautela, aduz que a doença que acometeu a reclamante não teve origem no trabalho, pois na ocasião da admissão já era portadora da moléstia, sendo indevido o pagamento de indenização por dano moral, fixada em valor excessivo.

Às fls. 328/334 recorre a 1ª reclamada – Hospital das Clínicas - arguindo preliminarmente nulidade do julgado em face da ausência de intimação pessoal da recorrente para se manifestar sobre o laudo e honorários do perito. Argui prescrição total do direito de ação aplicando-se o disposto no § 3º, inciso V, do

artigo 206 do Código Civil. Aduz que foi condenada ao pagamento de indenização por dano moral e material diante da moléstia que acometeu a reclamante, o que não pode prevalecer, pois ficou demonstrado que cumpriu com as normas de segurança, além da preexistência da doença. Por cautela, requer a redução do valor arbitrado.

A reclamante recorre adesivamente às fls.350/353 pugnando pela reforma da r. decisão de primeiro grau no que concerne ao indeferimento do pedido de pensão mensal vitalícia. Afirma que não possui capacidade para desempenhar suas atividades e seu quadro clínico é permanente e definitivo, o que justifica a concessão da pensão.

Os recursos são tempestivos e subscritos por procuradores devidamente habilitados (fls. 326 e 16), com custas e depósito recursal recolhidos às fls. 324/325 pela primeira recorrente. A segunda recorrente encontra-se isenta do preparo.

Contrarrazões pela reclamante às fls. 337/341 e 342/346. Contrarrazões pela 2ª reclamada às fls. 356/372 e pela 1ª às fls.375/376.

Parecer da D. Procuradoria às fls. 377/378, pelo provimento parcial dos apelos das rés e pelo não provimento do recurso da reclamante.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos apelos, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade. Aprecio em conjunto os recursos das reclamadas.

1º) Recurso das reclamadas

I - Da nulidade

Argui a 2ª recorrente – Hospital das Clínicas – nulidade do julgado porque não foi intimada pessoalmente para se manifestar sobre o laudo pericial. Com efeito, a notificação de fls.269 aponta que somente a 2ª reclamada foi intimada para tanto. Contudo, a notificação de fls.287 supriu o ato, verificando-se que a 1ª reclamada foi devidamente intimada do encerramento da instrução. De qualquer modo, não se valeu da primeira oportunidade que teve para alegar qualquer nulidade, resultando clara a preclusão do direito de se insurgir. Rejeito a preliminar.

II - Da prescrição total

A primeira reclamada – Hospital das Clínicas – afirma em suas razões que deve ser declarada a prescrição prevista no inciso V, do parágrafo 3º, do artigo 206 do Código Civil. Contudo, inaplicável na hipótese em exame o dispositivo

mentionado, haja vista que a demanda envolve questão decorrente do contrato de trabalho, pelo que, submete-se ao disposto no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. Correta a r.decisão *a quo* declarando somente a prescrição quinquenal. Nego provimento.

III - Da responsabilidade subsidiária

Incontroverso nos autos que a reclamante presta serviços para ambas as reclamadas. As anotações em sua CTPS, consoante fl. 22, assim o demonstram. Conquanto tenha celebrado dois contratos de trabalho distintos, o trabalho se desenvolveu no mesmo local, sob a mesma subordinação, conforme admite a 2ª reclamada – Fundação – em sua defesa (fl. 105). Não há, pois, como afastar a responsabilidade subsidiária da 2ª ré, que também utilizou em seu proveito os serviços da reclamante. Nego provimento.

IV - Da indenização por dano moral e material

A pretensão de recebimento de indenização por dano de natureza material ou moral exige, inevitavelmente, a presença de pelo menos três requisitos fundamentais, quais sejam: a efetiva existência de um dano a ser reparado, a injuridicidade da conduta do causador do dano, omissiva ou comissiva, e a inequívoca existência de nexo de causalidade entre tal conduta e o prejuízo suportado pelo postulante. Ausente qualquer destes pressupostos, a pretensão estará certamente fadada ao insucesso, tal como ocorre no caso em análise. A autora aduz em sua vestibular que passou a sofrer de problemas respiratórios e foi diagnosticado tuberculose. Posteriormente constatou-se a existência de “nódulo pulmonar”, afirmando a demandante que essas doenças ocorreram em face do contato de trabalho, uma vez que mantinha relação com pessoas doentes e material infectado. Frisa que adquiriu hepatite medicamentosa no tratamento, bem como teve seu 5º arco costal quebrado. Pois bem, de proêmio noto que a demandante já se encontrava com tuberculose quando de sua admissão (fls. 195/198), o que afasta a tese de que se contaminou no ambiente de trabalho. Quanto à hepatite medicamentosa, ao nódulo e à costela fraturada, não se vislumbra qualquer correlação com o seu labor de oficial administrativo, uma vez que inexistente elemento de convencimento apto a demonstrar a sua correlação causal. No que pertine à assertiva de que suas atribuições agravaram seu quadro, não obstante as conclusões do perito, há de se ressaltar que o nexo de causalidade rege-se pelo disposto no art. 403 do Código Civil, o qual adotou a Teoria do Dano Direto e Imediato, sendo imprescindível que entre a conduta e o dano exista uma relação de causa e efeito direta e imediata. Assim, afigura-me claro que o dano indenizável é todo aquele que se filia a uma causa, desde que esta seja cogente, por não existir outra que sustente o

mesmo dano. Em complemento, rememoro que para ter direito à indenização por dano, moral ou material, decorrente de acidente de trabalho, é necessária prova no sentido de que a reclamada agiu com dolo ou culpa, pois a responsabilidade é subjetiva, conforme previsto no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal. No caso dos autos, não restou demonstrada culpa por parte da demandada, uma vez que não houve prova carreada apta a demonstrar que a parte passiva, por omissão ou ação, tenha causado o dano ou violado normas de higiene e segurança. Ressalte-se que a própria reclamante admite no exórdio que exerceu a função de “Oficial Administrativo”, concluindo-se que o contato superficial com pacientes do Hospital das Clínicas se dava apenas para entrega ou retirada de documentação, como expressamente informa à fl. 05 da inicial. Por tais fundamentos, concluo que merece provimento o apelo para o fim de excluir da condenação a indenização por danos morais e materiais julgando improcedente a ação. Diante da improcedência da reclamatória, os honorários periciais são revertidos à reclamante, das quais fica isenta do pagamento tendo em vista a declaração de fl. 17.

2º) Recurso da reclamante

I - Da pensão mensal vitalícia

Resta prejudicado o insurgimento da reclamante quanto à condenação das rés no pagamento de pensão mensal vitalícia, em face da improcedência da ação consoante decidido no recurso das reclamadas.

Pelo exposto, ACORDAM os Magistrados da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: DAR PROVIMENTO aos recursos das reclamadas para julgar o feito improcedente e absolver as rés de qualquer condenação nesta ação. Prejudicado o recurso da reclamante. Custas e honorários periciais em reversão para a reclamante que fica isenta dos pagamentos tendo em vista a declaração de pobreza de fl. 17.

LUIZ ANTONIO M. VIDIGAL
Relator

mv/JBL

Documento com validade legal nos termos do Provimento GP 03/2010

O princípio da Justa Indenização e a Coisa Julgada

André Luiz dos Santos Nakamura¹

Resumo: A sentença que fixa o valor da indenização na ação de desapropriação pode ser extremamente injusta. A impossibilidade de analisar matéria fática nos Tribunais Superiores pode ocasionar o trânsito em julgado sem a possibilidade de revisão do valor estipulado. O direito injusto não pode mais ser admitido, após a superação dos ideais positivistas. Deve haver a relativização da coisa julgada para cumprir o preceito da justa indenização, como resultado da aplicação da ponderação do princípio da segurança jurídica com o da justa indenização, evitando-se a perenização de grave lesão aos cofres públicos. Também ofende a justa indenização os altos juros fixados pelo Judiciário.

Palavras-chave: Coisa julgada. Desapropriação. Princípios. Ponderação.

Sumário: 1 Introdução; 2 O princípio da segurança jurídica e o princípio da justa Indenização – necessidade de compatibilização. 2.1 Princípios – ponderação de princípios conflitantes. 3 A justiça das decisões como meta a ser alcançada pelo direito. 4 A teoria da relativização da coisa julgada nas ações de desapropriação; 5 Juros inconstitucionais nas ações de desapropriação; 6 Os meios para relativizar a coisa julgada; 7 Considerações finais.

1 Introdução

Em processos de desapropriação ocorrem, por vezes, perícias malfeitas, seja por erro, seja por dolo, que acabam gerando a fixação de uma indenização extremamente alta, extremamente destoante dos valores de mercado, ocasionando um enriquecimento ilícito ao expropriado e prejuízo aos cofres públicos, em

1 Procurador do Estado Chefe da 2ª Subprocuradoria do Patrimônio Imobiliário, mestrando em Direito Administrativo pela PUC-SP, bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2819, ap. 10ª, Jardim Paulista, São Paulo, SP. CEP 01401-000, tel. 3051-3842/9765-3168, fax 3106-4492, email: anakamura@sp.gov.br.

manifesta afronta ao princípio da justa indenização previsto no art. 5º XXIV da Constituição Federal.

Tais perícias fraudulentas acabam sendo acolhidas na sentença e, às vezes, ocorre o trânsito em julgado da decisão que fixou o valor da indenização.

Iremos analisar a possibilidade de, mesmo em casos de sentença transitada em julgado, rever o valor da indenização.

2 O princípio da segurança jurídica e o princípio da justa indenização – necessidade de compatibilização

2.1 Princípios – ponderação de princípios conflitantes

Princípio jurídico é uma norma abstrata, mais geral do que a lei, positivada expressamente ou não², decorrente do ordenamento jurídico, dando a este uniformidade e coesão, sendo vinculante³ aos operadores do direito.

Uma das diferenças entre regra e princípio se dá no grau de abstração. Este é mais abstrato do que aquela. A generalização existente nos princípios é maior do que a existente nas regras, por introduzirem valores ou metas a serem atingidas, servindo como norte de interpretação⁴.

Não existe diferença substancial entre regras e princípios. Ambos fazem parte do ordenamento jurídico. As normas jurídicas se dividem em normas-princípios e normas-disposições. As normas-disposições têm um conteúdo semântico mais denso e aplicabilidade mais restrita. Já as normas-princípios têm carga semântica menor, mas possuem uma área de atuação muito maior e força valorativa que influem em inúmeras regras. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos:

“Em outras palavras, as Constituições não são conglomerados caóticos e desestruturados de normas que guardam entre si o mesmo grau de importância. Pelo contrário, elas se afiguram estruturadas num todo, sem embargo de manter a sua unidade hierárquico-normativa; é dizer, todas as normas apresentam o mesmo nível hierár-

2 “Os princípios gerais de direito são normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém às quais todo ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material, deve respeito”. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2006, p. 38.)

3 “Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”. (CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 23ª edição. 2007, p. 39)

4 “Os princípios efetivamente têm como característica a maior generalidade dos conceitos por eles introduzidos, e assim são em virtude de consagrarem valores ou metas a serem atingidas, servindo efetivamente como norte de interpretação e referência no processo de hermenêutica, dando coerência ao sistema no qual se encontram que poderá alcançar a finalidade por eles pretendida”. (RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *O Registro Público como Proteção dos Mananciais*. In: *Revista de Direitos Difusos*, vol. 45, pág. 60)

quico. Ainda assim, contudo, é possível identificar o fato de que certas normas, na medida em que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, perdem densidade semântica, elas ascendem para uma posição que lhes permite sobrepassar uma área muito mais ampla. O que elas perdem, pois, em carga normativa, ganham força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas. No fundo, são normas tanto as que encerram princípios quanto as que encerram preceitos⁵”.

Entretanto, o ponto crucial da distinção entre as regras e *princípios* é que estes são *mandamentos de otimização*, ou seja, são satisfeitos em graus variados, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas do caso. Já as *regras são determinações*, ou seja, são sempre satisfeitas ou não. As regras são aplicadas ou não, sendo ineficazes se não o forem; os princípios podem não ser aplicados e mesmo assim são eficazes. Assim, a distinção entre princípios e regras é qualitativa e não uma distinção de grau, conforme lição de Robert Alexy:

“...*princípios* são normas que ordenam algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes... já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e, não, uma distinção de grau⁶”.

A regra enuncia uma conduta a ser seguida. O princípio é o resultado de uma escolha do Constituinte que elegeu um valor a ser perseguido. À regra se aplica a subsunção de um fato. Ao princípio se aplica a uma generalidade de fatos. Quando há colisão de regras, o sistema dá a solução do conflito, pela aplicação do princípio da hierarquia, da especialidade, da temporalidade. Quando há colisão de princípios antagônicos, eles devem ser ponderados⁷.

5 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, 1998, p. 54

6 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 90/91

7 “Existindo duas regras em sentidos opostos, uma delas há de ser excluída, mediante critérios que transcendem as próprias regras: temporalidade (posterior revoga anterior), hierarquia (a de grau superior invalida a inferior), especialidade (a lei especial afasta a geral). Já quando dois ou mais princípios colidem, deverão ser ponderados e balanceados, considerando-se o peso que cada um deles tem, em vista das circunstâncias concretas. Um cederá perante o outro, na medida do necessário, naquele caso. Mas isso não significará declarar inválido o princípio que não prevaleceu, nem lhe introduzir uma cláusula de exceção. Apenas, naquelas específicas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro – podendo ser diversa a ordem de precedência em outras circunstâncias”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 564)

A Constituição de 1988 é estruturada por regras e princípios, alguns implícitos e outros explícitos. Trata-se de aplicação da ideologia do pós-positivismo a qual entende que a Constituição não pode ser somente um conjunto de regras; deve ser um conjunto de regras e princípios, formando um sistema aberto, onde a realização dos direitos fundamentais é a meta e o objetivo fundamental do Constituinte⁸.

A necessidade de ponderar os princípios decorre do fato deles se mostrarem, em certas situações, antagônicos⁹. As várias diretrizes apontadas por eles podem mostrar-se conflitantes. E, como não há hierarquia entre princípios, um deles, no caso concreto, deverá ceder espaço a outro, sem que haja a declaração de invalidade do princípio preterido naquela situação específica¹⁰. O critério da *urgência*¹¹ pode ser determinante para a escolha do princípio que deverá prevalecer no caso concreto: em dada situação urgente, se um princípio não for o escolhido como o prevalente, o valor por ele albergado tornar-se-á totalmente sacrificado, sem possibilidade de reparação.

Deve-se ressaltar que, antes de se recorrer à técnica da ponderação de princípios, deve ser avaliado se o valor que se quer proteger é de importância que

8 “Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 353)

9 “...no texto constitucional, remanescem subjacentes ou explicitados princípios que albergam ou se reportam a valores que podem, em determinadas circunstâncias, revelar-se antagônicos, impendendo, destarte, a sua harmonização, até mesmo em função da segurança que deve ressumar de uma exegese inequívoca dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais integrados em um ordenamento jurídico disciplinador da sociedade”. (ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan. dez. 2003, p. 47.)

10 “Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o Máximo de cada um, na medida possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 353/354.

11 “Diante da impossibilidade de se chegar a um “denominador comum” para a conciliação de dois ou mais valores conflitantes no caso concreto, verifica-se qual deve (ou quais devem) prevalecer; quais são os mais “urgentes e fundamentais” no caso concreto. Mas o gravame ao bem jurídico que não prevalece (ou aos bens que não prevalecem) não deve ir além do que requer o fim aprovado: a consecução do bem que prevalece”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 566)

a justifique¹², haja vista que haverá o afastamento de um valor protegido pelo ordenamento que poderia ter uma incidência na questão. Caso a comparação abstrata não revele valores de igual importância, nem se deve cogitar da ponderação, conforme decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

COISA JULGADA – Limites Subjetivos – Funcionário Público Municipal – Inconstitucionalidade de lei municipal que cuidava da irredutibilidade de vencimentos – Apelação interposta buscando a relativização da coisa julgada, com a consequente revisão dos vencimentos – Impossibilidade, pois a coisa julgada tem como base a segurança jurídica e nem mesmo a lei pode prejudicá-la, na forma do art. 5º, Inc. XXXVI da Constituição Federal – Tema que deveria ter sido atacado através de ação rescisória ou embargos à execução, nestes, como matéria de defesa – Relativização somente possível acaso o valor em jogo seja constitucionalmente mais elevado, relevante e significativo do que a segurança jurídica – Lide envolvendo interesse patrimonial insuficiente para que se afaste os efeitos de imutabilidade do julgado – Recurso desprovido. (TJSP – Apelação Cível n. 619.408-5/9-00 – São Paulo – 7ª Câmara “C” de Direito Público – Relator: Marcus Onodera – 27/3/9 – V.U. – Voto n. 663)

O procedimento para a ponderação deve ser assim realizado: cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas; após, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos; e, por fim, deve decidir, analisando os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso; também, deve decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo procedimento deve ser guiado pela aplicação do princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade¹³.

12 “Deverá ser definida a relevância axiológica do bem atingido (ou dos bens atingidos) pela decisão processual ou substancialmente errada. Caberá primeiro considerar se abstratamente ele reveste de valor constitucional suficiente para contrapor-se à segurança jurídica e demais valores resguardados pela manutenção da coisa julgada. Se nem mesmo abstratamente houver a contraposição, não há como levar o exame adiante. A consideração do peso concreto dos valores envolvidos apenas tem vez quando eles equiparam-se (ou for impossível desigualá-los) no exame abstrato”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 585)

13 “De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, relatadas a seguir... Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas... Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos... É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em posição à subsunção... Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos

Os valores que são preteridos no caso concreto devem sê-lo na intensidade e medida imprescindíveis à defesa do valor eleito como o prioritário¹⁴. Qualquer afastamento de um princípio constitucional em intensidade e quantidade não necessárias para fazer valer o princípio eleito no caso concreto como o prevalecente será inconstitucional.

Entretanto, é notório que a ponderação de princípios é altamente subjetiva¹⁵ e pode proporcionar abusos por parte do magistrado¹⁶. Somente em situações onde o sistema jurídico não dê uma solução clara para a questão pode-se recorrer à ponderação de princípios, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni:

“Engana-se, assim, quem pensa que a proporcionalidade é uma saída para todos os males ou um “superprincípio” capaz de acomodar a coisa julgada diante de princípio constitucional. Na verdade, a proporcionalidade em sentido estrito não só é um método complementar, mas também perigoso, por dar ao juiz um poder de difícil racionalização¹⁷”.

Assim, a ponderação de princípios deve ser usada com muita cautela, somente em situações excepcionais e sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade e necessidade.

do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 361/362)

- 14 “A ponderação propriamente dita deve ser conjugada com as outras duas diretrizes, da *adequação* e da *necessidade*: o prejuízo do bem jurídico (que não irá prevalecer no caso concreto) não deve ir mais além do que requer o fim aprovado (a consecução do valor jurídico que irá prevalecer)”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 605)
- 15 “No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução que deva prevalecer. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 363/364)
- 16 “A proporcionalidade em sentido estrito não é um princípio nem, muito menos, um superprincípio. É isto sim, uma regra, que apenas pode ser usada em casos excepcionais, de colisão de direitos de igual hierarquia, cuja solução não pode se dar mediante outro método que não a ponderação no caso concreto. A regra da proporcionalidade em sentido estrito somente deve ser utilizada em situações extremas, em que não exista outra alternativa a não ser a ponderação dos direitos”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008, p. 183)
- 17 MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008, p. 189/190

3 A justiça das decisões como meta a ser alcançada pelo direito

A Justiça é uma meta a ser alcançada pelo Direito¹⁸. Entretanto, a mera injustiça de uma decisão é fator que, por si só, não lhe retira a validade.

O positivismo propôs que a Justiça é um pseudoproblema¹⁹. O conceito desta seria movediço, não existindo uma definição do que seria o justo; portanto, o direito deveria se apartar da noção de moral e justiça²⁰, valendo por si mesmo, independentemente de seu conteúdo ético. A validade de uma norma jurídica adviria da validade de norma superior que lhe daria fundamento jurídico e não de seu conteúdo que poderia ser justo ou injusto, conforme ensinamento de Hans Kelsen:

“Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isto não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com outro sistema moral e com ele eventualmente a concordar de facto, contradizendo um sistema moral diferente deste. Se pressuponho a existência de valores meramente relativos, se pretende distinguir o Direito da Moral em geral e, em particular, distinguir o Direito da Justiça, tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o

18 “A justiça, em suma, somente pode ser compreendida plenamente como concreta experiência histórica, isto é, como valor fundante do direito ao longo do processo dialógico da história”. (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 1996, p. 372)

19 “Em primeiro lugar, os neopositivistas ou neo-empiristas consideram que não se pode dizer que a procura do fundamento do Direito corresponda a um problema: a justiça é antes um aspiração emocional, suscetível de inclinar os homens segundo diversas direções, em função de contingências humanas de lugar e de tempo. Sendo impossível decidir-se por qualquer delas com base em dados verificáveis, a justiça é, do ponto de vista da ciência, um pseudoproblema, o que não impede que, do ponto de vista da Moral, seja uma exigência de ordem prática, de natureza afetiva ou ideológica”. (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 1996, p.370.)

20 “Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito... A pureza de método da ciência jurídica é então posta em perigo, não só pelo facto de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas – muito mais ainda – pelo facto de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre direito e Moral”. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editora, 6ª edição, 1984, tradução de João Baptista Machado, p. 93/94.)

conceito de Direito não caiba no conceito de bom... a pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral²¹”.

Assim, pelo que percebemos da lição da Kelsen acima, o positivismo não negava que o Direito deveria ser justo²², muito pelo contrário. A ideia de que o Direito deve ser justo nunca foi contestada pelo positivismo. Foi constatado que não existe uma única moral, uma noção única de justo. Há várias noções do que é moral e várias noções de justiça²³. O Direito, assim, deve ser justo e moral, o que não significa que todas as modalidades de moralidade e justiça sejam, necessariamente, acobertadas pelo direito vigente e que este fato lhe retire a validade²⁴.

21 KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editora, 6ª edição, 1984, tradução de João Baptista Machado, p. 104

22 “Pode com ela pretender-se indagar qual a relação que de facto *existe* entre o Direito e a Moral, mas também se pode pretender descobrir a relação que *deve* existir entre os dois sistemas de normas... O Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a Moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a Moral prescreve, essa ordem não é Direito porque não é justa. A questão, porém, é também respondida no sentido de que o Direito pode ser moral – no sentido acabado de referir, isto é, justo -, mas não tem necessariamente de o ser; que uma ordem social que não é Moral, ou seja, justa, pode, no entanto, ser Direito, se bem que se admita que a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, deve ser justo”. (KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editora, 6ª edição, 1984, tradução de João Baptista Machado, p. 99/100)

23 “Significa, sim, que não há valores absolutos, mas apenas há valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta, mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos actos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos”. (KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editora, 6ª edição, 1984, tradução de João Baptista Machado, p. 104/105)

24 “E, mesmo que se pudesse determinar um elemento comum a todos os sistemas morais até aqui vigentes, ainda assim não haveria razão suficiente para não considerar como “moral” ou “justa” e, portanto, para não considerar como Direito, uma ordem de coacção que não contivesse aquele elemento e prescrevesse uma conduta que ainda não tivesse sido considerada em qualquer comunidade como boa ou justa, ou proibisse uma conduta que ainda não tivesse sido considerada em qualquer comunidade como má ou injusta. Com efeito, quando se não pressuponha qualquer *a priori* como dado, isto é, quando não se pressuponha qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que é que tem de ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto. E, nesse caso, não se poderá negar que também que aquilo que a ordem coercitiva em questão prescreve pode ser tido por bom ou justo, e aquilo que ela proíbe por mau ou injusto; e que, portanto, também ela é – relativamente – moral ou justa”. (KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editora, 6ª edição, 1984, tradução de João Baptista Machado, p. 102)

O positivismo, apesar de não pregar um direito injusto, proporcionou as condições para que se instasse um direito totalmente desprovido da ética e da moral. Houve uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico e a pretensão de igualar a ciência jurídica às ciências naturais²⁵, o que não é possível, visto que o direito se destina a regular os comportamentos humanos e estes não se explicam pelas leis da natureza.

A ideia de um direito extremamente formal, sem considerar seu conteúdo ético, propiciou que regimes totalitaristas chegassem ao poder de acordo com a estrita legalidade então existente²⁶. A Segunda Guerra Mundial mostrou ao mundo os regimes nazistas e fascistas que, em nome da legalidade, promoveram barbáries de toda ordem. Tal fato levou a repensar o direito o qual não poderia ser algo somente formal, devendo, sim, buscar sua validade na moral e na justiça.

Começou-se a pensar o direito não somente como norma. O direito foi visto não somente como a totalidade das leis e sim como um produto derivado dos princípios gerais de direito contidos expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico. Estas, se injustas, contrariam o direito e não têm validade perante aquele. Tal entendimento foi manifestado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha:

“A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do estado de direito, foi modificada na Lei fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à ‘lei e ao direito’ (art. 20, § 3º). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam facticamente, isso não acontece de

25 “O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 350/351.)

26 “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 351)

maneira constante nem necessária. O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto às disposições positivas do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito, que tem sua fonte no ordenamento jurídico constitucional como um conjunto de sentido e é capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita; encontrar essa excedência de direito e concretizá-la em decisões é a tarefa da jurisprudência²⁷.

Uma norma injusta não pode ser considerada válida, mesmo que estabelecida em conformidade com o ordenamento jurídico. Segundo Alexy, “o pressuposto da validade jurídica de uma norma individual é que ela apresente um mínimo de justificabilidade moral²⁸. O positivismo, assim, perdeu seu espaço, dando lugar ao *pós-positivismo*. Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso:

“O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética²⁹”.

Houve, novamente, o encontro do Direito com a ideia de Justiça. Há o entendimento de que a garantia de acesso à justiça significa o acesso a uma ordem jurídica *justa*³⁰.

Atualmente, portanto, a Justiça da decisão é um fator de grande importância para a legitimidade da lei e da função jurisdicional. Todos os valores protegidos pelo ordenamento jurídico pressupõem a busca da justiça, como condição de existência destes, conforme lição de Miguel Reale:

“Partindo-se da observação básica de que toda regra de Direito visa a um *valor*, reconhece-se que a *pluralidade dos valores* é consubstancial à experiência jurídica.

27 BVerfGE 34, 269. In: ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 10.

28 ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 111

29 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 351/352

30 “A garantia constitucional da inafastabilidade da atuação do Judiciário nas hipóteses de lesão ou ameaça de lesão a direito não assegura, por si só, a justiça da tutela jurisdicional por ele representada. Sem dúvida sustenta-se que tal garantia propicia não apenas o acesso a uma prestação jurisdicional, como também a uma ordem jurídica justa, que deriva do próprio sistema. Destarte as decisões judiciais nos casos concretos deveriam convergir para essa mesma ordem, prestigiando o justo na solução de conflitos individuais e coletivos”. (ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan.dez. 2003, p. 64)

Utilidade, tranquilidade, saúde, conforto, intimidade e infinitos outros valores fundam as normas jurídicas. Estas normas, por sua vez, pressupõem outros valores como o da *liberdade* (sem o qual não haveria possibilidade de se escolher entre valores, nem a de se atualizar uma valoração *in concreto*) ou os da *igualdade*, da ordem e da *segurança*, sem os quais a liberdade redundaria em arbítrio... a nosso ver, a Justiça não se identifica com qualquer desses valores, nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem. Ela é antes a condição primeira de todos eles, a *condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica*. Ela vale para que todos os valores valham³¹.

Entretanto, mais uma vez, caímos na mesma questão enfrentada pelos positivistas. Qual o conceito de justiça? A ideia de justiça varia conforme o tempo, lugar, condição social e outros fatores condicionantes da personalidade humana³².

A sociedade não é justa. Os homens, em sua grande maioria, não são justos. Se todos fossem justos, se todos cumprissem seus deveres, haveria uma sociedade justa³³ e o direito não teria utilidade prática, porque não haveria conflitos de interesses.

A ordem jurídica deve sim buscar realizar a justiça. Entretanto, tal intuito, não raro, nunca será plenamente atingido; será um fim a ser incessantemente buscado e dificilmente alcançado, seja porque os homens, em sua maioria não são justos, e, conseqüentemente, a sociedade não é justa, seja porque a noção de justiça é subjetiva e sempre haverá quem se sinta injustiçado, por mais acertada que seja a decisão judicial ou a lei.

Enfim, concluímos, conforme lição de Reale, que “no fundo, o *jurídico* é uma experiência, feliz ou malograda, de justiça, e, mesmo quando de bom êxito, tem sempre caráter provisório, tão infinita é a esperança de justiça que nos anima e nos impele através do tempo³⁴”.

4 A teoria da relativização da coisa julgada nas ações de desapropriação

O princípio da justiça das decisões judiciais e o da segurança jurídica colidem. A segurança jurídica ocasiona a cessação da busca da justiça a partir de

31 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 1996, p. 371

32 “Cada época tem a sua imagem ou a sua idéia de justiça, dependente da escala de valores dominante nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades todas do justo”. (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 1996, p. 371)

33 “Eis, por conseguinte, como e porque a justiça deve ser, complementarmente, subjetiva e objetiva, envolvendo em sua dialeticidade o homem e a ordem justa que ele instaura, porque esta ordem não é senão uma proteção constante da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores através do tempo”. (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 1996, p. 372)

34 REALE. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 16ª edição, 1994, p. 713.

determinado momento. Entretanto, como acima se demonstrou, não é aceitável a existência de um direito injusto.

Deve existir uma distribuição equilibrada entre normas que garantam a segurança jurídica e a justiça do julgamento do caso concreto³⁵. Tem-se admitido a relativização da coisa julgada sempre que esta cause um sacrifício de princípio ou valor garantido pela Constituição, ocasionando extrema injustiça³⁶. Sobre a teoria da relativização da coisa julgada³⁷ assim se manifesta Cândido Rangel Dinamarco:

“Mesmo as sentenças de mérito só ficam imunizadas pela autoridade do julgado quando dotadas de uma *imperatividade possível*: não merecem tal imunidade (a) aquelas que em seu decisório enunciem resultados materialmente impossíveis ou (b) as que, por colidirem com valores de elevada relevância ética, humana, social ou política, também amparados constitucionalmente, sejam portadoras de uma impossibilidade jurídico-constitucional... As impossibilidades *jurídico-constitucionais* são o resultado de um equilibrado juízo comparativo entre a relevância ético-política da coisa julgada material como fato de segurança jurídica e a grandeza de outros valores humanos, éticos, sociais e políticos, alçados à dignidade de garantia constitucional tanto quanto ela... Por isso, não ficam imunizadas as sentenças que transgridam frontalmente um desses valores, porque não se legitima que, *para evitar a perenização de conflitos, perenizem inconstitucionalidades de extrema gravidade ou injustiças insuportáveis e manifestas*. Obviamente, são excepcionalíssimos os casos em que, por um confronto de aberrante magnitude com a ordem constitucional, a autoridade do julgado merece ser assim mitigada – porque a generalização das regras atenuadoras de seus rigores equivaleria a transgredir a garantia constitucional da *res judicatae* e assim negar valor ao legítimo desiderato de segurança nas relações jurídicas, nela consagrado³⁸”.

35 “É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 354)

36 “Mas não restam dúvidas de que a sacralização da coisa julgada material vai sendo paulatinamente erodida, aceitando-se a sua relativização sempre que o conflito de valores torna-se mais agudo em razão da intensidade da injustiça do caso concreto ou do grau de sua colidência com os princípios informativos e fundamentais do ordenamento jurídico”. (ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan. dez. 2003, p. 80)

37 “Portanto, *não* será em todo caso de “coisa julgada inconstitucional” que se legitimará a quebra da coisa julgada. Caberá aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de concretamente definir quais valores constitucionais devem prevalecer: o da segurança jurídica, de que a coisa julgada é instrumento, ou aqueles afrontados pelo pronunciamento “inconstitucional”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 562.)

38 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros, 6ª edição, 2009, p. 315

A coisa julgada pode ocorrer em casos de flagrante ilegalidade, inconstitucionalidade e injustiça³⁹, sob o fundamento de assegurar a segurança jurídica. Esta é um princípio que pode colidir com a busca da justiça, bem como com outros valores de igual importância que mereçam ser protegidos.

Assim, em certas hipóteses, mediante a ponderação do princípio da segurança jurídica com outros valores constitucionais, pode resultar na necessidade da coisa julgada ser relativizada como forma de assegurar o prevalecimento, no caso concreto, de outro valor que se revele mais relevante⁴⁰, conforme ensinamento de Donaldo Armelin:

“O ideal seria a manutenção da segurança sem sacrifício da justiça, resguardando-se uma proporção ideal entre a atuação de um e de outro desses valores, sem se perder de vista que a justiça é o objetivo maior do sistema jurídico. Para esse tipo de proporcionalização, adequado seria evitar que casos extremos de afronta ao valor justiça pudessem remanescer intocados *ad aeternum*, como sucede, se e quando for erigida a coisa julgada material como um resultado absoluto e intangível, quaisquer que sejam as circunstâncias que geraram a sua formação e qualquer que seja o seu grau de oposição ao sistema jurídico vigente e aos princípios que o informam. O grau de descompasso entre o decidido e estes seria o critério para o afastamento dessa imutabilidade, para que a decisão por ele tarjada perdesse o signo da injustiça coram populo⁴¹”.

A desconformidade entre a decisão judicial transitada em julgado e o valor justiça pode ocorrer em razão de várias circunstâncias. As mais frequentes são: a) o erro, dolo ou fraude do órgão judicante; b) a fraude da parte ou dos órgãos auxiliares da Justiça; c) erro ou a inércia da parte no seu desempenho processual, nisso compreendido o erro, dolo ou omissão de seu representante técnico; e) a

39 “É matéria pacificada que tanto o direito adquirido como o ato jurídico perfeito não se revestem dessa garantia constitucional se corporificados contra dispositivo legal cogente. O mesmo, todavia, inorre no que concerne à coisa julgada, que pode impor a intangibilidade de decisões *contra legem*, considerando-se a sua disciplina infraconstitucional. Ou seja, pode gerar uma decisão judicial injusta imune a qualquer possibilidade de modificação diversa daquelas especificamente explicitadas no plano da legislação ordinária. Nisso reside o núcleo do problema atinente à necessidade de, nesse caso específico, serem harmonizados os princípios que respaldam a *segurança jurídica* e a *justiça*”. (ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan.dez. 2003, p. 48)

40 “No exame da coisa julgada, quando a concreta ponderação de bens conduzir à preponderância de outro valor em face da segurança jurídica, a regra da coisa julgada terá sua incidência afastada, excluída, no caso concreto (ao passo que o princípio da segurança jurídica será “ponderado”, cederá parcialmente espaço, será assim, “relativizado”). Daí por que se pode mesmo falar em quebra, “desconsideração” da coisa julgada”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 577)

41 ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan.dez. 2003, p. 66

evolução do estado de técnica, em se tratando de meio de prova; f) má aplicação do direito à espécie *sub judice*⁴².

Quando as decisões que se afastam da realidade fática, por omissão da parte vencida, são relativas a direitos disponíveis, são mais aceitáveis, na medida em que esses direitos são passíveis de renúncia e transação e, pois, a omissão da parte por ela prejudicada no processo poderia ser a estas analogada. Porém, quando ocorre com direitos indisponíveis em que tais figuras de autocomposição são vedadas, é mais grave a situação de desconformidade. Logo, manifesta a heterogeneidade de situações, o seu tratamento há de ser também diferenciado sob o prisma da subsistência da imutabilidade da decisão coberta pela coisa julgada, que superou o prazo para o ajuizamento da rescisória ou se desvendou insubsunível às suas hipóteses de cabimento.

Nem sempre a relativização deve conduzir ao desfazimento da coisa julgada. Haveria casos em que o princípio da proporcionalidade recomendaria que se mantivesse a coisa julgada e se optasse pela indenização que seria paga pela parte indevidamente beneficiada pela coisa julgada relativizada. Tal solução seria necessária, principalmente, quando houvesse terceiros de boa-fé envolvidos em relações jurídicas posteriores e derivadas da coisa julgada. Nesse sentido é a lição de Eduardo Talamini:

“Pense-se nos casos em que esses efeitos já repercutiram inclusive sobre a esfera jurídica de terceiros de boa-fé. Considerem-se ainda as situações cujo desfazimento seria extremamente complexo e sacrificante a outros direitos das próprias partes do processo anterior – e assim por diante. Vale dizer: no momento de aplicação dos subprincípios da adequação e da necessidade, pode-se concluir que o instrumento menos sacrificante e suficientemente idôneo para o caso concreto é a indenização em lugar da desconstituição dos efeitos da sentença⁴³”.

Também, poderia ocorrer de, no caso concreto, apesar de ter existido a lesão a princípio constitucional de grande relevância abstrata, em concreto, não haveria prejuízo considerável para a parte. Nessa hipótese, em virtude do princípio da proporcionalidade, dever-se-ia dar prevalência ao princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, Eduardo Talamini:

“...pode ocorrer que o valor constitucional afrontado pela sentença seja de extrema magnitude abstrata. Todavia, se concretamente houver sido pequena ou nenhuma a

42 “DANO MORAL – Erro médico – Indenização – Ação julgada procedente – Fixação do “quantum” em cruzeiros reais – Conversão e atualização em moeda atual – Valor que após tal providência mostrou-se exageradamente elevado – Redução – Admissibilidade – Distorção da realidade e desdobramento dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade – Flexibilização ou relativização da coisa julgada – Adequação ao justo valor – Recurso parcialmente provido”. (TJSP – Apelação Cível n. 882.506-0/6 – São Bernardo do Campo – 28ª Câmara de Direito Privado – Relator: César Lacerda – 15.12.05 – V.U. – Voto n. 5.971)

43 TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 609

repercussão danosa da sentença na esfera jurídica do jurisdicionado, já isso bastará para se afastar a possibilidade de quebra da coisa julgada. Na aplicação da proporcionalidade, estar-se-á constatando que a prevalência da segurança jurídica é menos gravosa do que a dos(s) outros(s) valor(es) envolvido(s)⁴⁴.

A coisa julgada não é um valor absoluto, que pode ser colidente com outros valores constitucionalmente protegidos que são tão ou mais importantes que a segurança jurídica. Entretanto, deve a relativização da coisa julgada ser aplicada com muita cautela, somente em casos excepcionais, visto que se trata de uma derrogação, no caso concreto, de um princípio que tem guarida constitucional.

Primeiramente deve-se usar dos meios ordinários para a desconstituição da coisa julgada, tal como a ação rescisória e os embargos à execução. Somente na impossibilidade e insucesso destes, em casos de extrema relevância, pode-se cogitar da utilização da relativização da coisa julgada, conforme lição de Luiz Rodrigues Wambier:

“Então, o ponto nuclear da discussão sobre a “relativização” reside na seguinte pergunta: é admissível a revisão atípica da coisa julgada? Por um lado, não é possível descartar que excepcionalmente, em casos concretos, a coisa julgada – que é sem dúvida uma garantia fundamental constitucional – preste-se a acobertar sentença que manifestamente viole outros direitos fundamentais. Nesse caso, tem-se um conflito entre princípios constitucionais. Quando isso ocorrer, deverão a *princípio* ser usados os meios típicos de impugnação da coisa julgada (ação rescisória, embargos do art. 741, parágrafo único etc.). No entanto, quando não for admissível o emprego dos meios típicos (seja porque o caso não se enquadra em suas hipóteses de cabimento, seja porque já se esgotou o prazo para o meio típico), não parece viável uma solução absoluta, na base do “tudo ou nada”. Nem é possível dizer que sempre cairá por terra a coisa julgada, nem é possível afirmar o exato oposto, no sentido de que seria sempre vedada a revisão típica. Não há como deixar de aplicar em tais hipóteses o princípio da proporcionalidade⁴⁵”.

Os princípios que respaldam a *justiça e segurança jurídica* harmonizam-se no sistema jurídico, com prevalência⁴⁶ deste último valor no instituto da coisa julgada material. Isto decorre não apenas da relevância da segurança jurídica para a higidez do tecido social como, ainda, da adoção pelo sistema processual da suficiência da verdade formal para lastrear as decisões judiciais.

44 TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 596.

45 WAMBIER, Luiz Rodrigues “et Al”. *Curso Avançado de Processo Civil vol. 1*. São Paulo: RT, 8ª edição, 2006, p. 507/508.

46 “Essa prevalência, contudo, embora seja a regra, não deveria subsistir nas hipóteses macroscópicas de afronta da decisão transita em julgado aos demais princípios fundamentais e informativos do sistema, notadamente quando expressamente engastados na estrutura da Constituição Federal”. (ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan.dez. 2003, p.85)

A simples injustiça de uma decisão judicial não é razão para a desconstituição da coisa julgada. A injustiça da decisão é uma consequência inevitável de um sistema jurídico que se propõe a colocar fim aos litígios que resolve. A coisa julgada é a escolha do sistema, a partir de dado momento, pela segurança jurídica, independentemente da justiça da decisão⁴⁷, como única forma de colocar fim aos litígios e garantir a eficiência e credibilidade do Judiciário. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara:

“Significa isto dizer que não se pode, simplesmente, admitir que a parte vencida venha a juízo alegando que a sentença transitada em julgado está errada, ou é injusta, para que se admita o reexame do que ficou decidido. A se admitir isso, estar-se-ia destruindo o conceito de coisa julgada, eis que a parte vencida sempre poderia fazer ressurgir a discussão sobre a matéria definitivamente decidida, ficando qualquer juiz autorizado a reapreciar a matéria. Desapareceria, assim, a garantia de segurança e estabilidade representada pela coisa julgada⁴⁸”.

Contudo, na ocorrência de *injustiças graves*, deve haver a relativização da coisa julgada nos processos de desapropriação em que se verifica ofensa ao princípio da justa indenização.

Entenda-se por injustiça grave somente a ofensa a princípio ou norma com proteção constitucional. Nessa hipótese, a sentença é contrária à Constituição, sendo, assim, inconstitucional. Uma sentença inconstitucional é algo intolerável. A sentença inconstitucional permite ao juiz revogar a Constituição, o que não se pode aceitar, visto que nenhuma autoridade tem este poder, conforme lição de Alexandre Freitas Câmara:

“Pois pode acontecer de uma sentença inconstitucional transitar em julgado. Basta pensar em sentença que, em processo de desapropriação, não observe o princípio da justa indenização... sentenças inconstitucionais, então, podem ser proferidas e transitar em julgado. Ocorre que, como sabido, a inconstitucionalidade é vício insanável. Assim, não parece razoável admitir que ao transitar em julgado a sentença inconstitucional estaria ela a salvo de qualquer controle de constitucionalidade. Aceitar tal tese implicaria admitir que o juiz tem um poder que ninguém mais possui; o de, por ato seu, modificar a Constituição da República, ou até mesmo o de afastar a incidência de norma constitucional em um dado caso concreto⁴⁹”.

47 “Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com democracia, com o Estado Democrático de Direito. *Desconsiderar-se* a coisa julgada é ofender-se a Carta Magna, deixando de dar-se aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 9ª edição, 2006, p. 599/600)

48 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª edição, 2008, p. 466

49 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª edição, 2008, p. 466/467

O princípio da justa indenização tem previsão constitucional (art. 5º XXIV da Constituição Federal). Este não tem valor menor do que a garantia da coisa julgada (art. 5º XXXVI da Constituição Federal), que dá guarida ao princípio da segurança jurídica. Havendo a colisão de dois princípios constitucionais, deve-se, no caso concreto, fazer a ponderação destes, podendo a coisa julgada ser relativizada para garantir a integridade dos cofres públicos, bem como evitar um enriquecimento ilícito por parte do expropriado.

Nem se diga que o referido princípio somente protege o expropriado. Ele tem aplicação também ao expropriante. A justa indenização para o expropriado não pode significar injusta indenização para o expropriante. Não se faz justiça para uma parte à custa de uma injustiça para a outra parte. O princípio da justa indenização protege o expropriado contra uma indenização que não reponha o seu patrimônio, bem como impede que o expropriante seja lesado com uma indenização acima do valor real do imóvel, conforme lição de Dinamarco:

“Aparentemente, a garantia da *justa e prévia indenização* poderia parecer destinada com exclusividade ao resguardo do direito de propriedade e, portanto, configurar-se apenas como uma proteção endereçada aos particulares em face do Estado, sem ter também este como destinatário. Essa insinuação vem não só da topologia da garantia, situada no capítulo *dos direitos e garantias individuais e coletivos*, mas também de sua própria redação. Os precedentes jurisprudenciais que se formaram a esse respeito, todavia, apoiam-se, ainda que não tão explicitamente, em uma visão bipolar da garantia expressa pelo inc. XXIV do art. 5º constitucional. Nessa perspectiva, o *preço justo* figura como uma garantia com que ao mesmo tempo a Constituição Federal quer proteger a efetividade do direito de propriedade e também resguardar o Estado contra excessos indenizatórios. Nem haveria como entender de modo diferente o emprego do adjetivo *justo*, dado que a própria *justiça* é em si mesma um conceito bilateral, não se concebendo que algo seja “justo” para um sujeito sem sê-lo para outro. Não se faz “justiça” à custa de uma injustiça⁵⁰”.

Além do princípio da justa e prévia indenização, o princípio da moralidade administrativa, previsto no art. 37 da Constituição Federal, não tolera uma indenização fixada acima do valor de mercado⁵¹. Assim, uma coisa julgada que fixe uma indenização acima do valor de mercado ofende a dois princípios constitu-

50 DINAMARCO. Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, 3ª edição, p. 249

51 “Resulta que o conceito de *moralidade administrativa* coincide com a ideia de *zelo pelo patrimônio moral e material do Estado e dos demais entes públicos*; não só os próprios administradores são os institucionais guardiões desse valor, como também os demais órgãos estatais e também o povo. A Constituição Federal manifesta essa intenção, em um primeiro plano, ao dar aos integrantes do povo, que são os *cidadãos*, legitimidade para buscar da justiça a observância dos padrões exigíveis de moralidade administrativa (art. 5º, inc. LXXIII) e, correspondentemente, ao outorgar aos juízes o poder de fazer o controle da moralidade e da improbidade.” (DINAMARCO. Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, 3ª edição, p. 250/251)

cionais (moralidade administrativa e justa indenização), razão pela qual justifica o afastamento da garantia da coisa julgada em casos graves⁵².

A revisão da coisa julgada em processos de desapropriação tem sido acolhida pela Jurisprudência. Em 1982 no Recurso Extraordinário nº 93412, a favor do expropriado, onde o STF determinou que fosse realizada nova perícia no imóvel, inobstante a existência de sentença, onde o valor da indenização já estava estabelecido:

“DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO (ATUALIZAÇÃO). EXTRAVIO DE AUTOS. NOVA AVALIAÇÃO. COISA JULGADA. NÃO OFENDE A COISA JULGADA A DECISÃO QUE, NA EXECUÇÃO, DETERMINA NOVA AVALIAÇÃO PARA ATUALIZAR O VALOR DO IMÓVEL, CONSTANTE DE LAUDO ANTIGO, TENDO EM VISTA ATENDER À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA JUSTA INDENIZAÇÃO, PROCRASTINADA POR CULPA DA EXPROPRIANTE. PRECEDENTES DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO⁵³”.

Recentemente, o STJ firmou o entendimento de que erros materiais ou a superestimação intencional do valor da indenização escapam do manto da coisa julgada, bem como que não se deve permitir, em detrimento do erário público, a chancela de incidência de correção monetária dobrada em desacordo com a moral e com o direito, em consonância com a garantia constitucional da justa indenização, proteção ao direito de propriedade e preservação do patrimônio público, conforme decisões abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO. SUPOSTA VIOLAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. ERRO MATERIAL DE MULTIPLICAÇÃO EXISTENTE. RETIFICAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. DESNECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA.

1. O erro material não tem o condão de tornar imutável a parte do *decisum* onde se localiza contradição passível de correção do resultado do julgado.

2. É assente que a coisa julgada é qualidade consubstanciada na imutabilidade do acerto ou da declaração contida na sentença, no que pertine à definição do direito controvertido.

52 “Poder-se-ia questionar se essa regra não ofenderia a garantia da coisa julgada. Acontece, porém, que os erros de cálculo ou erros materiais, segundo entendimento firmado na jurisprudência, não são alcançados pelo manto da coisa julgada, permitindo a correção a qualquer momento. Ademais, em se tratando de verbas públicas, deve-se exigir a aplicação do princípio da moralidade que, em confronto com a garantia da coisa julgada, enseja a aplicação do princípio da proporcionalidade para empreender a aplicação da tese da relativização da coisa julgada em favor da moralidade administrativa, evitando-se desvios de verbas públicas e pagamentos indevidos com recursos orçamentários”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 6ª edição, 2008, p. 309)

53 STF – RE 93412, Relator(a): Min. CLOVIS RAMALHETE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/5/1982, DJ 4/6/1982 PP-05461 EMENT VOL-01257-01 PP-00333 RTJ VOL-00102-01 PP-00276

3. Consectariamente, erros materiais ou a superestimação intencional do valor da “justa indenização” escapam do manto da coisa julgada, como cediço na jurisprudência do próprio STJ que admite, sem infringência da imutabilidade da decisão, a atualização do *quantum debeatur* no processo satisfativo.

4. Na hipótese, constatou-se a existência de erro material no julgado, porquanto o laudo pericial homologado pelo juízo avaliou a área por preço do hectare e multiplicou pela área de 6.685,245 hectares, quando a área desapropriada, em verdade, era de 4.840,011 hectares, conforme constatado pelo levantamento topográfico da área, não contestado pelas partes, sem prejuízo de a decisão originária ter assentado que “não me parece razoável denegar o pleito formulado pela autarquia em atendimento ao princípio da justa indenização, ante a incomensurável valorização do preço do hectare na área onde se situa o imóvel expropriado, que resulta em simplesmente 158%, ainda que se considera o espaço temporal de dez anos entre a data da avaliação e aquelas utilizadas como referência pelo INCRA, nas planilhas de fls. 342/349”.

5. Deveras, o E. STF tem assentado que “não ofende a coisa julgada da decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização” (STF, RE. 93412/SC, Rel. Min. Clovis Ramalhete, DJ. 4/6/1982), princípio que se estende às hipóteses de superestimativa calcada em erro material.

6. Precedentes do STJ: REsp 283.321/SP, DJU 19/2/2001; REsp 37.085-0/SP, DJU 20/6/94.

7. Recurso especial provido.⁵⁴

“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO.

FASE EXECUTÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. ERRO DA SENTENÇA QUANDO DA DETERMINAÇÃO DO MARCO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. COISA JULGADA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA JUSTA INDENIZAÇÃO.

1. Desmerece êxito recurso especial desafiado contra acórdão que repeliu alegativa de ofensa à coisa julgada, apoiando decisão monocrática acolhedora de exceção de pré-executividade proposta com o fito de corrigir erro cometido pela sentença quanto à determinação do marco inicial da correção monetária a incidir sobre o valor devido.

2. Não obstante, em decisão anterior já transitada em julgado, se haja definido o termo inicial da correção monetária, não se pode acolher a invocação de supremacia da coisa julgada principalmente tendo-se em vista o evidente erro cometido pela sentença que determina que a correção seja computada desde a instalação das redes em 1972, havendo o laudo pericial sido elaborado com base em valores de agosto de 1980.

3. O *bis in idem* perpetrado pela aplicação retroativa da correção monetária aumentou em seis vezes o valor devido, o que não se compadece com o conceito da justa

⁵⁴ STJ – REsp 765.566/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/4/2007, DJ 31/5/2007, p. 342

indenização preconizada no texto constitucional, impondo-se inelutável a sua retificação sob pena de enriquecimento ilícito do expropriado, pois, se é certo que os expropriados devem receber o pagamento justo, é certo, também, que este deve se pautar segundo os padrões da normalidade e da moralidade. Não se deve esquecer que a correção monetária visa à atualização da moeda e apenas isso. Não se pretende por meio dela a penalização do devedor.

4. Não deve se permitir, em detrimento do erário público, a chancela de incidência de correção monetária dobrada em desacordo com a moral e com o direito. Repito, ambas as partes merecem ampla proteção, o que se afigura palpável no resguardo do princípio da justa indenização. Abriga-se, nesse atuar, maior proximidade com a garantia constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade, seja pela preservação do patrimônio público.

5. Inocorrência de violação aos preceitos legais concernentes ao instituto da *res judicata*. Conceituação dos seus efeitos em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica.

6. Recurso especial desprovido⁵⁵.

Não se trata de buscar um privilégio indevido para o Estado expropriante. Trata-se de uma necessidade imprescindível à proteção da moralidade administrativa e à garantia da justa indenização. O laudo que fixa a indenização é matéria probatória que não é objeto de análise pelos Tribunais Superiores⁵⁶. Assim, pode uma indenização absurdamente discrepante do valor de mercado do imóvel transitar em julgado, em prejuízo aos cofres públicos e a toda sociedade que custeia o Estado por meio de tributos. A coisa julgada não pode servir de escudo ao enriquecimento ilícito do expropriado em detrimento do Poder Público, visto que esta não é um valor de maior relevância do que os princípios da justa indenização e da moralidade administrativa.

5 Juros inconstitucionais nas ações de desapropriação

Outra questão que deve merecer atenção das Fazendas Públicas e da Jurisprudência é a absurda taxa de juros fixados nas desapropriações.

Ocorre que, por vezes, o valor fixado na indenização é justo. Porém, os juros acabam transformando a desapropriação em um excelente negócio para o expropriado que recebe altíssimas taxas de juros, inclusive juros compostos, o que transforma um valor que era compatível com o de mercado em um enriquecimento ilícito, em manifesta ofensa ao princípio da justa indenização (art. 5º XXIV da Constituição Federal).

55 STJ – REsp 554.402/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/9/2004, DJ 1º/2/2005 p. 410.

56 Súmula 7 do STJ: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. No mesmo sentido é a Súmula 279 do STF: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

As taxas de juros em processos expropriatórios foram elaboradas, por orientação jurisprudencial, em período no qual o país era assolado pelo fantasma da inflação.

Os juros moratórios são de 6% ao ano, conforme art. 15-B do Decreto-lei 3.365/41 (com a redação dada pela Medida Provisória 2.183-56, de 24/8/2001), contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte àquele em que o precatório deveria ter sido pago⁵⁷.

A respeito dos juros compensatórios, existem duas súmulas do STF disciplinando a matéria. A súmula 164 reza que “no processo de desapropriação são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência”. Já a súmula 618: “na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% ao ano⁵⁸”. A Medida Provisória 2.183/01 fixou os juros compensatórios em 6% ao ano. O STF, na ADIN 2.332-DE, suspendeu liminarmente tal dispositivo, determinando que os juros (de 12% ao ano) devessem incidir sobre a diferença entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor fixado na sentença.

Como se nota, em um processo de desapropriação, o expropriado receberia juros de 18% ao ano (6% de moratórios e 12% de compensatórios), o que é um valor altíssimo, se comparado a qualquer aplicação financeira.

Para piorar ainda mais a situação, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que os dois juros (compensatórios e moratórios) são cumuláveis, na forma de juros compostos, conforme entendimento da Súmula 12 do STJ, a qual estatui que “em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios”. Também, diz a Súmula 102 do STJ: “A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei”. Entretanto, com o advento da Medida Provisória nº 2.183/01, há entendimento de que tais súmulas não teriam mais aplicação. Nesse sentido:

“não se perca de vista, entretanto, que fato anterior à vigência do Código Civil de 2002, ou seja, a introdução do art. 15-A no Dec.-lei 3.365/1941 (acrescido pela MP 2.183-56 de 24/8/2001), determinou a vedação do cálculo de juros compostos nas desapropriações (*caput* do referido artigo), de modo que, segundo entendemos, ficou inválida a Súmula 102 do STJ. Ressalte-se, aliás, que essa parte do dispositivo em apreço não foi atingida pela suspensão, por inconstitucionalidade, determinada pelo STF na ADIN 2.332-Medida Liminar, no tocante à expressão “de até 6% ao ano” constante do *caput* do art. 15-A, continuando, portanto, em vigor⁵⁹”

57 Diz a súmula 70 do STJ: “os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença”. Entretanto, a Medida Provisória 2.183/01 fixou que os juros moratórios incidem no montante de 6%, a partir de 1º de janeiro ao ano seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito. Por isso, há entendimento doutrinário de que, em virtude do advento da medida provisória citada, estaria “revogada a Súmula nº 70 do STJ, que previa o cálculo a partir do trânsito em julgado da sentença”. (MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 22ª edição, 2009, p. 174)

58 Súmula publicada em 29/10/1984, no DJU, p. 18.115.

59 SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. São Paulo: RT, 2006, 5ª edição, pág. 590.

O entendimento sobre o cabimento da cumulação de juros compensatórios e moratórios é incorreta. Aqueles deveriam incidir a partir da imissão na posse até o momento em que ocorre o trânsito em julgado da sentença que homologa o cálculo da indenização; a partir disso, o valor total da indenização já está calculado, com todas as parcelas que o compõem; sobre esse valor incidirão apenas a correção monetária e os juros moratórios devidos pela demora no pagamento, conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“com relação aos juros moratórios e compensatórios, a jurisprudência tem entendido que eles são cumuláveis. No entanto, esse entendimento não se justifica, devendo os primeiros incidir a partir da imissão na posse até o momento em que ocorre o trânsito em julgado da sentença que homologa o cálculo da indenização; neste momento, o valor total da indenização já está calculado, com todas as parcelas que o compõem; sobre esse valor incidirão apenas a correção monetária e os juros moratórios devidos pela demora no pagamento⁶⁰”.

No mesmo sentido é o voto do Ministro Moreira Alves proferido no RE nº 90.656-SP⁶¹:

“Em verdade, a acumulação não é devida em momento algum.

Os juros, em matéria de desapropriação, sejam tidos como moratórios, sejam considerados como compensatórios, só se justificam pela perda da posse da coisa expropriada até o momento em que, com o efetivo pagamento da desapropriação, o expropriado perde, também, a propriedade em razão da qual tinha a posse.

O que não tem sentido é que o expropriado que não é proprietário, ao mesmo tempo, da coisa e do dinheiro correspondente à indenização pela desapropriação dela tenha juros compensatórios pela privação do uso da coisa expropriada e, concomitantemente, juros moratórios por ainda não haver recebido o valor da indenização. Para perceber-se o absurdo da acumulação, basta atentar-se para o fato de que, no patrimônio do expropriado, a indenização substitui a coisa expropriada, e, assim, não se acrescenta a esta. Portanto, o expropriado somente pode ser privado do uso de um desses elementos: ou da coisa expropriada ou do seu substituto que é o valor da indenização. E como os juros são sempre compensatórios da pravação do uso de parte do patrimônio do credor (antes da mora, eles se denominam compensatórios; depois da mora, eles passam a chamar-se moratórios), não pode o expropriado ter direito a receber compensação pela pravação de dois elementos (a coisa expropriada e a indenização), dos quais apenas um integra o seu patrimônio (a coisa, ou o seu substituto que é o valor da indenização)”.

60 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009, 22ª edição, pág. 175.

61 RTJ 99/715

Entretanto, com a promulgação da emenda Constitucional nº 62/2009, a situação dos juros em desapropriações está disciplinado da seguinte forma pelo parágrafo 12 do art. 100 da Constituição, o qual tem a seguinte redação:

“A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitos, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios”.

A partir da publicação da Emenda (10/12/2009) não pode mais haver sentença em que haja condenação em juros compensatórios. Deverá haver somente a condenação ao pagamento da indenização, corrigido pelo índice da poupança. Em caso de mora, somente haverá juros simples, no valor da caderneta de poupança.

A perda antecipada da posse pode ser ressarcida, desde que comprovado o prejuízo. Os juros compensatórios representavam uma presunção de que o expropriado sempre perde com a imissão provisória, o que não é verdade. Se um imóvel que esteve por anos fechado e sem moradores é desapropriado, o proprietário não tem qualquer prejuízo pela perda antecipada da posse. Da mesma forma, em uma desapropriação indireta de um imóvel no qual é impossível qualquer aproveitamento econômico, não existe prejuízo pela perda da posse, devendo ser ressarcido somente o valor da propriedade.

Assim, em decorrência da Emenda Constitucional nº 620/09, estão revogadas as súmulas 69, 114 do STJ, as súmulas 164 e 618 do STF, bem como o art. 15-A do Decreto-lei 3.365/41.

Em relação aos moratórios, não se pode admitir mais a condenação anteriormente feita com base no art. 15-B no percentual de 6% ao ano, devendo ser aplicado o índice de correção monetária da Caderneta de Poupança.

Por fim, a nova emenda fala expressamente em “juros simples”, estando, assim, expressamente revogadas as súmulas 12 e 102 do STJ, não podendo haver qualquer cálculo de juros compostos.

6 Os meios para se relativizar a coisa julgada

Admitida a quebra atípica da coisa julgada, a questão que surge é sobre o meio processual adequado para fazê-la.

Não existe um meio previsto em lei porque a própria relativização da coisa julgada é uma teoria sem previsão legislativa expressa, mas conforme o direito que é mais do que o conjunto de leis escritas. Assim, deve o operador buscar os meios disponíveis para tentar colocar em prática tal teoria. Nesse sentido é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

“De minha parte, penso que, cabendo ao Poder Judiciário velar pela supremacia da Constituição, há de se empenhar em evitar ou reparar qualquer ofensa às regras e princípios por ela ditados, sempre que se deparar com tal tipo de agressão jurídica. Se o legislador ainda não cuidou de instituir um remédio processual específico para tanto, os órgãos jurisdicionais terão de cumprir sua missão de guardiões da Constituição com os meios e instrumentos de que dispõem, adaptando-os às necessidades do caso concreto, mas nunca se negando a reprimir o mais grave atentado contra o Estado Democrático de Direito, que é o desprezo pela prevalência do primado da ordem constitucional⁶²”.

A doutrina entende que o problema do meio é de somenos importância. Por isso propõe que qualquer meio pode ser usado:

“A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade – esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas⁶³”.

Parte da doutrina, argumentando que a sentença inconstitucional não existe juridicamente, sendo nula, írrita, defende que a parte interessada proponha a ação judicial cabível e desconsidere a existência da coisa julgada anterior⁶⁴. A competência seria do juiz de primeira instância⁶⁵. Nesse sentido:

62 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. São Paulo: Leud, 25ª edição, 2008, p. 584

63 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63-65.

64 “Aliás, qualquer juiz ou tribunal, quando provocado mediante a propositura de ações comuns, em sede de controle difuso de normas, pode decidir acerca da *coisa julgada inconstitucional*. A razão é simples: ninguém está compelido a seguir deliberações flagrantemente contrárias à Constituição, ao arrepio do bom senso, da justiça, da ética e da paz social”. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2008, p. 221)

65 “A ação declaratória autônoma pode se constituir no instrumento processual adequado para, em caráter excepcional, corrigir a coisa julgada material inconstitucional. Ainda que a decisão que gerou a coisa julgada material inconstitucional tenha sido proferida pelo Tribunal, a competência para conhecer, processar e julgar a ação declaratória autônoma que visa corrigi-la é do juízo de primeiro grau de jurisdição, visto que se trata do exercício de nova demanda” (RP 150/231, maioria). In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. São Paulo: Saraiva, 41ª edição, 2009, p. 586, nota 3b ao art. 467.

“E, a meu sentir, melhor do que falar em relativização seria usar a expressão *desconsideração da coisa julgada*. Isso porque, a meu ver, a coisa julgada (e a sentença constitucional sobre a qual ela incida) não será desconstituída. Trata-se, tão-somente, de desconsiderar, em um dado caso concreto, a existência daquela sentença transitada em julgado, julgando-se nova causa como se aquela decisão não existisse⁶⁶”.

Entretanto, tal solução se mostra indefensável. Se a parte propuser ação desconsiderando a coisa julgada, sua pretensão sequer será analisada pelo Judiciário pela existência de pressuposto processual negativo⁶⁷, o que irá gerar uma sentença sem resolução de mérito, na forma do art. 267 V do Código de Processo Civil.

Ademais, o próprio sistema jurídico do direito positivo aponta que a sentença constitucional é existente e deve ser rescindida. Os arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, previram os embargos do devedor fundados na inexigibilidade do título fundado em lei declarada inconstitucional pelo STF, o que confirma a existência da sentença constitucional. Os embargos têm, nesse caso, natureza rescisória do julgado⁶⁸. E, para haver rescisão, necessário, logicamente, que exista a sentença a ser rescindida⁶⁹.

Assim, deve-se optar pelo mesmo procedimento e competência que seria cabível para a ação rescisória. A ação deve se destinar a desconstituir a sentença injusta ou inconstitucional que existe e é válida até o momento em que seja retirada do ordenamento mediante nova sentença⁷⁰. Trata-se de uma ação rescis-

66 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª edição, 2008, p. 467.

67 “Presentes os pressupostos processuais negativos, existe impedimento para a repropositura da ação a respeito da mesma causa de pedir, com o mesmo pedido, entre as mesmas partes (art. 301, inciso VI, §§ 1º e 2º)”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues “et al”. *Curso Avançado de Processo Civil* vol. 1. São Paulo: RT, 8ª edição, 2006, p. 205

68 “Têm os embargos, pois, natureza de *ação*, distinta da que se está exercitando no processo executivo, embora intuitivamente conexa (em sentido lato) com ela, e tendente a destruir o aludido processo, ou a cortar-lhe os excessos, podem visar os embargos à invalidação do próprio processo de conhecimento onde se proferiu a sentença que serve de título à execução”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 25ª edição, 2007, p. 294)

69 “A condição jurídica da sentença rescindível assimila-se, destarte, à do ato *anulável*. Os autores que têm construído a rescisória como ação tendente à *declaração da nulidade* da sentença empregam o termo nulidade em sentido impróprio; uma invalidade que só opera depois de judicialmente decretada classificar-se-á, com melhor técnica, como “anulabilidade”. Rescindir, como anular, é *desconstituir*”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil* vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 13ª edição, 2006, p. 108/109)

70 “A ação mediante a qual se formula a pretensão de quebra “atípica” da coisa julgada deve ter natureza desconstitutiva: presta-se, primeiramente, a revisar total ou parcialmente a sentença cuja “inconstitucionalidade” se alega. Afinal, se tal sentença juridicamente existe e não padece de ineficácia de pleno direito, não pode simplesmente ser ignorada ou desconsiderada. Cabe, em princípio, “rescindi-la”. Ademais, quando for o caso, a ação será destinada a obter novo pronunciamento, em lugar do anterior”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p.636

sória não prevista em lei. Trata-se de uma interpretação coerente com o sistema existente. Todos concordam que a sentença injusta ou inconstitucional deve ser atacada por meio de recurso e ação rescisória quando cabível. A quebra atípica somente deve ser utilizada quando não mais cabível qualquer recurso e nem mesmo ação rescisória. Assim, se a competência para reformar uma decisão sempre cabe a um juízo “ad quem” no caso dos recursos e da rescisória, não teria como argumentar que, após o prazo de tais medidas legalmente previstas, quando a decisão, em tese, tem mais estabilidade, poderia qualquer juiz conhecer da ação que objetiva quebrar a coisa julgada.

A sentença, após o decurso do prazo para a propositura dos recursos cabíveis e da rescisória, não se torna mais frágil do que anteriormente era; pelo contrário, se torna mais estável, ocorrendo a coisa soberanamente julgada e, assim, a competência anteriormente existente para modificá-la continua a mesma. Nesse sentido, Eduardo Talamini:

“O fundamental, porém, é enfatizar a simetria da via processual para a quebra atípica com a via típica da coisa julgada. Se a sentença a ser impugnada é juridicamente existente e eficaz e se enquanto couber ação rescisória (típica) ficará excluída a quebra atípica, por rigorosa coerência sistemática, no momento em que couber a quebra atípica essa terá de ser feita através de remédio processual equiparável à rescisória. Seria desarrazoado (e desproporcional sob o prisma da adequação e da necessidade) que, depois de ultrapassado o prazo da ação rescisória, a quebra da coisa julgada pudesse fazer-se pela simples descon sideração da sentença anterior, como que se ela não existisse ou fosse írrita⁷¹”.

Não é óbice ao entendimento acima exposto o fato de que as competências dos tribunais superiores são taxativa e expressamente previstas na Constituição Federal. Quando os arts. 102, I, j, e 105, I, e, da Constituição Federal dizem que estes Tribunais são competentes para a ação rescisórias de seus julgados abrange também qualquer ação destinada à revisão de pronunciamento destes Tribunais revestidos de coisa julgada, o que abrangeria a quebra atípica da coisa julgada, conforme lição de Eduardo Talamini:

“Cabe, assim, reconhecer que regras como as dos arts. 102, I, j, e 105, I, e, da Constituição Federal, ao aludir à “ação rescisória de seus julgados” abrangem necessariamente toda e qualquer ação destinada à revisão do pronunciamento revestido de coisa julgada emitido anteriormente por esses tribunais⁷²”.

71 TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005. p.637

72 TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e Sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 639

7 Considerações Finais

A coisa julgada não é uma garantia absoluta. Ela garante a efetividade do princípio da segurança jurídica. Além deste, outros princípios previstos no ordenamento jurídico merecem igual proteção constitucional.

A ideia de que o direito pode acobertar injustiças é um conceito velho e ultrapassado do positivismo jurídico que hoje não se sustenta. Não se pode admitir um direito injusto. Este não tem validade perante o ordenamento jurídico.

Deve-se fazer a ponderação dos princípios antagônicos em determinado caso concreto. Uma sentença que fixe um valor de indenização injusto, seja para mais ou para menos, é inconstitucional por ofensa ao art. 5º XXIV da Constituição Federal.

Não se pode perpetuar uma situação injusta em nome da segurança jurídica. Esta pode e deve ceder diante de casos em que a situação tornada imutável pela coisa julgada cause lesão a valores protegidos pela Constituição Federal.

O princípio da justa indenização e da moralidade administrativa permite, em certos casos, onde a injustiça é grave, rever o valor da indenização fixado por sentença e transitado em julgado.

Não somente a indenização erroneamente fixada pode ofender o princípio da justa indenização. As taxas de juros estabelecidas por meios de Súmulas do STJ e STF, em período inflacionário, hoje representam grave lesão aos cofres públicos e enriquecimento ilícito aos expropriados.

O meio processual para desconstituir a coisa julgada é uma ação ordinária, proposta no juízo que seria competente para apreciação da ação rescisória da sentença que se quer combater.

8 Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, tradução de Virgílio Afonso da Silva.

_____. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan.dez. 2003

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2008

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª edição, 2008, p. 466

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 23ª edição. 2007

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 6ª edição, 2008

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009, 22ª edição

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros, 6ª edição, 2009

_____. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, 3ª edição

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2006

KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editora, 6ª edição, 1984, tradução de João Baptista Machado

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 25ª edição, 2007

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil vol. V*. Rio de Janeiro: Forense, 13ª edição, 2006

NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. São Paulo: Saraiva, 41ª edição, 2009

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 9ª edição, 2006

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 1996

_____. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 16ª edição, 1994

RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *O Registro Público como Proteção dos Mananciais*. In: *Revista de Direitos Difusos*, vol. 45

SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. São Paulo: RT, 2006, 5ª edição

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e Sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. São Paulo: Leud, 25ª edição, 2008

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

WAMBIER, Luiz Rodrigues “et Al”. *Curso Avançado de Processo Civil vol. 1*. São Paulo: RT, 8ª edição, 2006

Rescisão do Contrato de Trabalho – Saldo em Desfavor do Empregado. Inscrição como Dívida Ativa. Cobrança em Execução Fiscal. Impossibilidade (republicação por ter saído incompleto)

PROCESSO: PROCON nº 943/2009 (PGE nº 16847-157703/2010)

PARECER: PA nº 83/2010

INTERESSADA: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

ASSUNTO: DÍVIDA ATIVA. Crédito de fundação pública. Saldo verificado em desfavor de empregado público, após rescisão do contrato de trabalho e descontos sobre verbas rescisórias. Inscrição e cobrança em execução fiscal. Impossibilidade. Falta de competência da Administração para praticar o ato administrativo de accertamento e liquidação do crédito. Necessidade de ajuizamento de ação de conhecimento com pedido condenatório.

Embora todo crédito da Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, constitua Dívida Ativa, a inscrição e a cobrança como tal fica a depender da apuração de sua liquidez e certeza mediante ato administrativo editado pelo sujeito a que a lei atribua competência para tanto. À míngua dessa competência não pode o Estado, por ato de supremacia, confeccionar seu próprio título executivo.

1. Vêm estes autos à Procuradoria Administrativa, por determinação do Procurador Geral do Estado, para análise sobre a possibilidade de cobrança de certo crédito da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon por meio de inscrição como Dívida Ativa e aparelhamento de execução fiscal.

2. Trata-se, em suma, de rescisão de contrato de trabalho de empregado daquela fundação pública, de que resultou saldo em desfavor do trabalhador no valor de R\$ 422,85, depois de descontadas das verbas rescisórias quantias tais como o salário relativo ao prazo do aviso prévio não cumprido, atrasos, faltas, vale-transporte, vale-refeição e vale-alimentação (fls.25).

3. Segundo o histórico elaborado pela entidade empregadora (fls. 3/6), o empregado pediu demissão sem aviso prévio; todavia, não concordou com o des-

conto correspondente e recusou-se ao pagamento do saldo negativo exibido no termo de rescisão contratual. A área técnica da fundação (fls. 35/42) manifestou-se pela regularidade do desconto e pela possibilidade da cobrança do débito; em demanda na Justiça do Trabalho ou, uma vez apurado o valor líquido e certo em processo administrativo, mediante a inscrição como Dívida Ativa.

4. Instada a opinar (fls. 43/44), a Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania reputou dirimidas no âmbito da Fundação Procon as questões oriundas da rescisão do contrato de trabalho, salvo a que diz respeito à forma de recebimento do crédito (fls. 45/48). Esse montante, conforme salientado no parecer, constitui Dívida Ativa não tributária e, nessa condição, deve ser objeto de inscrição e cobrança pela Procuradoria Fiscal após procedimento administrativo de apuração realizado pela própria entidade credora. Por essa razão, o órgão opinativo sugeriu a oitiva da Subprocuradoria Geral do Estado da Área do Contencioso acerca da “competência para o procedimento administrativo e a mais adequada forma de cobrança do crédito”.

5. A Subprocuradoria Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal, primeiro por sua Assessoria (fls. 57/68), negou a possibilidade de inscrição como Dívida Ativa do crédito apurado pela Fundação Procon porque, advindo de uma relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, não figuraria entre aqueles relacionados no parágrafo 2º do artigo 39 da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. Invocou julgados do Superior Tribunal de Justiça que restringem a amplitude do conceito de Dívida Ativa e encoivou, ainda, os seguintes argumentos: o empregado público que contesta a dívida a si imputada tem direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, assegurados pela Justiça do Trabalho; os descontos refletidos no termo de rescisão do contrato de trabalho, como os referentes a atrasos e faltas, devem ser objeto de prova pela empregadora; a cobrança da dívida ativa há de ser racionalizada, sobretudo no que atine aos créditos de pequeno valor; e a matéria de impugnação contida nos eventuais embargos à execução fiscal envolveria matéria trabalhista, de regime jurídico diferenciado.

6. O Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal, ao propor a oitiva desta especializada ao Chefe da Instituição (fls. 67/68), acrescentou que “o Sistema da Dívida Ativa, administrado pela Procuradoria Geral do Estado, não está preparado para o controle e gestão de ‘dívidas de natureza trabalhista’, que possuem regras próprias de atualização monetária, prazos de prescrição diferenciados, fundamento legal próprio de enquadramento do débito, etc.”

Relatados, à análise.

7. Em princípio, não vejo como excluir do conceito de Dívida Ativa nenhum crédito do Estado, que se dotou deste *poder* – melhor, *poder-dever*, pois voltado ao exercício duma função pública pela Administração – de constituir, por ato de supremacia, seu próprio título executivo.

8. Fracassam, a meu ver, interpretações que entreveem uma terceira espécie de créditos da Fazenda Pública, os quais, infensos ao regime do artigo 39 da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, não seriam Dívida Ativa tributária, tampouco não tributária.

9. O parágrafo segundo desse artigo não dá margem a suspeita: Dívida Ativa não tributária são “os demais créditos da Fazenda Pública”, ou seja, todos os créditos que não provêm de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multa.¹

10. O longo rol que se segue na lei a essa definição é exemplificativo – note-se a inequívoca locução conjuntiva “tais como” que o introduz, a indicar a intenção do legislador de ampliar ao máximo a incidência da norma, rechaçando interpretações que viessem a ignorar o vasto espectro das obrigações pecuniárias que têm o Estado na posição de credor.

11. Não por outra razão, os estudiosos do assunto têm destacado a “consciência da abrangência do conceito de Dívida Ativa que inclui, portanto, quaisquer débitos de terceiros com a Fazenda Pública, independentemente da natureza, após apuradas a sua liquidez e certeza”².

12. Alcança-se idêntica conclusão pelo exame da Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que trata da matéria pelo viés da cobrança judicial dos créditos da Fazenda Pública. O artigo 2º dessa lei³ é generoso em predicacões da Dívida Ativa, ora remetendo ao conceito da Lei Federal nº 4.320/1964 (“caput”), ora ressaltando decorrer de “qualquer valor” cuja cobrança a lei atribua às pessoas políticas e autarquias (parágrafo 1º), ora aludindo ao englobamento de encargos legais ou contratuais (parágrafo 2º).

13. A jurisprudência atual tem-se firmado nesse entendimento irrestrito da Dívida Ativa, consoante aponta a ementa de recentíssimo julgado do Superior Tribunal de Justiça, conduzido pela Ministra ELIANA CALMON, relatora do acórdão:

“PROCESSO CIVIL – CIVIL – CESSÃO DE CRÉDITO RURAL – MP 2.196-3/2000 – PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE – CDA – REQUISITOS – ART. 349 DO CC/2002 – INOVAÇÃO OBJETIVA DA DÍVIDA – EXECUÇÃO FISCAL – TITULARIDA-

1 Verbis: “Art. 39 (...).§ 2o – Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.”

2 J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis, *A Lei 4.320 comentada*, 28a ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1997, p. 86, g.n.

3 Verbis: “Art. 2º – Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. § 1º – Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública. § 2º – A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária; juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato. (...)”

DE DO CRÉDITO – VALIDADE – DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA – INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA – INCIDÊNCIA DE ENCARGOS DECORRENTES – VALIDADE -DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – AUSÊNCIA DE COTEJO -TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS.

1. Embora o STJ como Corte de Justiça possa declarar a inconstitucionalidade de ato normativo através de seu órgão competente, presume-se constitucional medida provisória validada pela EC 32/2001.

2. Cabível a cobrança via execução fiscal de quaisquer créditos titularizados pela Fazenda Pública. Precedentes do STJ.

3. Inexistência de inovação objetiva do crédito cedido pela inscrição em dívida ativa, fato gerador que autoriza a incidência de novos encargos dela decorrentes.

4. É requisito formal da comprovação do dissídio jurisprudencial o confronto analítico entre os julgados em testilha para evidenciar a semelhança fática e a conclusão jurídica diversa. A transcrição de ementas, neste contexto, equivale à deficiência do recurso, nos termos da súmula 284/STF.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. ⁴⁴

14. No entanto, penso que uma questão central tem sido negligenciada nesse debate sobre a cobrança dos créditos da Fazenda Pública. Diz respeito à competência para a apuração da certeza e da liquidez de tais valores, ato administrativo que antecede a inscrição como dívida ativa e sem o qual inscrição não pode haver.

15. E antiga a lição de que “Para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato -discrecional ou vinculado – pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo”⁵. A competência decorre sempre da lei⁶, que a distribui de acordo com a função pública que há de ser desempenhada: “A ação administrativa do Estado desdobra-se segundo preceitos legais estabelecidos. A iniciativa da administração depende, primariamente, de uma regra de competência que autorize o agente a proceder em nome do Estado”⁷.

16. O conteúdo jurídico da competência é, para o Direito Administrativo, mais extenso que a simples divisão de atribuições entre pessoas jurídicas, órgãos e agentes da Administração, porque ao dispor sobre competência a lei outorga um poder de editar atos que amiúde excedem a esfera jurídica de seu emissor – o “poder íextroverso” a que aludia RENATO ALESSI – e, portanto, autoriza a formação de

4 Recurso Especial nº 1.121.743/RS, 2a Turma, j. em 18/2/2010, g.n.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27a ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo et. al. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 147.

6 Conforme escreve Augustín Gordillo, “es importante destacar que mientras en el derecho privado la capacidad es la regla y por lo tanto se presume en la medida que una norma expresa no venga a negarla, en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente” (*Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, 7a ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. XII-6).

7 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 3.

uma relação de prerrogativa e sujeição típica do que se convencionou chamar de regime jurídico administrativo⁸. Por essa perspectiva, a competência compreende não apenas a *titularidade*, pela qual um sujeito administrativo prefere aos demais para o exercício da função pública; abarca, também, a *potestade* necessária a esse exercício⁹.

17. O mesmo fenômeno não cerca os atos da Administração regidos pelo Direito Privado: para esses, cuja produção obedece a “condições de emanção” (expressão de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁰) estranhas àquelas estabelecidas pelo Direito Administrativo em torno da competência, finalidade, forma, motivo e objeto, a regra de competência é mera regra de organização, de repartição interna de tarefas (segundo o princípio metajurídico da divisão do trabalho), porquanto o sujeito que os pratica não o faz investido de nenhum outro poder afora aquele de representação reconhecido pela lei civil.

18. Com a memória dessa distinção deve ser interpretado o parágrafo 3o do artigo 2º da Lei Federal nº 6.830/1980¹¹, que determina seja a inscrição da Dívida Ativa levada a efeito pelo “*órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito*”. Ao demandar competência, a lei confere um tratamento de Direito Administrativo ao ato de liquidação e acerto do crédito, visto que a competência não tem valor e conteúdo propriamente jurídicos senão no Direito Administrativo; por conseguinte, tal ato há de pertencer à categoria dos *atos administrativos* propriamente ditos, hábeis a ostentar ao menos alguns dos atributos decorrentes do exercício duma prerrogativa pública.

19. Assim editado, o ato de apuração da liquidez e certeza de um crédito da Fazenda Pública reveste-se de exigibilidade (que corresponde ao que alguns autores têm denominado *privilege du préalable*) e precede a inscrição da dívida ativa como genuíno *ato-condição*, definido por Hely Lopes Meirelles como “todo aquele

8 Sobre regime jurídico administrativo, v. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 23a ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 59 e ss.

9 Confira-se, a esse respeito, Rafael Estrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, 5a ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1976, pp. 179 e ss.

10 Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos da Administração regidos pelo Direito Privado não constituem verdadeiros atos administrativos, na medida em que “O Direito Administrativo só lhes regula as condições de emanção, mas não lhes disciplina o conteúdo e os correspondentes efeitos” (*Curso de Direito Administrativo*, 27a ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 383). O mesmo doutrinador concebe ato administrativo como a “declaração de Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (p. 385).

11 Verbis: “Art. 2º (...) § 3o A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos, os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.”

que se antepõe a outro para permitir a sua realização”¹². Esse encadeamento de atos a lei bem o reconhece, pois a inscrição só pode gerar a “*presunção de certeza e liquidez*” (artigo 3º, “caput”, da Lei Federal nº 6.830/1980) à medida que se produza como “*controle administrativo de legalidade*” (artigo 2º, parágrafo 3º, da mesma lei) do ato de apuração a que se seguiu.

20. No Direito Tributário, o ato de liquidação e acerto do crédito é o *lançamento*. Povoando o domínio dos atos administrativos, tem por efeito jurídico justamente o de “dotar o direito de crédito, que lhe preexiste, de exigibilidade, ou confirmá-lo, extinguindo-o na hipótese de homologação tácita ou expressa do pagamento”¹³. A inscrição da Dívida Ativa tributária, destarte, também pressupõe a existência de um ato administrativo precedente, cujo nome – lançamento – não tem o condão de obliterar a ideia.

21. Logo, embora todo crédito da Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, constitua Dívida Ativa, a inscrição e a cobrança como tal fica a depender da apuração de sua liquidez e certeza mediante ato administrativo editado pelo sujeito a que a lei atribua competência para tanto. A minguia dessa competência, não pode o Estado, por ato de supremacia, confeccionar seu próprio título executivo.

22. Na hipótese dos autos, nenhuma lei confere ao Estado ou, mais especificamente, às pessoas jurídicas, órgãos e agentes da Administração, competência para apurar a liquidez e a certeza do crédito decorrente de contrato de trabalho¹⁴. A produção do termo de rescisão desse contrato pela repartição, a indicar crédito da Fazenda (fls. 25), não é manifestação de uma *competência*, mas de uma *capacidade* que é exercida por qualquer empregador, público ou particular. Não há, sem dúvida, ato administrativo.

23. De outra parte, a despeito da criativa e bem intencionada sugestão da Consultoria Jurídica de origem (fls. 48), o procedimento sancionatório previsto nos artigos 62 e seguintes da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, não se destina à apuração da certeza e liquidez de créditos do tipo, que em nada se relacionam à obrigação resultante da imposição de uma penalidade administrativa. Grosso modo, cuida-se aqui de deveres de *indenização* por não ter o trabalhador cumprido o prazo do aviso-prévio e *restituição* por ter-se locupletado com remuneração a que não faria jus.

24. Na verdade, qualquer processo administrativo que objetivasse apurar a liquidez e certeza do crédito do empregador, fosse instaurado em roupagem punitiva ou não, redundaria em ato decisório nulo – se não por outros vícios, cer-

12 Op. cit, p. 172.

13 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 11a ed. rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 784, g.n. Da leitura dessa mesma obra, aprende-se que, não obstante o Código Tributário Nacional defina o lançamento como procedimento administrativo (artigo 142), a doutrina evoluiu para considerá-lo legítimo ato administrativo, a não confundir-se com o caminho jurídico percorrido até sua edição (pp. 783-784).

14 Se lei nesse sentido houvesse, teria de ter sido editada pela União, dada a competência privativa desta para legislar sobre Direito do Trabalho (artigo 22, inciso I, da Constituição da República).

tamente pelo de competência, porque, como exposto, nenhum órgão ou agente a tem sobre o objeto perseguido.

25. A questão da competência para a apuração da liquidez e certeza de créditos não tributários da Fazenda Pública não vem recebendo da jurisprudência a atenção que seria desejável. De toda sorte, já foi ao menos tangenciada pelo Superior Tribunal de Justiça em certo julgamento. O Ministro relator para o acórdão, embora não escondendo uma visão restritiva do conceito de dívida ativa, advertiu em reforço de argumentação que determinada autarquia federal “exorbiou no exercício de sua competência prevista no invocado art. 12, III, do Decreto 1.911/96, eis que ali se trata de apuração da liquidação e certeza de créditos, de qualquer natureza, inerentes às atividades da autarquia, não sendo razoável e plausível conceber que se utilize da via de inscrição em dívida ativa para propor execução fiscal com o fim de obter ressarcimento dos danos causados ao seu patrimônio em virtude de acidente automobilístico”¹⁵.

26. Esta Procuradoria Administrativa também já se posicionou a respeito do tema, ainda que incidentalmente, quando do exame da repactuação de contratos administrativos por força da extinção da CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira. À indagação sobre a possibilidade de inscrição na dívida ativa dos valores que a Administração viesse a concluir terem sido pagos a maior durante a execução do contrato, a Procuradora do Estado DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS respondeu negativamente, e asseverou: “as indenizações devidas à ‘Fazenda Pública’ só podem ser inscritas na Dívida Ativa quando revestidas das características de liquidez e certeza. Aliás, nos termos do Código de Processo Civil, a liquidez e certeza da dívida é requisito essencial do título a ser cobrado mediante ação de execução (artigo 586)”¹⁶.

27. De tudo, por não poder ser validamente editado, no caso em exame, o ato administrativo de acerto e liquidação do crédito da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon, a inscrição como Dívida Ativa desse crédito e a consequente cobrança pela via da execução fiscal não me parecem cabíveis. A propositura de ação de conhecimento com pedido condenatório em face do empregado público, observada a competência de justiça em razão da matéria, é caminho natural.

Este o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 18 de junho de 2010.

DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JR.

Procurador do Estado

OAB/SP nº 245.540

15 Recurso Especial nº 330.703/RS, 1ª Turma, rel. Ministro GARCIA VIEIRA, j. em 16/10/2001.

16 Parecer PA nº 196/2009, aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 23 de abril de 2010.

PROCESSO: PROCON nº 943/2009 PGE 16847-157703/2010.

INTERESSADO: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon.

PARECER PA Nº 83/2010

De acordo com o Parecer PA nº 83/2010.

Transmitam-se os autos à d. Subprocurador Geral do Estado Consultoria.

PA, em 21 de junho de 2010.

MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES

Procuradora do Estado – Chefe da Procuradoria Administrativa

OAB nº 79.413

Rua Pamplona, 227 – 5a andar – CEP 01405-000 – Jardim Paulista – São Paulo – SP – tel. 3286-4518 – fax: 3286-4504

PROCESSO: 16847-157703 -2010

INTERESSADO: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon

ASSUNTO: Parecer PA 83/2010

De acordo com as conclusões do Parecer PA 83/2010, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Encaminhe-se este expediente ao Senhor Procurador Geral do Estado.

GPG, 12 de julho de 2010.

ROSINA MARIA EUZEBIO STERN

Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral

PROCESSO: 16847 – 157703 – 2010

INTERESSADO: Fundação De Proteção e Defesa do Consumidor – Procon

ASSUNTO: Parecer PA 83/2010

1. O consistente Parecer PA 83/2010 constitui-se importante precedente para a atuação da Área do Contencioso Tributário-Fiscal, especialmente quando afirma em sua ementa: *“embora todo crédito da Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, constitua Dívida Ativa, a inscrição e a cobrança como tal fica a depender da apuração de sua liquidez e certeza mediante ato administrativo editado pelo sujeito a que a lei atribua competência para tanto. A minguia dessa competência, não pode o Estado, por ato de supremacia, confeccionar seu próprio título executivo”*.

2. Em relação ao caso em si, que envolve a cobrança do valor de pouco menos de R\$ 500,00 (quinhentos reais) pagos indevidamente pela Fundação PROCON para antigo empregado, quando de rescisão do contrato de trabalho, entendeu o Parecer PA 83/2010 incabível a inscrição na Dívida Ativa e a consequente cobrança pela via da execução fiscal.

3. Por seus próprios e jurídicos fundamentos, aprovo o Parecer PA 83/2010.

4. Encaminhe-se cópia deste Parecer aos ilustres Subprocuradores Gerais do Estado – Áreas do Contencioso Tributário-Fiscal e Geral para ciência.

5. Devolva-se este expediente à Fundação PROCON por intermédio da Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

GPG, 13 de julho de 2010.

MARCELO DE AQUINO

Procurador Geral do Estado Adjunto Respondendo pelo Expediente da PGE

(Republicado por ter saído incompleto)

Consultoria

1) Servidor Público. Remuneração. Revisão geral. Inteligência do artigo 73, VIII, da Lei Federal nº 9.504/1997.

Possibilidade de concessão de reajuste salarial, mesmo retroativamente, depois de ultrapassado o período de proibição estabelecido pela lei. Precedentes da Procuradoria Geral do Estado. *“Superados os períodos temporais de vedação legalmente estabelecidos, não há óbices jurídicos à concessão dos reajustes pleiteados, mesmo que retroativamente.”* (Parecer PA nº 01/2011 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 19/1/2011).

2) Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal. Súmula. Poder Regulamentar. Cargo público. Provenimento. Nomeação.

Revisão pela Unidade Central de Recursos Humanos das declarações positivas de parentesco emitidas por servidores públicos e empregados de empresas e fundações estaduais, em cumprimento ao disposto no Decreto nº 54.376/09. Atendimento a orientação fixada pela Procuradoria Geral do Estado (Parecer PA nº 72/10), ao ensejo do esclarecimento de dúvidas suscita-

das pela própria UCRH. Pretensão de reexame da matéria, tendo em vista o impacto das exonerações e dispensas que decorreriam da aplicação da Súmula nº 13 do STF, tal qual explicitada pela PGE. Edição superveniente do Decreto Federal nº 7.203/10, que dispõe sobre a vedação ao nepotismo no âmbito da Administração Federal, tendo contemplado exceções que não resultam do texto da Súmula nº 13, em interpretação estrita. Considerações sobre a natureza das súmulas vinculantes e sua interpretação. Inviabilidade da adoção de exegese incompatível com a textualidade sumular, considerados os elementos gramatical e histórico. Regras de exceção acolhidas pelo ato regulamentar federal que ultrapassam o limite da textualidade, importando, algumas delas, em autêntica atividade de construção normativa. Proposta de que sejam desencadeadas tratativas junto ao Presidente do STF, para que se proceda, do modo mais célere possível, à revisão da Súmula nº 13, revisão essa já anunciada pela referida autoridade judiciária. (Parecer PA nº 184/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 20/1/2011).

3) Servidor temporário. Provenimento. Admissão. Concurso público. Licença-gestante.

Convocação de candidatos remanescentes de concurso público para a

celebração de contrato por prazo determinado, para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, previamente a realização de procedimento seletivo simplificado. Apresentação de candidata gestante para a contratação, observada a lista de classificação do concurso. Direito subjetivo a ser contratada, não obstante a previsível fruição de licença-gestante imponha ao Poder Público maior ônus em relação à contratação de outro candidato, situado em posição inferior da lista. Interpretação sistemático-teleológica da norma do inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal, reproduzida no inciso X, do artigo 115, da Constituição Estadual. Pareceres precedentes da Procuradoria Administrativa, em situações faticamente diversas, porém que confluem para a mesma diretriz exegética, no sentido da plena proteção da servidora gestante (Pareceres PA-3 nº 128/94 e 125/99 e Parecer PA nº 22/09). (Pare-

cer PA nº 194/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 28/1/2011).

4) Concurso público. Estagiários de direito. Edital.

Permissão para que alunos matriculados no sexto período (curso semestral) ou segundo semestre do terceiro ano (curso anual) possam inscrever-se no concurso de seleção de estagiários da Procuradoria Geral do Estado. Possibilidade de inclusão de tal regra no edital de concurso. Exercício, no entanto, condicionado à efetiva matrícula nos dois últimos anos letivos de curso jurídico. Artigo 9º, II, §§ 1º e 2º, da Lei Federal nº 8.906/94. Descredenciamento quando da conclusão ou desligamento do curso. Artigo 12, VII, do Decreto Estadual nº 56.013/2010. Precedente: PA nº 84/2099. (Parecer PA nº 203/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 19/1/2011).

Contencioso Geral

5) Execução de sentença. Taxa de juros. Novo Código Civil. Violação à coisa julgada. Inexistência. Art. 406 do novo Código Civil. Taxa Selic.

1. Não há violação à coisa julgada e à norma do art. 406 do novo Código Civil, quando o título judicial exequendo, exarado em momento anterior ao CC/2002, fixa os juros de mora em 0,5% ao mês e, na execução do julgado, determina-se a incidência de juros previstos nos termos da lei nova. 2. Atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02) (REsp 727.842, DJ de 20/11/08) (REsp 1.102.552/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, pendente de publicação). Todavia, não houve recurso da parte interessada para prevalecer tal entendimento. 3. Recurso Especial não provido. (STJ – Resp n. 1.111.117 - PR (2009/0015724-4) – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 02.06.2010)

6) Recurso especial. Responsabilidade civil. Veículos. Colisão. Danos morais, materiais e estéticos. Ilegi-

timidade passiva de um dos recorridos. Alegações quanto a impedimento de testemunha. Reexame fático. Súmula n. 7 do STJ. Ofensa ao art. 535 do CPC. Pretensão de juntada de novo documento. Alegação de importância para a controvérsia. Juntada tardia. Embargos de declaração. Impossibilidade. Recurso especial improvido.

I. Tendo a discussão sobre a exclusão de um dos réus surgido após a sentença de primeiro grau, impossível aos recorrentes a tardia juntada de documento, que diz ser necessário à controvérsia dos autos, apenas quando da oposição do recurso de embargos de declaração contra o julgamento da apelação, como que reabrindo a fase cognitiva. II. A alegação sobre ter o julgador valorado provas em detrimento da prova testemunhal encontra o óbice da Súmula n. 7 do STJ. III. Recurso especial improvido. (STJ - Resp n. 1.022.365 – PR (2008/0008926-6) – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 07.12.2010)

7) Agravo de instrumento - Mandado de segurança visando suspender o protesto de certidão de dívida ativa - Liminar indeferida - Ainda que o título goze da presunção de certeza e liquidez, não há óbice para que a Fazenda Pública leve a protesto a CDA - Ausentes os pressupostos autorizadores: *periculum in mora* e *fumus boni iuris* - Decisão mantida - Recurso improvido. (TJSP – 11ª Câmara de Direito Público – Agravo de Instrumento nº 990.10.570859-5 – j. 17.01.11)

8) Processual Civil. Recurso especial. Execução de multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Sanção imposta em percentual sobre valor da causa principal. Execução que contém exorbitante erro material. Preclusão e coisa julgada. Não ocorrência.

I. O valor atribuído à execução principal, reconhecidamente indevida, provocou uma exorbitante sucumbência, porque com base nele a sanção do art. 538, parágrafo único, do CPC, aplicada pelo Tribunal a quo em 1% sobre o valor da causa, também tomou proporções mil vezes maior do que efetivamente seria devida. II. O acórdão segue o principal. Se o crédito da execução principal, após identificado erro material, era, em verdade, mil vezes menor (R\$ 15 mil e não R\$ 15 milhões), a multa aplicada nos autos do mesmo processo não poderia ser superior ao próprio crédito, ao argumento de ocorrência de preclusão e coisa julgada. Permitir a execução de R\$ 150 mil a título de multa, quando, em verdade, o proveito econômico da causa é mil vezes menor, seria prestigiar o enriquecimento ilícito, porquanto esse crédito teve como base valor reconhecidamente equivocado. III. Os artigos 538, parágrafo único, 261 e 468 do CPC não podem ser interpretados com blindagem absoluta/definitiva. O sistema processual não admite que o erro material, decorrente de lei – como é o caso da ORTN, possa continuar a gerar o ilícito. VI. A ausência de similitude fática entre os arestos paradigmas e o acórdão recorrido não enseja divergên-

cia jurisprudencial, conforme art. 541, parágrafo único, do CPC. V. Recurso especial não conhecido. (STJ – REsp nº 337.567 - ES (2001/0097664-6) – Rel. Min. Honildo Amaral De Mello Castro – j. 18.02.10)

9) Administrativo e Processual Civil. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Desapropriação. Reforma agrária. Área efetivamente desapropriada. Levantamento. Área registrada. Depósito. Retificação de registro ou definição do domínio por ação própria. Valor da indenização. Art. 26 do Decreto-Lei 3.365/1941 e art. 12, § 2º, da LC 76/1993. Data da avaliação do imóvel.

1. Entendo não haver contradição no aresto recorrido, uma vez que a contradição que autoriza o manejo dos embargos de declaração ou, ainda, a alegação de violação do artigo 535 do CPC, é apenas aquela existente entre a fundamentação e o dispositivo, o que não se verifica no caso em análise. 2. É consentâneo ao princípio da justa indenização que os valores correspondam à exata dimensão da propriedade. Assim, não faz sentido vincular-se, de maneira indissociável, o valor da indenização à área registrada, pois, como já consignado, tal procedimento poderia acarretar, em certos casos, o enriquecimento sem causa de uma ou de outra parte, caso a área constante do registro seja superior. Assim, para fins indenizatórios, o alcance do justo preço recomenda que se adote a área efetivamente expropriada, evitando-se prejuízo a qualquer das partes. 3. Sublinhe-se,

por oportuno, que se deve pagar pelo que foi constatado pelo perito, isto é, pela parte incontroversa, e o montante correspondente à área remanescente ficará eventualmente depositado em juízo até que se defina quem faz jus ao levantamento dos valores. 4. A indenização pela desapropriação é fixada com base no valor do imóvel na data da avaliação ou da perícia, conforme o art. 26 do Decreto-Lei 3.365/1941 e o art. 12, § 2º, da LC 76/1993. 5. Há casos peculiares, pois, em que o longo prazo entre o início da expropriação a confecção do laudo pericial sugere a

mitigação dessa regra. Contudo, na hipótese dos autos a diferença temporal é de, aproximadamente, 2 anos, não havendo, portanto, como enquadrar o caso dos autos a qualquer excepcionalidade em relação à norma fixada pelo art. 26 do Decreto-Lei 3.365/1941 e pelo art. 12, § º, da LC 76/1993, de modo que a indenização deve levar em consideração o valor do bem à época da avaliação.

6. Recurso Especial não provido. (STJ – REsp nº 1.115.875 - MT (2009/0005217-1) – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 07.12.10).

Contencioso Tributário-Fiscal

10) Tributário e Processual Civil - ICMS - Execução Fiscal - Penhora de créditos - Operações junto a administradoras de cartões de crédito.

É legítima a penhora de créditos ou outros direitos patrimoniais (arts. 655, XI, e 671, CPC; art. 11, VIII, da Lei nº 6.830/80). Modalidade constritiva própria que não se confunde com a penhora sobre percentual do faturamento da empresa devedora (art. 655, VII, CPC). Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP - AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0578101-48.2010.8.26.0000 – SANTOS – j. 02.02.11)

11) Constitucional. Tributário. Delimitação da competência tributária entre Estados e Municípios. ICMS e ISS. Operações “mistas”. Critérios. Serviços de elaboração de óculos por encomenda. Art. 155, § 2º, IX, “b”, CF. LC 116/03.

1. A ação declaratória em sede tributária pode ter como escopo a declaração de inexistência de relação jurídica que tenha por objeto determinado tributo. 2. O efeito prospectivo da decisão contínua submete-se ao princípio da legalidade ínsita na Súmula 239/STF, no sentido da coisa

julgada temporal (a contrário sensu do Resp. 1.045978/RS e consoante o Resp. 638377/MG). À guisa de exemplo, verbis : PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC, ART. 485, V). EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA. 1. A sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as consequências jurídicas daí decorrentes, certificando, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica, o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) que então foram apresentadas pelas partes. Por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença, em regra, opera sobre o passado, e não sobre o futuro. 2. Portanto, também quanto às relações jurídicas sucessivas, a regra é a de que as sentenças só têm força vinculante sobre as relações já efetivamente concretizadas, não atingindo as que poderão decorrer de fatos futuros, ainda que semelhantes. Elucidativa dessa linha de pensar é a Súmula 239/STF (...) (REsp 638377/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 21/03/2005, p. 260). 3. A delimitação dos campos de competência tributária entre Estados e Municípios, relativamente à incidência de ICMS e de ISS, está disciplinada pela Car-

ta Magna (art. 155, II, § 2º, IX, b e 156, III), bem como por normas infraconstitucionais (art. 2º, IV, da LC 87/96 e art. 1º, § 2º, da LC 116/03). Precedentes: STF, Primeira Turma, RE144795, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 12.11.93; STF, RE 129.877, Min. Marco Aurélio, DJ de 127.11.92. 4. A Primeira Seção desta e. Corte firmou entendimento no sentido de que: (a) sobre operações “puras” de circulação de mercadoria e sobre os serviços previstos no inciso II, do art. 155 da CF (transporte interestadual e internacional e de comunicações) incide ICMS; (b) sobre as operações “puras” de prestação de serviços previstos na lista de que trata a LC 116/03 incide ISS; (c) e sobre operações mistas, incidirá o ISS sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a LC 116/03 e incidirá ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista. Precedente: REsp 1092206/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 23/03/2009; AgRg no AgRg no REsp 1168488/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 29/04/2010). 5. In casu, conforme reconhecido pela própria recorrente, a atividade da autora, consistente na elaboração e comercialização de óculos de grau personalizados, sob prescrição médica, não está prevista na Lista de Serviços da Lei Complementar nº 116/03, o que implica reconhecer a incidência do ICMS, nos termos das fundamentações acima

delineadas. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp nº 1.102.838 - RS (2008/0274321-4) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 14.12.2010)

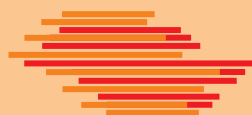
12) Processual Civil. Execução fiscal. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Violação do art. 538, parágrafo único, do CPC. Ocorrência. Súmula n. 98/STJ. Recusa de precatório oferecido à penhora. Baixa liquidez. Possibilidade. Desrespeito à ordem do art. 11 da Lei n. 6.830/80. Hipótese legal. Orientação adotada em sede de recurso repetitivo, na sistemática do art. 543-C, do CPC.

1. Não houve a alegada ofensa ao art. 535, II, do CPC. O acórdão recorrido está claro e contém suficiente fundamentação para decidir integralmente a controvérsia. O simples fato de não terem sido abordados os dispositivos legais indicados pela parte embargante não configura omissão, tampouco negativa de prestação jurisdicional, desde que haja fundamentação adequada capaz de sustentar a conclusão da decisão. 2. Os aclaratórios opostos com o fim de prequestionar dispositivos legais (arts. 586, 612, 620 e 655, I, do CPC, 9º, I e 11, I, da Lei n. 6.830/80) não tem cunho protelatório, incabível, portanto, a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC. Nesse sentido, confira-se o teor da Súmula n. 98 desta Corte. 3. A orientação desta Corte é no sentido de que,

apesar de o precatório ser penhorável, a Fazenda Pública exequente poderá recusar a oferta desse bem à penhora nos casos legais (art. 656 do CPC), tal qual a desobediência da ordem de bens penhoráveis prevista no art. 11 da Lei n. 6.830/80 e a baixa liquidez dos mesmos. (REsp 1.090.898/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJ 31.8.2009 - Precedente sub-

metido ao regime do art. 543-C, do CPC). 4. A recusa da penhora do precatório oferecido pelo executado na hipótese não viola o art. 620 do CPC, uma vez que a execução é feita no interesse do credor. 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – REsp nº 1.219.034 - SP (2010/0187534-3) – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 03.02.11)

editoração, ctp, impressão e acabamento



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO