



Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

**Estudos em homenagem à
Professora Ada Pellegrini Grinover**

**69/70
janeiro/dezembro 2009**

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

69/70

JANEIRO/DEZEMBRO 2009



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOSÉ SERRA

Governador do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO

Procurador Geral do Estado

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO

Chefe do Centro de Estudos



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 0102-8065

CENTRO DE ESTUDOS

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Pamplona, 227 - 4º andar
CEP 01405-902 - São Paulo - SP - Brasil
Tel. (11) 3286-7020 - Fax: (11) 3286-7028
Home page: www.pge.sp.gov.br
e-mail: pgecestudos@pge.sp.gov.br

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos:

Carlos José Teixeira de Toledo

Assessoria:

João Carlos Pietropaulo, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

Coordenador:

José Luiz Souza de Moraes

Comissão Editorial

Ana Paula Manenti Santos, Caio Cesar Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Carlos José Teixeira de Toledo, Celso Luiz Bini Fernandes, José Luiz Souza de Moraes, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Patricia Ulson Pizarro Werner, Maria Marcia Formoso Delsin, Tatiana Capochin Paes Leme.

Revista

José Luiz Souza de Moraes (Coordenação Editorial) Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores

Tiragem: 1.800 exemplares

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo, SP, Brasil, 1971-.

(semestral)

1971-2009 (1-70)

1998 (n. especial)

2003 (n. especial)

CDD-340.05

CDU-34(05)

Sumário

Apresentação	VII
Ada Pellegrini Grinover: um perfil de mulher do século XXI	1
Anna Candida da Cunha Ferraz	
O necessário efeito suspensivo dos embargos à execução contra a Fazenda Pública	7
Américo Andrade Pinho	
O direito de exclusão no projeto de lei de ação civil pública	57
Christiane Mina Falsarella	
Coisa julgada coletiva e o pedido implícito de condenação genérica à reparação de danos individuais	69
Flávio Marcelo Gomes	
A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e suas implicações.....	93
Heloísa Sanches Querino Chehoud	
Infrações contra o patrimônio cultural: competência do IPHAN e demais órgãos de preservação patrimonial para aplicar sanções administrativas ambientais.....	115
José Eduardo Ramos Rodrigues e Fernando Walcacer	
A suspensão de execução de liminar e de sentença.....	143
Luciano Alves Rossato	

Direito ao meio ambiente: indisponibilidade do bem jurídico e possibilidade de acordos em matéria ambiental.....	173
---	------------

Nilton Carlos de Almeida Coutinho

A ação civil pública e o controle difuso de constitucionalidade: uma proposta de compatibilização segundo os efeitos da tutela jurisdicional	189
---	------------

Paulo Guilherme Gorski de Queiroz

O conceito de direito individual homogêneo no projeto de lei da nova ação civil pública	207
--	------------

Paulo Henrique Silva Godoy e André Murilo Parente Nogueira

PARECER

Servidores temporários – Lei n. 500/1974. Inclusão no Regime Próprio de Previdência do Servidor Público	221
--	------------

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Apresentação

A modernidade é líquida, diz um pensador. Outro filósofo, ao tentar definir a modernidade, diz: “Tudo o que é sólido desmancha no ar”. Estariam eles isolados nessa maneira de sentir o mundo contemporâneo? Vejamos:

Na física, os teóricos nos brindam com um “princípio da incerteza”, destruindo a objetividade em que supostamente baseamos nosso conhecimento do mundo. O espaço se torna curvo e o caos é um elemento a ser ponderado na dinâmica de sistemas complexos – como as nuvens, que nos pareciam tão simples...

Na antropologia, as certezas axiológicas das culturas dominantes são substituídas pelo relativismo cultural. Mesmo na compreensão da estrutura da linguagem, a confortável ideia de uma sintaxe universal é posta em xeque por descobertas recentes de universos linguísticos inéditos e desconcertantes.

No mundo jurídico, a lógica binária das regras jurídicas (vale/não vale) é contraposta à lógica argumentativa dos princípios. Em contrapartida, a milenar assinatura dos documentos em suporte físico – pedra, papiro, pergaminho, papel – é substituída pela assinatura digital – uma composição de números 0 e 1 embaralhados em códigos criptográficos, compreensível apenas pela mediação de máquinas e *softwares* cujo funcionamento, nós, leigos que somos, não alcançamos.

Em suma, pode-se dizer que o mundo está realmente confuso... ou seria melhor dizer que ele se tornou “difuso”?

Certas mentes especiais, ao invés de mergulhar nessa perplexidade que as mudanças trazem, se embrenham nas novas fronteiras da vivência humana e nelas descobrem as novas artes do amanhã. Por vezes, temos

a sorte de haver pessoas assim próximas de nós, fazendo com que o obscuro fique um pouco menos opaco.

A Procuradoria Geral do Estado teve esse privilégio, ostentando, dentre os muitos talentos de sua história institucional, a homenageada desta edição de sua Revista. A Procuradora do Estado e Professora Ada Pellegrini Grinover é a excepcional catalisadora de inovações do nosso direito processual, sendo a principal idealizadora da lei que inaugurou entre nós a proteção dos interesses difusos – essa categoria jurídica que tão bem reflete a modernidade em que vivemos.

Que receba a professora a homenagem engedrada por seus colegas e pupilos, nesta edição tão especial, inspirada pelo seu exemplo vibrante de vida intelectual.

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO

Procurador Geral do Estado

Ada Pellegrini Grinover: um perfil de mulher do século XXI

“Eu sou aquela mulher que fez a escalada da montanha da vida removendo pedras e plantando flores.”

Cora Coralina

“Aprendi com as primaveras a me deixar cortar e voltar inteira.”

Cecília Meireles

Nossa convivência poderia ter se iniciado ainda nos bancos acadêmicos do Largo de São Francisco, onde fomos contemporâneas na primeira metade da década de 50 do século passado.

Todavia, foi somente nos idos de 1970 que, em dois espaços profissionais diferentes, se sedimentou nossa convivência fraterna.

Na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – nosso saudoso e querido lar profissional – onde, nos congressos nacionais e em outros encontros, Ada, eu e outros procuradores passamos a representar a PGE pelo Brasil afora. Fizemos várias teses em conjunto, assumimos defesas e emitimos pareceres sobre vários trabalhos apresentados nesses eventos, e descobrimos, não por acaso, nossas afinidades intelectuais nesse mister.

Na velha Academia do Largo de São Francisco, na qual Ada, já então professora consagrada, e eu, iniciando minha carreira docente. Em várias ocasiões trabalhamos em conjunto, tendo eu a honra de ser sua assistente na disciplina Liberdades Públicas, que Ada ministrava na Pós-graduação.

Dessa partilha harmoniosa e coesa de interesses profissionais e intelectuais nasceu uma amizade leal e fraterna que perdura, para minha felicidade, até os dias presentes, e que constitui, para mim, um galardão que ornou desde então minha vida.

Nesse período nada curto – quase quarenta anos – presenciei seus sucessos, sua alegria de viver, partilhei de algumas de suas atribuições pessoais e profissionais e admirei sua força de caráter, interna e externa. Enfim, aprendi a conhecer Ada Pellegrini Grinover.

Por essa razão, a missão de que fui incumbida pelo Doutor Carlos José Teixeira de Toledo, procurador-chefe do Centro de Estudos da PGE, na homenagem justa e merecida que presta a essa ilustre e incomparável procuradora, resulta, para mim, uma tarefa fácil e prazerosa.

Ada é a mulher retratada nos versos expressivos das escritoras que encimam estas palavras.

Batalhadora, valente, otimista, enérgica, corajosa, altaneira, espírita, sensível, inovadora, criativa, calorosa, dedicada, ética, sempre fiel a valores e princípios que engalanam a dignidade humana, galho que nunca se dobrou nem nas adversidades, sempre se mantendo erguido e para o alto, amiga de todas as horas – esses são alguns dos traços que permitem vislumbrar o perfil de Ada Pellegrini Grinover, uma mulher muito adiante de seu tempo, uma mulher já deste século XXI.

Falar de Ada é pincelar, antes de tudo, ainda que nestas breves palavras, esse perfil que amolda seu caráter.

Mas falar de Ada é também falar do outro ângulo de sua personalidade: o intelectual, aquele em que se revelou como procuradora, professora, jurista e escritora.

Como procuradora do Estado, Ada teve uma carreira brilhante e profícua. Desde os idos de 1970, quando ingressou na PGE, emprestou seu talento e seu saber às atividades de defensora das coisas públicas. Sua opção inata pela correta aplicação do Direito, pela defesa do Estado Democrático de Direito, pelo interesse público e social, pela necessária limitação do poder estatal frente à proteção dos direitos humanos, pela reta condução dos negócios públicos sempre se revelou inconfundível nas diversas funções que exerceu. Deixou indelével essa marca.

Em sua missão de advogada do Estado emitiu pareceres notáveis – lembro-me daquele que, ao lado de outros exarados por eminentes procuradores, deu suporte à ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual, prevista como competência funcional da PGE na Constituição de 1967 e intentada, pela primeira vez, em 1976, perante o Tribunal de Justiça do Estado. Ganhamos em São Paulo e essa ação foi certamente o embrião de quanto dispõe o artigo 125 da Constituição de 1988, ao instituir a ação direta de inconstitucionalidade nos Estados-membros. Publicou artigos na Revista da PGE, contribuindo para o conhecimento de temas polêmicos e fundamentais para a atividade estatal. Participou de inúmeros grupos de trabalho, sempre disponível, emprestando seu saber para a melhor condução dos assuntos afetos à PGE; participou de vários concursos de ingresso de procuradores; chefiou a Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça e a Procuradoria de Assistência aos Municípios. No Centro de Estudos – que eu dirigia – exerceu a função de Diretora do Serviço de Aperfeiçoamento, organizando, implantando e ministrando cursos para os colegas procuradores da Capital e do Interior, criando programas inovadores para o aperfeiçoamento e a formação intelectual de nossos colegas. Para todos levou, por seus ensinamentos profundos e atuais, seu exemplar magistério jurídico, reconhecido no Brasil e no exterior.

Na Academia do Largo de São Francisco, destacou-se no exercício da docência, pelo qual formou bacharéis, mestres e doutores que hoje ostentam títulos e saber jurídico singular, graças aos seus ensinamentos. Nesse passo, não pode faltar um registro de um ponto que distinguiu a Professora Ada na Faculdade de Direito da USP. É que, ao lado de professores do nível de Cândido Dinamarco, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Kazuo Watanabe, todos sob a inspiração valiosa do eterno mestre Eulalio Vidigal, criou uma nova Escola de Direito Processual, na qual a finalidade do processo jamais se desligou das fontes e dos fundamentos do Direito Constitucional e dos direitos fundamentais. Lição memorável que fincou raízes para quantos se aproximam do conhecimento e se utilizam da ciência processual.

Suas atividades, no âmbito da Universidade de São Paulo, não se limitaram ao exercício da docência. Participou de atividades administrativas e pedagógicas, presidindo a Comissão de Graduação da Faculdade

de Direito, ocupando a Pró-reitoria de Graduação da própria Universidade, integrando o Conselho Universitário, chefiando Departamento, dentre outras funções igualmente relevantes.

Foi Diretora da Escola Superior de Advocacia do Estado, secretariada por Maria Clara Gozzolli, também procuradora do Estado. Dupla imbatível. Cursos, palestras visando ao aperfeiçoamento e à atualização dos advogados paulistas. Sua direção inovadora culminou com a instituição do Curso de Especialização *lato sensu*, que abriu novo mercado de trabalho para os militantes da advocacia em geral do Estado de São Paulo.

Como jurista, Ada esteve presente em todos os movimentos que, no país, militavam por um Direito de vanguarda. Participou das mais importantes atividades tendentes ao aprimoramento e à renovação da ciência jurídica brasileira: assessorou parlamentares na construção e redação da nova Constituição brasileira, a Constituição de 1988; participou da elaboração do projeto do novo Código de Processo Civil; integrou comissão para redigir proposta de alteração da Lei de Ação Civil Pública; foi uma das inspiradoras e elaboradoras do Projeto do Código do Consumidor, razão pela qual o Instituto de Proteção do Consumidor (IDEC) instituiu o prêmio “Ada Pellegrini Grinover” para ser atribuído para a melhor monografia em Direito do Consumidor; trouxe, para nosso meio jurídico, ao lado de outros juristas notáveis, a preocupação e o aprimoramento dos estudos sobre os direitos difusos e coletivos, sobre a *class action*, temas de relevância no Estado Social de Direito e nos quais é referência nacional. Sempre inovando, sempre criativa, jamais se contentou com o interpretar e aplicar o Direito posto, o Direito escrito. Lutou pelo Direito que *deveria* ser escrito. E é nesse compasso que Ada se mostra, mais uma vez, uma mulher muito adiante de seu tempo, uma mulher já do século iniciado em 2000 e em que vivemos. Autora de inúmeras obras – quase duas centenas de artigos, uma centena de livros e outra centena de capítulos de livros, além de entrevistas, palestras etc. – sua inestimável e profunda produção intelectual é conhecida e reconhecida no Brasil e no exterior, pelo que, inclusive, obteve o título de *Doutor Honoris Causa* na Universidade de Milão.

Sua atuação intelectual não se limitou à área jurídica, mas se espalhou também pelas lides literárias. Autora, inicialmente, de um livro de memórias, *A menina e a guerra*, publicado em 2001, obra

que retrata, em palavras simples e saborosas, as reminiscências da menina que, ainda na Itália, conheceu o sentido da guerra. A partir de então, seguiu escrevendo e publicando: em 2004 (*A garota de São Paulo*) e em 2006 (*Foemina*). Nessas obras deixa a marca inconfundível daquela mulher que, como diz Cecília Meirelles, aprendeu com as primaveras a se deixar cortar e a voltar toda inteira.

Enfim, Ada Pellegrini Grinover, por seu saber, seu conhecimento e por ser quem é, integra a galeria dos notáveis da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e a homenagem que ora lhe é prestada, merecida, será certamente recebida com os aplausos de todos nós, procuradores, que tivemos o privilégio de partilhar de sua convivência e amizade.

Dezembro de 2009

Anna Candida da Cunha Ferraz

O necessário efeito suspensivo dos embargos à execução contra a Fazenda Pública

Américo Andrade Pinho¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Feição constitucional do instituto. 2.1 Características gerais. 2.2 Bases fundamentais da execução contra a Fazenda Pública. 3 As recentes reformas do processo de execução. 4 A necessária suspensividade dos embargos opostos pela Fazenda Pública. 5 Referências.

1 Introdução

Seria extensa e árdua qualquer tarefa que objetivasse apontar de modo objetivo as causas da “crise da Justiça” ou “crise do processo”. Não só por serem em número considerável, mas principalmente por serem extremamente complexas.

O tema é relevante, na medida que o processo, concebido como o meio de atuação estatal que visa à prestação da tutela jurisdicional, é instrumento necessário à concretização de diversos valores caros ao Estado Democrático de Direito.

O fato é que, por conta disso, desde meados da década de 1990, vêm sendo promulgadas leis que buscam contornar a tal “crise”, ou senão ao menos mitigá-la.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Processual Civil na PUC-SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

Alguns diplomas legislativos, como o que introduziu, com abrangência geral, o instituto da tutela jurisdicional antecipada no sistema processual (Lei n. 8.952/94), ou mesmo o que reformulou o artigo 461 e criou o artigo 461-A, tudo para implementar os meios de satisfação das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa (Lei n. 10.444/2002), por exemplo, visam a atuar diretamente no campo da *efetividade* da tutela jurisdicional, para dotar o sistema de formas capazes de tornar concreto o comando judicial que reconhece a existência do direito reclamado pelo demandante.

Outro valor que se tem buscado privilegiar, ao lado da efetividade, é a *celeridade*, sacrificada em razão da conhecida morosidade do Poder Judiciário, sentida em maior ou menor escala em cada região do país.

Nos últimos três anos, novas leis foram promulgadas com essas mesmas finalidades, havendo mesmo um firme propósito de *racionalizar* ao máximo a prestação da tutela jurisdicional por meio de novos instrumentos, tal como o julgamento liminar de improcedência da demanda previsto no artigo 285-A do Código de Processo Civil (introduzido pela Lei n. 11.277/2006) e ainda, mais recentemente, a modificação no processamento de recursos especiais que tratem da mesma matéria, tal como previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, inserido pela Lei n. 11.672/2008.

Especificamente no processo de execução, vocacionado à realização concreta do direito previamente reconhecido, a efetividade do processo torna-se ainda mais marcante, tendo sido promulgada a Lei n. 11.232/2005, que reformulou por completo o procedimento de execução de título executivo judicial, visando mesmo a torná-lo mais simples e, por conta disso, mais ágil, e a Lei n. 11.382/2006, que, em linhas gerais, modificou o processo de execução lastreada em título extrajudicial, atingindo todas as fases do procedimento, inclusive no tocante à otimização dos meios executórios.

A princípio, parece correto afirmar que tais diplomas legislativos pouco atingiram a execução contra a Fazenda Pública, procedimento diferenciado que, em essência, tem seus contornos previstos na Constituição Federal, estabelecendo o artigo 100 o sistema de precatórios como meio executório próprio dessa espécie executiva.

Neste breve estudo, visaremos a averiguar, em linhas gerais, até que ponto a assertiva lançada no parágrafo anterior é correta e, para tanto, analisaremos as “bases”, por assim dizer, da execução contra a Fazenda Pública, não apenas pela retratação de seus principais contornos, mas principalmente visando a justificar as razões que determinam sua atual feição conforme ao modelo constitucional.

Buscaremos estudar, em especial, as principais inovações das duas leis antes citadas, sempre com atenção aos limites deste trabalho, indicando os pontos que não colidem com o perfil da execução contra a Fazenda Pública, e que nela podem ser aplicados.

No tópico final, então, analisaremos questão que nos parece de extrema importância no âmbito da atuação judicial do Poder Público, e que, assim, foi escolhida como tese principal aqui defendida (não se ignorando, ademais, que sobre tal ponto já se verifica, em sede doutrinária, certo dissenso), qual seja a de terem os embargos à execução opostos pela Fazenda Pública necessariamente efeito suspensivo – malgrado o silêncio do Código de Processo Civil nesse sentido – em contraposição, portanto, ao modelo previsto pela Lei n. 11.382/2006, que condiciona a concessão de tal efeito, de modo excepcional, à presença de certos requisitos, aferíveis pelo magistrado, na forma do artigo 739-A, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

2 Feição constitucional do instituto

2.1 Características gerais

A execução contra a Fazenda Pública é disciplinada de forma tímida pelo Código de Processo Civil, que em apenas dois artigos prevê, em apertada síntese, que o procedimento inicia-se com a citação do ente público para oposição de embargos (art. 730, *caput*), e não para pagamento, como se dá na execução contra particular (arts. 475-J ou 652, a depender, respectivamente, se a execução é fundada em título executivo judicial ou extrajudicial), bem como que, se não opostos aqueles, expedir-se-á a requisição de pagamento pelo juízo (art. 730, I), a dar-se conforme ordem de apresentação do precatório (art. 730, II), prevendo ainda o cabimento do sequestro para o caso de preterição do direito de preferência do credor (art. 731).

Vale ressaltar que o prazo para apresentação dos embargos, a partir do que dispõe o artigo 1º-B da Lei n. 9.494/97 (incluído pela MP n. 2.180-35/2001), é de trinta dias – e não de dez dias como ainda prevê o mencionado *caput* do artigo 730 do Código de Processo Civil – sem que se veja qualquer inconstitucionalidade em tal previsão, malgrado a existência de vozes em sentido contrário.²

Como bem aponta Araken de Assis:

“Consoante a redação do artigo 730, *caput*, derivada do artigo 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001, que criou o artigo 1º-B da Lei 9.494/97, o prazo para embargar é de trinta dias, e não de dez dias, como constava do texto originário. O aumento do prazo não infringe, à primeira vista, o princípio da igualdade, pois o particular também dispõe de trinta dias para embargar a execução fiscal (art. 16, *caput*, da Lei n. 6.830/80)”.³

Seja como for, o que mais interessa aqui é destacar que a *execução por quantia certa* contra a Fazenda Pública é, em linhas gerais, regulada pela Constituição Federal, e não só pela maior hierarquia de tal diploma, mas principalmente porque ela, em seu artigo 100, traz todo o delineamento de tal espécie de execução, desprovida da prática de atos expropriatórios em sentido estrito, o que se justifica por diversos motivos, a serem expostos no tópico seguinte.

Cabe aqui a ressalva de que parcela da doutrina, por conta dessa ausência de atos executivos, nega a natureza executiva do procedimento de satisfação judicial de créditos pela Fazenda Pública.

Entende assim Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, justamente calcado na premissa que “não há invasão do patrimônio do Estado pelo Judiciário”⁴, abraçando, como expressamente indica em outra

2 Manifesta opinião no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo, calcado no entendimento de que há afronta ao princípio da isonomia, Alexandre Freitas Câmara (*Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. v. 2. p. 310).

3 ASSIS, Araken de. Notas sobre a execução por maior e por menor quantia contra a Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 825, p. 21, jul. 2004.

4 SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 77.

passagem de sua obra, o conceito estrito de execução forçada legado por Liebman.⁵

Não nos parece, todavia, correto que a adoção de conceito mais restritivo de execução leve a negar tal natureza para o procedimento de satisfação de créditos contra a Fazenda Pública, até porque, seja como for, esse é o objeto da atividade jurisdicional desempenhada com vistas à efetivação da sentença condenatória proferida em favor do credor, elementos caracterizadores, portanto, de uma típica execução.

Nesse sentido aponta a doutrina de Alexandre Freitas Câmara:

“Como se verá adiante, a principal característica da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública está em não haver, aqui, em princípio, qualquer ato de apreensão de bens, o que levou parte da doutrina a negar ao instituto que ora se estuda a natureza de módulo processual executivo. Assim, porém, e com todas as vênias aos que defendem posição distinta da nossa, não nos parece. A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública é verdadeiro módulo processual executivo, apesar de não haver apreensão forçada de bens do executado. É que, como se sabe, o módulo processual executivo se define como aquele que tem por fim a realização de um crédito do demandante. Ora, é exatamente isto que se tem aqui. A execução contra a Fazenda Pública se destina a realizar um direito de crédito do demandante.”⁶

Frisou-se anteriormente que o regime de execução contra a Fazenda Pública com previsão constitucional é somente aquele destinado à satisfação de crédito pecuniário porque, em relação às demais espécies de obrigação (fazer, não fazer e entregar coisa), aplicam-se basicamente as regras constantes dos dispositivos do Código de Processo Civil

5 SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da, ob. cit., p. 78, com a expressa indicação que, segundo o mestre italiano, “o cumprimento espontâneo da obrigação pelo devedor não é execução”. Cândido Rangel Dinamarco, confessado discípulo de Liebman, assevera que o procedimento executivo direcionado contra a Fazenda Pública consubstancia “falsa execução”, pois “a única medida constritiva cabível é o sequestro que a Constituição e o Código de Processo Civil admitem em caso de inversão da ordem de precatórios (Const., art. 100, § 2º, e CPC, art. 731)” (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, p. 610).

6 CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 308.

porventura aplicáveis, conforme disponha o interessado, ou não, de título executivo (arts. 461, 461-A e 621 a 645).

Nesse sentido: “Ressalte-se que somente a obrigação de pagar imposta à Fazenda Pública segue o rito diferenciado. As obrigações de fazer e obrigações de dar seguem o rito comum dos respectivos modelos executórios.”⁷

Oportuna revela-se, para melhor exposição dos pontos a serem destacados, a transcrição do artigo 100 da Constituição Federal, *in verbis*:

“Artigo 100 - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 1º-A - Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§ 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.

⁷ MIRANDA, Gilson Delgado. A execução contra a Fazenda Pública no sistema constitucional brasileiro. In: FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Processo e constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 799. No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 380.

§ 3º - O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º - São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no parágrafo 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

§ 5º - A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no parágrafo 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

§ 6º - O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.”

Vale o registro de que a redação do artigo 100 da Constituição Federal, que originalmente contava com apenas dois parágrafos, veio sendo aperfeiçoada ao longo do tempo, para afastar eventuais dúvidas interpretativas que dele decorriam, sendo, em que pesem eventuais críticas lançadas contra tal sistemática, o direito positivo a ser observado na hipótese.

Basta recordar, por exemplo, que o *caput* do dispositivo dava margem ao entendimento de que os créditos de natureza alimentar não tinham seus pagamentos atrelados à expedição de precatório, tal como era defendido, dentre outros, por José Augusto Delgado, para quem “afastada a forma procedimental do precatório para o pagamento dos débitos de tal natureza, há de se aplicar, no particular, as regras existentes na legislação formal infraconstitucional”⁸

8 DELGADO, José Augusto. Execução de quantia certa contra a Fazenda Pública: inexigibilidade de precatório requisitório quando se tratar de crédito de natureza alimentícia: art. 100 da Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n. 57, p. 21, jan./mar. 1990. No mesmo sentido manifestou-se Osvaldo Flávio Degrazia, entendendo que “tal interpretação não é meramente gramatical, mas histórico-evolutiva” (O pagamento do crédito alimentar judicial pela Fazenda Pública na atual Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 666, p. 244, abr. 1991).

Tal posicionamento, decorrente da interpretação literal do dispositivo, acabava por consagrar temerária exceção ao regime de pagamento dos créditos constituídos judicialmente em desfavor da Fazenda Pública, embora nunca tenha se mostrado pacífico, mesmo em sede doutrinária.⁹

A questão, todavia, acabou sendo pacificada, inclusive em sede jurisprudencial, como dá conta Araken de Assis, bem ressaltando a oportuna inclusão do parágrafo 1º-A no artigo 100 da Constituição Federal:

“E, de fato, em seguida à vigência da Constituição Federal de 1988 se controverteu a obrigatoriedade da instauração do processo executivo, e, *a fortiori*, da expedição de precatório, quanto aos créditos alimentares – posteriormente, em decorrência de oportuníssima definição pela Emenda Constitucional n. 30/2000, explicitados no parágrafo 1º-A –, haja vista a redação ambígua da cláusula inicial do *caput* do artigo 100, que os ressaltou (‘à exceção dos créditos de natureza alimentícia ...’). Algumas vozes na doutrina advogaram a exclusão desses créditos do regime especial. Em sentido contrário, porém, se manifestaram Milton Flaks e Hugo Nigro Mazzili, defendendo a criação de duas classes de precatórios: alimentares e comuns. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal e consagrou a Súmula 144 do STJ, que reza: ‘Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.’”¹⁰

Tornou-se hoje pacificado, portanto, o entendimento de que existem duas ordens de precatórios a serem observadas: uma com os originados de requisições que dizem respeito a obrigações de pequeno valor, e outra relativa aos créditos ordinários (não alimentares).¹¹

⁹ Era repellido, dentre outros, por Milton Flaks: “Segundo tudo indica, o objetivo foi estabelecer duas classes de precatórios, cada qual com sua dotação orçamentária própria: a dos vinculados a obrigações de natureza alimentícia e a dos vinculados a obrigações de outra natureza. Na medida que forem sendo liberadas as quantias correspondentes, o credor receberá consoante a ordem de precedência na sua respectiva classe” (Precatório judiciário na Constituição de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n. 58, p. 90, abr./jun. 1990).

¹⁰ ASSIS, Araken de, Notas sobre a execução por maior e por menor quantia contra a Fazenda Pública, cit., p. 17.

¹¹ Assim o posicionamento de Francisco Wildo Lacerda Dantas: “Parece-me, no entanto, data vênica do entendimento contrário, que a melhor razão se encontra com aqueles que defendem ter o dispositivo constitucional determinado que os créditos de natureza alimentar fossem

Outro ponto satisfatoriamente solucionado pela reforma do parágrafo 1º do dispositivo constitucional (também promovida pela EC n. 30/2000) foi a expressa determinação de que a atualização monetária do valor do crédito constante do precatório deveria ser levada a efeito quando de seu pagamento, e não apenas até a data de sua apresentação como constava da redação originária.

Como bem salienta Fernão Borba Franco:

“A Emenda Constitucional n. 30 deu nova redação ao parágrafo 1º, acrescentando a frase ‘quando terão seus valores atualizados monetariamente’, após determinar a obrigação do pagamento até o final do exercício orçamentário em que incluída a despesa. Esta é uma modificação extremamente salutar, que solucionará inúmeros problemas a respeito da correção monetária.”¹²

Tal sistemática, principalmente em épocas anteriores aos meados da década de 1990, quando então a inflação atingia índices alarmantes, dava sempre azo a sucessivos requerimentos de expedição de precatórios complementares, justificados pela constatação de que, passados entre seis e dezoito meses entre a data da apresentação do precatório (até 1º de julho) e seu efetivo pagamento em qualquer dia do ano seguinte, o valor nele estampado já se encontrava defasado pelo inevitável poder corrosivo do processo inflacionário.

Reformada a redação do dispositivo, não mais se faz necessário ao interessado buscar a expedição de novo precatório para recomposição de parte significativa de seu crédito (justamente aquela que teria sido corroída pela inflação porventura verificada no período), porque ele deve ser atualizado até o pagamento.

Não por acaso, o parágrafo 4º do artigo 100 da Constituição Federal (por seu turno incluído pela EC n. 37/2002) veda, ao menos como regra geral, a expedição de precatório complementar ou suplementar,

excluídos apenas e tão somente da ordem de apresentação dos demais precatórios, criando outra classe. Desse modo, força convir que se estabeleceram, com a nova disciplina, duas classes de precatórios, cada qual com sua dotação própria: a dos vinculados a obrigações alimentícias e a dos vinculados a obrigações de outra natureza.” (*Execução contra a Fazenda Pública*: regime do precatório. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 85).

12 FRANCO, Fernão Borba. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 132.

como também não permite o fracionamento do valor da execução, prestigiando a eficácia da sistemática de pagamento das obrigações de pequeno valor introduzida pela Emenda Constitucional n. 30/2000.

Conforme disposição do parágrafo 3º do artigo 100, as obrigações de pequeno valor (OPVs) são pagas independentemente da expedição de precatórios, tornando mais célere o recebimento do crédito pelo interessado.

O artigo 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzido pela Emenda Constitucional n. 37/2002, deixa claro que, na falta de disciplina específica de cada ente da federação a respeito do valor máximo a ensejar a caracterização de determinada obrigação como “de pequeno valor”, prevalece o limite de quarenta salários mínimos para as Fazendas Federal, Estaduais e Distrital, e trinta salários mínimos para as Fazendas Municipais.

No âmbito federal, a Lei n. 10.259/2001, ao instituir os Juizados Especiais Cíveis da Justiça Federal com competência para o julgamento de causas de até 60 salários mínimos, estabeleceu, em seu artigo 17, a possibilidade de pagamento de quantia certa pelo regime das OPVs nas execuções decorrentes dos seus julgados.

Vale referir que, em São Paulo, a Lei n. 11.377/2003 fixou em 1.135,2885 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs) o valor máximo para enquadramento de determinado crédito no regime das OPVs (art. 1º, *caput*), determinando ainda que tais pagamentos serão realizados no prazo de noventa dias, contados do recebimento da requisição respectiva (art. 1º, § 2º).¹³

Assim sendo, tem-se que as espécies de créditos constituídos contra a Fazenda Pública, a ensejar diferentes formas de satisfação, podem ser agrupadas em quatro categorias, como estabelecido por Araken de Assis: “À luz dessas considerações, há quatro classes de créditos na execução contra a Fazenda Pública: a) créditos alimentares de pequeno valor; b) créditos comuns de pequeno valor; c) créditos alimentares de maior valor; d) créditos comuns de maior valor, parcelados ou não.”¹⁴

13 Tal valor, ao longo do ano de 2009, equivale a R\$ 17.994,32, ou seja, a 38,70 vezes o salário mínimo federal (este no valor de R\$ 465,00, conforme o disposto na Lei n. 11.944/2009).

14 ASSIS, Araken de, Notas sobre a execução por maior e por menor quantia contra a Fazenda Pública, cit., p. 18.

Por fim, ao menos no que toca a esta breve análise do artigo 100 da Constituição Federal, outros dois pontos, até pela divergência ainda presente em relação, merecem destaque.

Com efeito, a partir da redação do *caput* do dispositivo, que alude à realização de pagamento pelo regime de precatórios (ou, como visto, de OPVs), devidos em razão de *sentença judiciária*, ideia ademais reproduzida também pelos parágrafos 1º-A e 3º, que se valem da expressão “sentença transitada em julgado”, discute-se se seria cabível o manejo de execução contra a Fazenda Pública fundada em título extrajudicial.

Após expor seu posicionamento no sentido de que não haveria razão para negar o cabimento de tal execução, Fernão Borba Franco, de forma lúcida, admite que

“(…) de fato, a recente Emenda Constitucional n. 30 trouxe uma modificação no artigo 100, parágrafos 1º e 3º da Constituição Federal. Segundo consta do novo texto (§ 1º; o texto do § 3º, inteiramente novo, exclui do sistema de precatórios o pagamento de débitos de pequeno valor, oriundos de ‘sentença judicial transitada em julgado’), apenas será obrigatória a inclusão no orçamento das entidades de direito público da verba necessária ao pagamento de seus débitos que sejam ‘oriundos de sentenças transitadas em julgado’. Assim, não há como compelir a Administração a incluir no orçamento débitos representados por títulos executivos extrajudiciais.”¹⁵

Parcela majoritária da doutrina, todavia, manifesta-se no sentido de ser cabível a execução contra a Fazenda Pública fundada em título extrajudicial, tal como, dentre outros, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva¹⁶ e Juvêncio Vasconcelos Viana.¹⁷

Seja como for, o fato é que em sede jurisprudencial a questão encontra-se solucionada pela força persuasiva de súmula do Superior Tribunal de

15 FRANCO, Fernão Borba, *Execução em face da Fazenda Pública*, cit., p. 86. No mesmo sentido: COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da. *Código de Processo Civil interpretado*. 7. ed. São Paulo: Manole, 2008. p. 1.040.

16 SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da, *Execução contra a Fazenda Pública*, cit., p. 77.

17 VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 99.

Justiça, cujo enunciado 279, aprovado em 21 de maio de 2003, estabelece: “É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública.”

Vale a ressalva, diante do alcance das recentes reformas processuais, que independentemente da natureza do título que embasa a execução, o procedimento observado será o mesmo, como bem ressaltado por Cassio Scarpinella:

“Aceito este entendimento, contudo, é imperioso o destaque de que não prevalece, para a Fazenda, a dicotomia procedimental que a Lei n. 11.232/2005 criou para as execuções por quantia certa fundadas em título judicial (art. 475-J) e as fundadas em título executivo extrajudicial (art. 652). Contra a Fazenda deve ser observado, em um e em outro caso, o procedimento do artigo 730, regra específica para a hipótese.”¹⁸

Outra questão que enseja controvérsias doutrinárias diz respeito ao cabimento de execução provisória contra a Fazenda Pública.

Por “execução provisória”, pode-se entender, em uma primeira análise, a série de atos executivos baseada na antecipação da eficácia executiva da sentença ou acórdão, decisão que ainda não pode ser tida como definitiva porque não acobertada pela coisa julgada, cabível porque circunstancialmente não suspenda a sua eficácia pelo recurso interposto.

É certo que a doutrina, todavia, aponta que a rigor não é a execução que ostentaria o caráter de provisoriedade, mas sim o título em si, justamente por não ostentar o “selo” da imutabilidade decorrente da coisa julgada.

Nesse sentido o entendimento de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

“A nosso ver, a expressão ‘execução provisória’ não é adequada, porquanto não demonstra o que ocorre no plano processual. Com efeito, a execução, em si, não é provisória, porque não será substituída por outra definitiva quando do trânsito em julgado da decisão objeto da execução. A execução (completa ou incompleta) está lastreada num título que é provisório, sobre o

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, p. 388.

qual ainda não se aderiu o manto da coisa julgada. (...) A nota diferenciadora da execução ‘provisória’ para a definitiva reside tão somente no título que a embasa, se pendente ou não de um recurso. Ademais, a execução provisória, conquanto sujeita a algumas regras, processa-se como se definitiva fosse (art. 475-O, *caput*, do CPC).”¹⁹

De tal ideia não diverge Paulo Henrique dos Santos Lucon, com apoio em lição de Chiovenda:

“Pode-se afirmar, portanto, que a execução não é em si provisória, mas é fundada em título provisório, pois falta o valor pleno de uma declaração definitiva. Por esse motivo, a execução provisória é ‘uma figura anormal, porque apresenta a execução descoincidente da certeza jurídica’. Essa figura anômala tem fundamento no próprio interesse social de permitir desde logo a eficácia das decisões dos órgãos jurisdicionais, ainda que passíveis de mutabilidade.”²⁰

A execução de obrigação pecuniária contra a Fazenda Pública, como antes exposto, não segue o modelo usual calcado na responsabilidade patrimonial do devedor, com uma série de atos de expropriação interligados (penhora, avaliação, praça ou leilão etc.), pelos motivos a serem melhor expostos no tópico seguintes, mas se sujeita ao regime de precatórios estabelecido pelo artigo 100 da Constituição Federal.

Diante do que estabelece o parágrafo 1º do dispositivo constitucional indicado, a expedição de precatórios está condicionada ao trânsito em julgado da decisão que reconhece a existência de obrigação pecuniária a ser cumprida pela Fazenda Pública, razão pela qual se torna forçoso concluir que, em regra, não é admissível a execução provisória contra a Fazenda Pública.

Após apontar a divergência existente quanto ao tema na doutrina, Leonardo José Carneiro da Cunha deixou assentado que, com a atual

19 RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Execução provisória no processo civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 93-94.

20 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 211.

redação do texto constitucional, não se pode mesmo aceitar a possibilidade de tal execução provisória:

“Acontece, porém, que não se afigura possível, a partir da Emenda Constitucional n. 30/2002, a execução provisória contra a Fazenda Pública. A razão dessa regra está na circunstância de que, uma vez inscrito o correlato precatório, o crédito passa a integrar o orçamento respectivo, devendo ter uma única destinação, qual seja, o efetivo pagamento à parte favorecida. Daí a referida Emenda Constitucional n. 30/2002 exigir o prévio trânsito em julgado, com vistas, inclusive, a resguardar o interesse público no pagamento de verbas orçamentárias, evitando-se o desvio despropositado de destinações mais úteis e vantajosas à consecução de finalidades igualmente públicas. Em outras palavras, não atende o interesse público a destinação de verba para pagamento de precatória inscrito provisoriamente, tornando indisponível um valor que poderia ter outra destinação, já que é incerto que realmente será pago ao credor, em vista da possível modificação do *status quo*, decorrente do eventual provimento de algum recurso interposto ou, até mesmo, de modificação da sentença no reexame necessário.”²¹

Aponta nessa direção a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se vê de julgado aqui transcrito pela ementa:

“Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Execução provisória de débitos da Fazenda Pública. Descabimento. Emenda Constitucional n. 30/2000. Desde a promulgação da Emenda Constitucional 30, de 13.09.2000, que deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição federal de 1988, tornou-se obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos débitos oriundos apenas de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais. Não se admite, assim, execução provisória de débitos da Fazenda Pública. Agravo regimental

²¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 270. No mesmo sentido: SPALDING, Mauro. *Execução contra a Fazenda Pública Federal (por quantia certa)*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 222.

a que se nega provimento.” (STF – ED RE n. 463.936, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23.05.2006).

Não se pode deixar de considerar, ademais, que a incerteza a respeito do cabimento ou não da execução provisória poderia ensejar o seu processamento em alguns casos isolados, favorecendo-se aqueles que a conseguiram em detrimento de outros credores que, pela escorreita aplicação da regra constitucional indicada, somente tenham podido dar início ao modelo executivo após a regular obtenção de título judicial transitado em julgado, consagrando-se, assim, situação injusta, tal como bem indicado por Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo:

“Não bastassem tais circunstâncias, a possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, com expedição de precatório e inserção na ordem cronológica, implica inominável tratamento desigual entre os redores, com violação da precedência daqueles que aguardaram regularmente o trânsito em julgado e a escorreita formação de seu precatório em relação àqueles que, de forma açodada, tiveram deferida a tal execução provisória.”²²

Esses os aspectos gerais da execução contra a Fazenda Pública que, nos estreitos limites deste trabalho, pareceram-nos dignos de nota, sendo certo que no tópico seguinte serão expostos os fundamentos que determinam a existência dessa modalidade especial de execução.

2.2 Bases fundamentais da execução contra a Fazenda Pública

Não são raras as críticas lançadas contra o sistema que norteia a atuação da Fazenda Pública em juízo, tido por alguns como exageradamente protetivo, aludindo esses estudiosos, com certo tom pejorativo, aos “privilégios” destinados aos entes públicos, tal qual o prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar (art. 188 do CPC) etc.²³

22 AZEVEDO, Pedro Ubiratan Escorel de. Execução contra a Fazenda Pública. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (Coords.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 692.

23 Tal ponto não escapou à arguta observação de Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo: “O tema da execução contra a Fazenda Pública é, por certo, daqueles que mais despertam discussões e polêmicas, frequentemente presididas pela emoção, entre juristas de nomeada, muitos desses

Sem dúvida, é preferível a alusão a certas prerrogativas da Fazenda Pública, advindo a necessária distinção não por força de mero “jogo de palavras”, mas por dizer respeito à essência das regras que prevêm o tratamento diferenciado em certos casos.

Em última análise, tais prerrogativas previstas em lei decorrem da correta aplicação da feição substancial do princípio da isonomia, bem sintetizada pela parêmia que recomenda tratar desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade.

Como demonstra José Cretella Neto:

“O princípio da igualdade processual das partes domina o processo civil. O comando dirige-se, em primeiro lugar, como já mencionamos, ao legislador, para que elabore leis materiais e processuais que assegurem essa igualdade. Dirige-se, a seguir, ao juiz, para na parte em que lhe for facultada a discricionariedade, garanta tratamento isonômico às partes, vale dizer, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida exata de sua desigualdade, tanto na vida como no processo. Em diversas ocasiões, a lei reconhece a desigualdade e indica os mecanismos apropriados para que o princípio seja respeitado. É o caso do tratamento diferenciado que ocorre quanto aos prazos processuais: por força da lei (art. 188 do CPC), não pode o juiz igualá-los para o particular em relação à Fazenda Pública, em virtude da situação mais favorável concedida para esta.”²⁴

Seja como for, parece-nos que a sistemática diferenciada do modelo procedimental da execução contra a Fazenda Pública apresenta-se não como privilégio, mas sim se impõe em razão do prestígio a outros valores que transcendem a observância do princípio da igualdade, e que não podem ser desconsiderados, mesmo que em nome da sempre incessante busca pela efetividade do processo.

não raro verberando contra os chamados ‘privilégios’ do Poder Público em juízo e inquinando o Estado como mau pagador contumaz.” (Execução contra a Fazenda Pública, in *Temas atuais da execução civil*: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin, cit., p. 671).

24 CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 55.

Nesse sentido é o escólio de Rodolfo de Camargo Mancuso:

“No caso da Fazenda Pública, ela se beneficia de um regime diferenciado, que, todavia, não merece a pecha de tratamento privilegiado, melhor se enquadrando como um conjunto de benefícios, justificados por relevantes razões de ordem diversa – de resto recepcionadas pelo ordenamento positivo – como o fato de o seu patrimônio ser constituído de bens públicos (CF, arts. 20 e 26), como tais inalienáveis (CC/2002, arts. 98, 100), donde serem impenhoráveis (CPC, art. 649, I), levando a que, por exemplo, possa o presidente do tribunal *ad quem* suspender ‘a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas’ (Lei 8.437/92, art. 4º).”²⁵

Lúcidas, outrossim, até porque atentas à questão da efetividade, as palavras de Flávio Luiz Yarshell:

“Em relação à Fazenda Pública a questão da efetividade relaciona-se intrinsecamente com o cumprimento da ordem judicial. Afinal, quando a Fazenda Pública está em juízo, trata-se de uma relação Estado contra Estado, com todas as vicissitudes institucionais daí decorrentes, dentre elas os constantes conflitos entre ‘interesses públicos primários’ e ‘interesses públicos secundários’, quando o conceito de interesse público deveria ser um só, e o ‘princípio da proporcionalidade’, que busca explicar ou atenuar os conflitos entre os valores democráticos. É mais fácil pensar em execução contra particular porque a atuação da sanção nesses casos se faz por sub-rogação, invasão da esfera patrimonial do devedor para satisfação do credor, enquanto que a execução voltada à Fazenda Pública envolve, necessariamente, conflitos de

25 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Fazenda Pública em juízo. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 362.

valores jurídicos em um contexto mais amplo, no qual se busca o que é ou que deve ser entendido por ‘interesse público’. As dificuldades da execução contra a Fazenda Pública nascem, assim, no próprio direito material. O modo peculiar da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, por exemplo, justifica-se por força do nosso Direito Constitucional material.”²⁶

Em termos mais pontuais, é possível afirmar que as justificativas para o sistema diferenciado de execução contra a Fazenda Pública repousam inicialmente no especial regime dos bens públicos, por lei impenhoráveis, como lembrado por Rodolfo Mancuso no excerto antes transcrito.

É o que decorre das regras jurídicas dos artigos 98 e seguintes do Código Civil, combinadas com o disposto no artigo 649, I, do Código de Processo Civil, a impedir, assim, a expropriação forçada de tais bens, conforme modelo de execução “tradicional” contra os particulares.

Nesse sentido:

“Em razão da impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos, a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública deve se revestir de matiz especial, não percorrendo a senda da penhora, nem da apropriação ou expropriação de bens para alienação judicial, a fim de satisfazer o crédito executado. Daí por que se ajuíza a execução, com procedimento capitulado no artigo 730 do Código de Processo Civil, seguindo-se a oposição de embargos do devedor pela Fazenda Pública para, ao final, ser, então, expedido o precatório, em atendimento à regra inscrita no artigo 100 da Constituição Federal de 1988.”²⁷

26 YARSHELL, Flávio Luiz. A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coords.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, p. 215.

27 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O cumprimento de sentença, sua liquidação e execução contra a Fazenda Pública: reflexos da Lei 11.232/2005. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 43, p. 94, out. 2006. Também ressalta tal aspecto Araken de Assis: “Em síntese, entronca-se na mais profunda tradição da República, e mesmo antes dela, o princípio da inalienabilidade dos bens do domínio nacional. Ao mesmo tempo, subsiste a necessidade de satisfazer os créditos dos particulares perante a Fazenda Pública, que se presume solvente. Adotou-se a fórmula da requisição do pagamento, nos trabalhos preparatórios à Constituição Federal de 1934, criando-se uma previsão orçamentária im pessoal e geral, sob a responsabilidade da autoridade judiciária, como uma solução de equilíbrio.” (Notas sobre a execução por maior e por menor quantia contra a Fazenda Pública, cit., p. 14).

Eventual oneração de bem público com penhora e demais atos expropriatórios acabaria por comprometer a própria *viabilidade* da Administração pública nos diferentes campos de atuação que, por lei, está obrigada a fazer-se presente, com séria afronta ao princípio da continuidade do serviço público.

Assim, também entende “plenamente justificada” a existência de regime diferenciado para as execuções movidas em face da Fazenda Pública por esse motivo o hoje desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Wanderley José Federighi, que assim se manifesta:

“O fundamento para a existência de sistema diferenciado de execução dos seus débitos reside na própria natureza da Fazenda Pública, como representante da própria Administração Pública, do próprio Estado (ou Governo) em juízo, não se podendo permitir que o erário público – até pelo princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos – possa vir a sofrer execução comum, com penhora e praxeamento de seus bens.”²⁸

O procedimento da execução contra a Fazenda Pública funda-se igualmente na necessidade de se evitarem eventuais desvios de conduta dos administradores públicos em geral, garantindo assim a todos os credores o recebimento de seu crédito “exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios”, conforme o comando do artigo 100, *caput*, da Constituição Federal.

Como noticia Juvêncio Vasconcelos Viana:

“No Brasil, antes do advento da Constituição de 1934 – a primeira que trouxe a disciplina da execução contra a Fazenda –, tínhamos um sistema precário de pagamento de créditos contra a Fazenda Pública, que não garantia o recebimento desse pelo credor. O pagamento ficava sempre na dependência da boa vontade do Executivo para efetivá-lo e do Legislativo para abrir o crédito correspondente. Havia uma triste ‘realidade de bastidores’, caracterizada por privilégios e apadrinhamentos, e o cumprimento de sentença judiciária ficava na dependência de pressões, conchavos ou mesmo deslavada

28 FEDERIGHI, Wanderley José. *A execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 16.

corrupção. Para nós o tratamento constitucional do procedimento sob comento surgiu como fórmula de emprestar efetivação do direito daquele que, tendo ido ao Judiciário litigar contra a Fazenda Pública, obteve ganho de causa.”²⁹

Tem-se, assim, que o sistema de precatório acaba consubstanciando instrumento que prestigia a manutenção da igualdade entre os credores³⁰, atendendo, ainda, os princípios que norteiam a atuação da Administração Pública em geral, insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, tal como o da moralidade e da impessoalidade.

Assim a opinião de Ricardo Seibel de Freitas Lima:

“A partir do exame das questões controvertidas ao longo deste trabalho, foi possível constatar que o pagamento de condenações judiciais por meio de precatórios, na ordem cronológica de apresentação, constitui uma exigência para a concretização dos princípios da igualdade – art. 5º da CF/88 – e da impessoalidade na Administração Pública – art. 37, *caput*, da CF/88.”³¹

Também razões de ordem política não podem ser desprezadas, até porque se fosse observado o regime típico da execução forçada, ter-se-ia, em última análise, a sujeição do Estado (Executivo) em relação ao

29 VIANA, Juvêncio Vasconcelos, *Execução contra a Fazenda Pública*, cit., p. 56. Na mesma direção: “Não se olvide que o instituto do ‘precatório’ surge na Constituição de 1934 (os preditos desse diploma, enquanto repositório de princípios republicanos, são cada vez mais reverenciados por todos os estudiosos do Direito), como forma de corrigir as mazelas e injustiças de execução contra o Poder Público, até então satisfeita mediante pagamento direto pelos caixas dos respectivos órgãos de finanças, sem nenhum controle, estabelecida a prioridade de acordo com o prestígio de pessoas que funcionavam como intermediários entre o credor e o devedor, cuja atividade, de duvidosa licitude, grassava com o pomposo nome de ‘advocacia administrativa’” (MENDES JUNIOR, José do Carmo. A execução contra a Fazenda Pública e os débitos de pequeno valor. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (Coords.). *Temas atuais da execução civil*: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 347).

30 Especificamente sobre a garantia da isonomia entre os credores, tem-se a lição de Mauro Spalding: “Por fim, diversamente dos particulares, a Fazenda Pública é devedora de um sem-número de pessoas, sendo imperioso criar-se um sistema que fixe um critério, válido à luz da isonomia entre todos esses credores, que possibilite o recebimento dos créditos sem afronta ao princípio da igualdade.” (*Execução contra a Fazenda Pública Federal (por quantia certa)*, cit., p. 135). Também recorda esse aspecto Cassio Scarpinella Bueno (*Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 381).

31 LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Execução contra a Fazenda Pública*: questões polêmicas nos tribunais. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 92, n. 818, p. 111, dez. 2003.

próprio Estado (Judiciário), com todos os inconvenientes daí porventura decorrentes, como bem observado por Vitor Fonseca:

“Com um sistema diferenciado de execução judicial em face do Poder Público, o sistema constitucional impede promiscuidades no pagamento dos débitos judiciais da Fazenda, bem como evita possíveis desentendimentos políticos entre o Executivo e o Judiciário em razão do descumprimento de ordens judiciais pela Administração Pública. Tudo em nome do equilíbrio entre os Poderes.”³²

Ademais, a exigência constitucional de prévia previsão orçamentária dos créditos a serem satisfeitos, próprio do regime de precatórios, representa a possibilidade concreta de organização do ente devedor, sempre necessária em nome da imanente prevalência do interesse público sobre o privado.

Nesses termos:

“Além disso, o erário não pode ser surpreendido com a existência de uma dívida não prevista previamente em lei orçamentária, sob pena de colocar em risco toda a estrutura econômica pública, afetando as finanças públicas com despesa sem o respectivo aporte de receitas. Portanto, torna-se imperioso, também por esse motivo, criar-se um procedimento próprio que assegure a possibilidade de prévia inclusão em orçamento dos valores exequendos, de modo a preservar a segurança e estabilidade orçamentária do erário.”³³

32 FONSÊCA, Vitor. Requisição de pequeno valor. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 371.

33 SPALDING, Mauro, *Execução contra a Fazenda Pública Federal (por quantia certa)*, cit., p. 135. Bem ressaltam a finalidade do orçamento Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath: “Daí se constituir em peça importante no mundo jurídico de hoje, na vida das nações. Deixa de ser mero documento financeiro ou contábil para passar a ser o instrumento de ação do Estado. Através dele é que se fixam os objetivos a serem atingidos. Por meio dele é que o Estado assume funções reais de intervenção no domínio econômico. Em suma, deixa de ser mero documento estático de previsão de receitas e autorização de despesas para se constituir no documento dinâmico solene de atuação do Estado perante a sociedade, nela intervindo e dirigindo seus rumos.” (*Manual de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 89).

Por conta disso é que não se pode aceitar a assertiva de que eventuais vicissitudes do sistema de precatórios acabam comprometendo a consecução dos objetivos próprios do Estado Democrático de Direito que a mesma Constituição Federal que o prevê visa edificar, uma vez que, a rigor, o rito especial da execução contra a Fazenda Pública acaba representando instrumento a concretizar tais objetivos.

Oportunas, nessa linha, as palavras de Juvêncio Vasconcelos Viana:

“Desta maneira, o preceituado no artigo 100 da Constituição Federal não se contrapõe ao conceito de Estado Democrático de Direito, ao contrário, realiza-o, a partir do momento em que, concretizando a garantia da ação, viabiliza o recebimento de quantia certa pelo particular resultante de condenação judicial exitosa em face do Estado. Se admitíssemos a inocuidade do sistema atual, ou mesmo a desnecessidade de seu aprimoramento, talvez voltássemos à situação tão caótica quanto a que tínhamos antes do advento da Constituição de 1934, ou, quem sabe, passássemos a viver mais intensamente o conflito Judiciário *versus* Executivo, manifestado também em outros países, desprovidos de qualquer sistema de pagamento de créditos contra o Poder Público.”³⁴

Pensamos, em suma, que os motivos aqui colacionados bem servem a demonstrar a valia do procedimento de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, ou melhor, servem para justificá-lo.

Embora sujeito a críticas, o regime de precatórios, não só por apresentar o direito posto, apresenta-se como melhor instrumento para bem equacionar os interesses em disputa, suportando, todavia, o peso de estar inserido em ponto *sensível* da prestação da tutela jurisdicional, justamente aquele tendente à efetiva realização do direito reconhecido judicialmente.³⁵

34 VIANA, Juvêncio Vasconcelos, *Execução contra a Fazenda Pública*, cit., p. 57.

35 Como obtempera Vitor Fonsêca: “Quando alguém pretende executar o Poder Público, sempre há no processo valores contrapostos e visualizados de diferentes modos. Esses valores, contudo, não são meros interesses particulares, pois o executado (o Poder Público) carrega a marca do interesse público. Na execução contra a Fazenda Pública, portanto, há um permanente choque de valores entre o domínio público e o domínio privado. Esse intenso enfrentamento de valores, presente na formatação da tutela executiva contra o Poder Público, torna-se visível sob os mais diferentes pontos de vista. Por isso, a execução por quantia certa

Mostram-se emblemáticas as palavras do eminente José Carlos Barbosa Moreira, ainda que concebidas em atenção a outra figura muito criticada por alguns (o reexame necessário):

“A Fazenda não é um litigante qualquer. Não pode ser tratada como tal; nem assim a tratam outros ordenamentos jurídicos, mesmo no chamado Primeiro Mundo. O interesse público, justamente por ser público – ou seja, da coletividade como um todo – é merecedor de proteção especial, num Estado democrático não menos que alhures. Nada tem de desprimorosamente ‘autoritária’ a consagração de mecanismos processuais ordenados a essa proteção.”³⁶

Assentadas tais premissas, passaremos, no item seguinte, a abordar as linhas gerais que nortearam a recente reforma do processo de execução, tal como realizada pelas Leis ns. 11.232/2005 e 11.382/2006, para buscar demonstrar que, malgrado a valia de algumas modificações, elas nem sempre podem ser aplicadas, em termos irrestritos, à execução movida contra a Fazenda Pública.

3 As recentes reformas do processo de execução

O sistema processual civil pátrio, com o advento de diversas leis promulgadas entre os anos de 2005 e 2006, passou por importante reformulação em vários pontos; esses diplomas legislativos bem podem ser agrupados, para melhor inteligência, inclusive em seu aspecto histórico, em uma “terceira etapa” reformista, assim visualizada no contexto da “primeira etapa” (entre 1994 e 1995) e da “segunda etapa” (entre 2001 e 2002), não sendo esta, contudo, a sede adequada para indicação de todas as novidades por elas introduzidas.

Dentre as diversas leis dessa nova etapa, preocupa-nos aqui a Lei n. 11.232/2005, responsável pela introdução do “cumprimento de sentença” como novo modelo para a execução por quantia certa

contra a Fazenda Pública não pode seguir o mesmo trâmite do procedimento executivo comum.” (Requisição de pequeno valor, in *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*, cit., p. 370).

36 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias às Fazendas Públicas. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 209.

contra devedor solvente fundada em título judicial, bem como a Lei n. 11.382/2006, que modificou sensivelmente o processo de execução fundada em título extrajudicial.

Em termos gerais, é possível afirmar que o primeiro diploma tem por finalidade estabelecer para as obrigações pecuniárias, no âmbito da permanente (e louvável) busca de maior efetividade do processo, o que antes já era observado para as ações que almejavam o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, ou seja, que os atos de liquidação ou execução fossem realizados no mesmo processo, em fase sucessiva àquela em que se “disse o direito”, ou seja, sem o estabelecimento sacramental de nova relação processual executiva, em juízo sucessivo.

Nesse sentido a lição de Humberto Theodoro Júnior:

“As reformas brasileiras não eliminam o caráter jurisdicional da execução de sentença; mas ao abolir a *actio judicati* e tornar consequência imediata do julgado condenatório a expedição de mandado para impor o seu cumprimento à parte, sem as peias da instauração de um novo processo, estão, indubitavelmente, colocando o direito processual pátrio no caminho que busca a maior efetividade da prestação jurisdicional perseguida por todos os quadrantes do direito comparado em nosso tempo.”³⁷

Convém, de início, resolver questão consistente em saber se é correta a utilização, com o advento da Lei n. 11.232/2005, do termo “execução” para designar a atividade desenvolvida com vistas à satisfação coercitiva de obrigação de natureza pecuniária.

No nosso sentir, a rigor não há razão para distinguir-se entre “execução” e “cumprimento de sentença”, terminologia escolhida, a bem da verdade, para designar, com o advento da Lei n. 11.232/2005, a fase procedimental destinada a dar efetividade à sentença que reconhece a existência de obrigação de natureza pecuniária, ou seja, a “executar o crédito”.

Há que se ter em mente, como bem observado por José Carlos Barbosa Moreira, que:

37 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 97.

“Essa mudança [imposta pela Lei n. 11.232/2005] em nada influi na distinção ontológica entre as duas atividades. Cognição e execução constituem segmentos diferentes da função jurisdicional. A lei pode combiná-los de maneira variável, traçar ou não uma fronteira mais ou menos nítida entre os respectivos âmbitos, inserir no bojo de qualquer deles atos típicos do outro, dar precedência a este sobre aquele, juntá-los, separá-los ou entremeá-los, conforme lhe pareça mais conveniente do ponto de vista prático. O que a lei não pode fazer, porque contrário à natureza das coisas, é torná-los iguais.”³⁸

Não seria, assim, o cumprimento de sentença um novo gênero de tutela jurisdicional, encartável ao lado do processo de conhecimento e do de execução, mas sim um novo *modelo* designativo de atividade jurisdicional desenvolvida com vistas à obtenção das finalidades próprias dessa última “espécie” de processo, sendo dela, portanto, parte integrante.

Como consequência desse modo de ver tal aspecto do problema, sobressai a possibilidade de continuar-se a utilizar boa parte da construção doutrinária, teórica, mas também prática, amalhada ao longo da evolução do estudo do processo de execução, com vistas a bem compreender as vicissitudes que lhes são próprias, suas falhas e as formas de tentar, com apoio em leitura sistemática das normas que regem a “execução” – a partir de seus caracteres essenciais e de seus princípios próprios – superá-los, buscando alcançar, em última análise, sua finalidade primeira de *satisfazer* ao direito já reconhecido.

Tal conclusão não é abalada nem mesmo pela constatação de que, no âmbito procedimental, é possível designar o processo tendente à satisfação de obrigação pecuniária como sincrético.

Denominam-se “sincréticas” as ações em que o provimento judicial de mérito (cognição) e os atos materiais que visam a dar efetividade ao seu comando normativo (execução) realizam-se no mesmo processo, sem a necessidade de formação de um processo de execução típico, subsequente ao de conhecimento.

38 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A nova definição de sentença: Lei n. 11.232. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, n. 39, p. 80, jun. 2006.

Nesse sentido a lição de Joel Dias Figueira Júnior, pela qual se denominam

“(...) ações sincréticas todas as demandas que possuem em seu bojo intrínseca e concomitantemente cognição e execução, ou seja, não apresentam a dicotomia entre conhecimento e executividade, verificando-se a satisfação perseguida pelo jurisdicionado numa única relação jurídico-processual, onde a decisão interlocutória de mérito (provisória) ou a sentença de procedência do pedido (definitiva) serão autoexequíveis.”³⁹

Nesse ponto, pode-se dizer, a principal inovação da Lei n. 11.232/2005, que estabeleceu, para as obrigações eminentemente pecuniárias, o que antes já era observado para as ações que buscavam o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, ou seja, de que os atos de execução realizam-se no mesmo processo, em fase sucessiva àquela em que se “disse o direito”.

A mesma Lei n. 11.232/2005 reformulou os artigos 162, parágrafo 1º, 269 e 463 do Código de Processo Civil, para, fiel aos seus desígnios, modificar o conceito de sentença, bem como para, em suma, estabelecer, nos dois últimos dispositivos apontados, que tal decisão não mais põe fim ao processo.

Conforme a nova redação do artigo 162, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, “sentença é ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

Visou tal alteração a reformular o conceito legal de sentença, antes criticado porque apegado a critério meramente *topográfico*, ao determinar que era o ato que punha fim ao processo, passando a prestigiar o critério atinente ao conteúdo do ato.⁴⁰

39 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Ações sincréticas e embargos de retenção por benfeitorias no atual sistema e no 13º anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil: enfoque às demandas possessórias. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, p. 11, abr./jun. 2000.

40 Crítica ácida à redação anterior do dispositivo legal apontado foi formulada por Teresa Aruda Alvim Wambier: “Dizer-se que a sentença é o ato do juiz que põe fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição é uma tautologia. Pergunta-se: qual é o ato do juiz que põe fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição? Responde-se: a sentença. Por outro lado, ao se perguntar o que é uma sentença, tem de responder-se que é o ato do juiz que põe fim ao

Ainda que, sob o aspecto científico, tal alteração possa ser encarada como louvável, é correto afirmar que o legislador, ao passo que resolveu um aspecto do “problema” (que, de qualquer modo, era bem equacionado pela doutrina até então sedimentada a respeito), acabou criando outro, de ordem prática, mas que evidentemente não pode ser desprezado, consistente em bem identificar o recurso cabível contra algumas decisões judiciais que, pela forma, têm nítida feição de interlocutórias, mas que, pelo conteúdo, podem ser tidas como sentenças, assunto, todavia, que extrapola os limites deste trabalho.

Por conta de tais elementos é que se torna possível afirmar que o sistema processual brasileiro, *salvo algumas exceções*, passou a adotar, com as reformas mais recentes do Código de Processo Civil, o processo sincrético como modelo, visando a emprestar aplicabilidade à garantia fundamental do processo efetivo, sem dilações indevidas.

Dentre as exceções indicadas inclui-se, fora de dúvida, a execução movida contra a Fazenda Pública, que continua a ser concebida em processo autônomo, subsequente ao de conhecimento que ensejou a formação do título executivo, ainda que, no aspecto prático, seus atos sejam praticados nos mesmos autos.

Nesse sentido: “Na execução contra a Fazenda Pública, continua a regra antiga: há processo autônomo de execução, disciplinado no Livro II do Código de Processo Civil, mais precisamente nos artigos 730 e 731, passando o artigo 741 a cuidar dos embargos opostos pela Fazenda Pública, relacionando as matérias que possam ser versadas em tais embargos.”⁴¹

Assim é porque, à evidência, o artigo 475-J do Código de Processo Civil, que marca o momento lógico anterior ao efetivo início da fase de cumprimento de sentença, outorgando ao devedor o prazo de quinze dias para cumprimento voluntário da obrigação (sob pena de multa de 10% e penhora de bens), não pode ser aplicado à Fazenda Pública.

procedimento em primeiro grau de jurisdição.” (*Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 27).

41 CUNHA, Leonardo José Carneiro da, O cumprimento de sentença, sua liquidação e execução contra a Fazenda Pública: reflexos da Lei 11.232/2005, cit., p. 94.

Dessa forma, à luz do sistema constitucional de precatórios, desca-be cogitar-se de cumprimento voluntário de obrigação pecuniária por parte da Fazenda Pública.

Não se quer defender aqui que a execução contra a Fazenda Pública seja totalmente refratária às novas alterações do Código de Processo Civil, mas apenas que a análise da adoção delas, no tocante a essa execução diferenciada, deve ser pautada pela parcimônia, ou seja, sem comprometer o modelo constitucional descrito no tópico anterior.

Mostra-se, por exemplo, possível utilizar os dispositivos legais do novo diploma nas hipóteses em que o polo ativo de demanda condenatória é ocupado por ente estatal (excluídos, à evidência, os créditos objeto de execução fiscal, a trilhar procedimento previsto em legislação própria), tal como, por exemplo, em ação de reparação de danos contra bem público movida pela Fazenda Pública contra particular que, caso julgada procedente, ensejará o início da fase de cumprimento de sentença, até porque não há ofensa a qualquer outro procedimento especial.

Também as normas que regulam a fase de liquidação de sentença aplicam-se em ação movida contra ente público, justamente por inexistir qualquer incompatibilidade dela com o modelo constitucional de execução contra a Fazenda Pública.

Vale referir que o procedimento de liquidação da sentença, desde o advento da Lei n. 8.898/94, restringiu-se às espécies efetivadas por arbitramento e por artigos.

A liquidação por arbitramento, como cediço, tem lugar nas hipóteses em que presente a “necessidade de atividade de natureza pericial para a quantificação do valor devido”, mas sem “oportunidade para se alegar e provar fato novo”⁴², nesse ponto se diferenciando da liquidação por artigos, que se destina justamente aos casos em que “para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo”; tal como disposto no artigo 475-E do Código de Processo Civil.

42 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil* 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 115. Araken de Assis afirma, com propriedade, ser “intuitivo o estreito vínculo dessa particular espécie de liquidação e a prova pericial” (*Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 124).

O cumprimento de sentença, assim entendido como a etapa do processo destinada a buscar-se a satisfação da obrigação pecuniária reconhecida pela sentença ou acórdão, não prescinde, como é curial, de “título de obrigação certa, líquida e exigível” como está escrito no novel artigo 586 do Código de Processo Civil (com redação determinada pela Lei n. 11.382/2006, aplicável por força do que dispõe o art. 475-R do CPC).

Vai daí que, em alguns casos, em que a sentença que reconhece a existência de obrigação não determina desde logo a sua extensão, é necessário proceder-se à sua liquidação (art. 475-A, *caput*, do CPC).

De todo compatível, portanto, a liquidação – quer seja por artigos, quer por arbitramento – com a execução movida contra a Fazenda Pública, o cumprimento de sentença consubstanciando, qualquer das figuras, mera *fase* do processo que visa a complementar, por assim dizer, a sentença condenatória, viabilizando a instauração de posterior processo de execução.

Nesse sentido o posicionamento de Mauro Spalding:

“Em síntese, a Lei n. 11.232/2005 não retirou a autonomia das execuções contra a Fazenda Pública, mesmo quando fundadas em título executivo judicial, mas retirou a autonomia do processo de liquidação, que passou a ser indistintamente um mero procedimento (sequência lógica e concatenada de atos com vistas a mensurar precisamente o valor da dívida) posterior à sentença condenatória.”⁴³

Parece-nos inclusive possível a utilização da “liquidação antecipada” autorizada pelo artigo 475-A, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, a realizar-se mesmo na pendência de recurso de apelação contra a sentença.

Trata-se, à evidência, de medida de inegável caráter prático, que visa a aperfeiçoar o “tempo do processo”, no que “atende ao interesse da parte em cujo favor foi proferida sentença ilíquida, máxime tendo em vista que em alguns Estados (como, *v.g.*, em São Paulo) estende-se por anos a dilação usual para o julgamento de uma apelação.”⁴⁴

43 SPALDING, Mauro, *Execução contra a Fazenda Pública Federal (por quantia certa)*, cit., p. 181.

44 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 34-35.

A demonstrar que não há prejuízo para a Fazenda Pública, tem-se a constatação de que, porventura provido o recurso voltado contra a decisão que resolveu o mérito da demanda, ficará prejudicado o decidido em sede de liquidação, até porque essa decisão, integrativa daquela, não terá mais sobre o que repousar.

No que tange à reforma da execução provisória, que mereceu considerável alteração em 2002 (Lei n. 10.444/2002), passando então a doutrina a utilizar-se da bem cunhada expressão *execução provisória-completa*⁴⁵, tem-se que a Lei n. 11.232/2005 dela tratou por meio da inserção no Código de Processo Civil do artigo 475-O, visando a tornar ainda mais efetivo o instituto.

Na recente reforma, ficou estabelecido que a liquidação de eventuais prejuízos suportados pelo devedor deve ser feita nos mesmos autos, por arbitramento (art. 475-O, II, do CPC), bem como manteve-se a exigência de caução para o levantamento de dinheiro ou prática de atos que importem alienação da propriedade, mas alargou-se a hipótese de dispensa de tal garantia no caso de crédito de natureza alimentar até o limite de 60 salários mínimos, que passou a incluir também o crédito decorrente de ato ilícito, e foi acrescentado outro caso de dispensa, qual seja, o “de execução provisória em que penda agravo de instrumento perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça”, salvo se tal dispensa resultar em manifesto risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação (art. 475-O, § 2º, II, do CPC).

Considerando que, conforme defendido no item anterior, entendemos descabida a execução provisória contra a Fazenda Pública, tem-se que tais alterações em nada afetam o regime de execução por precatório previsto pela Constituição Federal.

Por fim, ainda no tocante à breve análise das alterações advindas da Lei n. 11.232/2005, tem-se que o meio de defesa a cargo do devedor foi igualmente reformado, passando a ser cabível a figura da impugnação, e não mais os embargos à execução.

⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. A “execução provisória-completa” na Lei 11.232/2005: uma proposta de interpretação do art. 475-O, § 2º, do CPC. In: FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Processo e Constituição: 75 anos: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 297.

A doutrina vem divergindo a respeito da natureza jurídica de tal impugnação, valendo recordar que os embargos de devedor possuem, consoante aceitação majoritária, natureza jurídica de ação de conhecimento, autônoma e incidental ao processo de execução.⁴⁶

Parece-nos assim que, até por questão de procurar manter-se, na exegese da nova lei e na análise de seus institutos, fiel aos seus desígnios, é o caso de levar em conta a ruptura por ela efetivada no que toca à forma de oposição do devedor, para encará-la, de modo simplificado, como incidente defensivo, e não propriamente como “ação de impugnação”.

Nesse sentido:

“Buscando maior celeridade e racionalidade na atividade jurisdicional, inclusive no que diz respeito ao exercício do contraditório pelo devedor, a Lei n. 11.232/2005 aboliu os embargos do devedor neste caso, optando, clara e inequivocamente, no artigo 475-M, a que o devedor se volte contra os atos executivos sem necessidade de ajuizar nova ação mediante um novo processo que teria tramitação paralela ao anterior processo de execução.”⁴⁷

Esse parece ser o entendimento que vem sendo adotado pela doutrina majoritária⁴⁸, ainda que por vezes com a indicação de que impugnação tem natureza “de desdobramento de processo já instaurado”⁴⁹, mas sempre ressaltado, seja como for, o seu distanciamento da ideia de ação.

Há, é certo, prestigiosa doutrina em sentido contrário, entendendo Arruda Alvim que, por conta da “identidade substancial entre os dois

46 Ver, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 637.

47 BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 116.

48 CARNEIRO, Athos Gusmão, *Cumprimento da sentença civil*, cit., p. 67; CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 125; JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 148.

49 BANDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112.

institutos, seja em relação ao conteúdo, seja em relação às finalidades”, a impugnação, tal qual os embargos, tem natureza de ação.⁵⁰

Para Araken de Assis, no mesmo sentido, “a impugnação, analogamente aos embargos, e a despeito do último tramitar sempre de modo autônomo, representa uma ação de oposição à execução”.⁵¹

A grande diferença é que a impugnação, em regra, passou a ser desprovida de efeito suspensivo, não obstante, pois, o prosseguimento dos atos executivos.

É o que determina o *caput* do artigo 475-M, que também excepciona a regra, estabelecendo que se relevantes os fundamentos da defesa, bem como ficando evidenciado que “o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação”, poderá o juiz atribuir efeito suspensivo à impugnação.

Parece correto afirmar, portanto, que a Lei n. 11.232/2005, também nesse particular, acabou privilegiando o valor *efetividade* em detrimento do valor *segurança*, apenas invertendo a prevalência de tais vetores, quando presentes, de forma cumulativa, os requisitos apontados, a critério do juiz.

A comprovar a assertiva anterior, tem-se, ademais, a regra jurídica do parágrafo 1º desse mesmo dispositivo, pela qual, mesmo se concedido, porque presentes os requisitos exigidos, efeito suspensivo à impugnação, poderá o credor prosseguir no cumprimento da sentença, desde que preste “caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

Seja como for, aqui também, tal qual se dá com a “nova” execução provisória, a alteração não diz respeito ao processo de execução contra a Fazenda Pública, que seguindo procedimento diverso, na linha do que vem sendo exposto, admite como defesa possível apenas os embargos de devedor previstos pelo artigo 730 do Código de Processo Civil, quer se trate de execução fundada em título judicial ou, desde que admitida, em título extrajudicial, tal como antes referido.

50 ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei 11.232/2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais* 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50.

51 ASSIS, Araken de, *Cumprimento de sentença*, cit., p. 314.

Possível concluir, em suma, a não ser pelos tópicos antes ressaltados (notadamente no que diz respeito à nova sistemática da liquidação), que a Lei n. 11.232/2005 não afetou significativamente o modelo constitucional de execução contra a Fazenda Pública.

Nesse sentido o entendimento de José Henrique Mouta Araújo:

“No âmbito da execução de decisões judiciais pecuniárias, as prerrogativas permanecem mesmo após as últimas reformas processuais, considerando que o pagamento de quantia em regra deve ser feito mediante precatório requisitório e respeitada a ordem de credores. Nesse aspecto, mesmo após o advento da Lei n. 11.232/2005, é razoável afirmar que ainda foi mantido o sistema de prerrogativas ligadas à autonomia da execução, à subsistência dos embargos do devedor e ao pagamento via precatório, assunto que foi objeto de estudo específico.”⁵²

Também nada foi alterado, ao menos em relação à execução contra a Fazenda Pública, pelo advento da Lei n. 11.382/2006, até porque, em linhas gerais, esse novo diploma reformulou a fase expropriatória da demanda executiva, visando a dotar de maior eficácia os meios executórios típicos.⁵³

Em linhas gerais, afigura-se digno destacar que, dentre outras mudanças, houve alteração na ordem de preferência de bens passíveis de penhora (art. 655, CPC), expressa possibilidade de bloqueios de ativos financeiros em nome do devedor por meio eletrônico (“penhora *on line*”, art. 655-A do CPC), simplificação do procedimento de avaliação do bem penhorado, que deve em regra ser feita pelo próprio oficial de justiça (art. 680 e ss. do CPC), bem como dos meios expropriatórios, havendo previsão inclusive de alienação por iniciativa particular (art. 685-C do CPC) e em ambiente virtual, por

52 ARAÚJO, José Henrique Mouta. A execução de quantia contra a Fazenda Pública após as reformas processuais: aspectos procedimentais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 53, p. 87, ago. 2007.

53 Como aponta Donaldo Armelin: “Por isso mesmo as reformas impostas ao processo de execução pelas Leis ns. 11.232/2005 e 11.382/2006, que da execução civil cuidaram, permitem acreditar em aperfeiçoamento dos meios executórios para ao atingimento de uma melhoria substancial na execução civil.” (Uma mirada sobre a Reforma da Execução Civil no CPC. In: ARMELIN, Donaldo et al. *Comentários à execução civil*: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo). São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5).

meio da rede mundial de computadores (art. 689-A do CPC), tudo visando, como é intuitivo, à maior celeridade e presteza no desfecho da demanda executiva.

Passou a ser prevista, ademais, a possibilidade do exequente obter, logo por ocasião da distribuição da ação, certidão comprobatória do ajuizamento da execução, “para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto” (art. 615-A do CPC), havendo ainda a possibilidade do executado, citado, requerer, no prazo de quinze dias, a quitação do débito em seis parcelas mensais, desde que deposite o equivalente a 30% do valor devido (art. 745-A do CPC).

Ainda no tocante às atitudes que o devedor pode tomar após sua citação, tem-se que, além de requerer o citado parcelamento, pode, conforme nova sistemática: a) pagar integralmente o débito, inclusive beneficiando-se da redução pela metade da verba honorária (art. 652-A, parágrafo único, do CPC), não possuindo, vale a menção, direito de nomear bens à penhora; b) oferecer embargos de devedor no prazo de quinze dias e independentemente de penhora, opondo-se à demanda executiva (art. 736 do CPC); c) permanecer inerte, sujeitando-se ao procedimento expropriatório.

Tais reformas, em que pese a maior eficácia que visam emprestar ao processo de execução movido contra o particular, justamente porque dizem respeito à execução forçada típica (ou seja, calcada na responsabilidade patrimonial, com a prática de atos executórios ao longo do procedimento), em nada se relacionam com a execução movida contra a Fazenda Pública, daí a assertiva anterior, no sentido que nada foi alterado, nesse particular, pela promulgação da Lei n. 11.382/2006.

Um ponto, todavia, recebeu severa modificação, qual seja a supressão do efeito suspensivo *ex lege* para os embargos de devedor (art. 739-A, *caput*, do CPC), os quais, doravante, só serão dotados de tal eficácia, na forma do que dispõe o parágrafo 1º desse dispositivo, se forem relevantes os fundamentos dos embargos e, ainda, se o prosseguimento da execução puder causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, havendo, ademais, outro requisito objetivo, qual seja, estar a execução garantida “por penhora, depósito ou caução suficientes”

Considerando que a defesa da Fazenda Pública na execução contra ela movida, como exposto no tópico anterior, é feita unicamente por meio de embargos de devedor, surge a dúvida consistente em averiguar se eles se submetem ao regime geral dos embargos à execução – sendo então doravante desprovidos de efeito suspensivo *ex lege* – ou se, de modo diverso, sujeitam-se a regime específico, afastada a restrição indicada, sendo esse, a bem da verdade, o ponto central deste estudo.

4 A necessária suspensividade dos embargos opostos pela Fazenda Pública

Como exposto no tópico anterior, é certo que a defesa a ser apresentada pela Fazenda Pública nas execuções contra ela movidas (fundadas em título judicial ou extrajudicial, quando admitido o seu cabimento), é feita por meio dos embargos à execução (art. 730 do CPC), como aliás é expresso o *caput* do artigo 741 do Código de Processo Civil, com redação determinada pela Lei n. 11.232/2005.

Mesmo com o advento dessa lei, portanto, manteve-se o regime estabelecido para oposição à execução pela Fazenda Pública, diferenciado em relação ao particular, uma vez que, para este, o meio de defesa previsto na lei processual passou a ser o da impugnação (art. 475-L do CPC).

Tal discrimen parece-nos justificado pelo próprio regime especial da execução movida contra a Fazenda Pública, descrito no tópico segundo deste trabalho.

Nesse sentido:

“A despeito da identidade de matérias arguíveis em sede defensiva (os arts. 475-L e 741 do CPC têm conteúdo idêntico), bem de ver que a sistemática defensiva é totalmente distinta caso estejamos diante de execução em face do Poder Público e de outros que não integrantes das chamadas fazendas públicas: as maiores formalidades e suspensividade obrigatória para a hipótese de defesa ajuizada pela Fazenda Pública (de regra, os embargos do art. 741) derivam da natureza jurídica do devedor e, principalmente, do patrimônio colimado pelo credor por intermédio da execução. Tais

marcos distintivos têm o evidente escopo de tornar mais segura a satisfação de créditos perante o Poder Público.”⁵⁴

Ainda assim, Marcelo Abelha Rodrigues, ao comentar as inovações da Lei n. 11.232/2005, entendeu, demonstrando exagerada insensibilidade aos contornos especiais da execução contra a Fazenda Pública, que:

“Como não poderia deixar de ser, mais uma vez a Fazenda Pública foi privilegiada. Para todos os cidadãos comuns extingui-se a possibilidade de oferecimento dos embargos nos processos sincreticos, outorgando-lhes em contrapartida a figura da impugnação do executado (art. 475-L), que, por sua vez, possui um rito ligeiramente mais simples e não é provido de efeito suspensivo. Já para a Fazenda Pública, além do prazo diferenciado para se defender (30 dias) na execução, ela agora é o único jurisdicionado que continua a poder utilizar – e usufruir dos benefícios – os embargos do executado nas execuções judiciais.”⁵⁵

Tais entendimentos, vale ressaltar, foram concebidos anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, ou seja, quando então os embargos de devedor eram providos de efeito suspensivo *ex lege* em todo e qualquer caso.

Vigente essa lei, todavia, os embargos de devedor, como antes exposto, passaram por radical transformação, de tal modo que, como regra, não mais possuem efeito suspensivo “automático”, ficando a sua concessão sujeita aos requisitos previstos pelo artigo 739-A, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

Daí a surge a dúvida que nos parece de extrema importância e atualidade: os embargos à execução movida contra a Fazenda Pública sujeitam-se a esse mesmo regime, ou seja, não são dotados de efeito suspensivo *ex lege*, ou ostentam regime diferenciado, a afastar tal restrição?

⁵⁴ MELLO, Rogério Licastro Torres de. A execução contra a Fazenda Pública e a Lei 11.232/2005. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Método, 2006. p. 414.

⁵⁵ JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha, *A terceira etapa da reforma processual civil*, cit., p. 199.

A investigação de tal ponto, neste trabalho desenvolvida, pareceu-nos ainda mais imperiosa porque a maioria da doutrina pátria, ao menos até aqui, não tem abordado essa específica questão, havendo, ademais, quem expressamente advogue a tese de que também os embargos opostos pela Fazenda Pública não têm efeito suspensivo.

Assim se manifestam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“De todo modo, importa frisar que os embargos à execução em geral – dessa regra não fogem os embargos oferecidos pela Fazenda Pública –, à semelhança do que ocorre com a impugnação à execução, não gozam mais, *ex lege*, de efeito suspensivo (art. 739-A do CPC). Isso significa dizer que, ao menos em princípio, poderá o juiz autorizar o prosseguimento da execução contra a Fazenda Pública, expedindo-se de imediato o precatório.”⁵⁶

Do mesmo entendimento comunga Cassio Scarpniella Bueno, apenas com a cautela de ressaltar que a exigência de prévia segurança do juízo, em relação à Fazenda Pública, não seria exigível:

“Para as execuções fundadas em título judicial, contudo, não há mais espaço para se aguardar em todo e em qualquer caso a prévia apresentação dos embargos e seu julgamento antes da requisição do pagamento, porque os embargos não têm, por si, o condão de suspender a execução. Tal suspensão depende, em qualquer caso, da ocorrência concreta dos pressupostos exigidos pelo artigo 739-A, parágrafo 1º (‘efeito suspensivo *ope judicis*’), exceção feita, pelas peculiaridades do regime jurídico da Fazenda Pública, à ‘garantia, depósito ou caução suficientes’.”⁵⁷

Tal conclusão, em que pese o vulto dos processualistas citados, não nos parece correta, sendo injustificável, assim, impingir aos embargos à execução opostos pela Fazenda Pública, ademais regulado pelo artigo 741 do Código de Processo Civil, o mesmo regime dos embargos previstos no artigo 738 do mesmo diploma.

56 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 395 (Curso de Processo Civil, v. 3).

57 BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, p. 389.

O argumento de que essa conclusão restritiva decorreria do próprio sistema processual atualmente em vigor, sempre com as vênias de estilo, não impressiona, até porque, seja como for, após tantas reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil, deve o intérprete, atento a tal circunstância, compreender que eventual interpretação sistemática, embora em si mesma valiosa como método hermenêutico, só pode ser levada a efeito com extrema cautela, pois o descompasso entre as dezenas de leis reformistas pode, eventualmente, redundar em “falhas” ou “brechas” no sistema.⁵⁸

Tal aspecto do problema não fugiu à arguta observação de José Carlos Barbosa Moreira, que diante das diferentes “modalidades” de embargos atualmente existentes, negou a existência de regime único a todos aplicável.

Após indicar a existência de três espécies de embargos – os embargos à execução propriamente ditos (art. 745), os denominados pela praxe como “de segunda fase” (art. 746), e ainda os embargos à execução contra a Fazenda Pública –, o insigne processualista carioca aponta:

“Seria de se presumir que a todas essas espécies se aplicassem as regras constantes do Capítulo ‘Das disposições gerais’. Não é o que sempre acontece: por exemplo, o prazo de 15 dias para o oferecimento dos embargos, fixado no artigo 738, *caput*, não incide, quanto à duração, nas hipóteses acima designadas por ‘b’ e ‘c’: naquela reduz-se a 5 dias (art. 746), nesta, amplia-se para 30 dias (art. 730, *caput*). Regra que só se aplica a uma única das espécies não é, logicamente, disposição geral.”⁵⁹

⁵⁸ Não temos, claro, a ousadia de condenar o método de reformar-se o Código de Processo Civil de modo pontual, até porque justificado por diversas circunstâncias, como bem apontado por Carlos Alberto Carmona: “A primeira dúvida que assalta quem se interessa em reformar um conjunto sistemático de normas é o caminho a seguir: seria conveniente propor a redação de um novo código? Seria mais conveniente reformar o velho código, ainda que correndo o risco de transformá-lo num ‘colcha de retalhos’ ou num ‘mosaico’, como acusaram alguns? A experiência traumática da tramitação do Código Civil provavelmente serviu de freio para aqueles que acreditavam na possibilidade de dotar o país de um novo diploma processual. Com efeito, a demora na revitalização do Código de Processo Civil seria desastrosa, aumentando de forma insuportável o que hoje convencionou-se denominar ‘custo Brasil’. A crise do processo recomendava remédio de ação rápida e, assim, o método que acabou adotado pelo grupo que se empenhou nas reformas foi o de apresentar propostas pontuais, que pouco a pouco moldaram a nova fisionomia do Código de Processo Civil.” (Quinze anos de reformas no Código de Processo Civil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1).

⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 297.

Ademais, não se pode negar que o módulo procedimental destinado à satisfação de créditos contra a Fazenda Pública, previsto na Constituição Federal, baseia-se na preservação de uma série de valores, tal como exposto no tópico 2.2 retro.

Não se trata, vale sempre ressaltar, de pura e simples prerrogativa da Fazenda Pública, mas sim de diferença procedimental justificada pelas circunstâncias.⁶⁰

Tanto assim que atualmente pode-se mesmo falar na existência de um microssistema próprio para a disciplina da atuação da Fazenda Pública em juízo, como bem observado por Rodrigo Mazzei:

“Nesse contexto, o artigo 741 do Código de Processo Civil foi arquitetado para permitir o cabimento de embargos à execução de título judicial somente quando a Fazenda Pública figurar na posição de devedor, impulsionando-se cada vez mais a formação de um microssistema específico de direito processual, rotulado por Carlos Augusto Silva de um micromodelo processual do Estado, que tem como característica a mitigação da isonomia processual, em prol dos interesses do Poder Público em juízo.”⁶¹

O mesmo autor, em outra sede, retomou o tema calcado em interessantes argumentos, escrevendo em conjunto com Hermes Zaneti Júnior:

“Sem dúvida, a análise do alcance do artigo 741, apesar de estar geograficamente encravado no ventre do Código de Processo Civil, revela se tratar de dispositivo atrelado a um microssistema específico, na medida que, em regra, os embargos à execução por título judicial foram descartados da codificação que, ao revés, segue uma nova diretriz de prestígio à aceleração processual, voltando-se mais para a celeridade do que para a cognição, no aplicar do difícil binômio ‘tempo e processo’. De modo diverso,

60 Como obtempera Vitor Fonsêca: “Diante do exposto, não se afigura possível conferir à tutela executiva contra o Poder Público o mesmo tratamento dado ao particular. A execução por quantia certa, quando o débito é da Fazenda Pública, deve seguir um procedimento diferenciado, com vistas a resguardar o interesse privado e o interesse público, em franca contraposição no processo.” (Requisição de pequeno valor, in *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*, cit., p. 372-373).

61 MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos à execução contra a fazenda pública. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. *Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 292.

a manutenção dos embargos à execução para a aplicação restrita ao direito processual público no artigo 741 do Código de Processo Civil, implica a leitura do mesmo binômio com olhos para a relação jurídica peculiar (Fazenda Pública sujeita ao processo executivo nutrido por título judicial), situação esta que, na visão do legislador, merece apego maior à cognição e amplificação dos meios de defesa, sob o discurso da necessidade de proteção do patrimônio e do interesse público do Estado, quer dizer, interesse público secundário, na classificação de Renato Alessi, coincidente ou não com o interesse público primário, do povo.”⁶²

Não procede, assim, qualquer argumentação tendente a encartar os embargos à execução movida contra a Fazenda Pública na mesma categoria dos opostos pela execução direcionada em face do particular.

Os embargos à execução, embora consubstanciem, consoante doutrina prevalecente, ação de conhecimento incidental à demanda executiva, trazem em si indisfarçável índole defensiva, até porque, como bem ressaltado por Candido Rangel Dinamarco, “opor embargos a uma execução não significa vir a juízo espontaneamente buscar um bem da vida negado por outrem, mas resistir à pretensão de alguém que pretende haver um bem da vida à custa do patrimônio do embargante. Isso é defesa.”⁶³

Representam, assim, procedimento que permite ampla discussão a respeito da relação débito/crédito, tanto no aspecto substancial, por meio da arguição de excesso de execução (art. 741, V, do CPC) ou mesmo de inexigibilidade do crédito por fato superveniente (art. 741, II, VI e parágrafo único, do CPC), como no aspecto formal, permitindo que seja veiculada irresignação calcada na inexistência ou invalidade da citação para o processo de conhecimento (art. 741, I, do CPC), ausência de condições da ação ou pressupostos processuais (art. 741, III e VII, do CPC), ou, ainda, para impugnar a cumulação indevida de execuções (art. 741, IV, do CPC).

⁶² ZANETI JÚNIOR, Hermes; MAZZEI, Rodrigo Reis. A nova execução: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (art. 741 do CPC). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *A nova execução: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 240-241.

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v.4, p. 639.

Assim sendo, o efetivo desate das questões arguidas por meio dos embargos à execução é pressuposto para que seja requisitada a expedição de precatório ou mesmo o pagamento de obrigação de pequeno valor.

Ademais, a própria sistemática prevista pela Constituição Federal leva a esse entendimento, uma vez que, na linha do antes exposto, o artigo 100, em seus parágrafos 1º, 1º-A e 3º, aludem a sentença judicial transitada em julgado como pressuposto para a expedição de requisição de pagamento ou precatório, prevalecendo em sede jurisprudencial o entendimento de que tais dispositivos, ao exigirem o trânsito em julgado, visam à sentença proferida nos embargos à execução.

Aponta nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se vê dos precedentes ora colacionados:

“Processo Civil. Execução. Fazenda Pública. Expedição de precatório. Embargos à execução improcedentes. Apelação pendente de julgamento. Parcela controvertida. Impossibilidade. 1. Esta Corte firmou compreensão que o recurso de apelação interposto contra decisão que julga improcedentes os embargos à execução deve ser recebido apenas no efeito devolutivo 2. A teor do artigo 100, parágrafos 1º e 1º-A, da Constituição Federal, a expedição de precatório está condicionada ao trânsito em julgado da respectiva sentença. 3. *In casu*, ainda não houve o trânsito em julgado da decisão que julgou os embargos à execução manejados pela ora recorrida, razão porque não cabe falar em direito líquido e certo do impetrante. 4. Recurso improvido.” (STJ – RMS n. 20.500/DF, 6ª Turma, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 06.06.2006).

“Processual civil. Execução provisória contra a Fazenda Pública. Ajuizamento posterior à Emenda Constitucional n. 30 de 13.09.2000. Impossibilidade. 1. O procedimento executório contra a Fazenda, na obrigação de pagar quantia certa, é o estabelecido nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil que, em se tratando de execução provisória, deve ser compatibilizado com as normas constitucionais. 2. Os parágrafos 1º, 1º-A, ambos com a redação da Emenda Constitucional n. 30, de 13.09.2000, e 3º do artigo 100 da Constituição, determinam que a expedição de precatório ou o pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade

da Fazenda Pública, decorrentes de decisão judicial, mesmo em se tratando de obrigação de natureza alimentar, pressupõem o trânsito em julgado da respectiva sentença. 3. Outrossim, às execuções iniciadas após a edição da Emenda Constitucional n. 30, há a exigência do trânsito em julgado como condição para expedição de precatório. 4. Hipótese em que o pedido de execução provisória da parte incontroversa da sentença foi protocolado em 10.04.2003, portanto, após o novel regime do artigo 100 da Constituição Federal de 1988, que obstaculiza a expedição de precatório sem o correspondente trânsito em julgado da sentença. 5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp n. 464332/SP, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ*, de 06.12.2004; REsp n. 591368/RR, desta relatoria, *DJ*, de 25.10.2004 e REsp n. 331.460/SP, rel. Min. Teori Zavascki, *DJ*, de 17.11.2003. 6. Recurso especial provido” (STJ – REsp n. 692015/RS, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.06.2005).

Não diverge desse entendimento a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aqui representada pelo excerto de voto condutor de recentíssimo julgado:

“Não obstante a disposição contida no inciso V do artigo 520 do Código de Processo Civil, no sentido de que a apelação contra sentença que julga improcedentes os embargos à execução deve ser recebida só no efeito devolutivo, o fato é que, com a Emenda Constitucional n. 30/2000, que deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição Federal, o pagamento de precatórios de pequeno valor pela Fazenda Pública passou a exigir o trânsito em julgado das sentenças condenatórias. Assim sendo, como aduzido na minuta recursal, à luz do artigo 100, parágrafo 3º, da Constituição Federal, a obrigação só é devida pela Fazenda após o trânsito em julgado da sentença.” (TJSP – AI n. 747.611-5/4, 10ª Câ. Dir. Públ., rel. Juiz Reinaldo Miluzzi, j. 17.03.2008).

Inafastável, portanto, a necessidade de atribuir-se aos embargos à execução opostos pela Fazenda Pública, como regra, o efeito suspensivo incidente sobre o processo de execução, de modo a obstar-se sua marcha.

Na linha do ora defendido, tem-se a lição de Leonardo José Carneiro da Cunha:

“Em outras palavras, o precatório ou a requisição de pequeno valor somente se expede depois de não haver mais qualquer discussão quanto ao valor executado, valendo dizer que tal expedição depende do trânsito em julgado da sentença que julgar os embargos. Por essa razão, os embargos opostos pela Fazenda Pública devem, forçosamente, ser recebidos no efeito suspensivo, pois, enquanto não se tornar incontroverso ou definitivo o valor cobrado, não há como expedir o precatório ou a requisição de pequeno valor.”⁶⁴

No mesmo caminho segue José Henrique Mouta Araújo:

“Portanto, por mais que seja alterado o artigo 520 para consagrar efeito suspensivo apenas para as apelações interpostas nas causas sujeitas ao reexame necessário, o fato é que a sentença de embargos, mesmo não estando sujeita a esta reapreciação pelo 2º grau, deve provocar a interposição de recursos (não só apelação) munidos de efeito suspensivo. Por todos estes argumentos, entende-se que a sistemática de execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública não foi substancialmente alterada em decorrência das reformas advindas da Lei n. 11.382/2006.”⁶⁵

Por conta de tais elementos é que se afigura correto concluir que os embargos à execução movidos contra a Fazenda Pública devem sempre ser recebidos no efeito suspensivo, até porque, do contrário, apegando-se o juízo à literal disposição do artigo 739-A do Código de Processo Civil, deixando de atribuir tal efeito, poderia o credor valer-se de tal circunstância para requerer o prosseguimento da execução, com a consequente expedição de requisição de precatório ou pagamento, mas aí em clara afronta ao regime constitucional, que atrela a prática de tais

64 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As defesas do executado. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 650. O mesmo autor, em artigo mais recente, reiterou tal posicionamento, de modo enfático: “Tudo está a demonstrar, portanto, que nada mudou relativamente à defesa da Fazenda Pública no processo de execução, sendo certo que lhe cabe opor embargos, que serão recebidos com efeito suspensivo. A única mudança consiste em conferir ao exequente prazo de quinze dias, e não mais de dez, para manifestar-se sobre os embargos, em virtude da nova redação dada ao artigo 740 do Código de Processo Civil.” (A defesa da Fazenda Pública no processo de execução: nada mudou com o advento da Lei n. 11.382/2006. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, n. 50, p. 71, maio 2007).

65 ARAÚJO, José Henrique Mouta, A execução de quantia contra a Fazenda Pública após as reformas processuais: aspectos procedimentais, cit., p. 94.

atos ao trânsito em julgado da sentença, tanto a relativa ao processo de conhecimento, como a dos embargos à execução.

5 Referências

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A execução de quantia contra a Fazenda Pública após as reformas processuais: aspectos procedimentais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 53, p. 86-94, ago. 2007.

ARMELIN, Donaldo et al. *Comentários à execução civil*: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo). Por Donaldo Armelin, Marcelo José Magalhães Bonício, Mirna Cianci, Rita Quartieri. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5).

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei 11.232/2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução* 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Notas sobre a execução por maior e por menor quantia contra a Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 825, p. 11-34, jul. 2004.

AZEVEDO, Pedro Ubiratan Escorel de. Execução contra a Fazenda Pública. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (Coords.). *Temas atuais da execução civil*: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 671-711.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias às Fazendas Públicas. In: _____. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A nova definição de sentença: Lei n. 11.232. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 39, p. 78-85, jun. 2006.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. *O Poder Público em juízo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. A “execução provisória-completa” na Lei 11.232/2005: uma proposta de interpretação do art. 475-O, § 2º, do CPC. In: FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Processo e Constituição: 75 anos: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2.

_____. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. Quinze anos de reformas no Código de Processo Civil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil interpretado*. 7. ed. São Paulo: Manole, 2008.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O cumprimento de sentença, sua liquidação e execução contra a Fazenda Pública: reflexos da Lei 11.232/2005. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, n. 43, p. 94-97, out. 2006.

_____. A defesa da Fazenda Pública no processo de execução: nada mudou com o advento da Lei n. 11.382/2006. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, n. 50, p. 67-71, maio 2007.

_____. As defesas do executado. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução contra a Fazenda Pública: Regime do precatório*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

DEGRAZIA, Osvaldo Flávio. O pagamento do crédito alimentar judicial pela Fazenda Pública na atual Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 666, p. 242-246, abr. 1991.

DELGADO, José Augusto. Execução de quantia certa contra a Fazenda Pública: inexigibilidade de precatório requisitório quando se tratar de crédito de natureza alimentícia: art. 100 da Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n. 57, p. 13-23, jan./mar. 1990.

DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 108, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

FEDERIGHI, Wanderley José. *A execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Ações sincréticas e embargos de retenção por benfeitorias no atual sistema e no 13º anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil: enfoque às demandas possessórias. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, p. 7-27, abr./jun. 2000.

FLAKS, Milton. Precatório judiciário na Constituição de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n. 58, p. 85-98, abr./jun. 1990.

FONSÊCA, Vitor. Requisição de pequeno valor. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 370-380.

FRANCO, Fernão Borba. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Execução contra a Fazenda Pública: questões polêmicas nos tribunais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 818, p. 95-112, dez. 2003.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de Processo Civil, v. 3).

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Fazenda Pública em juízo. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos à execução contra a fazenda pública. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. *Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZEI, Rodrigo Reis; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A nova execução: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005* (art. 741 do CPC). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *A nova execução: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. A execução contra a Fazenda Pública e a Lei 11.232/2005. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Método, 2006.

MENDES JUNIOR, José do Carmo. A execução contra a Fazenda Pública e os débitos de pequeno valor. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (Coords.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Gilson Delgado. A execução contra a Fazenda Pública no sistema constitucional brasileiro. In: FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. *Reforma do CPC*. Por Daniel Amorim Assumpção Neves, Glauco Gumerato Ramos, Rodrigo Da Cunha Lima Freire, Rodrigo Reis Mazzei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PALHARINI JUNIOR, Sidney et al. *Nova execução de título extrajudicial*. São Paulo: Método, 2007.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Execução provisória no processo civil*. São Paulo: Método, 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2006 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SPALDING, Mauro. *Execução contra a Fazenda Pública Federal (por quantia certa)*. Curitiba: Juruá, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coords.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

O direito de exclusão no projeto de lei de ação civil pública

Christiane Mina Falsarella¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Propostas de alteração legislativas. 3 O direito de exclusão. 4 Críticas à previsão do direito de exclusão. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

A Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP), constituiu um significativo avanço no campo da proteção dos direitos coletivos, ao prever a ação civil pública para a sua tutela, inaugurando um sistema que foi complementado pela sucessiva legislação editada sobre o assunto.

Em 1988, a Constituição Federal concedeu estatutura constitucional à matéria, ao prever em seu texto a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e a outros interesses difusos e coletivos mediante ação civil pública, a cargo do Ministério Público (art. 129, III, da CF).

Inúmeras leis posteriores disciplinaram a questão, complementando o sistema de proteção aos direitos coletivos, dentre as quais merece destaque a Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Esse diploma legal aperfeiçoou o procedimento instituído pela LACP, cujo sistema passou a integrar por disposição expressa (arts. 90 do CDC e 21 da LACP).²

¹ Procuradora do Estado de São Paulo.

² Todavia, segundo Hugo Nigro Mazzilli, “nem tudo foi progresso, em matéria de defesa de interesses transindividuais no país. Mais recentemente, sucessivas alterações legislativas limitaram o âmbito das liminares em matéria de ações civis públicas; outras mudanças na

Os benefícios proporcionados pelas ações coletivas em geral são inegáveis. Conforme salientou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Benjamin em recente palestra, as ações coletivas são um fator de eficiência na prestação jurisdicional. Por meio delas, é possível a agregação de litígios. Mais do que isso, o emprego de ações coletivas permite a associação de litígios inviáveis individualmente. E, como aspecto mais importante, tal modalidade de ação funciona como um mecanismo de *empowerment* dos sujeitos vulneráveis.³

Do mesmo modo, José Rogério Cruz e Tucci ressalta as vantagens das ações coletivas:

“Não há dúvida de que o ajuizamento de uma ação de espectro coletivo implica evidente redução de custo e tempo, se comparados com aqueles que seriam despendidos em centenas de demandas individualmente aforadas para atingir idêntico escopo. Andrea Giusani informa que as estatísticas realizadas, em época relativamente recente, nas cortes norte-americanas, revelam que, apesar de os procedimentos relativos a ações de grupo serem, em média, quatro vezes mais lentos do que aqueles de causas individuais, o resultado global atingido com as primeiras, considerando-se o trinômio *custo-tempo-benefício*, é extremamente compensador.”⁴

Com isso, diante desse agrupamento de litígios inerente às ações coletivas, seria possível reduzir o número de processos em tramitação. O agrupamento privilegiaria ainda a segurança jurídica, uma vez que os diversos litígios seriam solucionados de maneira uniforme em um único processo, em especial nos casos de direitos individuais homogêneos.

legislação buscaram diminuir a eficácia da coisa julgada que se forma nestas ações (Lei n. 9494/97, originária da Med. Prov. n. 1.570/97, com as alterações das Med. Prov. ns. 1.798-2/99, 2.102-26/00 e 2.180-35/01); outras ainda, de maneira inconstitucional, chegaram a vedar o acesso coletivo à jurisdição em matérias em que o governo federal não tinha interesse em ver resolvidas, como questões tributárias ou atinentes ao FGTS (Med. Prov. ns. 1.984/25/00, 2.102-26/00 e 2.180-35/01)” (A defesa dos interesses difusos em juízo. 22. ed. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 127). Ressalte-se que a vedação à veiculação de pretensões tributárias por meio de ação civil pública, incluída entre o que o autor chama de restrições ao sistema de defesa coletiva, permanece no projeto de lei que pretende substituir a Lei n. 7.347/85.

3 Palestra acerca do futuro das ações coletivas, proferida em 3 de agosto de 2009, no seminário em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em São Paulo.

4 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 305-306.

Não obstante, na prática, o manejo das ações coletivas não acarretou a diminuição esperada do número de demandas. Essa situação se deve a basicamente dois fatores. O primeiro deles se refere à relação entre ações individuais e ações coletivas⁵. Pelo sistema atual, nos termos do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, a ação coletiva não induz litispendência quanto às ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada produzidos naquela não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

A respeito do tema, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“O objetivo do artigo 104 é tornar possível o ajuizamento da ação individual mesmo que pendente ação coletiva para a tutela de direito difuso, coletivo e individual homogêneo e, ainda, o de deixar claro que a tutela coletiva não trará benefícios para aquele que não requerer a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias após obter ciência do ajuizamento da ação coletiva.”⁶

Assim, a existência de ação coletiva não impede o ajuizamento de ações individuais, nem o prosseguimento daquelas que porventura já estiverem em andamento.

O segundo fator se refere ao tempo de tramitação das ações coletivas. Verifica-se, no cotidiano forense, que as ações coletivas apresentam tramitação consideravelmente mais lenta, em comparação com as ações individualmente ajuizadas.

Desse modo, nota-se que os dois fatores estão diretamente relacionados, pois os indivíduos lesados, considerando a possibilidade de ajuizar ações individuais independentes, têm preferido valer-se de tal meio, diante da maior agilidade em sua tramitação.

5 Em palestra sobre o projeto de nova lei da ação civil pública, proferida no seminário mencionado na nota anterior, na mesma data, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavasck afirmou que não houve diminuição da litigiosidade em razão da independência da ação individual em relação à ação coletiva.

6 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 749. (Curso de processo civil, v. 2).

2 Propostas de alteração legislativas

A despeito dos avanços obtidos com a Lei n. 7.347/85 e com a legislação subsequente, diversos estudiosos do processo coletivo passaram a sugerir a elaboração de uma nova lei acerca do tema, quer sistematizando as diversas leis esparsas, quer introduzindo modificações cuja necessidade foi sentida nesses vinte e cinco anos de vigência da Lei da Ação Civil Pública⁷. Desses estudos surgiram dois anteprojetos: o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado no âmbito do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob a coordenação da professora Ada Pellegrini Grinover, e o anteprojeto elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá, sob a coordenação do professor Aluísio de Castro Mendes.⁸

Afirma a professora Ada Pellegrini Grinover, uma das idealizadoras das Leis ns. 7.347/85 e 8.078/90, que, considerando o tempo de vigência dos referidos diplomas, bem como os numerosos estudos sobre a matéria, “tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma teoria geral dos processos coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual”⁹. E a elaboração de um código de processos coletivos desempenharia papel fundamental nesse aprimoramento do sistema de defesa dos direitos coletivos.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.139/2009, enviado pelo governo à Câmara Federal, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Na Exposição de Moti-

⁷ O Ministro Teori Albino Zavasck, no seminário já mencionado, questionou a real necessidade da aprovação de uma nova lei regulando a ação civil pública.

⁸ Para maiores esclarecimentos sobre os anteprojetos, consultar: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.), *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, cit., p. 11.

vos n. 43 do Ministério da Justiça, de 8 de abril de 2009, ressaltou-se, dentre as inovações do anteprojeto de lei que regula a ação civil pública, o “tratamento diferenciado dos institutos de conexão, continência e litispendência, *visando a assegurar de maneira mais ampla a reunião de processos e a evitar a proliferação de demandas e a divergência entre julgamentos*” (item 7, “g”, destaque nosso).

Entre os mecanismos tendentes a evitar a proliferação de demandas, deve ser destacada a previsão do direito de exclusão. Tal inovação, que será melhor analisada adiante, foi enfatizada pelo Ministro Teori Albino Zavasck, na palestra referida, como um dos progressos do projeto de lei em questão.

De acordo com o novo mecanismo, o indivíduo que não pedir a sua exclusão do processo coletivo será afetado pela decisão nele proferida. Com isso, busca-se equacionar a questão da independência das ações individuais em relação à ação coletiva.

A propósito desse problema, já mencionado, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes fez um preciso diagnóstico que, apesar de extenso, merece ser transcrito:

“As modificações procuraram atentar para uma realidade de certo modo perversa que vem se mantendo ao longo dos últimos vinte anos: as ações coletivas não estavam obtendo pleno sucesso no sentido de serem, de fato, as grandes catalisadoras desses anseios e de serem realmente o instrumento efetivo e útil para a solução dos problemas individuais decorrentes de origem comum. Não lograram, assim, ser um modo capaz de resolver o conflito de muitos mediante um único processo coletivo. Por conseguinte, o Poder Judiciário continuou e continua a receber centenas, milhares e milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento por parte dos órgãos judiciais, que se vêem envolvidos com um número enorme e comprometedor, em termos de qualidade e celeridade dos serviços prestados. Os exemplos são inúmeros: expurgos nas cadernetas de poupança e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), reajuste de benefícios previdenciários, de vencimentos e

de salários, questões tributárias nas esferas municipais, estaduais e federal etc. O motivo pode ser facilmente percebido: o sistema vigente banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes destes com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já existe decisão coletiva transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual.”¹⁰

Na sequência, o autor indica o mecanismo do direito de exclusão como um modo de enfrentar a questão.

Outra inovação afeta ao tema versado, e que envolve o segundo fator acima apontado, é a previsão de regime próprio e acelerado de tramitação para as ações coletivas, cuja necessidade foi destacada pelo Ministro Antônio Herman Benjamin, no evento já referido. O Projeto n. 5.139/2009 apresenta como um dos princípios do processo civil coletivo “a duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias” (art. 3º, II). E, nas disposições finais, estabelece que as ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais, permitindo ainda que a União, os Estados e o Distrito Federal criem juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância (arts. 63 e 64).

Portanto, o projeto oferece algumas alternativas para enfrentar os dois fatores apontados como responsáveis pela permanência da multiplicidade de demandas individuais.

3 O direito de exclusão

O direito de exclusão está previsto no artigo 13 do Projeto de Lei n. 5139/2009, que dispõe:

“Artigo 13 - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados,

10 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 435.

titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Parágrafo único - A comunicação dos membros do grupo, prevista no *caput*, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outros meios de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.”

Há previsão do direito de exclusão no direito norte-americano que, ao disciplinar as *class actions*, adotou o sistema do *opt out*, ou sistema da exclusão. Por tal sistema, que se contrapõe ao do *opt in*, o indivíduo precisa requerer sua exclusão para não ser atingido pelos efeitos da decisão do processo coletivo. Já no sistema do *opt in*, ou de inclusão, o indivíduo deve manifestar sua opção em ser abrangido pela decisão coletiva.¹¹

Rodolfo de Camargo Mancuso manifestou-se favoravelmente quanto a uma alteração no direito brasileiro nesse aspecto:

“Na pauta de uma possível – e a esta altura recomendável – releitura da experiência brasileira sobre a tutela dos interesses metaindividuais, será preciso ter presente a notável ampliação de objeto advinda ao seu principal instrumento – a ação civil pública – e as consequências daí decorrentes. Poder-se-á também cogitar de um sistema semelhante ao empregado nas *class actions*, que assegure ao integrante da *classe* ou *categoria* envolvida na ação o direito de opção inicial por ficar ou não vinculado ao que se irá afinal decidir (*opt in-opt out*). É claro que o êxito desse sistema pressupõe a existência de um sistema de publicidade e comunicação realmente eficaz.”¹²

11 Ver: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 187-188.

12 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 280-281.

Se for realmente adotado o direito de exclusão, haverá uma mudança na postura exigida dos indivíduos frente à ação coletiva. Pelo sistema atual, somente será abrangido pela decisão da ação coletiva o indivíduo que requerer a suspensão de sua ação individual. Com o novo sistema, a situação se inverte, pois o indivíduo é abrangido pela ação coletiva, tendo a sua ação individual extinta, ainda que se mantenha inerte. Somente será excluído se assim o requerer expressamente, valendo-se de seu direito de exclusão. Portanto, a regra passaria a ser a inclusão dos indivíduos nos provimentos emanados de processos coletivos. A exclusão seria então a exceção, a depender de requerimento expresso.

O dispositivo, no entanto, não impediria o acesso individual ao Poder Judiciário. Não há ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, que está inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ensina Uadi Lammêgo Bulos que “por seu intermédio, nenhuma das espécies normativas do artigo 59 da Carta de 1988 pode inviabilizar a tutela jurisdicional, preventiva ou repressiva, de direito individual, coletivo, difuso ou individual homogêneo”.¹³

Uma vez aprovado o projeto de lei em comento, o acesso ao Judiciário continuará garantido, uma vez que o indivíduo que não quiser ser abrangido pelo processo coletivo terá a opção de ingressar com sua demanda individual, desde que requeira sua exclusão tempestivamente.

Ao analisar o princípio do acesso à justiça sob o enfoque do processo coletivo, aduz Rodolfo de Camargo Mancuso:

“O sistema processual coletivo é concebido, a princípio, de molde a desestimular o afluxo de demandas individuais à Justiça, até porque a tutela judicial objetivada é *molecular*, voltada a prevenir a atomização do conflito coletivo em múltiplas e repetitivas ações particulares. Tudo, naturalmente, sem perder de vista a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), que hoje merece uma releitura, não podendo ser visto como um *incentivo à litigância*, ao risco de que o número excessivo de ações individuais acabe por desfigurar o caráter verdadeiramente coletivo do conflito.”¹⁴

13 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 484.

14 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 266.

4 Críticas à previsão do direito de exclusão

A previsão do direito de exclusão, entretanto, não é unânime entre os doutrinadores. Hugo Nigro Mazzilli, por exemplo, é contrário à sua existência, defendendo a manutenção do sistema tal como se encontra.

O autor, não obstante considere legítima a preocupação em evitar a dispersão em milhares de ações individuais, acredita que a inovação cria um ônus inadmissível para os indivíduos. Afirma ser “absolutamente inviável que cada brasileiro, das mais longínquas regiões do país, tenha de sair correndo para comparecer em outra comarca (o foro do processo coletivo), para pedir sua exclusão daquele processo”. Segundo Mazzilli:

“A solução tem de ser a inversão da regra contida no Projeto, para manter o sistema atual dos artigos 94 e 104 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): em vez de ser um ônus do lesado o de pedir sua exclusão do processo coletivo, deve ser um direito seu suspender o processo individual. Com isso, não se estimulará o processo individual (‘demandismo’), mas sim o sistema mais eficiente (o processo coletivo) naturalmente desestimulará o processo individual, por opção do próprio lesado, e não por indevido óbice da lei infraconstitucional, o que inviabilizaria uma das mais importantes garantias constitucional de acesso à jurisdição.”¹⁵

No tocante à garantia de acesso ao Judiciário, conquanto seja dificultada, não é afastada, pois o lesado conserva a possibilidade de ingressar com sua demanda individual. No que concerne à afirmação de que o processo coletivo naturalmente desestimulará o processo individual, vimos não ser o que tem ocorrido na prática, pois a disciplina da ação civil pública não impediu o surgimento de milhares de ações individuais versando sobre as mesmas matérias das ações coletivas.

Deve-se atentar, todavia, ao ponto em que o autor coloca a dificuldade prática que poderiam ter os jurisdicionados em requerer sua exclusão de processos coletivos instaurados em regiões distantes do país. Esse é um problema relevante do novo mecanismo, que não pode ser ignorado.

15 MAZZILLI, Hugo Nigro. Sugestões sobre o PL 5.139 de 2009 (nova LACP). Disponível em: <www.mazzilli.com.br>. Acesso em: 05 dez. 2009.

A par dessa questão, outras devem surgir acerca de aspectos operacionais do direito de exclusão, se aprovado o dispositivo. O projeto de lei foi deveras conciso ao disciplinar o mecanismo, dispondo apenas que o direito de exclusão deve ser exercido até a publicação da sentença, por interessados previamente comunicados da existência da ação coletiva. Percebe-se, assim, a necessidade de uma disciplina mais detalhada do mecanismo da exclusão.

5 Conclusão

Diante do que foi exposto, conclui-se que o mecanismo do direito de exclusão, previsto no projeto de lei que disciplina a ação civil pública, pode vir a obter êxito em seu intuito de aprimorar o processo coletivo. O direito de exclusão, se devidamente disciplinado, pode auxiliar a tarefa de diminuir a proliferação de demandas individuais em litígios de cunho coletivo, ou que podem ser abordados coletivamente. Assim, em decorrência do agrupamento dos litígios, haveria a redução do número de processos em tramitação, com a consequente uniformidade na decisão desses litígios. Portanto, a ação coletiva passaria a ter papel preponderante, prestigiando a segurança jurídica e a eficiência na prestação jurisdicional.

O mecanismo, no entanto, não basta por si só, devendo ser conjugado com outras providências, como a efetiva agilização no processamento e julgamento dos processos coletivos, de modo a tornar a ação coletiva um instrumento viável na defesa tempestiva dos interesses coletivos. Além disso, o próprio mecanismo precisa ser aprimorado, a fim de evitar que sua utilização, ao invés de propiciar o avanço esperado, seja fonte de maiores complicações no manejo das ações coletivas.

6 Referências

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de Processo Civil, v. 2).

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Coisa julgada coletiva e o pedido implícito de condenação genérica à reparação de danos individuais

Flávio Marcelo Gomes¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Fundamentos da utilização individual da sentença coletiva. 2.1 A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada coletiva. 2.1.1 Teoria amplexiva. 2.1.2 Teoria restritiva. 2.1.3 Adoção da teoria amplexiva na ação civil pública? 2.2 O julgamento implícito do dever de indenizar. 3 Hipóteses legais de aplicação do julgamento implícito do dever de indenizar. 4 Referências.

1 Introdução

A Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, responsável pela disciplina da ação civil pública, tornou-se, nestes vinte e cinco anos de sua vigência, a viga mestra da tutela dos direitos transindividuais. O microssistema de tutela dos direitos transindividuais que se formou no decorrer dos anos, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso, entre outros, tem como denominador comum a Lei de Ação Civil Pública, pedra de toque das ações coletivas. Não é à toa que qualquer alteração da ação civil pública pretendida pela política legislativa começa pela revisão de seus dispositivos, já bastante modificados desde a sua publicação.

Merece destaque, dentre outros institutos disciplinados pela Lei de Ação Civil Pública, o da coisa julgada, fenômeno que guarda estreita

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito pela Unioledo/Araçatuba.

ligação com a estrutura da relação jurídica litigiosa. Os direitos difusos e coletivos, com suas peculiaridades típicas de direitos indisponíveis pertencentes a vários titulares, levaram à alteração das regras então vigentes para os limites subjetivos da coisa julgada, para que passassem a abranger terceiros não pertencentes aos polos da ação civil pública. Os limites subjetivos da coisa julgada, previstos no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, foram objeto de várias normas que a sucederam, em especial a Lei n. 9.494/97. Mas não apenas os limites subjetivos da coisa julgada mereceram novos contornos para se adaptarem ao sistema de tutela dos direitos transindividuais. Também os chamados limites objetivos da coisa julgada foram objeto de discussão nestes vinte e cinco anos de ação civil pública. Ganha destaque o artigo 103, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor que, segundo doutrina abalizada, teria alterado a incidência dos limites objetivos da coisa julgada, aumentando a eficácia da norma prevista no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública. É exatamente esse o tema objeto deste estudo.

O microssistema legal que regulamenta a tutela coletiva dos direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) autoriza a propositura de ação coletiva com o escopo de obter a condenação do réu a indenizar todos os danos por ele provocados a particulares. A chamada condenação genérica permite aos interessados o uso da sentença coletiva transitada em julgado, promovendo sua liquidação por artigos e ulterior execução (arts. 95 e ss. do CDC). É o que ocorreu com a ação civil pública promovida pelo Ministério Público de São Paulo em face da Telecomunicações de São Paulo S/A com o escopo de obter sua condenação à reparação de danos aos consumidores, haja vista cobrança indevida de valores por serviços não efetuados ou não solicitados. O Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação com Revisão n. 884.599-0/0) condenou a ré ao pagamento do dobro do montante efetivamente cobrado de cada consumidor. Os consumidores lesados podem obter a reparação dos danos individualmente sofridos promovendo a liquidação e a execução do acórdão sem ter que ajuizar ação de conhecimento. Nesse caso, o pedido de condenação é explícito e faz propositadamente parte do objeto da ação.

A defesa coletiva dos direitos individuais, porém, vai além. Uma das mais festejadas inovações legais no âmbito da tutela dos direitos transindividuais é, sem dúvida, a alegada ampliação do objeto do processo

com o fim de beneficiar as pessoas que sofreram danos individuais decorrentes da conduta ilícita daquele que figurou como réu em ação civil pública. A inovação é prevista no artigo 103, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, cuja interpretação tem levado os especialistas do tema a incluir em toda sentença proferida em ação civil pública o dever genérico de indenizar a todos os indivíduos que sofreram danos em decorrência da conduta do demandado. Independentemente da existência de pedido condenatório expresso, o réu seria condenado à reparação de todos os danos que teria causado, desde que ligados aos fatos que constituíram a lide da ação coletiva.

As inovações veiculadas pela Lei de Ação Civil Pública no tema da coisa julgada coletiva (em seu art. 16) foram ampliadas com o advento do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 103, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor possui duas partes: na primeira, prevê que “os efeitos da coisa julgada de que cuida o artigo 16, combinado com o artigo 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicam as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código”; na segunda, “se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99”.

A primeira parte do dispositivo determina a independência entre as ações civis públicas em defesa de direitos coletivos e difusos, as ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos e as ações de indenização individuais. O dispositivo legal tem o escopo de evitar que eventual improcedência de ação civil pública prejudique as ações individuais promovidas pelas pessoas envolvidas na lide. Muito embora o pedido da ação civil pública tenha sido julgado improcedente, é viável a condenação do réu comum, nos autos da ação individual, à indenização pelos prejuízos sofridos pelo autor.

Na segunda parte, é estabelecido que, com base nos artigos 13 e 16 da Lei n. 7.347/85, as ações civis públicas beneficiarão aqueles que sofreram danos em sua esfera individual. É a essa parte da norma que se dá o crédito de provocar a ampliação do objeto da ação civil pública, para fazer incluir em qualquer demanda coletiva o pedido de condenação genérica à reparação de todos os danos individualmente sofridos. A economia de palavras e a forma pouco clara com que o legislador tratou

do assunto exigem um estudo detalhado a respeito do tema, em especial focando os limites objetivos da coisa julgada e o pedido implícito de indenizar direitos individuais homogêneos.

Dizem os estudiosos que o Código de Defesa do Consumidor prevê o transporte da decisão coletiva para as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos. Para Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 12), o parágrafo 3º do artigo 103, inspirado no princípio de economia processual, dispõe sobre a ampliação do objeto do processo, possibilitando aos titulares de direitos individuais oriundos do mesmo fato em que a demanda coletiva se fundamenta (conduta lesiva do réu) o benefício da indiscutibilidade da responsabilidade do réu pelos danos por eles sofridos. Anota Marcos Paulo Veríssimo (2006, p. 545) que a regra autorizaria “uma espécie de ampliação *ope legis* do objeto do processo, por meio da qual a sentença de procedência irá sempre condenar o réu, implicitamente, à reparação individual dos danos causados pela conduta ilícita estabelecida incidentalmente na ação coletiva”.

Com essa previsão legal, as vítimas e seus sucessores poderiam liquidar e executar diretamente a sentença coletiva, sem a necessidade de processo de conhecimento e de nova sentença condenatória. E isso porque a questão prejudicial da responsabilização do réu seria deslocada *ope legis* para o dispositivo da sentença, ganhando *status* de objeto da coisa julgada, e porque a sentença coletiva de procedência tornar-se-ia coisa julgada *erga omnes*. Poder-se-ia exemplificar com o caso concreto levado aos tribunais pela ação civil pública promovida pelo Ministério Público em face de construtora contratada pelo Estado de São Paulo para a construção do presídio de Samaritá. No caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a ação civil pública ambiental pode ser promovida em face do causador direto do dano e do causador indireto, mas o litisconsórcio passivo que se forma é facultativo (REsp n. 37.354-9/SP). A empresa construtora foi condenada a reparar os danos ambientais provocados pela empreitada. Muito embora não tenha havido pedido de condenação genérica para indenizar todos os danos sofridos individualmente, seria possível a qualquer interessado o uso dessa sentença coletiva para ver ressarcidos os prejuízos decorrentes do dano ambiental. Para tanto, não precisaria promover ação de conhecimento condenatória, mas diretamente a liquidação dessa sentença coletiva,

apurando o *quantum debeatur* de seu direito e o nexo de causalidade entre a construção do presídio e o dano sofrido.

Assim, se o pedido é acolhido, “a sentença prevalece em definitivo, perante todos os membros da coletividade, que podem valer-se da coisa julgada em benefício de seus interesses individuais” (GRINOVER, 1990, p. 11). Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 13) exemplifica com ação civil pública que tenha por objetivo a retirada do mercado de produto nocivo à saúde julgada procedente. A sentença que reconhecer os danos pelo fato do produto beneficiará as vítimas, que poderão, “sem necessidade de novo processo de conhecimento, alcançar a reparação dos prejuízos pessoalmente sofridos, mediante liquidação e execução da sentença coletiva”. Na hipótese de improcedência da ação, as vítimas e seus sucessores poderão propor suas próprias ações de reparação de danos. No mesmo sentido, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (2006, p. 211) assevera que a ação civil pública, muito embora tenha sido promovida em defesa direta de direitos difusos ou coletivos, indiretamente e por via de consequência serve à tutela do “feixe de direitos e interesses individuais das vítimas/lesados, derivando esses direitos e interesses da mesma origem (origem comum)”. Também Hugo Nigro Mazzilli (2001, p. 395) afirma que, “pelo sistema da tutela coletiva, as vítimas e seus sucessores beneficiam-se: a) da sentença de procedência em questão atinente à defesa de interesses difusos; b) da sentença penal condenatória”.

Ocorreria, com isso, segundo correntemente se alega, a ampliação do objeto do processo coletivo, com o fim de nele abranger o dever de indenizar os danos causados pela conduta lesiva. Essa ampliação do regime jurídico da coisa julgada coletiva, não suficientemente desenvolvida mesmo após vinte e cinco anos da Lei de Ação Civil Pública, e nas vésperas da reforma do sistema de tutela dos direitos transindividuais, merece detida reflexão. Afinal, diante do texto legal, “se procedente o pedido, se beneficiarão as vítimas e sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99”, é preciso concluir acerca da forma pela qual os efeitos da coisa julgada *erga omnes* previstos no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública poderão beneficiar as vítimas e sucessores. Ainda é de se questionar sobre qual é a técnica que operacionaliza a liquidação e a execução de sentença coletiva proferida

em ação que não teve como objeto a condenação genérica do réu à reparação de danos individualmente sofridos. Em outras palavras, de que forma a regra beneficia as vítimas e seus sucessores? As respostas a essas questões permitirão dimensionar a amplitude da reforma empreendida pelo Código de Defesa do Consumidor no regime da coisa julgada coletiva originalmente previsto na Lei de Ação Civil Pública.

2 Fundamentos da utilização individual da sentença coletiva

O uso da sentença coletiva para liquidação e execução por danos individualmente sofridos pode ser justificado por duas linhas de raciocínio apresentadas pela doutrina. A primeira perspectiva procura encontrar no dispositivo legal uma ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, para abranger o reconhecimento judicial a respeito da ilicitude da conduta do réu, que se encontra na motivação da sentença. A segunda inclui em toda ação civil pública o pedido implícito de condenação genérica à reparação dos direitos individuais homogêneos, inserida por lei no dispositivo da sentença. A seguir, cada uma dessas correntes será analisada detidamente.

2.1 A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada coletiva

Tanto a sentença quanto o acórdão veiculam várias apreciações feitas pelos julgadores a respeito da causa. O relatório contém a narrativa do trâmite processual. A motivação traz os fundamentos da decisão final e as soluções a respeito de questões prejudiciais e questões incidentes. Por fim, o dispositivo veicula a decisão final sobre a procedência ou improcedência da demanda e os comandos pertinentes. Seria todo esse conteúdo abrangido pela coisa julgada? Essa resposta é possível com o estudo dos limites objetivos da coisa julgada, ou seja, a identificação precisa do que não mais será objeto de impugnação juridicamente válida pelas partes.

A admissão da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada aos motivos da sentença é um problema de política legislativa, sendo possível uma posição restritiva, que se apoia fundamentalmente no princípio dispositivo, e outra posição “amplexiva”, em face da preocupação paternalista de evitar desarmonias entre os julgados.

2.1.1 Teoria amplexiva

As soluções encontradas pelos romanos para questões envolvendo a estabilidade dos julgamentos, como a possibilidade do juiz alterar sua própria decisão e a viabilidade da propositura da mesma ação já julgada, foram teorizadas pelos pandectistas alemães. Entre outros aspectos que foram levados em consideração, verificou-se que os romanos exigiam para a identificação das ações elementos diversos daqueles que compõem a tríplice identidade moderna.

Teorizando as soluções latinas, Savigny afirmou que as sentenças trazem um desenvolvimento lógico realizado pelo raciocínio do juiz sobre os fatos a ele trazidos, que possibilita a conclusão da decisão, atribuindo a qualidade da coisa julgada aos motivos objetivos da sentença. Seguindo a orientação latina, que não distinguia o objeto e a causa de pedir para a identificação das demandas, Savigny exigia uma dupla identidade: objetiva, comportando o objeto da causa (motivação e dispositivo da sentença, correspondentes ao pedido e causa de pedir da ação), e subjetiva, ligada à identidade das partes (ALSINA, 1961, p. 135).

O jurista confere uma excessiva valoração ao seu elemento lógico, fruto de sua teoria da ficção da verdade. Busca explicação jurídica para as sentenças ditas injustas, nas quais a aplicação do direito positivo, mesmo realizado de forma infeliz, estaria enraizado em uma fundamentação lógica (motivos objetivos), sendo imutável pelo fato de ser presumivelmente correta. Assim, a justificativa da adoção da coisa julgada é a presunção de veracidade que ela atribui à sentença. O que legitima essa presunção de veracidade é o uso do raciocínio lógico pelo juiz, na aplicação do direito e apreciação dos fatos. Mesmo que a sentença seja afinal injusta, é fruto de uma decisão desapaixorada e logicamente coerente, o que autoriza sua estabilidade contra ataques das partes.

Segundo a teoria amplexiva ou ampliativa, todo o conteúdo decisório da sentença ou acórdão é atingido pela coisa julgada. Tornar-se-ão imutáveis e indiscutíveis não só a decisão final, mas também todas as questões prejudiciais decididas incidentalmente. Nesse sentido, Elio Fazzalari (1992, p. 285) defende que a autoridade da coisa julgada atinge tanto os comandos emergentes do dispositivo da sentença, quanto o juízo exposto na motivação. Não só a questão principal deduzida nos

pedidos formulados pelas partes, mas também as questões incidentais se tornam irretratáveis.

A teoria ampliativa da coisa julgada atribui a todas as decisões tomadas pelo juiz a autoridade de coisa julgada, quer sejam incidentais, quer sejam principais. Alegam os defensores de um sistema “amplexivo” que o aumento do domínio da indiscutibilidade é decisivo para o alcance da certeza e da paz social, além de ser aplicação do princípio de economia processual, visto que as questões prejudiciais, uma vez decididas, não poderiam novamente ser apreciadas (MENDES, 1968, p. 360).

Ainda, argumentam com a necessidade de harmonia dos julgados, ofendida que estaria se os motivos das sentenças não se tornassem coisa julgada, assim como ocorre no seguinte exemplo: A invoca violação de patente e pede a condenação do violador a abster-se de continuar a praticá-la. Sendo procedente a ação, torna-se indiscutível que B foi condenado a essa obrigação de não fazer. Noutro processo, A pede indenização de perdas e danos e o julgador entende que não houve violação de patente, considerando improcedente a ação. O fato de ora ser considerada presente a violação de patente, e ora não, acarretaria diminuição do prestígio do Judiciário, tendo em vista a contradição entre juízos sobre a mesma questão (GOMES, 2009, p. 160).

Na doutrina espanhola, Juan Montero Aroca (2001, p. 624-626), embora reconheça que a tese comumente encontrada na jurisprudência e na doutrina restringem a coisa julgada ao dispositivo da sentença, defende que a sentença, seja de procedência ou de improcedência, tem por fundamento a causa de pedir, motivo pelo qual tem esta que ser incluída na coisa julgada. Para sustentar sua tese, afirma que a coisa julgada abrange todos os fatos que poderiam ter sido alegados, as declarações de existência ou inexistência de relações jurídicas que são os fundamentos da sentença.

O Código de Processo Civil de 1939 dispunha, em seu artigo 287, que “a sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único - Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituem premissa necessária da conclusão”. Segundo Ada Pellegrini Grinover (1974, p. 89), “tal redação possibilitava interpretação ampla, autorizando o entendimento de que a coisa julgada abrangesse também os fundamentos de sentença”. A

doutrina acabou se firmando, no entanto, no sentido da tese mais restritiva, que veio a ser consagrada no Código de Processo Civil de 1973 (GRINOVER, 1974, p. 90; MARQUES, 2000, p. 365).

2.1.2 Teoria restritiva

A teoria restritiva limita aos pedidos das partes o conteúdo da sentença ou acórdão que fará coisa julgada material. As decisões a respeito das pretensões das partes estão situadas, topologicamente, no dispositivo da sentença. Essa teoria é afinada com o princípio da demanda, na medida que respeita e estimula a liberdade dos envolvidos no conflito em decidir o que lhes convém seja decidido com força de coisa julgada.

O legislador brasileiro adotou, em regra, a corrente restritiva, ao afastar a coisa julgada dos motivos, da verdade dos fatos e da apreciação da questão prejudicial (art. 469 do CPC). A favor do sistema restritivo levantam-se as vozes no sentido de que a restrição do âmbito de incidência da coisa julgada favorece a busca pela justiça, visto que questões mal decididas poderiam novamente ser discutidas. Por outro lado, as contradições entre os julgados, observadas anteriormente, podem ser evitadas com a utilização pelas partes de instrumentos como a reconvenção e a ação declaratória incidental, numa simples aplicação do princípio dispositivo. Segundo Castro Mendes (1968, p. 116), “o direito só intervém em nome da justiça se suspeitar de uma diminuição da liberdade”. Havendo liberdade de escolha entre a imutabilidade ou mutabilidade das questões prejudiciais, não haveria por que, por força de lei, impor-se a primeira.

Note-se que a teoria de Savigny foi criticada por Chiovenda, para quem os romanos não estenderam a autoridade da coisa julgada aos motivos da sentença, os quais serviam para a identificação das ações (apud NIEVA FENOLL, 2006, p. 53). É nesse sentido que Adolfo Schönke (1950, p. 266) conclui que a autoridade da coisa julgada não se estende aos fatos considerados verdadeiros pelo tribunal, às afirmações a respeito das normas jurídicas, nem aos fatos considerados verdadeiros pelo tribunal. Tão só a decisão a respeito da pretensão obtém a qualidade de coisa julgada material, nunca as questões decididas na motivação (1950, p. 267).

Acertadamente, nosso Código de Processo Civil em vigor especificou, deixando a matéria livre de dúvidas, que os fundamentos da sentença não são abrangidos pela autoridade da coisa julgada. Assim, prescreve o artigo 469: “Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”

A regra segundo a qual a coisa julgada não alcança a apreciação de questões prejudiciais decididas incidentalmente no processo, como registra Eduardo Talamini (2005, p. 83), “é adotada nos direitos portugueses, italiano, espanhol e alemão, entre outros. Muito mais ampla, porém, é a extensão da coisa julgada no direito anglo-americano: em regra, atinge direta e autonomamente todas as questões incidentais”.

A possível contradição lógica entre julgados advinda da aplicação da teoria restritiva chamou a atenção Chiovenda (2000, 456), para quem procura-se afastar apenas o conflito prático entre as sentenças, ou seja, a ocorrência de decisões diferentes a respeito da mesma ação, e, por isso mesmo, praticamente incompatíveis. Não se preocupa, ou não se prevê remédio algum, aos simples conflitos teóricos, ou seja, para o caso de “*decisiones logicamente incompatibles, pero practicamente conciliadores*”; ou, decisões logicamente incompatíveis, mas compatíveis na prática (CHIOVENDA, 2000, p. 456).

Isso não quer dizer, entretanto, que a atribuição ou negação do bem da vida pedido pelo autor seja isolada e vaga no espaço, independente de outros elementos. O exame dos fundamentos da sentença é determinante para identificar os contornos com os quais a demanda é proposta, na medida que especifica quais são os fatos ou conjunto de fatos que compõem a causa de pedir.

Somente as questões decididas no conteúdo do dispositivo da sentença se tornam imutáveis e indiscutíveis. Discute-se, porém, o que está contido nessa parte da sentença. Deve-se partir da premissa de que somente a conclusão final a respeito do que foi pedido pelas partes é que está topologicamente situado no dispositivo. Segundo o artigo 458 do Código de Processo Civil, são requisitos essenciais da sentença:

o relatório (contendo “os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”), os fundamentos (“onde o juiz analisará as questões de fato e de direito”) e o dispositivo (no qual “o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”).

O dispositivo da sentença definitiva tem em si uma decisão do juiz quanto ao pedido do autor, tomada após a análise dos elementos trazidos aos autos. A decisão final é a conclusão a que ele chega ao apogeu do processo e que pode ser resumida desta forma: se procedente a ação, o juiz conclui que o autor tem direito ao provimento jurisdicional pedido – é titular do direito controvertido – e, dessa forma, em sentença meramente declaratória, reconhece a existência ou inexistência da relação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de documento (art. 4º do CPC); ou então, em sentença constitutiva, determina a criação ou o fim de determinada relação jurídica; ou ainda, em sentença condenatória, condena o réu a determinada prestação (GOMES, 2009, p. 163-170).

O conteúdo do dispositivo da sentença é fixado pelos pedidos formulados pelas partes na ação, na reconvenção, no pedido contraposto e no pedido de declaração incidental. Como afirma José Frederico Marques (2000, p. 364), “se o juiz deve limitar-se a julgar o pedido, pelo que traça este a área da litispendência, é óbvio que só as questões a ele pertinentes ficam resolvidas, de maneira imutável, pela sentença passada em julgado”. É fundamental ter em conta que o conteúdo do dispositivo é fixado não somente pelos pedidos formulados pelo autor, mas também pelo réu, quando utiliza os meios processuais adequados (SCHÖNKE, 1950, p. 265).

Na doutrina italiana, Enrico Tullio Liebman (1992, p. 298) assevera que o objeto da coisa julgada é a decisão a respeito da demanda e da eventual reconvenção propostas em juízo, especificamente na parte em que reconhece a procedência ou improcedência da ação e, na primeira hipótese, a determinação para a produção de efeitos condenatórios, constitutivos e declaratórios. Nesse sentido, Karl Heinz Schwab (1968, p. 193) afirma que a conclusão final a respeito desses pedidos está contida no dispositivo da sentença, em que o juiz condena o réu a pagar ao autor determinada quantia, ou entregar-lhe determinada coisa, declara a existência ou inexistência de um direito ou relação jurídica, ou, enfim,

põe fim ou cria alguma relação jurídica. Nas decisões de improcedência da demanda, o dispositivo conterà a negação do pedido.

Segundo Andrea Lugo (1999, p. 184), a resolução e a declaração do direito que forma a premissa lógica da decisão, e por isso integra a decisão final, também se tornam indiscutíveis e imutáveis. Isso não implica a extensão da coisa julgada material às decisões meramente incidentais encontradas na sentença, mas apenas ao que se chama de elemento declaratório da sentença, que surge como premissa lógica da decisão e integra a conclusão final (LUGO, 1999, p. 184). O *accertamento*, expressão usada pelos italianos para denominar a declaração do direito, forma a premissa lógica da decisão e integra a decisão final.

Pode-se dizer que dispositivo é a conclusão de tudo o que foi requerido pelas partes na petição inicial, na reconvenção, no pedido contraposto do rito sumário ou no pedido formulado pelo réu nas ações dúplices. O dispositivo pode ser visualizado da seguinte forma: o elemento declaratório e, nos casos de sentenças de procedência da ação, o comando.

Apesar de não receber o manto da coisa julgada material, a motivação da sentença é importante para determinar o alcance da parte dispositiva. Acerca da importância dos motivos da sentença na identificação da causa, sem, no entanto, se filiar à teoria de Savigny, Eduardo Couture (1946, p. 432) afirma que, em regra, os fundamentos da decisão não se tornam imutáveis e indiscutíveis, mas, excepcionalmente, quando a parte dispositiva da sentença faz remissão a eles de forma expressa e constituem pressuposto lógico da decisão, a questão prejudicial torna-se inseparável do dispositivo e importante para delimitar a abrangência da coisa julgada.

Com efeito, a autoridade da coisa julgada atinge decisões tomadas a respeito de certa e determinada lide. Assim, se A e B mantiverem vários contratos entre si, a improcedência da demanda em que se pede a condenação ao cumprimento da obrigação prevista no contrato X não impede demanda relativa ao contrato Y. A primeira coisa julgada formou-se relativamente ao fato constitutivo “contrato X”, e somente com relação a esse fato constitutivo o pedido de condenação é possível de se obter. Mesmo que indispensáveis para determinar com exatidão o significado e o alcance do dispositivo, as decisões tomadas incidentalmente não se tornam estáveis, pois apenas o que o julgador decidiu acerca do pedido

das partes encontra-se contido no universo conceitual da coisa julgada (LIEBMAN, 1976, p. 155).

Muito embora os motivos da decisão não ganhem foro de coisa julgada, são fundamentais para identificação da ação, motivo pelo qual, usando as expressões de Ovídio Baptista da Silva (1995, p. 169), “o dispositivo se há de entender e dimensionar em razão desses motivos, tanto que o legislador os considera importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”.

2.1.3 Adoção da teoria amplexiva na ação civil pública?

A ânsia em criar um sistema superprotetivo do consumidor levou alguns intérpretes a crer na cristalização dos elementos formadores da motivação da sentença. Tal visão traz a dificuldade em estabelecer quais desses elementos se tornariam imutáveis e indiscutíveis, além do que não se justificaria uma técnica amplexiva dentro de nosso ordenamento jurídico. Retornaríamos aos debates que ocuparam a doutrina no advento do Código de Processo Civil anterior.

Não diz a norma, nem explicitamente, nem tampouco por interpretação extensiva, que os motivos da sentença coletiva se tornam indiscutíveis e imutáveis *erga omnes* ou *ultra partes*. Para fazê-lo, teria que apontar com precisão qual fato seria reconhecido verdadeiro, a salvo de qualquer impugnação, autorizando, por isso, o uso individual da sentença coletiva. Entre a miríade de conclusões a que chegou o julgador, qual seria abarcada pelos limites da coisa julgada material? Todas as questões resolvidas incidentalmente seriam objeto da coisa julgada, ou apenas o reconhecimento da eventual existência de danos individuais e o nexo de causalidade entre esses danos e a conduta ilícita do réu? Essas questões não são respondidas pela norma, o que inviabiliza seu uso eficiente em prol dos titulares dos direitos individuais homogêneos.

Certamente interessaria aos jurisdicionados o reconhecimento da ilicitude da conduta do réu, sem possibilidade de reforma, eximindo o autor da ação individual do ônus de sua prova. A declaração judicial obtida em sede de ação civil pública de que determinada construtora de fato gerou o dano ambiental, por exemplo, tornar-se-ia indiscutível nos autos da ação individual de reparação de danos. O réu, na medida

que já pôde outrora discutir esses fatos, não poderia impugnar validamente essa declaração. Restaria ao interessado, portanto, provar apenas o dano que sofreu e o nexo de causalidade entre ele e aquela conduta. Haveria nítida vantagem ao particular, na medida que, não raro, o custo da prova da ilicitude da conduta é alto, se não proibitivo, sem contar as situações em que sua produção se tornou impossível.

Dita ampliação dos limites objetivos da coisa julgada para as questões decididas incidentalmente na sentença (ilicitude da conduta lesiva), porém, não é apta a permitir, como quer parecer o dispositivo legal, ao autor individual “proceder à liquidação e à execução” dessa sentença. Nenhuma execução prescinde de um título executivo. A simples indiscutibilidade da lesividade da conduta não implica em condenação judicial a reparar danos individualmente sofridos. A possibilidade de liquidação e execução da sentença coletiva não pode advir de eventual ampliação dos limites objetivos da coisa julgada coletiva. Se houvesse apenas a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada coletiva, as vítimas e seus sucessores não poderiam se furtar de promover ação de conhecimento condenatória. De fato, não teriam o título executivo necessário para proceder à liquidação e cumprimento da sentença. Essa tese não é suficiente para justificar o mecanismo trazido pelo artigo 103, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Essa conclusão não nega a importância da causa de pedir na legitimação do dispositivo legal, na medida que a execução da sentença coletiva pela vítima ou seus sucessores é justificada pela coincidência de conduta lesiva descrita nas causas de pedir das demandas individual e coletiva. Trata-se da mesma conduta lesiva a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Afinal, de um mesmo fato podem advir pretensões das três espécies de direitos transindividuais (NERY JUNIOR, 2001, p. 921-922). Essa identidade de causa de pedir remota entre as ações coletivas e individuais qualifica a pretensão da vítima de liquidar e executar a sentença de procedência proferida na ação civil pública. Esse é o “substrato comum que dá o elo de ligação” entre essas ações, mencionado por Consuelo Yatsuda Monomizado Yoshida (2006, p. 209). O uso da sentença coletiva é autorizado apenas e na medida que as causas de pedir das demandas coletiva e individual tenham tal proximidade que leve à conclusão de que se trata do mesmo conflito já julgado.

2.2 O julgamento implícito do dever de indenizar

Outra teoria é a de que haveria um pedido implícito na demanda em defesa dos direitos coletivos e difusos, consistente na condenação genérica a que se refere o artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor (GIDI, 1995, p. 167). Em termos doutrinários, essa visão é mais simpática que a anterior. Poder-se-ia pensar que em toda ação coletiva em defesa de direitos difusos e coletivos estaria embutida uma demanda em defesa de direitos individuais homogêneos. Essa técnica não se afastaria das regras vigentes para o processo civil.

Como é cediço, o pedido formulado na petição inicial deve ser certo e determinado (art. 286 do CPC). Pedido certo é o pedido expresso, explícito, motivo pelo qual será interpretado restritivamente. Em virtude do princípio da inércia, o Poder Judiciário somente poderá conceder ou negar os pedidos expressamente formulados pelas partes. O pedido que não tenha sido formulado não poderá ser apreciado. Nisso consiste a regra da congruência entre ação e sentença (princípio da adstrição ao pedido): há um paralelo entre o que é pedido na ação e o conteúdo da sentença. Há exceções, porém, decorrentes da lei, *u.g.* os juros legais (art. 293 do CPC) e a correção monetária (Lei n. 6.899/81), o pagamento de custas do processo e dos honorários advocatícios (art. 20 do CPC), prestações periódicas que vencerem no decorrer do trâmite da ação de cobrança (art. 290 do CPC) e o pedido de multa cominatória na condenação em obrigação de fazer. Esses pedidos estão sempre inclusos na demanda, independentemente de pedido expresso. Assim, a ação civil pública proposta com o fim de alcançar a condenação de uma empresa poluidora às obrigações de colocar filtros em suas chaminés e recuperar a vegetação destruída pela toxidade dos resíduos teria também o pedido de condenação genérica do réu a ressarcir os prejuízos individuais advindos de sua conduta. E tal pedido estaria implícito por lei.

Questão que certamente seria levantada é acerca da influência da improcedência da ação proposta em defesa de direitos coletivos e difusos sobre as possíveis demandas coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos propostas contra o mesmo réu e fundadas na mesma causa de pedir. Determinada ação civil pública ambiental que tenha sido promovida apenas com o objetivo de se recuperar área de preservação, caso fosse julgada improcedente, impediria que uma associação promovesse

ação coletiva condenatória contra o agente poluidor, em prol de seus associados? Essa é uma questão pertinente, porque o pedido de condenação genérica seria incluído por lei. Uma vez negado, formar-se-ia coisa julgada *erga omnes*, impedindo a associação de promover ação com o mesmo objeto. A solução foi trazida pela própria norma, quando dispõe que “os efeitos da coisa julgada (...) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente” ou por meio de ações coletivas previstas no *codex*. Dessa forma, a improcedência de ação civil pública que não veicule expressamente o pedido de condenação genérica não obsta que outro ente legitimado promova demanda coletiva em prol da reparação dos direitos individuais homogêneos. Também se encontram a salvo da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* as ações condenatórias individuais.

As efetivas liquidação e execução da sentença coletiva ficarão obstadas, porém, caso não se tenha discutido nos autos da ação civil pública a existência, em tese, do impacto de massa da conduta lesiva. É fundamental que se tenha dado oportunidade ao demandado, ainda em sede de ação coletiva, de discutir e produzir provas a respeito dos possíveis danos que tenha causado a particulares. Advém das garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) e contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) a premissa de que qualquer título executivo formado deve ser precedido pelo debate e julgamento exposto dos fatos que constituem requisitos de sua responsabilidade. Para que haja uma condenação à reparação de danos aos particulares, é imprescindível que os pressupostos dessa reparação passem pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Diante dessas circunstâncias, Hugo Nigro Mazzilli (2005, p. 116) chega a recomendar a formulação de pedido exposto relativo à tutela de direitos individuais homogêneos.

Na futura liquidação da sentença coletiva, não há espaço para discussão a respeito da responsabilidade do réu. Esse tema é premissa da própria condenação. Não haverá título executivo se a ilicitude e a lesividade de sua conduta a direitos individuais não constituírem tema da sentença coletiva. Haverá casos em que se porá em dúvida a própria utilidade da ação coletiva para as pretensões individuais. Como alerta Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (2006, p. 212), “a prova do nexa causal pode ser tão complexa, no caso concreto, a ponto de tornar praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica do artigo 95, a

qual só reconhece a existência do dano geral? O direito ao contraditório e à ampla defesa do réu exigiriam a viabilização de amplo debate desses fatos, de tal forma que o processo de liquidação ficaria tão ou mais complexo quanto a ação de reparação de danos individual.

3 Hipóteses legais de aplicação do julgamento implícito do dever de indenizar

Mas existe previsão de pedido implícito de condenação genérica na Lei de Ação Civil Pública e no artigo 103, parágrafo 3º do Código de Defesa do Consumidor? O legislador foi pouco didático na redação do dispositivo em comento. Estipulou o ponto de partida e o de chegada, mas não traçou o caminho a ser seguido. A operacionalização da técnica de liquidação e execução da sentença coletiva depende de interpretação sistemática que leve em consideração o microsistema de tutela dos direitos transindividuais.

Para melhor compreender o dispositivo legal, deve-se ter em mente que a ação civil pública pode ser proposta com o fim de alcançar a condenação em dinheiro do réu ou a sua condenação à obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º da LACP). A condenação em dinheiro é regulada pelo artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública, segundo o qual “a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”. Várias normas federais estaduais criaram e regulamentaram esses fundos, especializados conforme a natureza do direito difuso tutelado (consumidor, meio ambiente, investidores do mercado imobiliário, criança e adolescente etc.).

Tais destinações do montante de dinheiro advindo da ação civil pública em defesa de direitos coletivos ou difusos ficarão suspensas se houver ações individuais por danos individualmente sofridos ainda por serem decididas em segundo grau de jurisdição, salvo se o patrimônio do réu for grande o suficiente para adimplir todas as obrigações (art. 99, parágrafo único, do CDC). A satisfação das pretensões individuais é preferida, motivo pelo qual se evita que o dinheiro do fundo seja destinado à recuperação dos bens e, com a insolvência do réu na execução das sentenças condenatórias individuais, restem as pessoas que sofreram danos prejudicadas.

Além da ação civil pública de condenação em dinheiro do réu, os recursos podem advir da execução da sentença condenatória, prolatada em demanda em defesa de direitos individuais homogêneos, quando os interessados forem pessoas indeterminadas e se decorrido um ano de sua prolação sem a habilitação de interessados, na forma do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. O produto das condenações para reparar direito individual homogêneo de consumidor determinado vai para o próprio prejudicado, não sendo destinado ao fundo.

A utilização do dinheiro do fundo pelas pessoas que sofreram danos individuais estaria condicionada ao título executivo advindo ou da sentença condenatória dada à ação individual, ou da sentença condenatória dada à ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos.

Num esforço interpretativo, já nos limites do conteúdo traduzível da norma, pode-se dizer que o artigo 103, parágrafo 3º, sob exame faz referência direta à ação civil pública de condenação em dinheiro, de modo a ampliar a possibilidade de execução do montante em mãos do Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

A norma prevê, então, que o interessado poderá fazer uso do título executivo proveniente da ação civil pública de condenação em dinheiro para executar o réu, obtendo a satisfação material do dinheiro pertencente ao fundo. O dever do réu de indenizar torna-se imutável e indiscutível, com o trânsito em julgado da sentença.

Já com relação à hipótese de condenação à obrigação de fazer ou não fazer, omite-se o dispositivo. Ou seja, em princípio, não estaria prevista forma alguma de benefício individual de ação civil pública em defesa de direitos difusos ou coletivos cujo pedido fosse uma obrigação de fazer ou não fazer.

Debate-se contra essa ideia a doutrina, argumentando que essa seria mais uma falha técnica do legislador, sanável pela interpretação sistemática, teleológica e histórica (GIDI, 1995, p. 167). Com efeito, antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, havia discussões na doutrina acerca da possibilidade do uso do montante destinado ao agora denominado Fundo de Defesa de Direitos Difusos para indenização das pessoas individualmente lesadas. Por isso o artigo 13 da Lei n. 7.347/85 fez tal destaque, em detrimento ao artigo 11, que regula a outra forma de

utilização da ação civil pública. Ainda, não havendo duas formas de ação civil pública, mas apenas dois pedidos de naturezas diversas, ficariam sem fundamento tratamentos diversos para cada hipótese.

O fato é que tal dispositivo é redigido de forma obscura e mais confunde do que esclarece. A unificação da legislação referente à tutela dos direitos transindividuais terá o mérito de concentrar o sistema processual coletivo, facilitando sua exegese. A viabilização do uso individual da sentença coletiva exigirá nova redação para essa norma, nas hipóteses em que a ação civil pública é dirigida apenas ao resguardo de direitos difusos e coletivos.

No projeto de lei de reforma da Lei de Ação Civil Pública encaminhado recentemente pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, o artigo 36 dispõe: “Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido. Parágrafo único - Aplica-se a regra do *caput* à sentença penal condenatória”. A redação do dispositivo não é mais feliz do que o artigo 103, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Afinal, a mesma obscuridade atualmente vigente é mantida no projeto de lei. O que será liquidado e objeto de cumprimento de sentença? Quais as garantias de observância do devido processo legal e da ampla defesa? Em sede de liquidação da sentença, restringir-se-á ao *quantum debeatur* ou será permitida às partes discussão mais ampla, a respeito da própria existência do dano, do nexo de causalidade e da conduta?

É importante que a norma contenha a regra de que toda sentença coletiva conterá a condenação do réu à reparação dos danos provocados por sua conduta lesiva, fixando sua responsabilidade frente às vítimas e seus sucessores. Fica, por fim, a sugestão de redação para a norma: “Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, a sentença fixará a responsabilidade do réu por danos individualmente causados às vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido”. Mesmo com previsão expressa, porém, a reparação dos danos se dará na medida da causa deduzida em juízo. A pretensão individual deverá necessariamente escudar-se na causa de pedir narrada na ação civil pública, guardando estreita relação com o objeto do processo coletivo. Não é qualquer pretensão ressarcitória de

danos materiais e morais experimentados individualmente, mas aquela que, de forma mediata, faz parte do objeto da ação civil pública.

Há um precedente interessante da Justiça Federal da 3ª Região pertinente ao tema. Motivada pelos prejuízos acarretados aos consumidores do Estado de São Paulo pela maxidesvalorização do real ocorrida em janeiro de 1999, nos contratos de arrendamento mercantil de veículos, a Ordem dos Advogados do Brasil promoveu ação civil pública visando à alteração das cláusulas contratuais de atualização dos débitos e a anulação da cláusula de variação cambial típica então típica dessa espécie de contrato. A ação foi julgada procedente em primeiro grau de jurisdição, por sentença publicada em 13 de março de 2001, nos autos do Processo n. 1999.61.00.004437-1. A cláusula de variação cambial foi substituída pela de correção monetária, adotando-se para esse fim, desde o início do contrato, a variação mensal da inflação medida pelo INPC do IBGE. O objeto da ação civil pública é indivisível, pois visa à declaração de nulidade da cláusula e à fixação de novo critério de correção. Não há pedido expresso de indenização por danos sofridos individualmente, em prol de direitos individuais homogêneos. Esse precedente é interessante porque, no dispositivo da sentença, restou consignado que “fica assegurado aos consumidores o direito à restituição do que eventualmente pagaram a maior, devidamente atualizado, ressalvados os casos de acordo ou de sentença proferida em ação individual proposta pelo consumidor”. Aplica-se nitidamente a regra prevista no artigo 103, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, atribuindo às vítimas ou seus sucessores a prerrogativa de repararem os danos individualmente sofridos por meio da liquidação e execução da sentença coletiva. Quais danos, no entanto, podem ser reparados?

No caso concreto, a ação civil pública tutela direta e imediatamente direito difuso e, de modo mediato ou por via de consequência, direitos individuais. A questão a respeito da ilegalidade da cláusula de variação cambial qualificou como indevido todo montante pago em excesso pelos consumidores. A repetição do indébito é consequência direta da anulação dessa cláusula, de modo que poderá ser obtida mediante a liquidação e execução da sentença coletiva. A ação civil pública, porém, não abarca em seu objeto os danos provocados por via reflexa ou decorrentes indiretamente do desequilíbrio contratual decorrente da maxidesvalorização do real. Os danos materiais e morais acarretados por eventual situação de insolvência do

consumidor, na medida que se afastam da causa de pedir comum às ações coletiva e individual, fogem da previsão da norma. A pretensão individual ressarcitória apenas reflexamente ligada ao objeto da ação coletiva deverá ser veiculada em demanda individual de conhecimento.

A previsão legal expressa fará incluir no dispositivo da sentença proferida em ação civil pública a condenação do demandado à reparação dos danos individuais decorrentes de sua conduta lesiva. Toda ação civil pública promovida em defesa de direitos difusos e coletivos veiculará pedido implícito de reparação de danos a direitos individuais homogêneos. O objeto imediato da ação coletiva são os direitos difusos e coletivos, ao passo que a tutela dos direitos individuais homogêneos é seu objeto mediato. O que justifica a inclusão desse pedido implícito é a identidade da causa de pedir remota, relativa à conduta lesiva do réu. Tal fato terá sido discutido nos autos da ação coletiva, de modo que a sentença estará conforme com o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Nos autos da liquidação dos danos individuais, o devedor não poderá impugnar, devido à coisa julgada, a lesividade de sua conduta. Restará ao interessado a demonstração dos danos sofridos, o *quantum debeatur* e o nexo de causalidade entre eles e a conduta lesiva do executado.

Não será qualquer dano, porém, que ensejará a liquidação e execução da sentença coletiva. Somente aqueles que decorrerem diretamente do objeto da ação civil pública ou que estiverem incluídos em sua causa de pedir estarão sob o manto da coisa julgada material. Os danos reflexos ou que decorram apenas indiretamente dos fatos narrados na ação civil pública deverão ser objeto de ação individual de conhecimento, em que serão observados o contraditório e a ampla defesa. Nesses casos, a ligação de causas de pedir entre a ação individual e a coletiva será por demais tênue e o conjunto fático a ser debatido por demais complexo para dispensar a propositura da ação de reparação de danos individual. Pretensões ressarcitórias que não guardem ligação direta com o objeto da ação civil pública não estarão sob a guarida da coisa julgada coletiva.

4 Referências

ALSINA, Hugo. *Tratado teorico e practico de derecho procesal civil y comercial*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1961. v. 3.

AROCA, Juan Montero. *El nuevo proceso civil*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 2000. v. 2.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1946.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Flávio Marcelo. *Coisa julgada e estado de filiação: o DNA e o desafio à estabilidade da sentença*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

_____. Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, n. 33, p. 5-15, dez. 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992. v. 1.

_____. Limites objetivos da coisa julgada. In: _____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 30. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

MENDES, João de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de processo civil*. Ed. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millenium, 2000. v. 3.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 5. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier Libros, 2006.

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso em el processo civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1968.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VERISSIMO, Marcos Paulo. Comentário ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública. In: COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 2. tiragem rev. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e suas implicações

Heloísa Sanches Querino Chehoud¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Tentativa de conceituação: quem são as pessoas com deficiência. 3 A proteção da pessoa com deficiência nas Constituições do Brasil. 4 O tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988. 5 A legislação infraconstitucional. 6 A força normativa da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu impacto na ordem jurídica interna. 7 Conclusão. 8 Referências.

1 Introdução

Em 9 de julho de 2008, foi aprovado no Congresso Nacional o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu protocolo facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007.

Essa aprovação se deu por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 2008, *verbis*:

“Fica aprovado, nos termos do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu protocolo facultativo, assinados em Nova Iorque aos 30 de março de 2007 (...).”

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela PUC-SP e mestranda em Direito Constitucional na PUC-SP.

Essa Convenção surgiu como resposta à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência, que são estimadas em mais de 650 milhões de pessoas no mundo, ou seja, 10% da população mundial.

Na América Latina, existem ao menos 50 milhões de pessoas com deficiência, sendo que 82% delas vivem na pobreza.

As pessoas com deficiência constituem a maior minoria do mundo. Estima-se que 20% das pessoas mais pobres do mundo têm deficiência, 98% das crianças com deficiência nos países em desenvolvimento não têm acesso à escola, 30% das crianças que vivem nas ruas têm deficiência e apenas 3% dos adultos com deficiência têm alfabetização, sendo que esse índice chega a apenas 1% para mulheres, em alguns países.²

Deficiência e pobreza são condições interrelacionadas. As pessoas mais pobres têm mais chances de adquirir uma deficiência ao longo da vida devido a doenças, nutrição precária, baixo grau de imunidade e condições de trabalho perigosas e insalubres. Da mesma forma, a deficiência pode resultar em pobreza, pois essas pessoas sofrem discriminação e marginalização, tendo mais dificuldade de encontrar trabalho.

Atualmente, no contexto em que aprovada a Convenção, almeja-se a eliminação dos obstáculos e das barreiras, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício dos direitos humanos pelas pessoas com deficiência, porque o passar dos tempos permitiu a conclusão de que o “problema” não está na pessoa, mas na sua relação com o meio, o que acaba por impor deveres ao Estado para a remoção dos obstáculos e a viabilização do desenvolvimento das potencialidades das pessoas com deficiência.

Esse é o cenário em que foi assinada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é o primeiro tratado de direitos humanos do século XXI e tem por objetivo proporcionar a dignidade e a igualdade das pessoas com deficiência, contribuir para corrigir as profundas desvantagens sociais dessas pessoas e promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades.

2 *From exclusion to equality: realizing the rights of persons with disabilities*, Handbook for Parliamentarians, n. 14, UN, OHCHR, Genebra, 2007, p. 13, apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Aliás, assim o dispõe a Convenção, no artigo 1 “Propósito”:

“O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e *equitativo* de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por *todas as pessoas com deficiência* e promover o respeito pela sua *dignidade inerente*.” (g. n.)

Mas quem são, afinal, as pessoas com deficiência?

2 Tentativa de conceituação: quem são as pessoas com deficiência

Há estreita relação entre a deficiência do indivíduo e as tarefas a serem desenvolvidas. A deficiência deve ser analisada no meio em que a pessoa vive, isto é, na sua condição social.

Isso faz com que “pessoa com deficiência” seja um conceito relativo, e não absoluto, ou seja, uma condição que depende do meio em que a pessoa está inserida. Pode-se dizer que a pessoa *está* deficiente (no meio em que ela se encontra), e não *é* deficiente, o que implicaria a deficiência onde quer que ela estivesse.

Quanto a isso, vai muito bem a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, quando assim o diz no Preâmbulo, alínea “e”:

“Reconhecendo que a deficiência é um *conceito em evolução* e que *a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras* devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.” (g. n.)

Com isso, a Convenção adota o entendimento de que pessoa com deficiência é um estado relativo às condições disponíveis – ou indisponíveis – a ela para o desempenho de suas tarefas no meio específico em que vive.

A Convenção vai ainda mais longe, pois no artigo 1 lança a definição de quem seriam essas pessoas com deficiência: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de *longo prazo* de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, *em interação com diversas barreiras*, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em *igualdade de condições* com as demais pessoas.” (g. n.) – novamente a deficiência é uma condição relativa, que depende do meio, e não absoluta.

Até a aprovação da Convenção pelo Congresso Nacional, no Brasil se entendia que a expressão “pessoa portadora de deficiência” era a mais adequada, visto que dá mais ênfase à pessoa do que na sua condição, quando comparada com os termos “deficiente”, “excepcional” etc. Ademais, essa é a expressão usada na Constituição Federal de 1988.

Quanto a isso, inovou para melhor a Convenção, ao colocar “pessoas *com* deficiência” e não portadoras de deficiência.

De fato, a expressão pessoa portadora de deficiência coloca peso maior na condição, na deficiência, do que a expressão pessoa com deficiência.

“Portar” é definido como sendo “ter consigo enquanto se movimenta”, “levar, carregar”³. Assim, sendo a pessoa portadora de deficiência, tem-se que ela carrega consigo essa condição. Dá-se muito peso à deficiência e uma sensação de que ela é definitiva. Já “pessoa *com* deficiência” é expressão que dá mais leveza à deficiência, dando ares de provisoriedade a ela e mais ênfase à *pessoa*.

A terminologia presente na Convenção constitui um grande avanço no modo de se enxergar e tratar as pessoas com deficiência. E, para ilustrar esse avanço, convém fazer um pequeno retrospecto de como as Constituições do Brasil trataram a matéria.

3 A proteção da pessoa com deficiência nas Constituições do Brasil

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, no artigo 179, inciso XIII, assim dispôs: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Esse é o embrião do *princípio da igualdade*, guia supremo da inclusão das pessoas com deficiência.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, no artigo 72, parágrafo 2º, também trouxe o princípio da igualdade, mas em outros termos:

“Todos são iguaes perante a lei. A República não admite privilegio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as

3 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como todos os títulos nobiliarchicos e de conselho.”

O movimento armado de 1930 pôs fim ao período denominado “Primeira República” ou “República Velha”. Getúlio Vargas assumiu a Presidência após o golpe de estado. Foi promulgada uma nova Constituição, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, que sepultou a velha democracia liberal e instituiu a democracia social, cujo paradigma era a Constituição de Weimar (da Alemanha). Foi essa Constituição que incluiu o sufrágio feminino e o voto secreto. Além de trazer o princípio da igualdade (em cujo corpo não são mencionadas as pessoas com deficiência), pode-se dizer que *ela falou das pessoas com deficiência pela primeira vez na história do Brasil*, quando assim previa no artigo 138:

“Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar.”

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil outorgada por Getúlio Vargas em 1937 trouxe o princípio da igualdade (art. 122, inc. I), mas não repetiu a proteção mais específica da Constituição anterior.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 é considerada por muitos a melhor que o país já teve. Ela foi elaborada para pôr fim ao autoritarismo da Constituição anterior. Ela era liberal, social e procurava dar continuidade à linha de evolução democrática iniciada na Primeira República. O princípio da igualdade está previsto no artigo 141, parágrafo 1º. É garantida a previdência contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte, no artigo 157, inciso XVI.

O golpe militar de 1964, em que as Forças Armadas depuseram o presidente João Goulart, deu ensejo à Constituição do Brasil de 1967, e apenas repetiu as proteções da Constituição anterior (igualdade no art. 150, § 1º, e garantia previdenciária no art. 158, inc. XVI). Essa Constituição era centralizadora e mostrava uma enorme preocupação com a segurança nacional. Houve grande redução da autonomia individual.

O AI-5, editado em 13.12.1968, deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1969, que alguns preferem dizer se tratar apenas de Emenda à Constituição anterior (de 1967). A Emenda n. 1, além de conter o princípio da igualdade no artigo 153, parágrafo 1º, traz avanço ímpar no trato das pessoas com deficiência no artigo 175, parágrafo 4º, quando, ao dispor sobre família, educação e cultura, estabelece que “lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de *excepcionais*”.

É bem verdade que o termo “excepcionais” não abrange todas as pessoas com deficiência, mas representa um certo avanço no trato dessas minorias.

O maior avanço veio mesmo com a Emenda n. 12, cujo artigo único assim dispunha:

“É assegurado aos *deficientes* a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante:

- I - educação especial e gratuita;
- II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;
- III- proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;
- IV- possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.”

É de se notar, contudo, que essa emenda não foi incorporada ao texto da Constituição, tendo ficado anexa, separada, o que é bastante simbólico, já que cuidava de um grupo de pessoas já segregado por si só.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que faz renascer a Federação, continuou com a proteção às pessoas com deficiência e acabou por produzir um avanço ainda maior no trato dessas pessoas, mas em dispositivos esparsos, que serão analisados a seguir.

4 O tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988

O tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988 às pessoas com deficiência é mais abrangente que o das Constituições anteriores.

Já no Título I – Dos princípios fundamentais –, a dignidade da pessoa humana é colocada como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III).

A erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza ou discriminação, são *objetivos fundamentais* da República, arroladas no artigo 3º, incisos III e IV.

Depois, mas não menos importante, vem o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput* e inciso I, que é o norte a guiar toda a normatividade existente sobre as pessoas com deficiência, tanto constitucional como infraconstitucional. Isso porque o que se busca, sempre e em última análise, é a maior igualdade possível entre as pessoas com e sem deficiência.

O princípio da igualdade da Constituição brasileira, porém, deixa a desejar, quando comparado com o da Constituição do Canadá de 1982, vista por muitos como um exemplo na proteção dos direitos humanos. Ela assim dispõe:

“Artigo 15 – Direitos de igualdade

(1) Todo indivíduo é igual perante e sob a lei e tem o direito a igual proteção e igual benefício da lei sem discriminação e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental.

(2) A Subseção (1) não prejudica a lei, o programa ou a atividade que tenha por objetivo a melhoria das condições de desvantagem de indivíduos ou grupos, incluindo aqueles que são desfavorecidos por causa de raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental.”

Vê-se assim que a Constituição do Canadá prevê *expressamente* a igualdade entre as pessoas com e sem deficiência, diferentemente da Constituição brasileira, que a prevê apenas implicitamente, ao dizer que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”

Outro diferencial consiste no fato de que a canadense autoriza explicitamente a realização de programas de ação afirmativa que favoreçam somente às pessoas com deficiência, haja vista a necessidade de melhoria de suas condições, buscando proporcionar positivamente a igualdade, assumindo que essas pessoas têm uma posição de desvantagem na sociedade.

A Constituição brasileira não traz autorização expressa para programas de ação afirmativa e, assim, muitas polêmicas geram os programas

governamentais criados para favorecer essas pessoas historicamente desfavorecidas, como uma exceção justificável à isonomia.

A Constituição Federal de 1988 inseriu a proteção das pessoas com deficiência também nos seguintes artigos:

Artigo 7º, XXXI: no que concerne ao salário e à admissão do trabalhador com deficiência.

Artigo 37, inciso VIII: reserva de mercado em concursos públicos à pessoa com deficiência.

Artigo 203, incisos IV e V: atinentes à assistência social a ser prestada à pessoa com deficiência.

Artigo 208, inciso III: referente ao dever do Estado de fornecer atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Artigo 227, parágrafo 1º, inciso II e parágrafo 2º: referentes ao dever do Estado de criar programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente portador de deficiência física, sensorial ou mental, inclusive determinando a eliminação de barreiras arquitetônicas nos logradouros e edifícios públicos e veículos de transporte coletivo.

Artigo 24, inciso XIV c.c. o artigo 30, inciso II: dispõem que compete concorrentemente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios legislar sobre proteção e integração social das pessoas “portadoras” de deficiência. Essa é a competência legislativa concorrente *própria*. A União tem competência para publicar normas gerais, o Estado tem competência suplementar e o Município também suplementar, de acordo com o interesse local.

Artigo 23, inciso II: estabelece ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da proteção e garantia das pessoas “portadoras” de deficiência. Esse artigo dispõe sobre as competências materiais, ou seja, administrativas, que podem ser exercidas simultaneamente pelos três entes federativos, de forma solidária. Sabe-se, no entanto, que a Administração só faz o que determina a lei (princípio da legalidade administrativa). Portanto, a competência material de proteger as pessoas com deficiência só se torna viável mediante a edição de leis pelo ente político. Diz-se, assim, que essa competência *legislativa é concorrente*

imprópria, pois não está expressamente prevista na Constituição, mas implícita na definição das competências comuns (materiais).

A competência legislativa de cada ente é integral, ou seja, inexistem limites. Cada ente federativo pode legislar de maneira integral sobre as mesmas matérias. Assim, caso haja lei de proteção à pessoa com deficiência da União, do Estado de São Paulo e também do Município de São Paulo, os três comandos serão obrigatórios, especialmente o que for mais rigoroso, pois a sua observância pressupõe a observância dos demais.

Apesar dessa ampla referência à proteção das pessoas portadoras de deficiência, a Constituição Federal de 1988 não definiu *quem* seriam essas pessoas. Ou melhor, *quais* seriam as deficiências capazes de tornar a pessoa merecedora de tal proteção.

Dessa forma, a Constituição Federal coloca dentro do mesmo termo (“pessoa portadora de deficiência”) todas as pessoas com os mais variados tipos de deficiência. Cabe então à lei infraconstitucional a definição de quem seriam elas.

5 A legislação infraconstitucional

A Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, é a lei infraconstitucional que foi editada para regulamentar esses dispositivos constitucionais.

No entanto, ela não ousou definir quem seria a “pessoa portadora de deficiência”

A definição consta tão somente do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que foi editado para regulamentar a Lei n. 7.853/89, *verbis*:

“Artigo 3º - Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir

recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Artigo 4º - É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2004)

II - deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500 Hz, 1.000 HZ, 2.000 Hz e 3.000 Hz; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2004)

III - deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2004)

IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2004)
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.”

Importante notar que a pessoa superdotada não consta do rol acima. Estaria ela excluída da proteção constitucional? Parece que essa conclusão não é a mais correta.

O poder regulamentar do chefe do Poder Executivo, que o exerce por meio de decreto, está previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal. Segundo o disposto, o Presidente da República tem competência privativa para expedir decretos regulamentares *para a fiel execução das leis*.

Ele não pode ultrapassar o espaço que lhe foi conferido pela lei, mas simplesmente torná-la realizável, nos estritos limites por ela permitidos. O decreto que ultrapassar o limite da lei é ilegal, dada a inexistência de decretos autônomos.

A discricionariedade deferida ao chefe do Poder Executivo pela lei é “liberdade *dentro da lei*, nos limites da norma legal”, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello.⁴

A Lei n. 7.853/89, seguindo o modelo constitucional, não definiu quais seriam as pessoas portadoras de deficiência. O decreto regulamentador (Dec. n. 3.298/99) procurou fazê-lo. No entanto, ele é um ato administrativo de fiel execução da lei, que deveria ter se adstrito a ela. Com fundamento nisso, é *questionável* a legalidade da definição nele constante.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

A discricionariedade administrativa, que é a análise de conveniência (modo) e oportunidade (tempo) por parte da Administração, é circunscrita à lei, e não é ampla e irrestrita.

Ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, a discricionariedade existe única e tão somente para proporcionar em cada caso *a escolha da providência ótima* para o interesse público almejado pela *lei*. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, é preciso atentar para o *caso concreto*. Somente dentro desse campo, em que haveria *objetivamente* mais de uma providência ótima possível, é que existe discricionariedade.

E conclui que é óbvio que o Poder Judiciário, provocado pela parte, poderá e deverá invalidar atos que extrapolem os limites de discricionariedade permitidos pela lei, pois nesses casos não há realmente discricção, mas vinculação, ou quando a discricção não se tenha estendido até onde se pretendeu a lei, como é o caso dos superdotados, em que a lei ficou aquém no uso da discricionariedade.

A Lei n. 8.199/1991 originalmente previa isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis por pessoas portadoras de deficiência física. Tal isenção estava no artigo 1º, inciso IV, mas foi *vetado* pelo Presidente da República.

Apesar da lei ter sido vetada no que concerne à isenção de IPI concedida aos portadores de deficiência física, ela foi “regulamentada” pelo Decreto n. 458/92, que dispõe sobre quais seriam as características especiais dos automóveis a serem adquiridos pelas pessoas com deficiência.

Novamente, editou-se um decreto regulamentador sem lei que o embasasse.

Devido ao veto, a isenção do IPI na aquisição de automóveis pelas pessoas portadoras de deficiência passou a ser prevista em sucessivas medidas provisórias, que culminaram na Lei n. 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, que revogou expressamente a Lei n. 8.199/91.

A nova lei previu no artigo 1º, inciso IV, a isenção do IPI na aquisição de automóveis nacionais, entre outras especificidades, por *pessoa*

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ob. cit.

portadora de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.

Nos parágrafos do mesmo artigo, a lei trouxe relevantes definições, tais como de *pessoa portadora de deficiência física* (aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparisia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções – incluída pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003), de *pessoa portadora de deficiência visual* (aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200, na tabela de Snellen, no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20, ou ocorrência simultânea de ambas as situações – incluída pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003), e estipula que a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, nos termos da legislação em vigor, e o Ministério da Saúde definirão em ato conjunto os conceitos de pessoas portadoras de deficiência mental severa ou profunda, ou autistas, e estabelecerão as normas e requisitos para emissão dos laudos de avaliação delas – incluídos pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003.

A Lei n. 8.989/95 é temporária, tendo nascido com prazo de vigência estipulado até 31 de dezembro de 2005, mas foi tendo o seu prazo prorrogado sucessivamente por medidas provisórias e leis, sendo que a Lei n. 11.196/2006, no artigo 69, afinal dispôs que a Lei n. 8.989/95 está prorrogada até 31 de dezembro de 2009.

Com isso, tem-se que essa lei, supostamente temporária, cujo conteúdo foi inicialmente *vetado*, e depois tantas vezes reavivado, trata de definir algo tão importante quanto o conceito de pessoa portadora de deficiência, papel bastante relevante para uma lei que não aparenta tê-lo.

Outra norma que deve ser mencionada é a Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece regras gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos

nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

Essa lei trouxe também algumas importantes definições, tais como de *acessibilidade* (possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida); de *barreiras* (qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança da pessoa); de *pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida* (a que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo).

O Decreto n. 5.296/2004 foi editado para regulamentar a Lei n. 10.098/2000 e estipulou no seu artigo 5º que os órgãos da Administração pública direta, indireta e fundacional, as empresas prestadoras de serviços públicos e as instituições financeiras deverão dispensar atendimento prioritário às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Esse Decreto trouxe, a exemplo da legislação supracitada, mais definições, tais como de *pessoa portadora de deficiência* (além das previstas na Lei n. 8.989/95, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias: a) deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; b) deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500 Hz, 1.000 Hz, 2.000 Hz e 3.000 Hz; c) deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou

a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; d) deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: 1. comunicação; 2. cuidado pessoal; 3. habilidades sociais; 4. utilização dos recursos da comunidade; 5. saúde e segurança; 6. habilidades acadêmicas; 7. lazer; e 8. trabalho; e) deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências); e de *pessoa com mobilidade reduzida* (aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção).

Em suma, esse é o cenário em foi aprovada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: leis esparsas, medidas provisórias aos montes, decretos regulamentares ilegais, tudo isso sem qualquer efetividade prática e uma única certeza, *a necessidade do Estado cuidar de garantir a acessibilidade a essas pessoas, para que possam viver o seu dia a dia como se deficiência não tivessem*.

Para ilustrar, cita-se como exemplo a recentíssima reforma de R\$ 8,1 milhões de reais realizada pela Prefeitura na Avenida Paulista em São Paulo, que durou de julho de 2007 a junho de 2008, e que em nada aliviou a vida dos usuários de cadeiras de rodas.

Nas saídas da estação Trianon do Metrô de São Paulo não há rampa para deficientes físicos. O cadeirante tem de se socorrer de rampas feitas para carros em farmácias ou estacionamento, disputando espaço com eles, de forma extremamente perigosa. E essas rampas não dão acesso às faixas de pedestres. Enfrentado o problema da rampa, o cadeirante tem de se desdobrar para conseguir chegar a uma faixa de pedestre, para que possa atravessar a rua. E, para complicar ainda mais a vida do cadeirante, eis que do outro lado da avenida não há rampa correspondente, obrigando a pessoa a buscar a única rampa existente, a de um edifício.

Assim, vê-se que por mais que a regulamentação tenha evoluído com o passar do tempo, aumentando a proteção legal das pessoas com deficiência, o fato é que a realidade sentida nas ruas, no dia a dia, é outra. Os direitos dessas pessoas não são implementados pelas autoridades estatais ou mesmo respeitados pelas pessoas (que estacionam seus

automóveis em vagas reservadas, desconhecem o privilégio na utilização dos banheiros especiais, dos telefones públicos especiais etc.).

E nesse cenário de incertezas devido ao excesso de definições, a Convenção, da altura de sua posição de norma constitucional, definiu, de uma vez por todas, quem são as pessoas com deficiência:

“Artigo 1. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de *longo prazo* de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, *em interação com diversas barreiras*, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em *igualdade de condições* com as demais pessoas.” (g. n.)

Essa é a definição que tem força constitucional e que, portanto, deve irradiar os seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico interno, conforme será analisado a seguir.

6 A força normativa da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu impacto na ordem jurídica interna

A Constituição Federal estabelece que cabe ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais” (art. 49, inc. I).

Isso se dá por meio do “decreto legislativo”, que é ato normativo com força de lei que veicula matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional. Sua aprovação se dá por maioria simples (art. 47 da CF), não estando sujeito a sanção ou veto do Presidente da República.

A Constituição Federal de 1988, além do decreto legislativo, que representa o “aval” do Congresso Nacional, exige ainda a ratificação do Presidente da República para que um tratado internacional seja inserido no ordenamento jurídico nacional (art. 84, inc. VIII, da CF).

Dessa forma, um ato internacional só ingressa no ordenamento jurídico nacional depois de cumpridas todas as fases previstas na Constituição.

Somente após esse ingresso é que se pode discutir qual a verdadeira força normativa (*status*) do ato na ordem jurídica interna, se de norma supraconstitucional, constitucional, infraconstitucional mas supralegal, ou lei ordinária.

Como etapa final, o instrumento de ratificação há de ser depositado em um órgão que assuma a sua custódia, como na própria ONU, por exemplo. No caso específico da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o artigo 41 indica que o secretário geral das Nações Unidas será o seu depositário.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 186, acima transcrito, na forma do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, ou seja, foi assinado pelo chefe do Executivo na ordem internacional e aprovado em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional, pela maioria qualificada de 3/5 de seus membros.

O parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, dispõe que se aprovados os tratados internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil seja parte por 3/5 dos votos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, serão *equivalentes* a emendas constitucionais.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é, portanto, equivalente a uma emenda constitucional.

A emenda constitucional não é promulgada pelo Presidente da República, mas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 60, § 3º da CF). Assim, tal qual a emenda constitucional, a Convenção em tela prescinde da posterior ratificação do Presidente da República, pois o ato de vontade do Poder Legislativo (3/5, em dois turnos, em cada Casa) mostra-se suficiente.

Somando-se isso ao caráter constitucional conferido pelo próprio artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal à Convenção de direitos humanos, dispositivo esse do poder constituinte originário, não há como negar-lhe a força de norma fundamental constitucional.

Mas qual é o seu *status* na ordem jurídica interna?

O Título II da Constituição Federal de 1988 fala “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, estando sob ele cinco capítulos: I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, II - Dos Direitos Sociais, III - Da Nacionalidade, IV - Dos Direitos Políticos e V - Dos Partidos Políticos.

O Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) contém unicamente o artigo 5º, porém formado por setenta e oito incisos, constituindo um grande rol de direitos e garantias fundamentais.

O parágrafo 2º do artigo 5º, de um total de quatro parágrafos, deixa claro que o rol de direitos e garantias expressos na Constituição Federal de 1988 não é exaustivo, pois, segundo ele, não se pode excluir outros direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios constitucionais ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

A Constituição Federal de 1988 atribui, portanto, aos direitos internacionais constantes de tratados de que o Brasil seja parte, a natureza de norma constitucional. Esses direitos são parte integrante do rol de direitos e garantias fundamentais constitucionais do Brasil, mesmo não estando no texto constitucional, formando com ele um bloco de constitucionalidade.

Isso constitui um grande avanço, pois se projetaram no direito constitucional as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano.

A própria natureza materialmente constitucional dos direitos humanos enunciados em tratados internacionais não deixa dúvida acerca do seu *status* de norma constitucional.

É a Constituição que confere a esses direitos o valor jurídico de norma constitucional, fazendo com que a noção de *norma constitucional* não se reduza de forma positivista ao “texto” da Constituição.

Há de se concluir, com isso, que os direitos constantes da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência são materialmente constitucionais e têm a mesma força normativa que qualquer direito fundamental constante do texto da Constituição Federal de 1988 expresso ou implicitamente.

E mais: os direitos individuais constantes da Convenção são cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos sequer por outra emenda constitucional (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF).

Sublinhe-se que o *status* constitucional é conferido somente aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, pois apenas eles podem ser considerados direitos fundamentais. Os demais tratados internacionais de que o Brasil seja parte têm *status* de norma infraconstitucional.

Dizendo isso, resta contrariado o quanto decidido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (ADI n. 1480), segundo o qual os tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, “estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República”

No mesmo julgado, o Pleno do Supremo Tribunal Federal ainda entendeu que os tratados internacionais regularmente incorporados ao direito interno situam-se, no sistema jurídico brasileiro, no mesmo patamar normativo que as leis ordinárias, o que não pode ser aceito.

O artigo 17 da Convenção diz que “toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com as demais pessoas”

Sustentar-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal seria dizer que essa proteção, no direito interno, tem a mesma força de uma lei ordinária e que, portanto, poderia ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade ou mesmo revogado por uma lei ordinária posterior.

Esse *primado da Constituição Federal* estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, e o conseqüente nivelamento dos tratados internacionais, mesmo os de direitos humanos, com as leis ordinárias, são entendimentos com os quais o presente trabalho não coaduna.

Segundo o entendimento aqui exposto, o artigo 17 acima transcrito (*proteção à integridade da pessoa*) tem força de norma constitucional. E mais, é blindado pela condição de cláusula pétrea.

Não restam dúvidas de que ele tem como alvo a dignidade da pessoa humana e, em última instância, a vida. A análise principiológica da Constituição (arts. 1º, inc. III, 3º, inc. IV, 4º, inc. II e 5º, § 2º) dá a esse direito a força de direito fundamental e, portanto, materialmente constitucional.

Em assim sendo, não é possível que uma lei ordinária posterior venha a revogar esse direito, que tem a força de um princípio constitucional, hábil a informar o ordenamento jurídico interno, irradiando os seus efeitos diretamente sobre a realidade interna.

O modo correto de se extirpar um tratado internacional da ordem interna chama-se “denúncia”. Esse é o ato por meio do qual o Presidente da República, na condição de chefe de estado, manifesta internacionalmente

a sua intenção de distratar a convenção internacional. A denúncia é, portanto, uma causa extintiva do tratado ou convenção internacional.

No entanto, a possibilidade de denúncia não coaduna com a força de norma constitucional fundamental. Ora, como conciliar num mesmo direito a força de uma cláusula pétrea com a frágil situação de poder ser extirpado do ordenamento mediante simples denúncia?

Essa é uma incongruência prevista no próprio corpo da Convenção. Defende-se aqui que a denúncia sucumbe à força constitucional material e pétrea do direito individual. Assim, a denúncia, prevista no artigo 48 da Convenção seria inapta para revogar os direitos e garantias individuais petrificados. A rigor, essa é uma inconsistência do sistema que há de trazer muita polêmica.

7 Conclusão

Conclui-se que a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, cuja aprovação se deu na forma prevista no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, ou seja, pelo procedimento da emenda constitucional, não depende de ato do chefe do Executivo para ser promulgada na ordem interna.

As normas da Convenção têm força de norma *constitucional*, dada a sua incorporação à Constituição pelo artigo 5º, parágrafo 2º, reforçada pelo disposto no artigo 5º, parágrafo 3º, ambos da Constituição Federal de 1988.

O entendimento exposto acima é o mais adequado aos princípios constitucionais e aos anseios da pessoa humana, sob o ponto de vista transnacional, dada a internacionalização dos problemas e, em consequência, das soluções.

As pessoas com deficiência o são devido à dificuldade de integração com o meio social e de realização de tarefas. Sendo elas uma minoria constituída, merecem outra postura por parte de todos: devem ser propiciados os *meios* necessários para trazer a essas pessoas a igualdade com as demais, a fim de se acabar com a marginalização e a pobreza a elas relacionadas. O Estado deve ser o grande implementador da acessibilidade.

Aguarda-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal disso se aperceba e modifique o tão enraizado entendimento de que o tratado internacional, inclusive o de direitos humanos, tem força de lei ordinária, alegando a primazia da Constituição Federal, quando a primazia é, na verdade, da pessoa humana.

8 Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: Corde, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.]

CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1998.

Infrações contra o patrimônio cultural: competência do IPHAN e demais órgãos de preservação patrimonial para aplicar sanções administrativas ambientais

José Eduardo Ramos Rodrigues¹
e Fernando Walcacer²

Sumário: 1 Introdução. 2 O patrimônio cultural nas Constituições Brasileiras de 1824 a 1967. 3 O patrimônio cultural na Constituição Federal de 1988. 4 As infrações administrativas contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. 5 Competência do IPHAN para aplicar sanções administrativas ambientais. 5.1 O IPHAN como órgão ambiental. 5.2 O IPHAN como órgão integrante do SISNAMA. 6 Competência dos órgãos estaduais e municipais de preservação do patrimônio cultural para aplicarem sanções administrativas ambientais. 7 Conclusões. 8 Referências.

1 Introdução

Pode parecer estranho a alguns a inclusão de crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural na Lei n. 9.605, de 12.02.1998, na medida que ela trata, segundo seu preâmbulo, de “sanções penais e

1 Advogado da Fundação Florestal do Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Saúde Pública pela USP. Professor de Direito Ambiental. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

2 Professor de Direito Ambiental da PUC-Rio.

administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”? É voz corrente que meio ambiente diz respeito apenas à natureza, preferencialmente intocada, e os aglomerados urbanos seriam a sua negação, a sua destruição.

Essa afirmação não tem cunho científico e desde longa data o direito positivo brasileiro tem conceituado o meio ambiente de forma bastante abrangente. Assim pela Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional de Meio Ambiente), meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as formas (art. 3º, inc. I). Exatamente por permitir, abrigar e reger a vida em todas as formas é que o meio ambiente inclui áreas naturais intocadas ou degradadas, mares e terras, áreas rurais e urbanas, meio ambiente natural, artificial e cultural, pois em todos esses espaços encontramos formas de vida. Sob o ponto de vista humano, especialmente no Brasil, avulta a importância dos estudos do meio ambiente urbano, eis que cerca de setenta por cento da nossa população nele vive e exerce suas atividades.

2 O patrimônio cultural nas Constituições Brasileiras de 1824 a 1967

No período imperial, podemos dizer que não houve nenhuma ação efetiva no Brasil em defesa do patrimônio cultural. A Constituição de 1824 nada mencionava a respeito e consagrava um direito de propriedade praticamente ilimitado, o que inviabilizava qualquer iniciativa a respeito.

Com a república, o panorama vigente não sofreu modificações de monta. A Constituição de 1891 e o Código Civil de 1916, adotando o princípio do exercício incondicionado da propriedade privada, criavam óbices praticamente intransponíveis ao trâmite de diplomas legais que tendessem a limitá-lo, em prol da preservação do patrimônio cultural.

Assim mesmo, o Decreto n. 22.928, de 12 de julho de 1933, declarou monumento nacional a cidade de Ouro Preto, embora em termos apenas honoríficos, sem ônus para a União, nem maiores consequências no campo jurídico.

A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar especificamente do assunto, eis que seu artigo 10, inciso III, dispunha:

“Artigo 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:
(...)

III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte.”

Ainda sob a égide da Constituição de 1934, a Lei n. 378, de 13 de janeiro de 1937, que deu nova organização ao então Ministério da Educação e Saúde Pública, em seu artigo 46, criou o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), com a finalidade de promover, em todo o país e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional.

A Constituição do Estado Novo de 1937 regularia a matéria num texto mais elaborado, o do seu artigo 134, que prescrevia:

“Artigo 134 - Os monumentos históricos artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.”

Nesse mesmo ano de 1937, surgiu o Decreto-Lei n. 25, que passou a regular a proteção do patrimônio cultural, criando o instituto jurídico do tombamento e seu respectivo processo administrativo, além de ratificar a existência do órgão por ele responsável, na época o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), e que, com poucas alterações, ainda é o diploma legal que rege o assunto na esfera federal.

O seu artigo 1º define o patrimônio histórico e artístico nacional como “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”. Como se pode observar, o uso de expressões como “fatos memoráveis” e “excepcional valor” alinham esse diploma legal entre os adeptos ao conceito de excepcionalidade do valor cultural do bem como pressuposto para a sua preservação.

Por outro lado, o parágrafo 1º do mesmo artigo também consagra a preservação exclusiva dos valores culturais oficiais, eis que só quando tombado pelo órgão governamental é que um bem pode ser considerado parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional.

O artigo 17 do mesmo diploma legal prevê que as coisas tombadas não podem em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas sem prévia atualização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico e Nacional, atualmente Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado. Igualmente, sem prévia autorização especial do IPHAN, não se poderá, na vizinhança de coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se nesse caso multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto (art. 18).

Essas sanções desde o início demonstraram ser inaplicáveis. Basta observar que para se quantificar a multa, é preciso primeiramente calcular o valor do dano ou do objeto a ser retirado. Para tanto, seria necessária a propositura de ação judicial e realização de perícia, sem contar que ainda hoje a avaliação desse tipo de dano é extremamente complexa e sujeita a controvérsias.

Visando à regulamentação da parte final do citado artigo 134 da Carta de 1937, que dizia que “os atentados cometidos contra eles (monumentos históricos artísticos e naturais) cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”, é que o Código Penal de 1940 criminalizou algumas condutas nocivas ao patrimônio cultural.

Assim, no Título II, Capítulo IV do Código Penal de 1940, entre os crimes de dano, é que foram incluídos dois tipos, nos artigos 165 e 166, que se referiam, respectivamente, ao dano em coisa de valor artístico, arqueológico, histórico e a alteração de local especialmente protegido.

Esses tipos penais vigoraram até a recente promulgação da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, quando foram tacitamente revogados.

A Constituição de 1946, de certa forma, retrocedeu com relação à de 1937, eis que a proteção do patrimônio cultural tornou-se norma meramente programática, inserida no artigo 175:

“Artigo 175 - As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público.”

O patrimônio arqueológico até aquela época não havia encontrado um regime adequado de tutela, eis que o tombamento, por princípio, busca impedir qualquer alteração na aparência do bem tombado. Os bens arqueológicos, por sua vez, para serem devidamente fruídos e estudados, precisam quase sempre de desmonte científico, pelo menos quando pré-históricos, pela escavação dos sítios correspondentes. Para suprir essa lacuna legal é que foi promulgada a Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961, que instituiu meios de controle das escavações arqueológicas, por meio do Departamento do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (DPHAN), atual Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

Por sua vez, o artigo 25 da mesma lei informa que a realização de escavações arqueológicas ou pré-históricas, com infringência de qualquer de seus dispositivos, dará lugar à multa de Cr\$ 5.000,00 a Cr\$ 50.000,00, sem prejuízo de sumária apreensão e consequente perda, para o Patrimônio Nacional, de todo o material e equipamento existentes no local.

Essa multa, em princípio, representou um avanço, na medida que foi definida em moeda corrente. Entretanto, a inflação e as sucessivas mudanças de moeda terminaram por aniquilar o seu valor.

A Constituição de 1967 retomou a norma programática do texto constitucional de 1946, porém inovando, ao elencar entre os bens sob proteção do Poder Público as jazidas arqueológicas. O texto original do artigo 172 era o seguinte:

“Artigo 172 - O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único - Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.”

A Emenda Constitucional n. 1 de 1969 manteve a mesma redação do artigo 172, apenas renumerando-o para 181.

Como se pode concluir pela simples leitura dos textos constitucionais mencionados, eles apenas enumeravam categorias de bens a serem protegidos, porém não continham nenhum conceito expresso do que fosse patrimônio cultural, continuando a prevalecer o conceito de excepcionalidade expresso no artigo 1º do Decreto-Lei n. 25/1937, o que

prejudicou em muito a preservação de edificações características, porém consideradas de menor valor arquitetônico, pelo menos sob o ponto de vista de certa elite de arquitetos, ou de ligação histórica a fatos da história cotidiana de classes sociais menos favorecidas. A arquitetura eclética do final do século XIX e início do XX, tão característica das cidades brasileiras mais importantes da época, desapareceu quase completamente por preconceito de técnicos ligados ao modernismo e que consideravam aquela manifestação artística como desprovida de qualquer valor cultural que justificasse a sua preservação pelo tombamento.

3 O patrimônio cultural na Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 trata o patrimônio cultural em vários de seus dispositivos.

Assim, no seu artigo 23:

“Artigo 23 - É competência comum da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural;”

E, no artigo 24:

“Artigo 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;”

Por sua vez, o artigo 30:

“Artigo 30 - Compete aos Municípios:

(...)

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.”

O artigo 216 da Constituição de 1988 conciliou o nosso ordenamento jurídico com a vanguarda dos conceitos internacionais de patrimônio cultural, constituindo-se, a partir de então, na espinha dorsal do sistema de preservação dos valores culturais brasileiros:

“Artigo 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço de dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.”

O *caput* do artigo 216 rompeu com a tradição do direito constitucional brasileiro, ao inserir o conceito de patrimônio cultural, e o fez de forma muito feliz, abraçando simultaneamente os conceitos de “valor histórico”, já que prescreve a proteção de bens “individualmente ou em conjunto”, desde que “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, sem exigir que sejam de “valor excepcional”, e ainda os de “valor sociológico”, eis que consagra a defesa de bens imateriais, ao lado dos materiais tradicionais. Também exclui acertadamente a necessidade do tombamento prévio, já que o seu texto não exige que os bens sejam tombados para integrarem o patrimônio cultural.

Os incisos I a V do *caput* do artigo 216 formam uma lista exemplificativa dos bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro, de tal maneira que o legislador constitucional não pretendeu esgotar uma rica e dinâmica realidade. Muito pelo contrário, ele deixou em aberto a possibilidade de construção de novos tipos de bens culturais. Sendo assim, qualquer bem pode vir a integrar o patrimônio cultural brasileiro, desde que seja portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, inclusive por seu valor ecológico, nos termos do referido artigo 216.

O parágrafo 1º do artigo 216 consagra o princípio da participação, informativo do direito ambiental. Assim, a proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro devem ser efetuadas com a colaboração da comunidade. Por outro lado, fica claro que o tombamento é apenas um dos instrumentos jurídicos adequados à proteção do patrimônio cultural, que faz parte de um rol exemplificativo, que ainda é integrado, segundo o texto constitucional, pelo inventário, registro, vigilância, desapropriação, entre outras possíveis formas de acautelamento e preservação.

O registro, criado pelo Decreto n. 3.551, de 4 de agosto de 2000, é um instrumento jurídico adequado à proteção dos bens imateriais. Eles são definidos pela Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela Unesco em 17 de outubro de 2003, como sendo “as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhe são

associados – que as comunidades, os grupos, em alguns casos os indivíduos, reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural”³

O inventário consiste na identificação e na compilação das características e peculiaridades históricas e de relevância cultural dos bens culturais e naturais, públicos ou privados⁴. Embora não exista lei infra-constitucional regulando especificamente os efeitos jurídicos do inventário, ele vem se firmando como instrumento de proteção do patrimônio cultural, por meio de precedentes jurisprudenciais. Assim, nesse sentido, os bens inventariados devem ser conservados adequadamente por seus proprietários e sua preservação respeitada por todos os cidadãos, uma vez que ficam submetidos ao regime jurídico específico dos bens culturais protegidos; somente podem ser alterados mediante prévia autorização do órgão responsável pelo ato protetivo, que deve exercer especial vigilância sobre o bem; ficam qualificados como objeto material dos crimes previstos nos artigos 62 e 63 da Lei n. 9.605/98.⁵

É possível também preservar-se o patrimônio cultural por meio de decisão do Poder Judiciário, por meio de ação civil pública. A Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, em seu artigo 1º, inciso III, prevê a possibilidade de propositura de ação de responsabilidade por danos causados a bens de valor cultural, sem a exigência de que eles estejam previamente tombados. Assim, pode ser ajuizada ação civil pública com pedido liminar de sustação de quaisquer atos que possam vir a causar a descaracterização de um bem não formalmente protegido, enquanto estiver *sub judice*. No decorrer da ação, por meio de perícia e outras provas, poderá ser comprovado o valor cultural do bem e ser ele declarado protegido para sempre, mantidas suas características.⁶

3 RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural imaterial. In: AGRELLI, Vanusa; SILVA, Bruno Campos (Coords.). *Direito urbanístico e ambiental: estudos em homenagem ao professor Toshio Mukai*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 431-432.

4 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 11, p. 306-307, jul./dez. 2008.

5 Ibidem, p. 311.

6 RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro, ação civil pública, estatuto da cidade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 284. Sobre esse tema, observe-se ainda: RICHTER, Ruy Arno. *Meio ambiente cultural: omissão do Estado e tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 1999.

O parágrafo 4º, por sua vez, prevê que os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos na forma da lei. E é com fundamento nesse dispositivo constitucional que foi promulgada a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conhecida por Lei de Crimes Ambientais. Trata-se de lei *sui generis*, pois além de tratar de crimes ambientais, contém também normas de processo penal, direito internacional e direito administrativo. Sobre o último tema, trata a lei de infrações administrativas ambientais, suas sanções e respectivo processo, sendo regulamentada, nesses aspectos, pelo Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008.

4 As infrações administrativas contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural

Um ilícito ambiental pode ser civil, administrativo ou penal, como se depreende do disposto no parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal. Como expressa Vladimir Passos de Freitas, não há critério rígido para punir uma conduta lesiva ao meio ambiente como crime ou considerá-la como sendo apenas infração administrativa. O Estado faz a opção, tendo em vista a gravidade do fato.⁷

E é efetivamente esse o critério utilizado pela legislação ambiental, conforme se observa do teor do artigo 2º do Decreto n. 6.514/2008, que regulamenta a Lei n. 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais): “Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente, conforme disposto na Seção III deste Capítulo”. Ora, a mencionada Seção III (arts. 24 a 93 do referido Decreto) é a que elenca todas as condutas consideradas infrações administrativas ambientais.

Como vimos acima, a aplicação das multas previstas originalmente no Decreto-Lei n. 25/37 e na Lei n. 3.924/61 é inviável.

Já a Lei n. 9.605/98 prevê nos incisos de seu artigo 72 a aplicação de um rol razoavelmente extenso de tipos de sanção.⁸

7 FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 79.

8 Esse rol repete-se no artigo 3º e incisos do Decreto n. 6.514/2008.

Em se tratando de infrações contra o patrimônio cultural, parecem mais diretamente aplicáveis as seguintes sanções: advertência (inc. I); multa simples (inc. II); multa diária (inc. III); apreensão de instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração (inc. IV); embargo de obra ou atividade (inc. VII); demolição de obra (inc. VIII); suspensão parcial ou total de atividades (inc. IX); restritiva de direitos (inc. X).

Por sua vez, as infrações administrativas contra o patrimônio cultural encontram-se arroladas nos artigos 72 a 75 do Decreto n. 6.514/2008:

“Artigo 72 - Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; ou

II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Artigo 73 - Alterar o aspecto ou estrutura de edificação em local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Artigo 74 - Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização:

Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Artigo 75 - Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação alheia ou monumento urbano:

Multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Parágrafo único - Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a multa é aplicada em dobro.”

5 Competência do IPHAN para aplicar sanções administrativas ambientais

Segundo o parágrafo 1º do artigo 70 da mencionada Lei n. 9.605/98, são autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos do Ministério da Marinha.

Portanto, para que o IPHAN possa exercer o poder de polícia previsto na Lei n. 9.605/98 (e no seu regulamento, Dec. n. 6.514/2008), é preciso que a autarquia preencha necessariamente dois requisitos: (1) ser órgão ambiental; (2) ser integrante do SISNAMA.

5.1 O IPHAN como órgão ambiental

Seria o IPHAN um órgão ambiental?

Como expressa Ana Maria Marchesan, a quase unanimidade da doutrina brasileira parte de uma concepção holística ou unitária de meio ambiente, na qual estão compreendidas as dimensões relativas ao meio ambiente natural, ao meio ambiente cultural e ao meio ambiente artificial.⁹

José Afonso da Silva conceitua meio ambiente como a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária de ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.¹⁰

9 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 83-84.

10 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

Segundo Helita Barreira Custódio, o conteúdo do meio ambiente é global e abrange todos os bens ou recursos ambientais, tanto os naturais (vivos e não vivos, ar, águas em geral, fauna, flora, solo com seu subsolo, alimento, luz solar, energia, silêncio ambiental), típicos do meio ambiente natural, como os bens sociais (relacionados com as atividades políticas, socioeconômicas, agricolourbanísticas, construtivas, industriais, habitacionais, profissionais, sanitárias, espirituais, educacionais, recreativas, desportivas ou de lazer, de transportes), típicos do meio ambiente artificial e os bens culturais (compreendidos todos os bens de valor cultural, materiais e imateriais, integrantes do patrimônio cultural), típicos do meio ambiente humano, os quais são caracterizados por interações ou inter-relações com outros meios e por progressiva integração ajustável às novas exigências sociais de cada momento.¹¹

Carlos Marés expressa que o meio ambiente, entendido em toda a sua plenitude e de um ponto de vista humanista, compreende a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano. Assim, o meio ambiente é composto pela terra, água, ar, flora, fauna, edificações, obras de arte e elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos ou sinais de fato naturais ou da passagem de seres humanos. Dessa forma, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha como a evocação mística que dela faça o povo.¹²

Informa Migliari que o meio ambiente é a integração do conjunto de elementos naturais, artificiais, culturais e do trabalho que propiciem o desenvolvimento equilibrado de todas as formas, sem exceções. Logo, não haverá um ambiente sadio enquanto não se elevar ao mais alto grau de excelência a qualidade de integração e da interação desse conjunto.¹³

Cristiane Derani sintetiza muito bem a questão, ao afirmar que na medida que o homem integra a natureza e, dentro do seu meio social a transforma, não há como referir-se à atividade humana sem englobar

11 CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito ambiental e questões relevantes*. Campinas: Millenium, 2005. p. 82.

12 SOUZA FILHO, Carlos Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15.

13 MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Crimes ambientais*. 2. ed. Campinas-SP: CS Edições, 2004. p. 12.

natureza, cultura e, consequentemente, sociedade. Toda relação humana é uma relação natural, toda a relação com a natureza é uma relação social.¹⁴

Com relação à dicotomia entre meio ambiente natural e artificial, Guilherme Purvin de Figueiredo afirma corretamente que tal cisão é meramente cerebrina e as ciências ambientais tratam de demonstrar a indivisibilidade do meio ambiente. Nos ambientes naturais ou construídos, o direito à qualidade de vida é sempre o mesmo. Modificam-se apenas os instrumentos asseguradores de sua efetividade.¹⁵

Marcos Paulo Miranda declara que o íntimo relacionamento entre cultura e meio ambiente é fato totalmente incontroverso, a ponto do próprio legislador constituinte ter elencado os sítios de valor paisagístico e ecológico, que a princípio seriam bens meramente naturais, como integrantes do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, inc. V, da CF). Lembra ainda que o Decreto-Lei n. 25/37 já viabilizava o tombamento (instrumento de proteção eminentemente cultural) de monumentos, sítios e paisagens dotados pela natureza de feições notáveis (art. 1º, § 2º). Por derradeiro, menciona que o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) tem entre seus objetivos proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural (art. 4º, inc. VII, da Lei n. 9.985, de 18.07.2000).¹⁶

A doutrina italiana também é preponderante no mesmo sentido. O saudoso administrativista Massimo Severo Giannini, ao examinar o conteúdo da expressão ambiente (equivalente à expressão brasileira “meio ambiente”), observou que ela abrange as belezas naturais, os centros históricos, os parques naturais, as reservas, as florestas, a prevenção e repressão das atividades que degradam o solo e poluem o ar e as águas, e o ambiente a que se faz referência nas normas de estudos urbanísticos (tráfego, trabalho, serviços etc.).¹⁷

14 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 133-134.

15 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *A propriedade no direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 39-40.

16 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*: doutrina, jurisprudência, legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 13.

17 GIANNINI, Massimo Severo, apud FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

Esse entendimento também vem sendo acolhido pelo Poder Judiciário, como se pode observar nos arestos seguintes:¹⁸

“Meio Ambiente – Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da fase vieira). Recurso conhecido em parte e provido.” (STJ – REsp n. 115.599/RS, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU*, de 02.09.2002).

“Ação Civil Pública – Liminar deferida. Paralisação de obras destinadas ao reflorestamento de pinus. Indícios de sítios arqueológicos. Decisão confirmada. Agravo de instrumento improvido. I. O dever de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do qual faz parte o patrimônio público cultural, incumbe ao Poder Público, em todas as esferas, federal, estadual e municipal e à toda a coletividade. II. Constatada na Fazenda Três Pinheiros, de propriedade da agravante, indícios de sítios arqueológicos, a paralisação das obras de reflorestamento deve ser mantida, até que fique demonstrada que a sua retomada não causa prejuízo ao estudo e pesquisa do patrimônio público cultural.” (TJPR – AI n. 0149999-2 (24371)/Arapoti, 2ª Câ. Cív., rel. Des. Hirosê Zeni, *DJPR*, de 06.12.2004).

“O tombamento por motivo estético ou arquitetônico inclui-se entre os valores de interesse difuso ou coletivo, integrando o conceito hodierno de meio ambiente, que se não resume no patrimônio natural, que não indica apenas a natureza original, mas igualmente o patrimônio artificial, vale dizer, os recursos artificiais e culturais. As normas destinadas à proteção do meio ambiente aceitam exegese e aplicação por critério ampliativo e construtivo, ficando este unicamente na teleologia das disposições legais. Apelação improvida.” (TJRJ – AC n. 2463/93 (Reg. 211195), Cód. 93.001.02463, 8ª Câ. Cív., rel. Des. Laerson Mauro, j. 12.09.1995).

18 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza, *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*: doutrina, jurisprudência, legislação, cit., p. 14.

Sendo assim, não parece haver dúvida que o SPHAN é um órgão ambiental, eis que voltado à preservação do meio ambiente cultural.

5.2 O IPHAN como órgão integrante do SISNAMA

Seria o IPHAN órgão integrante do SISNAMA?

Surge aí, em princípio, um problema.

O Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), criado pela Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, tem sua composição e estrutura descrita no artigo 6º da mesma Lei. Ocorre que esse artigo 6º teve sua redação alterada pela Lei n. 7.804, de 18 de julho de 1989, e pela Lei n. 8.028, de 12 de abril de 1990.

Assim sendo, a redação atual do artigo 6º da Lei n. 6.938/81, segundo o *site* da Casa Civil da Presidência da República, é a seguinte:

“Artigo 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), assim estruturado:

I - Órgão Superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais;

II - Órgão Consultivo e Deliberativo: o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

III - Órgão Central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes fixadas para o meio ambiente;

IV - Órgão Executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições.”¹⁹

Da leitura desse texto legal, conclui-se, em princípio, que o IPHAN estaria excluído dos órgãos integrantes do SISNAMA.

No entanto, o texto desse artigo apresenta sérias defasagens e defeitos técnicos que não podem ser olvidados. Assim, observe-se que consta como órgão do sistema a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, que foi criada em 1990 e extinta em 1992. Foi ela substituída em suas competências pelo Ministério do Meio Ambiente, criado em 1992, tendo em vista as repercussões internacionais da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada naquele ano no Rio de Janeiro.²⁰

Do mesmo modo, o artigo 6º coloca como órgão executor apenas o IBAMA (inc. IV), conquanto ele divida tal função com o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, desde a promulgação da Lei n. 11.516, de 28 de agosto de 2007.²¹

Assim, nos termos do artigo 1º da Lei n. 11.516/2007, cumpre ao Instituto Chico Mendes executar ações da política nacional de unidades

19 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lei/L6938.htm>. Acesso em: 13 ago. 2009.

20 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Curso de direito ambiental*. 3. ed. Curitiba: Arte e Letra, 2009. p. 113.

21 Neste sentido: BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 160-161; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin, *Curso de direito ambiental*, cit., p. 113; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 551-552.

de conservação da natureza, referentes às atribuições federais relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União (inc. I); executar as políticas relativas ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis e ao apoio ao extrativismo e às populações tradicionais nas unidades de conservação de uso sustentável instituídas pela União (inc. II); fomentar e executar programas de pesquisa, proteção, preservação e conservação da biodiversidade e de educação ambiental (inc. III); exercer o poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União e promover e executar, em articulação com os demais órgãos (inc. IV) e entidades envolvidos, programas recreacionais, de uso público e de ecoturismo nas unidades de conservação onde essas atividades sejam permitidas (inc. V).

Ao IBAMA, de acordo com o artigo 5º do mesmo diploma legal, cabe exercer o poder de polícia ambiental (inc. I); executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente (inc. II) e executar as ações supletivas da competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente (inc. III).

Todas essas profundas alterações permanecem olímpicamente ignoradas pelo texto “atualizado” da Lei n. 6938/81.

E tal fato parece ainda mais incrível, na medida que o artigo 7º da referida Lei n. 11.516/2007 teve a preocupação de alterar o inciso III do artigo 6º da Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, para colocar como órgãos executores do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) tanto o Instituto Chico Mendes como o IBAMA, este em caráter supletivo, preocupação que, como já se viu, surpreendentemente não existiu com relação ao Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

Isso significa que um órgão, mesmo não incluído no SISNAMA, conforme descrito nos incisos do artigo 6º da Lei n. 6.938/81, pode em verdade a ele pertencer, tendo em vista as funções que legalmente exerça, como é claramente o caso do mencionado Instituto Chico Mendes.

E também é o caso do IPHAN, que tem por finalidade institucional proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, nos termos do artigo 216 da Constituição Federal (art. 2º, *caput*, de sua Estrutura Regimental, aprovada pelo Dec. n. 6.844, de 07.05.2009).

Em especial, cumpre ao IPHAN fiscalizar o patrimônio cultural protegido pela União, com vistas a garantir a sua preservação, uso e fruição (inc. VI do art. 2º da Estrutura Regimental), como também exercer o poder de polícia administrativa, aplicando as sanções previstas em lei, visando à preservação do patrimônio protegido pela União (inc. VII do mesmo artigo).

Em resumo, cabe ao IBAMA o exercício do poder de polícia ambiental em geral, ao Instituto Chico Mendes o exercício do poder de polícia sobre as unidades de conservação instituídas pela União, e ao IPHAN o exercício do poder de polícia sobre o meio ambiente cultural (patrimônio cultural) protegido pela União. São todos, portanto, integrantes do SISNAMA, como órgãos executores.

Observe-se agora a evolução do texto legal da Lei n. 6.938/81 e as mudanças sofridas pela estrutura do SISNAMA através do tempo:

I. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (texto original)

“Artigo 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), assim estruturado:

I - Órgão Superior: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a função de assistir o Presidente da República na formulação de diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente;

II - Órgão Central: a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), do Ministério do Interior, à qual cabe promover, disciplinar e avaliar a implantação da Política Nacional do Meio Ambiente;

III - Órgãos Setoriais: os órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública Federal, direta ou indireta, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, cujas entidades estejam,

total ou parcialmente, associadas às de preservação da qualidade ambiental ou de disciplinamento do uso de recursos ambientais;

IV - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas e de controle e fiscalização das atividades das suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental;

V - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas áreas de jurisdição.

§ 1º - Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA.

§ 2º - Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior.

§ 3º - Os órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada.

§ 4º - De acordo com a legislação em vigor, é o Poder Executivo autorizado a criar uma fundação de apoio técnico e científico às atividades do SEMA.”²²

Com se vê, o IPHAN, sendo uma autarquia federal, com a função de preservar a qualidade ambiental cultural e o disciplinamento do uso dos recursos ambientais culturais, estava perfeitamente enquadrado entre os chamados órgãos setoriais do SISNAMA (inc. III do art. 6º da Lei n. 6.938/81).

II. Lei n. 7.804, de 18 de julho de 1989, cujo seu artigo 1º altera a redação do artigo 6º da Lei n. 6.938/81 para:

“Artigo 6º - (...)

²² Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L6938org.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2009.

I - Órgão Superior: o Conselho Superior do Meio Ambiente (CSMA), com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais;

II - Órgão Consultivo e Deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), adotado nos termos desta lei, para assessorar, estudar e propor ao Conselho Superior do Meio Ambiente (CSMA) diretrizes políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais, e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

III - Órgão Central: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), com a finalidade de coordenar, executar e fazer executar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente e a preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais;

IV - Órgãos Setoriais: os órgãos ou entidades integrantes da administração federal direta e indireta, bem como as Fundações instituídas pelo Poder Público, cujas atividades estejam associadas às de proteção da qualidade ambiental ou àquelas de disciplinamento do uso de recursos ambientais;

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições.”²³

Por essa lei, foi criado um novo órgão superior, o Conselho Superior do Meio Ambiente (inc. I); o CONAMA passou a órgão consultivo e deliberativo (inc. II) e o órgão central passou a ser o IBAMA

23 Disponível em: <<http://www.lei.adv.br/7804-89.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2009.

(inc. III). No que tange aos órgãos setoriais, essa alteração não teve maiores consequências, eis que resultou apenas na melhora da redação e na renumeração do seu inciso. Assim os órgãos setoriais passaram do inciso III para o IV. Os órgãos seccionais e locais também tiveram seus incisos renumerados para V e VI, respectivamente.

III. Lei n. 8.028, de 12 de abril de 1990, cujo artigo 35 realizou a última alteração, até o presente, da redação do artigo 6º da Lei n. 6.938/81:

“Artigo 6º- (...)

I - Órgão Superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais;

II - Órgão Consultivo e Deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de política governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial a sadia qualidade de vida;

III - Órgão Central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;

IV - Órgão Executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente; (...)”²⁴

Por determinação dessa lei, o órgão central passou a ser o Conselho de Governo (inc. I), o órgão consultivo e deliberativo continuou a ser o CONAMA (inc. II), o órgão central passou a ser a Secretaria do Meio

²⁴ Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1990/8028.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2009.

Ambiente da Presidência da República (inc. III) e o IBAMA tornou-se o órgão executor (inc. IV). Pelas reticências que se seguem no texto legal, é de se presumir que os órgãos setoriais, órgãos seccionais e órgãos locais não sofreram nenhuma alteração, de modo que seus incisos tenham apenas sido renumerados para V, VI e VII, respectivamente.

No entanto, não foi o que ocorreu. O chamado texto compilado da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, existente no *site* da Casa Civil da Presidência, considera o inciso dos órgãos setoriais simplesmente revogado e os incisos correspondentes aos órgãos seccionais e órgãos locais renumerados para V e VI, respectivamente.²⁵

Ora, esse é um erro gravíssimo, um verdadeiro atentado à Constituição, na medida que apenas ao Poder Legislativo cabe elaborar e alterar leis, através do competente processo legislativo (art. 59 da CF), ou ainda ao Poder Executivo, por meio de medidas provisórias (art. 62 da CF). Nada disso ocorreu. Seja por culpa ou dolo de algum desconhecido, foi suprimido um inciso de uma lei e, por consequência, toda uma categoria de órgãos ambientais, de modo arbitrário e flagrantemente inconstitucional, com evidentes prejuízos à proteção do meio ambiente, em especial no que tange à sua vertente cultural.

Tanto essa supressão é arbitrária que o parágrafo 3º do citado artigo 6º menciona expressamente os órgãos setoriais:

“§ 3º - Os órgãos central, *setoriais*, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada.” (grifo nosso).

A questão torna-se ainda mais complicada ao se vislumbrar o Decreto n. 99.274, de 06 de junho de 1990, que regulamenta a Lei n. 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que foi expedido pouco tempo depois da citada Lei n. 8.028, de 12 de abril de 1990, a mesma que aparentemente extinguiu os órgãos setoriais.

Na primeira parte do inciso V do artigo 3º desse diploma regulamentar, em dispositivo que trata da estrutura do SISNAMA, encontramos os

25 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 13 ago. 2009.

“extintos” órgãos setoriais incluídos entre os órgãos seccionais, senão vejamos:

“V - Órgãos Seccionais: os *órgãos ou entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, as fundações instituídas pelo Poder Público cujas atividades estejam associadas às de proteção da qualidade ambiental ou àquelas de disciplinamento do uso de recursos ambientais*, bem como os órgãos e entidades estaduais responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;” (grifos nossos).

Observe-se também o artigo 12 do Decreto n. 99.274/90:

“Artigo 12 - Os *Órgãos Seccionais, de que trata o artigo 3º, inciso V, primeira parte*, serão coordenados no que se referir à Política Nacional do Meio Ambiente, pelo Secretário do Meio Ambiente.” (grifos nossos).

Já o artigo 13 seguinte simplesmente “ressuscita” os órgãos setoriais, confundindo-os com os órgãos seccionais:

“Artigo 13 - A integração dos *Órgãos Setoriais Estaduais (artigo 30, inciso V, segunda parte)* e dos Órgãos Locais ao SISNAMA, bem como assim a delegação de funções do nível federal para o estadual poderão ser objeto de convênios celebrados entre cada *Órgão Setorial Estadual* e a SEMAM/PR, admitida a interveniência de *Órgãos Setoriais Federais* do SISNAMA.” (grifos nossos).

Na verdade essa confusão é inevitável, já que não há a menor lógica em se excluírem os denominados órgãos setoriais, que têm plenas condições jurídicas de prestar relevantes serviços à preservação do meio ambiente em todas as suas formas.

Afinal, o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) deve ser composto por todos os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como pelas fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental (art. 6º, *caput*, da Lei n. 6.938/81).

O IPHAN, seja como órgão executor, órgão setorial ou órgão seccional federal, é, sem sombra de dúvida, o responsável pela proteção e melhoria da qualidade ambiental cultural. E, como tal, é integrante do SISNAMA.

6 Competência dos órgãos estaduais e municipais de preservação do patrimônio cultural para aplicarem sanções administrativas ambientais

Os órgãos estaduais e municipais de preservação do patrimônio cultural são também ambientais, na medida que protegem o meio ambiente cultural. Integram igualmente o SISNAMA como órgãos seccionais e locais, respectivamente, eis que são responsáveis, em seu âmbito de atuação, pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental cultural (incs. V e VI da Lei n. 6.938/81 – versão atual).

Sendo assim, os agentes por eles designados para as atividades de fiscalização são autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo (art. 70 da Lei n. 9.605/98). Podem, destarte, aplicar aos infratores as sanções prescritas no Decreto n. 6.514/2008.

7 Conclusões

(a) Desde 1934, o patrimônio cultural brasileiro está sob a proteção do Poder Público.

(b) O exercício do poder de polícia relativo à conservação e fiscalização do patrimônio cultural brasileiro, com a aplicação de sanções administrativas aos seus detratores, tem sido historicamente inexpressivo.

(c) A Constituição Federal de 1988, a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e seu regulamento, o Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008, constituem avanços importantes na proteção jurídica do patrimônio cultural brasileiro.

(d) O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) detém no âmbito federal o poder de polícia inerente à proteção do patrimônio cultural há mais de setenta anos.

(e) O IPHAN é órgão ambiental, do mesmo modo que o IBAMA e o Instituto Chico Mendes. E, como eles, pode ser classificado como órgão executor, dentro do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

(f) O IPHAN também pode integrar o SISNAMA na qualidade de órgão setorial, encarregado da proteção do meio ambiente cultural.

(g) As alterações introduzidas no artigo 6º da Lei n. 6.938/81 pela Lei n. 8.028, de 12 de abril de 1990, não pretenderam retirar os órgãos setoriais da estrutura do SISNAMA.

(h) Os agentes designados pelo IPHAN para atividades de fiscalização estão habilitados a aplicar aos infratores as sanções previstas no Decreto n. 6.514/2008.

(i) Os órgãos estaduais e municipais de preservação do patrimônio cultural são também ambientais e integram o SISNAMA como órgãos seccionais e locais, respectivamente. Portanto os agentes por eles designados também estão habilitados a aplicar aos infratores as sanções previstas no Decreto n. 6.514/2008.

8 Referências

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2008.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito ambiental e questões relevantes*. Campinas: Millenium, 2005.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *A propriedade no direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Curso de direito ambiental*. 3. ed. Curitiba: Arte e Letra, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Crimes ambientais*. 2. ed. Campinas-SP: CS Edições, 2004.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. In: *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 11, p. 292-319, jul./dez. 2008.

_____. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*: doutrina, jurisprudência, legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PROTEÇÃO e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória. Brasília: Brasília: MEC, Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN); Pró-Memória, 1980.

RICHTER, Ruy Arno. *Meio ambiente cultural*: omissão do Estado e tutela judicial. Curitiba: Juruá, 1999.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 199-225.

_____. Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro, ação civil pública, estatuto da cidade. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 269-295.

_____. Patrimônio cultural imaterial. In: AGRELLI, Vanusa; SILVA, Bruno Campos (Coords.). *Direito urbanístico e ambiental*: estudos em homenagem ao professor Toshio Mukai. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 431-434.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009.

A suspensão de execução de liminar e de sentença

Luciano Alves Rossato¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Origem e previsão legislativa. 3 Finalidade jurídica. 4 Natureza jurídica. 5 Regime jurídico geral. 6 Requisitos para obtenção da suspensão. 6.1 Da legitimidade para a obtenção da medida. 6.2 Competência ou destinatário do pedido. 6.3 Bens jurídicos tutelados. 7 Duração da medida. 8 Renovação do pedido de suspensão. 9 Agravo interno. 10 A suspensão e a Lei n. 12.016/2009. 11 Conclusão. 12 Referências.

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da suspensão de execução, ou a suspensão da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público², que tem como finalidade obstar o cumprimento do comando contido em liminar e sentença que possa produzir efeitos imediatos, ou seja, que não seja objeto de recurso dotado de efeito suspensivo (por exemplo, a sentença proferida em sede de ação civil pública, cuja apelação é desprovida de efeito suspensivo³).

1 Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito na Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Professor universitário e da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.

2 Essa expressão, que serve de subtítulo a obra de Marcelo Abelha Rodrigues (*Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.), é muito adequada, conforme lembra Hélio do Valle Pereira (*Manual da fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 299).

3 Artigo 14 da LACP: “O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.”

Em geral, dois são os efeitos dos recursos: suspensivo e devolutivo. Diz-se que há efeito suspensivo quando o recurso tem o condão de impedir a produção imediata dos efeitos da decisão. Essa suspensão é “de toda a eficácia da decisão”⁴

Em verdade, antes da interposição do recurso, essa decisão já era ineficaz, e “a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusesse o recurso”⁵

De regra, os recursos têm efeito suspensivo, e só excepcionalmente são dele desprovidos.

As liminares, cujo cumprimento pode ser suspenso, englobam tanto as que defram medidas cautelares, quanto medidas antecipatórias de mérito. Podem ser definidas como “qualquer medida que o juiz conceda, em cognição sumária, no início do processo, antecipando o que somente seria outorgado pela sentença ao final, seja a medida de natureza cautelar (garantia) ou antecipatória (satisfativa)”⁶

Como são concedidas mediante decisões interlocutórias, são passíveis de serem impugnadas por meio de agravo de instrumento, cujo efeito suspensivo fica a critério do seu relator, atendidos os critérios contidos no artigo 558 do Código de Processo Civil.

As decisões antecipatórias de tutela têm natureza jurídica mandamental, a serem efetivadas mediante execução *lato sensu* e, apesar do emprego da expressão, sabe-se que a execução *ex intervallo* é dispensada.⁷

Em razão do peculiar sistema geral dessas ações, em tese sempre é possível a concessão de decisão liminar, independentemente do ajuizamento de ação cautelar. Para tanto, basta que estejam preenchidos os pressupostos gerais de cautela (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).⁸

4 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 257.

5 Ibidem, p. 258.

6 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direito processual civil IV: processo cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 55.

7 LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 339.

8 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 445.

Com relação às sentenças, como já afirmado, podem ter seu cumprimento obstado as que não são impugnáveis por recurso com efeito suspensivo, quais sejam: a) as que decidirem o processo cautelar (art. 520, IV, do CPC); b) as que confirmarem os efeitos da tutela antecipada em processo de conhecimento (art. 520, VII, do CPC); c) as liminares e as concessivas de ordem em mandado de segurança, salvo quando houver expressa vedação (Lei n. 12.016/2009); d) as que julgarem procedente ação civil pública, salvo se o juiz conceder efeito suspensivo à apelação (art. 14 da Lei n. 7.347/85); e) as que julgarem procedente ação de improbidade administrativa, desde que não importem em perda da função pública e suspensão dos direitos políticos (art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92; f) as sentenças concessivas de *habeas data* e, g) as de procedência da ação popular ambiental (que tem a mesma natureza jurídica de ação civil pública, seguindo as regras procedimentais previstas na Lei n. 4.717/65⁹).

Somente as sentenças de conteúdo condenatório, mandamental e executivo *lato sensu*, podem ser objeto de suspensão de cumprimento, pois podem ser *passíveis* de cumprimento imediato. O mesmo não ocorre em relação às sentenças de cunho meramente declaratório e as constitutivas, que não importam em execução, exigindo o trânsito em julgado para que possam produzir os seus efeitos.

Como se demonstrará, a suspensão não se trata de recurso, pois não tem finalidade de anular ou de modificar a decisão ou sentença proferida contra o Poder Público. O único intuito é obstar a sua eficácia, ou seja, a possibilidade de produzir efeitos imediatos.

Porém, para que esse instituto seja utilizado, faz-se mister o preenchimento de certos requisitos básicos, como legitimidade, competência e ofensa a bens jurídicos determinados.

Aliás, quando da análise de ofensa a esses bens jurídicos determinados, demonstrar-se-á a inevitabilidade, apesar desse não ser posicionamento expresso do Superior Tribunal de Justiça, de análise de um mínimo de juízo de delibação acerca da decisão proferida contra o Poder Público. Nesse sentido, será analisado recente julgado do Supremo

9 GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel Gomes. *Curso de direito processual civil coletivo*. São Paulo: SRS, 2008. p. 92.

Tribunal Federal, no qual, em agravo regimental, a Ministra Ellen Gracie destacou esse caminho, em caso de proibição de importação de pneumáticos usados.

Dessas premissas, será demonstrado que não basta apenas a lesão aos bens jurídicos determinados. Faz-se necessária também a demonstração da ilegitimidade do ato ou a ofensa ao interesse público.

Além desses aspectos, será analisada também a ultra-atividade própria das decisões proferidas em sede de suspensão de execução, uma vez que importará em obstar a sua eficácia enquanto não houver o trânsito em julgado, salvo se houver expressa determinação em sentido contrário.

Enfim, serão tratados os principais aspectos do instituto, que possui importância ímpar na condução da defesa do interesse público pelo Poder Público.

2 Origem e previsão legislativa

O mandado de segurança e a suspensão de execução foram regulamentados pela primeira vez pela Lei n. 191/36. Já à época, percebia-se a preocupação do legislador em conferir força executiva às decisões proferidas em sede de mandado de segurança, com a possibilidade de concessão de liminar e de cumprimento imediato da sentença, *concomitantemente* à necessidade de proporcionar uma forma de suspender as decisões que pudessem ocasionar lesão a determinados bens jurídicos.

Desde então, já se vislumbrava que, se de um lado era concedida aos indivíduos a chance de alcançar uma medida de cautela em face dos atos praticados pelo Poder Público, de outro, reservava a ele a oportunidade de não se sujeitar às decisões que supostamente ferissem o interesse público, outorgando-lhe o direito a uma contracautela.

Assim, o artigo 13 da Lei 191/36¹⁰ já atribuía competência aos presidentes da “Corte Suprema” e das “Cortes de Apelação” para determinar a execução do ato impugnado pelo mandado de segurança impetrado, ou seja, suspendendo a execução da ordem concedida.

10 “Artigo 13 - Nos casos do artigo 8º, parágrafo 9º, e artigo 10, poderá o presidente da Corte Suprema, quando se tratar de decisão da Justiça federal, ou da Corte de Apelação, quando se tratar de decisão da Justiça local, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde ou à segurança pública, manter a execução do ato impugnado até o julgamento do feito, em primeira ou segunda instâncias.”

Não obstante essa constatação histórica, a doutrina assevera que a razão para a previsão do instituto naquele momento era atribuída exclusivamente ao fato de que a liminar concedida no *writ* não poderia ser revertida através de recurso dotado de efeito suspensivo, de modo que, uma vez concedida, produziria efeitos imediatos. Por esse motivo, houve a necessidade de previsão de um novo instituto, que por si só fosse suficiente para obstar o cumprimento da decisão.

Independentemente dos fins que inspiraram a criação do instituto, é fato que a suspensão já se revelava, naquela época, importante instrumento para a proteção de interesses metajurídicos, além de eficaz forma de impugnação dos atos judiciais.

Esse contexto não foi alterado pelo advento do Código de Processo Civil de 1939, que codificou o mandado de segurança, tipificando-o como ação de procedimento especial.¹¹

Posteriormente, o *mandamus* passou a ser regulamentado pela Lei n. 1.533/51, que não fazia qualquer menção ao instituto da suspensão, omissão mais tarde suprida pelo artigo 4º da Lei n. 4.348/64.

Registre-se que até o início da vigência do Código de Processo Civil de 1973, persistia a regra de que a liminar concedida em mandado de segurança não poderia ser objeto de recurso de agravo, de modo que a suspensão era o único instrumento capaz de obstar o seu cumprimento.

Porém, o instituto ganhou um novo contexto com o advento do aludido Estatuto Processual.

Ocorreu que o Código de Processo Civil de 1973 estendeu a possibilidade de interposição do recurso de agravo a todas as decisões interlocutórias, e não somente às que fossem taxativamente elencadas.

Desse modo, a liminar concedida em mandado de segurança poderia ser impugnada pelo recurso de agravo, motivo pelo qual, segundo afirmam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery,

¹¹ “Artigo 328 - A requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, poderá o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorizar a execução do ato impugnado.”

o instituto perdera a sua utilidade prática¹², com o que não se pode concordar. O que ocorreu foi justamente o contrário, pois, naquele momento, tornou-se mais clara ainda a particularidade de sua natureza jurídica, inconfundível com os recursos, pois, nesses, buscava-se a nulidade ou a modificação do *decisum*, ao contrário do fim colimado pela suspensão.

Portanto, a partir do Código de Processo Civil de 1973, foi previsto duplo remédio em face da decisão liminar concedida em mandado de segurança contra o Poder Público: o agravo de instrumento e o pedido de suspensão de execução.

Por longo período, o instituto da suspensão restringiu-se às decisões proferidas em sede de mandado de segurança. Porém, através de modificações legislativas posteriores, a sua aplicabilidade foi estendida a todas as hipóteses em que concedida tutela de urgência contra o Poder Público¹³. Mais uma vez, percebe-se que, se de um lado o legislador oferecia um direito de cautela aos indivíduos contra os atos praticados pelas autoridades, de outro, também municiava o Poder Público com um antídoto, capaz de imunizar temporariamente a decisão proferida.

Nessa linha de direção, a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) previu a possibilidade de concessão de liminar na defesa de interesses difusos e coletivos, bem como que o recurso de apelação somente teria efeito devolutivo. Concomitantemente, estendeu a aplicabilidade do instituto da suspensão de execução também a esses casos.¹⁴

12 Aliás, os autores fazem duras críticas ao instituto, qualificando-o como “instrumento autoritário e excepcional”, que “não pode ter incidência no verdadeiro estado democrático de direito” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1.568). No mesmo sentido, Hélio do Vale Pereira: “Não se justifica mais que o poder público use do vetusto e inconstitucional procedimento da Lei 4438/64, se existem soluções processuais posteriores que o tornaram obsoleto e dispensável.” (*Manual da fazenda pública em juízo*, cit., p. 303).

13 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Juspodium, 2007. p. 403.

14 “Artigo 12 - Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. § 1º - A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.”

A Lei n. 8.038/90 (Lei de Recursos) também fez previsão expressa sobre a possibilidade da suspensão nos Tribunais Superiores.¹⁵

Mas as inovações não pararam por aí.

Preocupado com a constatação de uma onda expansiva de utilização de medidas cautelares – derivadas principalmente dos planos econômicos malsucedidos, invertendo-se o quadro antes existente, de total negativa à concessão de medidas cautelares, para a sua aplicabilidade fora dos limites da instrumentalidade própria da tutela cautelar, com a ocorrência de verdadeiros abusos, como o de concessão de liminares irreversíveis –, a locomotiva estatal pôs-se a funcionar por meio do Legislativo, editando-se a Lei n. 8.437/92, que limitou a concessão de liminares a padrões entendidos como razoáveis.¹⁶

E, nessa lei, foi previsto um verdadeiro regime jurídico geral do instituto da suspensão (art. 4º, *caput* e § 1º), aplicado às liminares e sentenças proferidas em ação cautelar inominada, ações populares e ações civis públicas, enquanto não transitadas em julgado.

Mas a regulamentação da suspensão trouxe outras inovações.

É que o parágrafo 4º previu o instituto da renovação do pedido de suspensão para os presidentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, todas as vezes que esse requerimento não fosse alcançado na instância inferior.

E mais. Foi prevista no parágrafo 8º a possibilidade de afastamento do chamado “efeito multiplicador” das decisões liminares, por meio do qual a decisão do presidente do tribunal pode estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido inicial.

Mas o caminho histórico do instituto não parou por aí.

15 “Artigo 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.”

16 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

É que, em 1994, sobreveio reforma processual, possibilitando ao juiz a antecipação dos efeitos da tutela definitiva de mérito. Incorporou-se, na esfera infraconstitucional, uma hipótese de aplicação a todo e qualquer processo de conhecimento, harmonizando os direitos fundamentais à efetividade da jurisdição e à segurança jurídica.

E, tal como a lei da física – ação e reação –, o legislador, em 1997, previu a extensão da suspensão às hipóteses de concessão de tutela antecipada contra o Poder Público, especialmente para o *habeas data*.

Por fim, a suspensão de execução recebeu tratamento na nova Lei do Mandado de Segurança, pondo fim à celeuma em torno do prazo para interposição do agravo regimental, que foi unificado para cinco dias em todas as situações (art. 15 da Lei n. 12.016/2009).

Diante de todo esse panorama, percebe-se a dupla preocupação do legislador. Todas as vezes que concede tutela de cautela aos indivíduos, como contrapeso, concede também tutela de contracautela ao Poder Público, como meio de proteção ao interesse público, a ser concedida não somente em ações individuais, como também em ações para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

3 Finalidade jurídica

Traçado o panorama legislativo do instituto, vislumbra-se salutar a discussão em torno de sua finalidade jurídica, que é a proteção do interesse público, cuja ofensa é caracterizada pela possibilidade de lesão a bens jurídicos determinados (saúde, economia, ordem e segurança públicas).

O interesse público, também chamado de supremacia do interesse público ou da finalidade pública, é princípio de observância obrigatória pela Administração pública e corresponde ao “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei” (art. 2º, parágrafo único, II, da Lei n. 9.784/99). Justifica-se na exata medida que o interesse geral deve prevalecer sobre o interesse individual, ou, então, alcançar o interesse de proveito social ou da coletividade.¹⁷

17 MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 45.

Apesar de não estar previsto em dispositivo específico da Constituição, trata-se de pressuposto lógico do convívio social e encerra princípio geral de direito.¹⁸

Pois bem. A concepção prevalecente é a de que o regime jurídico de direito público caracteriza-se pela supremacia e indisponibilidade do interesse público, os quais se vinculam ao princípio da república, que determina a dissociação entre a titularidade (povo) e exercício do interesse público (agente público).¹⁹

E esse interesse público não se confunde com o interesse do Estado, do aparato administrativo ou mesmo do agente público, que estariam num segundo plano²⁰. Aliás, o chamado interesse público secundário – distinto do interesse público primário, na acepção de Renato Alessi – na lição de Marçal Justen Filho, sequer pode ser considerado como público, caracterizando-se como “meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito”²¹. O interesse público, nesse passo, baseia-se no interesse da coletividade.

Mas, quando se iniciou essa preocupação com a prevalência do interesse público? A resposta é simples: no final do século XIX, iniciaram-se reações contra o individualismo, em razão de inúmeras transformações de ordem econômica, sociais e políticas. Nessa ordem de ideias, o próprio direito teve seu papel revisto, na medida que deixou de ser instrumento de garantia dos direitos do indivíduo, para ser visto como instrumento para “a consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”²². O Estado passou a atender às necessidades coletivas, crescendo a preocupação com os interesses difusos, com o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional.

Sob esse prisma, a prevalência do interesse público muito se aproxima – se não se confunde – com a própria prevalência dos interesses difusos, e não se situa, como propôs Hugo Nigro Mazzilli, numa posição intermediária

18 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 95.

19 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 36.

20 Ibidem, p. 36.

21 Ibidem, p. 39.

22 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, p. 60.

entre esse e o interesse privado²³. A defesa do interesse público, portanto, somente é possível quando coincide com a defesa dos interesses difusos.

Tal afirmação é extremamente útil à explicação da finalidade do instituto da suspensão de execução, que é a prevalência do interesse público (com a garantia de não lesão à saúde, à segurança, à ordem e à economia públicas), garantida com a proteção dos interesses coletivos.²⁴

Nesses termos, preservados os interesses coletivos, respeitado estará o interesse público. Caso contrário, a tutela socorre a outros interesses que não podem ser considerados como públicos, ou, ao menos, podem ser indicados como públicos secundários, na acepção de Renato Alessi. Tanto é assim que já se propõe a opção de se utilizar a expressão “interesses coletivos” a “interesse público”.²⁵

Desse modo, não haveria qualquer vício de inconstitucionalidade do instituto, pois preservado princípio inerente à ordem constitucional.²⁶

Assim, como a suspensão de segurança visa à prevalência do interesse público (interesse difuso), como ficaria a situação em que é proferida uma sentença de procedência em ação civil pública para a tutela de interesses difusos? A ação destina-se à proteção de direitos difusos. E a suspensão também. Como resolver esse imbróglio jurídico?

A resposta a essa questão conduz necessariamente a outra pergunta: será o interesse público único?

23 MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 48.

24 Interessante, porém, muito radical, em nosso entender, é a observação feita por Hélio do Vale Pereira, para quem não seria possível imaginar que uma decisão seja ao mesmo tempo “jurídica” e cause lesão ao interesse público. E arremata: “Por isso, a instância superior só pode sustar decisão que agrida o Direito. Decisão que o homenageie, desimportando se vai beneficiar uma pessoa ou muitas, não pode ser censurada. O exame que deve ser feito é na origem, na decisão em si, apurando-a quanto à sua validade intrínseca.” (*Manual da fazenda pública em juízo*, cit., p. 303).

25 JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 45.

26 Esse posicionamento, porém, encontra vozes contrárias, inclusive no próprio Supremo Tribunal Federal. Em voto nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 118-6, o Ministro Marco Aurélio deixou registrado: “Tive a oportunidade, quando presidente da Corte, de ressaltar que o instituto da suspensão da liminar, o instituto da suspensão da tutela é até mesmo de constitucionalidade duvidosa, no que abandonada a bilateralidade própria ao Direito, no que previsto quanto aos interesses da pessoa jurídica de direito público, não beneficiando os jurisdicionados em geral.” (*DJe*, de 28.02.2008).

A resposta, segundo Marçal Justen Filho, é negativa, pois, situações concretas indicam a existência de diversos interesses públicos, podendo, inclusive, estar em conflito. E exemplifica:

“Imagine-se que o aumento do tráfego torne necessária a duplicação de uma rodovia. O congestionamento rodoviário provoca atrasos, acidentes e poluição. É inegável a existência de ‘interesse público’ em promover a duplicação.

Suponha-se, no entanto, que a duplicação acarrete a necessidade de desmatamento de uma área florestal de preservação permanente, de grande valor ecológico. Ou que existam sítios arqueológicos de valor inestimável que serão destruídos em virtude da duplicação da rodovia. Ou que a duplicação exija o deslocamento de grande quantidade de moradores de baixa renda, remetendo-os ao constrangimento de total afastamento do núcleo urbano. Seria inquestionável a existência de interesses públicos potencialmente lesados em virtude da duplicação da rodovia.”²⁷

O exemplo do professor de Direito Administrativo deixa clara a existência de diversos interesses públicos que, inclusive, conflitam. E arremata, usando expressão de Cassese: “Não existe o interesse público, mas os interesses públicos, no plural.”²⁸

Desse modo, quando houver interesses coletivos (interesses públicos) conflitantes, caberá ao presidente do tribunal, se provocado, sopesá-los e procurar harmonizá-los, mesmo que haja a necessidade de relativização de um.

Portanto, o conteúdo teleológico da suspensão de execução é a busca da proteção de interesses coletivos (interesses públicos), que devem prevalecer sobre os interesses meramente individuais.

Ocorre que a busca à proteção desses interesses não pode estar adstrita a uma questão meramente técnica, pois se faz necessária a investigação da natureza, dos valores e das necessidades em jogo, transformando a discussão em questão ética, intimamente relacionadas à realização de princípios e valores fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa

27 JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 42.

28 Ibidem, p. 42.

humana. Por isso, um interesse, embora pareça ser privado, assume a natureza de público, quando não pode ser objeto de transigência, enfim, quando é indisponível, de realização obrigatória.

Nesses termos, é perfeitamente possível que um interesse, repita-se, embora pareça particular, adquira natureza de público, tal como ocorre com o direito à vida de um indivíduo. E também é possível a ocorrência de choque entre esse direito e os interesses gerais da coletividade, quando então caberá ao presidente do tribunal a análise jurídica tendente à harmonização dos interesses em xeque.

4 Natureza jurídica

A natureza jurídica da suspensão de execução é palco de inúmeras discussões.

Segundo Ellen Gracie Northfleet, ao citar Francisco Comte, a suspensão detém natureza de ato administrativo, na medida que o que se analisa é a possibilidade de lesão a interesses superiores protegidos.

Apesar da conclusão de análise da possibilidade de lesão a interesses públicos protegidos, não parece ser correto o entendimento de que a suspensão encerra natureza de ato administrativo, até porque proveniente de decisão judicial, sujeita a recurso judicial (agravo regimental), com integração valorativa dos conceitos indeterminados que encerram todos os bens jurídicos protegidos.

Assim, correta é a posição de Ministro Teori Albino Zavascki, quando então juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para quem:

“O juízo exercitável pela Presidência dos Tribunais no âmbito dos incidentes de suspensão tem natureza eminentemente jurisdicional, com a peculiaridade de que os pressupostos alinhados em lei para deferimento do pedido são normativamente formulados por cláusulas abertas, de conteúdo conceitual com elevado grau de indeterminação, o que permite que a interpretação e aplicação da norma se façam mediante preenchimento valorativo, moldado às circunstâncias do caso.”²⁹

²⁹ TRF-4ª Região – Ag SEL n. 2001.04.01.057382-7/SC, rel. Juiz Teori Albino Zavascki, DJ, de 12.09.2001.

Portanto, não se trata de ato administrativo, mas sim judicial.

Um posicionamento é irrefutável. A suspensão não se trata de um recurso, principalmente por dois motivos: (a) não tem finalidade de reformar a decisão recorrida; e (b) não é previsto em lei como tal.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “o caso mais comum é aquele em que a interposição do recurso visa à reforma da decisão recorrida; isto é, visa a obter do órgão *ad quem* a formulação, para a hipótese, de regra jurídica concreta diferentemente daquela formulada pelo órgão *a quo*”.³⁰

Ora, conforme reiteradamente indicado acima, o que se pretende com o instituto da suspensão é o sobrestamento temporário de execução. A decisão é válida e poderá estar apta a produzir todos os seus efeitos, porém o seu cumprimento estará suspenso enquanto não ocorrer o trânsito em julgado. Não se confunde, portanto, com o recurso.

Com relação ao segundo motivo, de se lembrar que os recursos devem estar enumerados em lei como decorrência do princípio fundamental da taxatividade. E, não sendo a suspensão de execução enumerada taxativamente como recurso, decorre logicamente que não tem essa natureza.

Não obstante não seja um recurso, comum é aduzir que a suspensão é um instrumento apto à impugnação da decisão liminar ou de sentença proferidas contra o Poder Público, de modo que existiriam dois caminhos possíveis para impugnação: o caminho recursal e o pedido de suspensão.³¹

Outros dois posicionamentos merecem ser registrados.

Élton Venturi, acompanhando posição de Galeno de Lacerda, sustenta que a suspensão tem natureza de ação cautelar incidental de tutela substancial da ordem, da saúde, da segurança e da economia pública³², principalmente por dois aspectos:

“A situação material (empírica), jurídica e especialmente garantida pelo ordenamento (preservação da ordem, da saúde, da segurança e das finanças públicas) e a necessidade de uma tutela

30 MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 233.

31 MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 449.

32 VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 66-67.

jurisdicional urgente, em virtude de perigo de dano iminente e de difícil ou de difícil ou impossível reparação.”³³

Posicionamento diverso é o de Marcelo Abelha, para quem a suspensão é um incidente processual, que tem por conteúdo uma defesa impeditiva, dependente da existência do processo principal, com finalidade preventiva.³⁴

Se for considerado que a suspensão de execução de liminar pode ser requerida até por quem não seja parte no processo (como nos casos em que requerida pela pessoa jurídica de direito público em ações movidas contra concessionárias de serviço público), parece ser mais correto o posicionamento de Marcelo Abelha, sendo a suspensão um incidente processual, porém com uma característica a mais: *trata-se de um incidente processual de defesa de interesse público ou coletivo*, como se demonstrou no item anterior.

5 Regime jurídico geral

A doutrina, em muitas oportunidades, apontava a existência de dois regimes de suspensão, ainda que próximos: um para o mandado de segurança, previsto na então vigente Lei n. 4.348/64; e outro para os demais procedimentos, previsto na Lei n. 8.437/92.³⁵

Porém, sustenta-se que não mais existem dois regimes jurídicos para a suspensão. O que existe, em verdade, é um sistema de suspensão, que se extrai da harmonização entre os preceitos contidos nas Leis ns. 8.437/92 e 12.016/2009.

Como consequência dessa afirmação, os casos omissos da Lei n. 12.016/2009 serão supridos pela Lei n. 8.437/92, de modo que é cabível o agravo regimental da decisão que indefere o requerimento formulado pela Fazenda Pública.

33 VENTURI, Elton, *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*, cit., p. 66-67.

34 RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Suspensão de segurança*: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público, cit., p. 95-104.

35 PEREIRA, Hélio do Valle, *Manual da fazenda pública em juízo*, cit., p. 306-307.

6 Requisitos para a obtenção da suspensão

Para a obtenção da suspensão, é necessário o preenchimento de determinados requisitos:

- a) legitimidade ativa: a medida deverá ser requerida ordinariamente por pessoa jurídica de direito público e pelo Ministério Público, além de outros;
- b) quanto ao destinatário: presidente do tribunal competente para o conhecimento de eventual recurso a ser interposto contra a decisão;
- c) quanto o fim: evitar-se *grave* lesão à ordem, saúde, segurança e economias públicas.

6.1 Da legitimidade para a obtenção da medida

Da análise das diversas leis que tratam da matéria, bem como dos precedentes jurisprudenciais, verifica-se um alargamento dos legitimados, de modo que atualmente podem requerer a suspensão:

- a) as pessoas jurídicas de direito público interno;
- b) as pessoas jurídicas de direito privado componentes da Administração pública indireta – empresas públicas e sociedades de economia mista;
- c) pessoas jurídicas de direito privado concessionárias de serviço público ou que o executem sob autorização ou permissão;
- d) Ministério Público;
- e) agentes públicos que busquem sustar os efeitos da decisão que os afastarem do cargo em ação civil pública por improbidade administrativa;
- f) legitimados às ações civis públicas e ações coletivas.³⁶

Quando de sua criação, a suspensão poderia ser requerida exclusivamente pela pessoa jurídica de direito público interessada (art. 13 da Lei n. 191/36), situação essa que se manteve quando de sua previsão no Código de Processo Civil de 1939 (art. 328) e no revogado artigo 4º da Lei n. 4.348/64.

³⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 24.

Sob a indicação de pessoas jurídicas de direito público incluem-se, sem qualquer dificuldade, a União, os Estados membros, o Distrito Federal, os Municípios, suas respectivas autarquias e fundações públicas.

A legitimidade das pessoas jurídicas de direito público também decorre do dispositivo contido no artigo 5º e seu parágrafo único da Lei n. 9.469/97, que autoriza a intervenção das pessoas jurídicas de direito público quando a decisão puder gerar reflexos econômicos, podendo, inclusive, recorrer das decisões independentemente de comprovação de interesse jurídico, assumindo, nesse caso, a qualidade de parte.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, em pedido formulado pela União, que aludido artigo autoriza não só a interposição de recurso, mas também requerer a suspensão da eficácia da decisão.³⁷

Conforme lembra Ellen Gracie Northfleet, os órgãos públicos também detêm legitimidade para requerer a suspensão, na medida que possuem capacidade processual ou personalidade judiciária³⁸. Aliás, já se reconheceu a legitimidade de Câmara de Vereadores.³⁹

Nesse sentido, valiosa é a lição, ainda contemporânea, de Hely Lopes Meirelles, ao comentar o instituto da suspensão sob a ótica do mandado de segurança (suspensão de segurança), para quem a lei deve ser interpretada de forma racional e observando os fins a que se destina, de modo que pode requerer a suspensão também o órgão interessado⁴⁰, estendendo-se às pessoas e órgãos de direito privado que possam suportar os efeitos da liminar.⁴¹

Em princípio, a sociedade de economia mista e a empresa pública não teriam legitimidade para o requerimento de suspensão, uma vez que compõem a Administração pública indireta, não incluídas no conceito “Fazenda Pública”.

37 STJ – AgR Pet n. 1.621/PE, Corte Especial, rel. Min. Nilson Naves, j. 24.06.2002, DJ, de 14.04.2003, p. 165.

38 NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de sentença e de liminar. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova Série, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, n. 2, p. 170, jul./dez. 1998.

39 STJ – SLS n. 851, DJe, de 06.05.2008.

40 Por exemplo, o Tribunal de Contas e a Câmara dos Vereadores.

41 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 88.

Essa interpretação, no entanto, cedeu espaço à de que é possível o requerimento de suspensão por essas pessoas, quando houver provimento de urgência ou de cumprimento imediato que possa causar lesão aos bens jurídicos protegidos, quando estiverem na defesa de interesse público, como, por exemplo, na execução de serviços públicos.⁴²

As concessionárias de serviço público também têm legitimidade para o requerimento da suspensão, desde que a decisão ofenda ao interesse público. Se a tutela de urgência ou a sentença apta a produzir efeitos imediatos não lesionarem o interesse público, não será possível a utilização desse instrumento.

Os artigos 4º da Lei n. 8.437/92 e 15 da Lei n. 12.016/2009 conferem legitimidade ao Ministério Público para o requerimento de suspensão de execução, o que é perfeitamente justificável, uma vez que os bens jurídicos protegidos correspondem ao interesse público (art. 129 da CF).

Porém, não é só.

Também são legitimados agentes públicos para requererem a suspensão da eficácia de decisão proferida em ação civil pública por improbidade administrativa, na qual afastados provisoriamente do cargo. A respeito desse tema, note-se que o Superior Tribunal de Justiça, em especial a sua Presidência, tem decidido que o afastamento cautelar do administrador local por decisão fundamentada e sua substituição pelo vice de forma imediata não representa, só por isso, risco de lesão à ordem, a qual deve ser demonstrada de forma efetiva.⁴³

Além deles, a doutrina aponta que os legitimados às ações civis públicas e ações coletivas também poderão requerer a suspensão de execução, o que é justificável, ao menos em tese, tendo em vista que o interesse público protegido se confunde com os interesses coletivos.⁴⁴

6.2 Competência ou destinatário do pedido

O pedido de suspensão de segurança é dirigido ao presidente do tribunal a que couber o conhecimento do recurso possível da decisão

42 STJ – SLS n. 856, DJe, de 29.04.2008.

43 Nesse sentido: SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 1.096 - MA (2009/0158865-0).

44 CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *A fazenda pública em juízo*, cit., p. 440.

liminar ou da sentença. Trata-se de competência absoluta, portanto imodificável.

Desse modo, a suspensão de execução de liminar ou de sentença proveniente de juízo de primeira instância será de competência do presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal que possa conhecer do respectivo recurso.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também têm competência para o pedido de suspensão. O primeiro, quando o fundamento da suspensão for ofensa a matéria constitucional, em especial aos princípios da administração pública; o segundo, quando o fundamento for matéria infraconstitucional (art. 25 da Lei n. 8.038/90).

A competência de um desses Tribunais ocorrerá quando:

- a) negado pedido de reforma de decisão denegatória de concessão de suspensão proveniente de presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal;
- b) acolhido agravo regimental interposto pelo interessado contra decisão concessiva de suspensão deferida pelo presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal;
- c) concedida liminar por relator em sede de agravo de instrumento, não havendo necessidade de prévia interposição de agravo regimental pelo Poder Público.⁴⁵

6.3 Bens jurídicos tutelados

A suspensão da eficácia da decisão poderá ser requerida quando houver grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Primeiramente, faz-se necessário um alerta. Não é qualquer lesão aos bens jurídicos protegidos pela norma de regência que justifica a suspensão da eficácia da decisão, mas tão somente a *grave* lesão, conforme bem especificado nos artigos 4º da Lei n. 8.437/92 e 15 da Lei n. 12.016/2009.

⁴⁵ “O presidente do Supremo Tribunal Federal pode suspender liminares deferidas por relatores no âmbito dos Tribunais de Justiça, independentemente da interposição de agravo regimental pelo Poder Público.” (STF – SS n. 2.491/PE, rel. Min. Nelson Jobim, *DJ*, de 15.12.2004). No mesmo sentido: STF – AgR SL n. 112/TO, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, v.u., *DJ*, de 24.11.2006).

Aliás, como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, não é o bastante também que a decisão judicial cause algum prejuízo à pessoa jurídica de direito público, até porque toda decisão revela certo grau de lesividade. A lei não possui palavras inúteis, não podendo ser descartado o qualitativo empregado.

Tal entendimento se revela correto, uma vez que o legislador não quis que o incidente de suspensão fosse empregado sem critérios, ou, na feliz expressão do Ministro Humberto Gomes de Barros, em decisão de indeferimento de suspensão, fosse “amesquinhado”, “devendo ser encaixada e manejada [a suspensão] de forma correta: como exceção, jamais como regra nas demandas que envolvem o Poder Público”.⁴⁶

Os bens jurídicos protegidos encerram, cada qual, conceitos jurídicos indeterminados, a serem completados no caso concreto. Raramente a doutrina aponta critérios para identificação de cada um deles.

O Ministro José Néri da Silveira, em antigo acórdão, explicitou que a ordem pública compreende a ordem administrativa em geral, “ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas”.⁴⁷

No Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 118/RJ, tirado de pedido de suspensão deferido, formulado pela União Federal em caso de importação de pneumáticos usados, o Supremo Tribunal Federal proclamou que pode ser identificada grave lesão à ordem pública quando se está “diante do manifesto e inafastável interesse público à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF)”.⁴⁸

Ainda no que toca à ordem pública, diga-se de passagem, o Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas oportunidades, manifestou-se no sentido de que ordem pública e ordem jurídica são bens distintos, sendo que este não se encontra no leque de proteção das normas de regência.⁴⁹

46 STJ – SLS n. 837/RJ, DJ, de 22.04.2008.

47 TRF – SS n. 4.405/SP, DJ, de 07.12.1979, p. 9.221 (MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de segurança*, cit, p. 89).

48 DJe, de 28.02.2008.

49 “Nesta sede, cabe tão só examinar-se acerca da ocorrência ou não de possível lesão aos bens jurídicos tutelados pelo artigo 4º da Lei n. 8.437/92, quais sejam, a ordem, a saúde, a

Ainda no que tange à ordem pública, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a grave lesão à ordem pública institucional em caso de afastamento provisório do cargo de prefeito municipal, em ação de improbidade administrativa, em situação que supostamente não se enquadrava na contida no artigo 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92.⁵⁰

Em outra passagem, o mesmo tribunal reconheceu a ocorrência de grave lesão à saúde pública, em situação que reduzira o Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Sul à impossibilidade de exercer sua atividade.⁵¹

Enfim, a análise da ocorrência de grave lesão aos bens jurídicos tutelados depende de análise do caso concreto.

O entendimento dominante na doutrina é o de que a cognição em sede de suspensão está restrita à análise da ocorrência de lesão grave aos bens jurídicos indicados na lei de regência⁵². No mesmo sentido, já foi decidido que não se admitem debates acerca do mérito da questão envolvida.⁵³

Porém, ressaltou a Ministra Ellen Gracie, em já indicado julgado, entendimento de que, sem prejuízo da análise da grave lesão prevista no artigo 4º da Lei n. 8.437/92, “permite-se o proferimento de um juízo mínimo de delibação a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal.”⁵⁴

Irrepreensível o voto!

Com efeito, o artigo 4º da Lei n. 8.437/92 determina que a suspensão somente se justifica em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão (...). Ou seja, esses dois requisitos são cumulativos.

segurança e a economias públicas. Entre esses valores protegidos, não se encontra a ordem jurídica, conforme entendimento pacificado desta Corte (...).” (STJ – SLS n. 845/PE, *DJ*, de 28.03.2008, confirmado em sede de agravo regimental, conforme julgamento ocorrido em 29.05.2008, pendente de publicação).

50 STJ – AgR SLS n. 843/RS, *DJ*, de 15.05.2008, rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

51 STJ – SLS n. 855/RS, *DJ*, de 23.04.2008, rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

52 “Reafirme-se, pois, que não é dado ao juiz presidente do tribunal sequer uma mínima delibação de mérito quando da apreciação de pedido de suspensão, sob pena de violação de competência jurisdicional da instância ordinária, uma vez que é perante ela que se dá o cabimento do recurso próprio para o controle da legalidade ou justicabilidade da decisão.” (VENTURI, Elton, *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*, cit., p. 197).

53 STJ – SLS n. 845/PE, *DJ*, de 28.03.2008, rel. Min. Barros Monteiro.

54 STF – AgR STA n. 118/RJ, *DJe*, de 28.02.2008.

E não há outra forma de se analisar a ocorrência de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, se não for efetivado um mínimo de análise do mérito da matéria envolvida.

Salutar, nesse passo, o registro da lição de Kazuo Watanabe, lembrado por Fernando da Fonseca Gajardoni⁵⁵, aqui estendida aos presidentes dos tribunais no caso da suspensão. Segundo o professor das Arcadas, a cognição pode ser analisada sob dois planos: um horizontal e outro vertical.

No plano horizontal, verifica-se a amplitude das matérias que podem ser analisadas pelo juiz. Se não houver qualquer limitação, diz-se que a cognição é ampla, irrestrita e ordinária. De outro lado, se houver limitação, a cognição será sumária e incompleta. Já no plano vertical, o que se leva em conta é a profundidade com que o juiz analisará os argumentos apresentados pelas partes.

A proposta que se apresenta é a análise da suspensão sob os dois planos.

Sob o plano horizontal, porque é ela limitada à análise da ocorrência de grave lesão aos bens jurídicos protegidos; sob o plano vertical, permite-se, nas palavras da Ministra Ellen Gracie, um juízo mínimo de delibação acerca da questão envolvida, de modo que, se manifestamente contrária ao direito, não há como ser deferida a medida pleiteada, mesmo que supostamente seja ofensiva aos bens jurídicos tutelados.

Por esses motivos, identifica-se que, sob o plano vertical, é possível uma cognição mínima da plausibilidade do direito invocado.

Não por outro motivo, ensina Teori Albino Zavascki que, para que seja concedida a suspensão, devem ser analisadas, concomitantemente: a) a demonstração de que a execução da medida é manifestamente contrária ao interesse público ou é de flagrante ilegitimidade (cognição vertical); b) que seja causadora de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.⁵⁶

Também não há como se sustentar o posicionamento segundo o qual a decisão do presidente do tribunal que concede a suspensão se caracteriza

55 GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Direito processual civil IV: processo cautelar*, cit., p. 23.

56 ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação da tutela*, cit., p. 212.

como ato administrativo (como acima indicado), ou que tenha critério político, pois, como se demonstrou, há necessidade da análise de mérito da própria questão levada ao conhecimento do Judiciário, mesmo que mínimo, o que não seria permitido se o ato fosse apenas administrativo ou político, porque tal incumbência é restrita aos órgãos judiciais.

Em remate, o ato proferido pelo presidente do tribunal é judicial e decorre da análise de um mínimo de mérito, não só da ofensa aos bens jurídicos protegidos.

7 Duração da medida

O artigo 4º, parágrafo 9º, da Lei n. 8.437/92 determina que a suspensão da execução vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito da demanda principal. No mesmo sentido, o artigo 25 da Lei n. 8.038/90.

Nesse ponto, a legislação fez opção em conceder ultra-atividade ao provimento jurisdicional do presidente do tribunal⁵⁷, de modo que a medida produzirá efeitos enquanto não transitada em julgado a decisão. Esse posicionamento é seguido por Ellen Gracie.⁵⁸

Com relação ao mandado de segurança, o próprio Supremo Tribunal Federal já sumulou entendimento no sentido de que “a suspensão dos efeitos de segurança concedida liminarmente alcança a sentença de mérito, no que ela for coincidente com o provimento fundado em cognição sumária”⁵⁹, *in verbis*:

“A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança, ou havendo recurso, até sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.”⁶⁰

57 CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *A fazenda pública em juízo*, cit., p. 455.

58 NORTHFLEET, Ellen Gracie, *Suspensão de sentença e de liminar*, cit., p. 173.

59 SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*, Salvador: Jurispodium, 2006. p. 132.

60 Súmula n. 626 do STF, de 24.09.2003.

A par desses entendimentos, e com a finalidade de incrementar a discussão, traz-se o seguinte questionamento: proferida decisão concedendo liminar, o Poder Público, cumulativamente, interpõe recurso de agravo de instrumento e incidente de suspensão de execução de liminar. Verificando que se encontram presentes os requisitos exigidos pela lei, o presidente do tribunal concede a suspensão requerida, a fim de obstar o cumprimento da decisão. Posteriormente, é julgado o agravo de instrumento. Se acaso provido o recurso, a decisão terá sido cassada, de modo que desaparecerá a causa determinante da suspensão. Quanto a essa solução, não há qualquer dúvida.

Porém, se desprovido o recurso de agravo, será a decisão substituída pelo acórdão (art. 527 do CPC)⁶¹, quando então se terá a seguinte questão: será necessário requerer nova suspensão ou a suspensão anteriormente deferida também estenderá os seus efeitos a essa nova situação?

Tal como antes, é possível apontar dois posicionamentos.

Pelo primeiro, como houve a substituição da decisão proveniente do juiz de primeiro grau por aquela proferida pelo tribunal, não mais teria vigor a suspensão, porque ao presidente não compete o julgamento dos atos dos componentes do tribunal.⁶²

Apesar da fonte do posicionamento exposto, e levando em consideração a posição dominante no Supremo Tribunal Federal, o raciocínio acima exposto não pode ser acatado.

Não é porque houve a substituição da decisão que deve ser requerida nova suspensão. A singularidade desse incidente, derivada de seu caráter diverso dos recursos, não obsta que a decisão do presidente do tribunal se sobreponha à proveniente dos demais componentes do tribunal.

Não se confunde a competência para julgamento do recurso, no qual é possível analisar o mérito propriamente dito da matéria, com a competência para julgamento da suspensão, cuja análise, apesar de existir um mínimo de delibação, concentra-se fortemente na existência de grave lesão a determinados bens jurídicos.

61 “Artigo 527 - Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...) III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.”

62 ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação da tutela*, cit., p. 215.

Por esse motivo, nada obsta que a decisão proveniente do presidente do tribunal se sobreponha à proferida pelos seus pares em julgamento de recurso, até porque cada um possui competência funcional para o conhecimento de questões de natureza diversa.

Portanto, em remate, mesmo havendo o julgamento do agravo, com a substituição da decisão liminar proferida pelo juiz de primeiro grau, seguir-se-á a regra geral, segundo a qual a suspensão vigorará enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da decisão proferida na ação principal, considerando-se a ultra-atividade própria da medida.

8 Renovação do pedido de suspensão

Uma vez indeferido o pedido de suspensão de execução pelo presidente do tribunal respectivo, poderá o Poder Público (ou ao requerente, quando não se tratar de Poder Público), valer-se de um expediente muito criticado pela doutrina, mas que reiteradamente é utilizado: trata-se da renovação do pedido de suspensão aos tribunais superiores.

Apesar do inconformismo anunciado por muitos, o fato é que a renovação do pedido aos tribunais superiores é prática muito comum e acolhida. Por meio desse mecanismo, formula-se o requerimento de suspensão diretamente ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, quer se alegue matéria constitucional ou infraconstitucional. Se acaso for alegada matéria constitucional e infraconstitucional, já foi decidido que a competência será do presidente do Supremo Tribunal Federal, que absorve a competência do Superior Tribunal de Justiça.

A renovação é requerimento de legitimidade idêntica à do pedido de suspensão originário, cuja possibilidade foi reforçada pela Lei n. 12.016/2009 (art. 15, § 1º).

9 Do agravo interno

Das decisões do presidente do tribunal proferidas em sede de suspensão de execução caberá o recurso de agravo interno (agravo regimental, agravinho etc.), cujo julgamento estará a cargo ou do Pleno do tribunal (para os casos em que o tribunal conte com menos de vinte e cinco membros), ou para a Corte Especial.

Via de regra, das decisões de deferimento ou de indeferimento da suspensão, poderá a parte prejudicada interpor agravo interno no prazo de cinco dias, conforme autoriza o artigo 4º, parágrafo 3º, da Lei n. 8.437/92.

Com relação ao mandado de segurança, existia regra própria, segundo a qual, para os casos de deferimento da suspensão, caberia agravo no prazo de dez dias (art. 4º da Lei n. 4.348/64). Note-se que a lei não fez menção à possibilidade de interposição de agravo contra as decisões denegatórias da suspensão.

Ocorre, porém, que tal falta de previsão não era motivo para que o Poder Público não pudesse interpor agravo interno contra a decisão que indefere a suspensão. Acolheu-se, nesse ponto, o entendimento segundo o qual essa lacuna é preenchida pela regra geral – prevista na Lei n. 8.437/92 –, de modo a tornar possível a interposição de agravo no prazo de cinco dias.⁶³

Deve ser salientado que atualmente não existem mais quaisquer dúvidas acerca do prazo para interposição do agravo regimental, que é de cinco dias para todas as hipóteses, incluindo-se o mandado de segurança, segundo se infere do *caput*, do artigo 15, da Lei n. 12.016/2009.

10 A suspensão e a Lei n. 12.016/2009

A Lei n. 12.016/2009, conhecida como a Lei do Mandado de Segurança, unificou o tratamento legislativo dessa ação constitucional, antes objeto de várias outras leis.

A suspensão da execução de liminar e de sentença recebeu tratamento específico no artigo 15 dessa lei, não existindo inovações importantes, muito embora seja possível destacar alguns pontos.

a) desnecessidade de prévio agravo interno para ajuizamento de novo pedido de suspensão de liminar: o parágrafo 1º do artigo 15 da Lei do Mandado de Segurança registra que indeferido o pedido de suspensão pelo presidente do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

63 Nesse sentido: *Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, n. 177, de 16 a 20 de junho de 2003.

Pela só redação do parágrafo 1º, nota-se que a renovação do pedido de suspensão não depende do prévio esgotamento das vias recursais, ou seja, não há necessidade da interposição do recurso de agravo regimental frente à decisão do presidente do tribunal, encampando-se a regra já existente no Superior Tribunal de Justiça.⁶⁴

b) possibilidade de serem utilizados, concomitantemente, a suspensão de execução e o recurso de agravo de instrumento: de acordo com o parágrafo 3º do artigo 15, é possível que o Poder Público utilize, diante de uma decisão liminar proferida, o recurso de agravo de instrumento e também o pedido de suspensão, até porque, deve ser lembrado, o fundamento de cada um é particular.

No recurso, o Poder Público discutirá, em sede própria, a *justiça* da decisão, o seu próprio mérito. De outro lado, na suspensão, embora de acordo com o Supremo Tribunal Federal haja necessidade de análise de um *mínimo* de mérito, a análise pelo presidente do tribunal estará adstrita à possibilidade de grave lesão a determinados bens jurídicos.

Por isso, é perfeitamente possível que seja negado provimento ao recurso de agravo, e mesmo assim a decisão não produza efeitos jurídicos imediatos, em razão da suspensão concedida pelo presidente do tribunal.

c) efeito suspensivo liminar: sobre o procedimento da suspensão, consta do artigo 25 da Lei n. 8.038/90, bem como dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal (art. 297, § 1º) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 271, § 1º), que o presidente do tribunal poderá ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral, quando ele não for o requerente, em igual prazo. Como é possível verificar, poderá o presidente do tribunal instalar prévio contraditório antes de manifestar-se precisamente sobre o requerimento da suspensão.

64 “Processual Civil – Ação civil pública. Suspensão de liminar. Pedido negado pelo Vice-Presidente do Tribunal Estadual. Novo pedido de suspensão de liminar no Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno. Desnecessidade. Lei n. 8.038/90. Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. 1. O ajuizamento de novo pedido de suspensão de liminar, após negado o primeiro pelo Presidente do Tribunal de origem, nos processos de incidência da Lei n. 8.437/92, prescinde da interposição de agravo interno, não se exigindo o esgotamento de instância, se se tratar de pedido negado pelo Presidente da Corte. (...)” (STJ – AgR SL n. 96/AM, Corte Especial, rel. Min. Edson Vidigal, j. 15.09.2004, DJ, de 01.07.2005, p. 351).

Ao referir-se a “impetrante”, com clareza faz menção ao requerente do mandado de segurança (ou também do *habeas data*). Contudo, obviamente a interpretação correta é a de que o beneficiado da decisão, cujos efeitos se pretende suspender, poderá ser ouvido em contraditório, antes da decisão do presidente do tribunal.

Porém, antes mesmo de determinar a oitiva do impetrante (ou do beneficiário da decisão que se pretende suspender), a lei autoriza que o presidente do tribunal confira efeito suspensivo liminar, desde que constate a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

O primeiro requisito para a concessão da liminar é a plausibilidade do direito invocado, entendida como a alta probabilidade de que o pedido do autor seja atendido. Para tanto, deverá o requerente da suspensão demonstrar de forma clara a possibilidade de grave lesão aos bens jurídicos tutelados.

A urgência corresponde ao *periculum in mora*, constatando-se ser essa uma hipótese de tutela de urgência a ser deferida diretamente pelo presidente do tribunal.

11 Conclusão

Após passada breve análise dos principais pontos do instituto, reafirma-se a sua importância para a defesa do interesse público, muito embora deve ser ressaltada a necessidade de prudência dos tribunais no seu manuseio, uma vez que funciona como antídoto capaz de neutralizar, de forma temporária, os efeitos da decisão proferida.

É importante frisar também que a análise da suspensão não pode simplesmente estar adstrita à verificação da lesão aos bens jurídicos protegidos, bens jurídicos indeterminados. Deve ir além, no sentido de ser analisada se, de fato, a lesão é grave, porque não é qualquer razão que a autoriza.

Além disso, a cognição do presidente do tribunal pode ter um mínimo de delibação, na medida que se analise a legitimidade do ato e a eventual contrariedade ao interesse público.

De tudo que foi apresentado, fica a certeza de que a suspensão de execução não se trata de um recurso, mas constitui um incidente apto a proteger o interesse público coletivo, a ser utilizado de forma excepcional.

12 Referências

BARROSO, Darlan. ROSSATO, Luciano Alves. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Mandado de segurança*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007.

DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodium, 2006.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Juspodium, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direito processual civil IV: processo cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da. *Manual dos procedimentos especiais cíveis da legislação extravagante*. São Paulo: Método, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Comentários à Nova Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. São Paulo: SRS, 2008.

_____. *Ação popular: aspectos polêmicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultura e dos consumidores*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Mandado de segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de sentença e de liminar. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova Série, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, n. 2, p. 168-176, jul./dez. 1998.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Observações críticas acerca da suspensão de segurança na ação civil pública (arts. 4º da Lei 8.437/92 e 12, § 1º, da LACP). *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, v. 7, n. 36, p. 71-88, mar./abr. 2006.

SILVA, Márcio Henrique Mendes da. Mandado de segurança. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da. *Manual dos procedimentos especiais cíveis da legislação extravagante*. São Paulo: Método, 2006.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodium, 2006.

VENTURI, Élton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
_____. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Direito ao meio ambiente: indisponibilidade do bem jurídico e possibilidade de acordos em matéria ambiental

Nilton Carlos de Almeida Coutinho¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Da Lei de Ação Civil Pública. 3 Do bem jurídico ambiental. 4 Meios alternativos de solução de conflitos: o TAC. 5 Da celebração de acordos em matéria ambiental. 6 Conclusões. 7 Referências.

1 Introdução

A proteção ao meio ambiente é uma exigência constitucional que deve ser cumprida pelo Estado e pela sociedade. Por ser considerado como um direito fundamental, sua proteção deve ser a mais efetiva possível.

Com a entrada em vigor da Lei n. 7.347/89, que permitiu aos órgãos públicos legitimados a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, passou-se a discutir se tal acordo seria possível na área ambiental, tendo em vista as características inerentes a esse bem jurídico. Assim, em razão da natureza jurídica do bem ambiental – que constitui bem de todos e essencial para a sadia qualidade de vida –, a doutrina tem discutido se é possível (ou não) a celebração de acordos em matéria ambiental.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito pelo CESUMAR/PR. Especialista em Planejamento e Gestão Municipal pela FCT/UNESP. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público.

De outro lado, a busca da efetividade do processo e da rápida solução de litígios tem incentivado a realização de tais acordos, permitindo uma solução mais rápida e amistosa, dirimindo o conflito criado e permitindo a adequada proteção desse bem jurídico.

Para um estudo mais detalhado, torna-se necessário verificar o disposto na Lei de Ação Civil Pública, bem como os demais princípios e regras relacionados ao tema em discussão. Do cotejo entre os princípios e regras inerentes ao tema, conclui-se acerca da possibilidade (ou não) da celebração de tais acordos.

2 Da Lei de Ação Civil Pública

A Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de direitos do valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Essa lei foi criada com o objetivo de tutelar de forma eficaz os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Consoante Gianpaolo Poggio Smanio², a ação civil pública é aquela que tem por objeto os interesses transindividuais ou metaindividuais, os quais também costumam ser denominados como interesses coletivos em sentido amplo.

Os direitos transindividuais situam-se entre o interesse público e o interesse privado, eis que, segundo o magistério de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, caracterizam-se por pertencerem a “um grupo, categoria ou classe de pessoas que tenham entre si um vínculo, seja de natureza jurídica, seja de natureza fática”³

A tutela jurídica de tais interesses poderá ser efetivada por meio de ação civil pública, que poderá ser proposta com o fim de impor responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou, ainda, por infração à ordem econômica e à economia popular.

2 SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 121

3 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 4.

No que se refere à legitimidade para propositura da ação, foi ela conferida ao Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista.⁴

A mesma lei também conferiu legitimidade a associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que inclua entre as suas finalidades institucionais a proteção ao bem jurídico lesado.

Conforme mencionado, os interesses transindividuais tutelados pela Lei de Ação Civil Pública podem ser classificados em diferentes espécies. Segundo dispõe o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), os interesses transindividuais dividem-se em três categorias.

A primeira categoria refere-se aos interesses difusos, os quais abrangem os interesses transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato⁵. Kazuo Watanabe⁶ relembra que na conceituação de tais interesses, “optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo”. São essas as características fundamentais dessa espécie de interesse transindividual.

A segunda categoria consiste nos chamados interesses coletivos que, apesar de também serem transindividuais e de natureza indivisível, diferem dos primeiros em razão de pertencerem a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base⁷. Dessa forma, essas duas categorias diferenciam-se não somente pela titularidade do direito, mas também no que tange ao vínculo que as liga ao interesse tutelado.

Por fim, há os denominados interesses individuais homogêneos, que são os decorrentes de origem comum.⁸

4 Artigo 5º da LACP, com redação dada pela Lei n. 11.448/2007.

5 Artigo 81, I, do Código de Defesa do Consumidor.

6 WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 820.

7 Artigo 81, II, do Código de Defesa do Consumidor.

8 Artigo 81, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Dos conceitos apresentados, evidencia-se que a proteção ao bem jurídico ambiental pode ser realizada com base na Lei de Ação Civil Pública, uma vez que o meio ambiente, consoante expressa disposição do artigo 225 da Constituição Federal, é bem de uso comum do povo. Contudo, a depender da situação concreta, tal bem jurídico poderá classificar-se como difuso, coletivo ou individual.

3 Do bem jurídico ambiental

Em nosso país, o meio ambiente passou a ter uma tutela constitucional específica somente na Constituição Federal de 1988, que inseriu um capítulo disciplinando o tema. Registre-se, porém, que a questão ambiental é tratada em diversos outros dispositivos do texto constitucional.

E, para proteger tal direito, nossa Constituição Federal⁹ estabeleceu que:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Por se traduzir em bem de uso comum do povo, o meio ambiente passa a ser *res communes omnium*. Logo, seu proprietário é a coletividade, cabendo ao Poder Público gerir e tutelar esse bem jurídico.¹⁰

A constitucionalização do direito ao meio ambiente, inclusive com a inserção de um capítulo específico sobre o tema na atual Carta Magna, trouxe importantes transformações para a questão ambiental em nosso país. Dentre elas, destaque-se a unificação da ordem jurídica e a necessidade de sua simplificação.¹¹

Com efeito, a Constituição de 1988 fez muito mais do que simplesmente transformar o meio ambiente em direito constitucionalmente assegurado. Ela o elevou ao *status* de direito fundamental. E, a partir do

9 Artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

10 MIRRA, Alvaro Luiz. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 37-39.

11 SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 48-50.

momento que o meio ambiente torna-se um direito fundamental autônomo, surgem consequências para toda a ordem jurídica.

Discorrendo a respeito das consequências do seu reconhecimento como direito humano fundamental, Jorge Alberto de Oliveira Marum¹² afirma que o direito ao meio ambiente passa a ser irrevogável, eis que passa ele a se constituir em verdadeira cláusula pétrea do regime constitucional brasileiro. Ele ainda destaca a “integração plena e imediata dos pactos, tratados e convenções internacionais que versem sobre o tema”, bem como a prevalência da “norma que mais favoreça o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado”.

Acrescente-se ainda que, em decorrência de ter sido elevado ao *status* de direito fundamental, o meio ambiente é protegido de forma direta, e não como mera derivação de outros direitos fundamentais para a vida humana.¹³

Segundo José Afonso da Silva¹⁴, a proteção ambiental tem como objetivo “tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como forma de direito fundamental da pessoa humana”. No mesmo sentido é a opinião de Celso Fiorillo, segundo o qual, o meio ambiente constitui-se como um “bem essencial à qualidade de vida”¹⁵.

Tiago Fensterseifer¹⁶ relembra que “a degradação do meio ambiente e o esgotamento dos recursos naturais implicam inviabilidade da vida (em patamares de dignidade e salubridade) das futuras gerações humanas”.

Por essa razão, e em decorrência de sua evidente relevância, imperiosa se torna a efetiva atuação estatal na defesa do meio ambiente. Ademais, os direitos fundamentais – como alicerces de um verdadeiro Estado Democrático de Direito e face à sua importância e imprescindibilidade para

12 MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 28, p. 134-135, out./dez. 2002.

13 Neste sentido, ver: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. *Proteção jurídica do meio ambiente: o papel da Administração Pública na preservação dos direitos da personalidade*. Dissertação (Mestrado) – CESUMAR, Maringá, 2009. p. 106.

14 SILVA, José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 58.

15 FIORILLO, Celso. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 52.

16 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 89.

garantir a todos uma existência digna, livre e igual – agem como vetores que devem nortear toda a atuação estatal.

Entretanto, tal constitucionalização traz interessante questionamento sobre a possibilidade de transação acerca dos direitos ambientais, mormente se considerarmos que os direitos protegidos pelo Estado são, em regra, indisponíveis (eis que sua tutela visa à proteção da vida, da saúde e da qualidade de vida de todo o corpo social).

Desta feita, a questão adquire importância, na medida que a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), além de tratar da responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente e outros direitos, permite que os órgãos públicos legitimados firmem com os interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial. Tal possibilidade foi inserida pelo Código de Defesa do Consumidor, que também traz regras acerca da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

4 Meios alternativos de solução de conflitos: o TAC

Os meios alternativos de pacificação social vêm ganhando destaque no cenário atual. Isso porque, consoante doutrina de Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁷, torna-se irrelevante a origem da pacificação, bastando apenas que ela ocorra. Do mesmo modo, os citados autores esclarecem que o Estado tem falhado em sua missão pacificadora, criando campo propício para o surgimento de outras formas de pacificação. E, dentre as formas possíveis de solução de conflitos, merece destaque a autocomposição, que poderá ser efetivada por meio do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

O TAC consiste basicamente em um compromisso firmado entre as partes, com o objetivo de corrigir as falhas detectadas, solucionando-se o problema. Tal acordo é efetivado por meio de um termo, razão pela qual lhe foi atribuída essa denominação. Daniel Smolentzov¹⁸ esclarece

17 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 31-32

18 SMOLENTZOV, Daniel. Compromisso de ajustamento de conduta. In: ENCONTRO ESTADUAL DE PROCURADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO COM ATUAÇÃO NA ÁREA AMBIENTAL, 1., 2007, Cananéia, SP. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2008. p. 68.

que o compromisso de ajustamento de conduta é um instrumento jurídico disponibilizado a determinados entes públicos com legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública, a fim de impor ao infrator de um direito transindividual a obrigação de reparar o dano por ele causado. Trata-se, na verdade, de um “compromisso de ajustamento da conduta do infrator às exigências legais”

Segundo preceitua o artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”

Sobre o tema, Gianpaolo Poggio Smanio¹⁹ esclarece que “as associações civis, fundações, empresas públicas ou de economia mista não podem transacionar”

O acordo firmado pelas partes tem, por expressa disposição legal, eficácia de um título executivo extrajudicial. Aliás, foi essa a alternativa apresentada pelo legislador a fim de possibilitar uma proteção mais célere e eficaz dos direitos tutelados pela Lei de Ação Civil Pública. Frise-se, entretanto, que qualquer colegitimado poderá discordar do TAC e propor a ação judicial cabível. Do mesmo modo, discute-se também acerca da natureza jurídica do TAC, havendo diversos posicionamentos na doutrina.

Segundo a lição de Maria Helena Diniz²⁰, “a transação é um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”

No mesmo sentido é o conceito apresentado por Roberto Senise Lisboa²¹, que conceitua a transação como o negócio jurídico por meio do qual o credor e o devedor realizam concessões mútuas, para prevenir ou dirimir litígios”

Assim, temos como um requisito fundamental para a transação a existência de reciprocidade de ônus e vantagens.

19 SMANIO, Gianpaolo Poggio, *Interesses difusos e coletivos*, cit., p. 123.

20 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 313.

21 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2, p. 267.

Com relação à possibilidade (ou não) do TAC ser conceituado como uma modalidade de transação, Daniel Roberto Fink²² defende que possui ele natureza jurídica de “transação, de cunho contratual, com eficácia de título executivo extrajudicial”.

Segundo Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior²³, a criação do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei de Ação Civil Pública permitiu que se buscasse “uma saída negociada para a reparação dos danos aos interesses difusos e coletivos”. Ao permitir a celebração do TAC na hipótese de violação de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a Lei de Ação Civil Pública criou uma nova modalidade de solução de conflitos para a hipótese de lesão a eles.

João Batista de Almeida²⁴ destaca as partes mais relevantes do referido dispositivo:

“I. Somente os órgãos públicos legitimados para ação civil pública e ações coletivas poderão firmar termo de ajustamento de conduta.

II. Não se trata de transação, uma vez que não existem concessões mútuas (...) o interessado compromete-se a ajustar sua conduta às exigências legais.

III. Existência de certa margem de liberdade quanto ao objeto do compromisso. Exige-se, contudo, que o fim objetivado seja a reparação do bem lesado ou o impedimento de que a lesão venha ocorrer ou ampliar-se.

IV. Necessidade de imposição de sanções no caso de descumprimento do TAC.

V. Eficácia de título executivo extrajudicial com a subsequente possibilidade de execução.”

22 FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental: reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública*: 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 120.

23 WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Da ação civil pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 125.

24 ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 117-118

Tais características, atreladas aos princípios norteadores da Administração Pública em matéria ambiental, permitem que o TAC constitua um instrumento importante para a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, abrangendo também a proteção ao meio ambiente.

A busca de formas alternativas para a solução dos conflitos sociais tem se tornado uma preocupação para os Estados modernos. Francisco das Chagas Lima Filho²⁵, ao tratar das vias alternativas para superação das limitações ao acesso à justiça, afirma que “além do tradicional e formal processo jurisdicional para a solução dos conflitos, procura-se, nessa nova fase do movimento de acesso à justiça, incentivar o emprego de outros mecanismos informais”.

A sujeição das partes aos termos estabelecidos no TAC pode ser caracterizada como uma forma alternativa de solução de conflitos, uma vez que seu cumprimento pode dar ensejo à extinção da obrigação, adequando-se, portanto, aos objetivos de justiça.

5 Da celebração de acordos em matéria ambiental

Interessante notar, outrossim, que não obstante a Lei de Ação Civil Pública tenha permitido a celebração de tais acordos pelos órgãos públicos legitimados, jurisprudência e doutrina não são pacíficas no que tange à possibilidade da utilização desse instrumento na hipótese de danos ao meio ambiente.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

“Processo Civil – Ação civil pública por dano ambiental. Ajustamento de conduta. Transação do Ministério Público. Possibilidade.

1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos.
2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao *status quo ante*.

25 LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 250.

3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra.

4. Recurso especial improvido.”²⁶

Do mesmo modo, há grande discussão na doutrina acerca da admissibilidade de transação em matéria ambiental. Rodolfo de Camargo Mancuso²⁷ entende ser ela plenamente possível, não obstante a natureza do direito tutelado. Hugo Nigro Mazzilli²⁸ também entende haver equiparação entre o compromisso de ajustamento e a transação.

Porém, segundo o artigo 841 do Código Civil, a transação só será possível em relação a “direitos patrimoniais de caráter privado”, o que implica dizer que a sua admissibilidade só poderia ser realizada na hipótese de direitos disponíveis. Carlos Alberto Dabus Maluf²⁹ defende que a transação tem por objeto “direitos patrimoniais de caráter privado”. Com base nesse raciocínio, há autores que criticam a realização do TAC em matéria ambiental, em razão de ser esse um direito indisponível. É essa, a propósito, a opinião de Fernando Reverendo Vidal Akaoui³⁰, que entende não se tratar de hipótese de transação, eis que – em razão da natureza do direito tutelado – não há qualquer margem de disponibilidade das partes acerca do objeto em discussão. Para ele, o compromisso de ajustamento seria uma espécie inserida em “um gênero mais abrangente, qual seja, o acordo”. Assim, o “gênero” acordo se subdividiria em várias modalidades.

Para o referido autor, “os acordos nada mais são do que a composição dos litígios pelas partes neles envolvidas, sendo certo que esta composição pode ou não implicar em concessões mútuas”. Tal composição de litígios poderia ocorrer por meio de “acordo em sentido estrito” ou pela “transação”, sendo certo que a diferenciação dessas duas espécies

26 STJ – REsp n. 299400/RJ (2001/0003094-7), 2ª Turma, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/acórdão Min. Eliana Calmon, j. 01.06.2006, DJ, de 02.08.2006, p. 229.

27 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 238-246.

28 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 303-320.

29 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 245.

30 AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 70-71.

residiria no fato de que, enquanto a transação pressupõe a realização de concessões recíprocas, elas não precisam necessariamente estar presentes na hipótese de acordo em sentido estrito.

De tudo o que foi exposto, é possível afirmar que, no direito ambiental, não há a rigor transação, eis que não é possível a realização de concessões recíprocas no concernente ao direito existente. Tanto é assim que o Conselho Superior do Ministério Público proíbe que os membros do Ministério Público, ao firmarem o TAC, façam concessões em relação aos direitos em discussão.

Contudo, é importante observar que o TAC surgiu como uma alternativa posta à disposição das partes a fim de dirimir conflitos de interesse. O Ato n. 52/92-PGJ/CSMP/CGMP, de 16 de julho de 1992, disciplina a forma de atuação do Ministério Público na hipótese de transação no inquérito civil. Tal ato estabelece, em seu artigo 2º, parágrafo 1º, que “é vedada a dispensa, total ou parcial, das obrigações reclamadas para a efetiva satisfação do interesse ou direito lesado, devendo a convenção com o responsável restringir-se às condições de cumprimento das obrigações (modo, tempo, lugar, etc.)”.

No mesmo sentido é a opinião de Daniel Roberto Fink³¹, que defende a possibilidade de transação em matéria ambiental somente em relação às condições de modo, tempo e lugar do cumprimento da obrigação principal de recuperar o meio ambiente. O mesmo autor ainda ressalva que “será objeto da transação em matéria de meio ambiente a forma de adoção das medidas destinadas à sua recuperação, ou, ainda, o estabelecimento de certas regras de conduta a serem observadas pelo interessado, de tal forma que o ecossistema seja preservado de agressões”.

De qualquer modo, apesar das divergências semânticas, todos entendem que a composição dos litígios por meio do TAC deve ser realizada e incentivada. Porém, dada a natureza jurídica do bem ambiental, eventuais concessões deverão limitar-se a aspectos periféricos da questão em litígio, garantindo-se, assim, a integral proteção do direito violado.

31 FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental: reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública*: 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 118-120.

Especificamente no que tange ao dano ambiental, o TAC tem como objetivo recuperar o bem jurídico lesado, garantindo-se a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, nos termos do artigo 225 de nossa Constituição Federal.

6 Conclusões

A atuação estatal em matéria ambiental é exigida em função da natureza dos direitos em discussão, os quais, dada a sua relevância, extrapolam os limites do direito privado, razão pela qual a atuação estatal se torna imprescindível.

Não obstante a proteção ao meio ambiente esteja diretamente relacionada à proteção à vida, à saúde e à qualidade de vida, ele passou a ser, por expressa disposição constitucional, um direito fundamental autônomo, que deve ser protegido pelo Estado e por toda a sociedade.

Para a eficaz proteção desse direito, o Poder Público permitiu que determinados entes públicos realizassem acordos em matéria ambiental, os quais terão como objetivo a proteção ambiental e a recuperação de áreas eventualmente lesadas.

A doutrina não é unânime acerca da natureza jurídica do TAC, sendo certo que, para alguns, trata-se de modalidade de transação. Para outros, ao contrário, tal instrumento permite apenas que o responsável pelo dano ambiental adira à proposta formulada pelo agente público, adequando-se às exigências legais. De qualquer forma, independentemente da opinião adotada, a proteção ao meio ambiente através do TAC é uma prática que tem surtido bons resultados na proteção desse bem jurídico.

O bem jurídico ambiental possui grande importância para a coletividade, razão pela qual deve o Poder Público utilizar todas as formas disponíveis para a sua efetiva tutela.

A realização dos TACs permite uma proteção mais célere e eficaz do meio ambiente, uma vez que o descumprimento dos termos do acordo firmado permite a execução imediata de suas cláusulas, garantindo a celeridade e a efetividade processual.

A indisponibilidade do bem jurídico ambiental não é empecilho para a celebração do TAC, eis que o acordo firmado terá como objetivo

a completa recomposição e recuperação da área afetada, em benefício de toda a coletividade.

O combate à degradação ambiental, com a redução dos níveis de poluição e a manutenção dos recursos naturais, é fundamental para que o direito ao meio ambiente seja realizado de forma enérgica e eficiente.

7 Referências

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. *Proteção jurídica do meio ambiente: o papel da Administração Pública na preservação dos direitos da personalidade*. Dissertação (Mestrado) – CESUMAR, Maringá, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental: reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIORILLO, Celso. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 28, p. 117-138, out./dez. 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRRA, Alvaro Luiz. *Ação civil pública e a reparação do ano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2006.

SMOLENTZOV, Daniel. Compromisso de ajustamento de conduta. In: ENCONTRO ESTADUAL DE PROCURADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO COM ATUAÇÃO NA ÁREA AMBIENTAL, 1., 2007, Cananéia, SP. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2008. p. 67-74.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Da ação civil pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

A ação civil pública e o controle difuso de constitucionalidade: uma proposta de compatibilização segundo os efeitos da tutela jurisdicional

Paulo Guilherme Gorski de Queiroz¹

Sumário: 1 Aspectos iniciais. 2 O controle jurisdicional de constitucionalidade. 3 A ação civil pública e o controle difuso. 4 Uma proposta segundo a demanda e os efeitos da tutela. 5 Conclusão. 6 Referências

1 Aspectos iniciais

Ao dissertar sobre aspectos da ação civil pública, impossível deixar de valorar sua modernidade e consonância com a atual sistemática do direito material.

Inequívoco que referido instrumento veio amparar de forma adequada uma pluralidade de direitos (especialmente os denominados fundamentais de terceira geração), cujo modelo processual então vigente (voltado para a solução de lides individuais) mostrava-se inadequado para a esmerada proteção.

Verificamos, então, um sensível prestígio do postulado do acesso à justiça. Trata-se de instrumento que possibilitou àqueles que jamais

¹ Procurador do Estado de São Paulo, lotado na Procuradoria Regional de Campinas, Seccional de Jundiaí. Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP.

procuraram o Poder Judiciário usufruir dos benefícios dessa função, com modificações sensíveis em seu cotidiano, como, *verbi gratia*, nas ações civis públicas destinadas à tutela dos consumidores, meio ambiente, patrimônio público etc.

O tema ganha atual relevância, especialmente diante da possibilidade de alterações legislativas, como no caso do Projeto de Lei n. 5.139/2009, em trâmite no Congresso Nacional, que busca sistematizar as normas para a tutela dos direitos transindividuais e direitos individuais homogêneos.

A questão tormentosa, e que não apresenta até o momento sinais de pacificação, diz respeito ao questionamento da constitucionalidade de normas abstratas editadas pelos entes federados através do processo coletivo.

Posições conclusivas, no entanto, são exigíveis em nome da segurança jurídica e da perspectiva de crescimento do uso dessa forma de tutela. A possibilidade de ampliação do rol de legitimados ativos, como previsto no artigo 6º do Projeto de Lei n. 5.139/2009 (inclusão, entre outros, da Ordem dos Advogados do Brasil) e a necessidade cada vez maior do uso do processo coletivo como mecanismo de economia processual são aspectos que confirmam nossa asserção.

A diversidade de opiniões, notadamente dos tribunais, torna o debate ainda mais enriquecedor e merece grande atenção do estudioso, para compatibilizar as virtudes da ação civil pública com o vigente modelo constitucional de controle de constitucionalidade.

Para tanto, propomos, com o devido acatamento, uma visão centrada nos efeitos da tutela, e não, de forma exclusiva, na causa de pedir. Somente pela análise aprofundada da demanda e sua correlação com a sentença poderemos chegar a uma conclusão sólida sobre a questão, compatibilizando a tutela coletiva e o sistema constitucional.

2 O controle jurisdicional de constitucionalidade

Sem a intenção de tecer um estudo aprofundado sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade neste sucinto trabalho, julgo fundamental expor considerações breves sobre o modelo brasileiro.

É sabido que adotamos o modelo de supremacia das normas constitucionais. As normas da Constituição estão no ápice da escala hierárquica

e, portanto, justificam as denominações doutrinárias: Lei Maior e Lei Fundamental, entre outras.

Se as demais normas do sistema buscam seu fundamento de validade na Constituição, inconcebível que leis e atos normativos infraconstitucionais possam macular seu teor. Seria o mesmo, em uma simplória analogia, que a criatura aniquilando o criador.

Outro fundamento citado pela doutrina especializada consiste na rigidez constitucional, ou seja, a modificação constitucional exige um procedimento complexo (*quorum* qualificado, iniciativa limitada), de modo que uma norma infraconstitucional, produzida através de mecanismos menos formais jamais poderia contrariar a norma constitucional.

Nunca é demais lembrar a lição de José Afonso da Silva:

“A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político’. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a Lei Suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação as demais normas.”²

Por essa razão, fundamental a presença, no corpo do texto constitucional, de um conjunto de normas que possa dar harmonia ao sistema, diante de possíveis inconstitucionalidades. Ricas, nesse ponto, as palavras de André Ramos Tavares:

“Conclui-se, pois, que a inconstitucionalidade é um fenômeno atrelado à estrutura hierárquica do sistema jurídico, verificada na relação

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45.

entre a Lei Maior e as demais leis existentes dentro de um sistema, na medida que estas não se curvem aos padrões estabelecidos previamente estabelecidos por aquela, violando-os, seja no seu aspecto formal, seja no material. Essa violação surte efeitos, que são também regulados pelo sistema. É na inconstitucionalidade como sanção que se analisarão os instrumentos colocados à disposição para eliminar essas violações, quando tal não ocorra espontaneamente.”³

A interpretação sistemática permite identificar dois modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, segundo destaca José Afonso da Silva: “Em suma, em vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal.”⁴

No modelo concreto, também denominado pela via difusa ou de exceção, em breve síntese, a inconstitucionalidade é declarada como fundamento de um pronunciamento judicial de mérito. Exemplo: um contribuinte pede a devolução de um tributo pago com base em uma taxa inconstitucional. O pedido é uma prestação pecuniária (devolução do dinheiro) e o fundamento é a inconstitucionalidade. Observe que o autor não pede a declaração de inconstitucionalidade (pedido mediato), que figura como mera questão prejudicial (premissa fundamental para chegar ao pedido condenatório). A norma dessa taxa inconstitucional permanece no sistema, inclusive com possibilidade de produção de atos administrativos concretos em relação a outros contribuintes (lançamento) e aplicabilidade por outros órgãos jurisdicionais.

O controle concreto é facultado a qualquer órgão do Poder Judiciário.

Situação diversa ocorre no controle concentrado. Através dessa sistemática, a norma tida por inconstitucional, em regra, é declarada nula e deixa de propiciar a prática de atos jurídicos segundo seu fundamento. Declarada a invalidade, impossível extrair qualquer eficácia. Nenhum ato jurídico, salvo nos casos excepcionais de modulação dos efeitos do julgado, buscará amparo na norma declarada inconstitucional.

3 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.186.

4 SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 51.

Sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, concordamos plenamente com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

“A inconstitucionalidade, portanto, constitui vício aferido no plano da validade. Reconhecida a invalidade, tal fato se projeta para o plano seguinte, que é o da eficácia: norma inconstitucional não deve ser aplicada. Veja-se um exemplo ilustrativo. Suponha-se que a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação aprove um projeto de lei definindo um tipo penal específico de ‘pichação de bem público’, cominando pena de detenção. No momento em que o Governador do Estado sancionar o projeto aprovado, a lei passará a existir. A partir de sua publicação no Diário Oficial, ela estará em vigor e será, em tese, eficaz. Mas a lei é inválida, porque flagrantemente inconstitucional: tal circunstância deverá ser reconhecida por juízes e tribunais que, diante da invalidade da norma deverão negar-lhe aplicação e eficácia.”⁵

E complementa o ilustre doutrinador: “O reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma não se confunde, quer em suas causas, quer em seus efeitos, com sua revogação. A revogação consiste na retirada de uma norma do mundo jurídico, operando, portanto, no plano na existência dos atos jurídicos.”⁶

A declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado consiste no próprio pedido mediato da peça vestibular e os efeitos do julgado que, então, vão além das partes envolvidas na relação processual (eficácia *erga omnes*). A norma, de ordinário, não deverá ser aplicada pelos demais órgãos do Poder Judiciário e respectivos titulares, mesmo que não tenham figurado na relação processual: “A declaração de inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas Cortes Constitucionais europeias, diferentemente do ocorrido no controle difuso, característica básica do *judicial review* do sistema norte-americano.”⁷

5 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 14.

6 Ibidem, p. 14.

7 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 581.

Trata-se de processo objetivo, sem a presença de um sujeito no polo passivo do feito, cujo mister reside exclusivamente na manutenção da supremacia constitucional.

3 A ação civil pública e o controle difuso

A Constituição, em razão dos efeitos drásticos do controle concentrado, estipulou uma série de formalidades para a sua concretização. A indicação de órgãos específicos para o julgamento (*ex vi* os arts. 102, I, “a”, e 175, § 2º, ambos da CF), a legitimidade ativa taxativa, entre outros aspectos, são elementos que indicam a excepcionalidade da medida.

Essa cautela do legislador constituinte originário se justifica, eis que prevalente o princípio da presunção da constitucionalidade das leis. Uma norma produzida segundo os ditames da Lei Maior ostenta séria presunção de compatibilidade com o sistema.

Logo, a ação civil pública, sem maiores esforços, mostra-se inadequada para postular a declaração abstrata de inconstitucionalidade de uma norma, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão assim ementado:

“Reclamação. Procedência. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a” da CF). Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal Federal.”⁸

Consequentemente, uma ação civil pública jamais pode ter em seu pedido a declaração abstrata de inconstitucionalidade, sob pena de flagrante usurpação de competência do Tribunal Constitucional: “Desse modo, reserva-se ao órgão de cúpula do Poder Judiciário – o Supremo Tribunal Federal – a missão sacrossanta de empreender a defesa em tese da Constituição a fim de preservar-lhe a integralidade.”⁹

8 STF – Rcl n. 2.224/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo>>, p. 222. Acesso em: 08.08.2009.

9 BULOS, Vadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 167.

Entretanto, conforme assentado, nada impede que a inconstitucionalidade seja declarada como fundamento ou questão prejudicial do pedido em uma ação civil pública (declaração *incidenter tantum*). Exemplo: é editada uma lei que permite a um Município qualquer a contratação de servidores sem concurso público. Com base na referida lei, flagrantemente inconstitucional, três servidores são contratados. Por configurar ato lesivo a vários princípios da administração (interesse difuso), uma ação civil pública é ajuizada para anular as nomeações. A sentença julga procedente os pedidos da inicial e em seu dispositivo anula os atos administrativo. O fundamento da sentença será a inconstitucionalidade da lei municipal que violou a norma do artigo 37, I, da Constituição Federal, cujo teor exige, para o ingresso em cargos e empregos público, prévia aprovação em concurso público.

No citado exemplo, a defesa do patrimônio público foi efetuada de forma exemplar; a inconstitucionalidade foi mero fundamento, dissociado do pedido (anulação das contratações). Uma situação concreta foi levada ao Judiciário e a coisa julgada restringiu-se às partes envolvidas.

Nesse ponto, diante de situações concretas, a declaração incidental de inconstitucionalidade merece crédito, eis que a coisa julgada restringe-se a situação determinada. A tutela jurisdicional segue a sorte do artigo 465, I, do Código de Processo Civil, uma vez que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para o alcance da parte dispositiva da sentença.

Assim, como a inconstitucionalidade figurou como “verdadeira” questão prejudicial, inexistente qualquer violação ao sistema abstrato de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, ensina Teori Albino Zavascki:

“Não se inibe, todavia, o controle incidental de constitucionalidade. Como em qualquer outra demanda, nada impede que também no processo coletivo a norma abstrata, na sua condição de premissa maior do silogismo inserido no fenômeno da incidência, tenha sua legitimidade constitucional questionada e decidida. O juízo assim formulado constitui apenas um fundamento para a sentença do caso concreto, a exemplo do que ocorre com o juízo a respeito do suporte fático (= premissa menor daquele silogismo). Nenhum dos dois, na sua condição de fundamento – e não

objeto – para o juízo de certeza formulado na sentença, faz coisa julgada. Nesses limites, o controle incidental de constitucionalidade no processo coletivo tem eficácia material restrita ao fenômeno da incidência objetivamente exposto na demanda, e, como tal, não invade os domínios das ações de controle concentrado de constitucionalidade.”¹⁰

Contudo, a peculiaridade da ação civil pública, especialmente a característica de sua sentença, com eficácia *erga omnes*, não permite que a solução do problema se restrinja simplesmente ao aspecto da declaração incidental e da amplitude da coisa julgada.

O entendimento majoritário quanto à possibilidade irrestrita da declaração *incidenter tantum*, apesar de extremamente técnico, não merece coros de verdade absoluta, muito embora seja a regra aplicável na maioria dos casos.

4 Uma proposta segundo a demanda e os efeitos da tutela

A premissa da declaração incidental, data vênia, não equaciona, por si só, o problema da incompatibilidade entre o controle difuso, através da ação civil pública, e o controle concentrado.

O artigo 16 da Lei n. 7.347 estabelece que sentença fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão julgador, salvo no caso de improcedência por falta de provas. Essa peculiaridade, por si só, exige uma visão diferenciada dessa forma de tutela, frente a uma demanda estritamente individual.

Com efeito, pelo que foi apresentado até o momento, podemos chegar a duas conclusões seguras: a) se a declaração for o pedido principal (ou pedido mediato), a via será inadequada; b) se a declaração for incidental, a probabilidade de adequação do feito torna-se muito grande, mas não configura uma regra absoluta.

A questão exige uma visão além da causa de pedir e deve levar em consideração todos os elementos da demanda, pois com base neles a tutela será

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 305.

fornecida, segundo o postulado da necessária correlação entre a demanda e a tutela jurisdicional, conforme lição de Candido Rangel Dinamarco:

“É norma inerente ao processo civil moderno dos países de cultura romano-germânica a vinculação do juiz aos limites da demanda, sem lhe ser lícito prover para sujeitos diferentes daqueles que figuraram na petição inicial (partes da demanda), ou por motivos diferentes dos que houverem sido regularmente alegados (causa de pedir), ou impondo soluções não pedidas ou referentes a bens da vida que não coincidam com o que na petição inicial estiver indicado (*petitum*).”¹¹

Um consenso parece longe do fim. Porém, a necessidade de um estudo aprofundado de cada demanda foi ressaltada pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Recurso Extraordinário n. 424.993/DF:

“Parece evidente que a declaração de inconstitucionalidade pleiteada em ação civil pública não pode ter por meta lograr efeitos apenas alcançáveis com o uso da ação direta – e isso é de importância central para o presente caso –, faz-se necessário notar a posição majoritária desta Corte, no que diz respeito às alegações de que as ações civis públicas fazem as vezes de ações diretas, que rejeita qualquer posição apriorística. É apenas em casos concretos que se pode saber se o controle de constitucionalidade exercido na ação civil pública reveste-se dos atributos exclusivos das ações diretas de inconstitucionalidade – dentre eles, o efeito *erga omnes*.”

Por derradeiro, conclui com sábias palavras: “É evidente, portanto, que não é possível conceber, *a priori*, um critério geral que identifique quando a ação civil pública pretende obter efeitos típicos de uma ação direta. Essa posição da Corte, embora cautelosa, tem se mostrado bastante eficiente na solução das demandas.”¹²

Desse modo, assiste razão ao Ministro, pois a adequação da declaração incidental exige uma análise caso a caso. A observância da demanda

11 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. v. 3, p. 280.

12 STF – RE n. 424993/SF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12.09.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo>>, p. 562-564. Acesso em: 08.08.2009.

como um todo e dos efeitos que dela podem ser extraídos configura parcela primordial do silogismo que redundará na adequação ou não do controle pela via de exceção.

A cautela justifica-se. Em várias situações, o autor da ação civil pública postula uma tutela (fazer, não fazer etc.) que resulta na ineficácia da norma tida por inconstitucional. Ou seja, sob o tentador fundamento da declaração incidental de inconstitucionalidade, conseguem-se, por via transversa, os mesmos efeitos de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Veja-se, a propósito, o ilustrativo exemplo de José dos Santos Carvalho Filho:

“Tornaram-se frequentes, por exemplo, os casos em que ações civis públicas foram propostas para o fim de que a sentença obrigasse o Poder Público a não cobrar tributos ou contribuições, sob a alegação de que a lei os instituiu seria inconstitucional. O pedido formulado na ação tinha o caráter condenatório mandamental, mas a *causa petendi* e o fundamento da decisão, no caso do acolhimento do pedido, seria a inaplicabilidade da lei por ser inconstitucional.”¹³

No caso citado pelo ilustre publicista, poderíamos, em uma visão apressada, como a corrente majoritária, concluir pela adequação da via, pois a declaração figurou como mera causa de pedir. O pedido foi um *non facere*, e não a declaração de inconstitucionalidade da norma. Imaginemos que a sentença transite em julgado. Poderá o ente federado condenado exercer qualquer ato de cobrança do tributo? É claro que não, sob pena de vilipêndio à decisão judicial. A norma foi declarada nula? Não, ela permanece válida, mas sem aplicabilidade (eficácia). Qual a diferença, no que concerne à aplicabilidade da norma, entre essa sentença e a procedência de uma ação direta de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* referente ao mesmo tributo? Praticamente nenhuma, pois o poder tributante, em ambos os casos, não poder exercer atos de cobrança para o futuro em relação a qualquer contribuinte, mesmo que ele não tenha figurado na relação processual.

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 113.

Ora, os efeitos práticos presentes e futuros serão os mesmos que uma decisão proferida em sede de controle concentrado com a modulação de efeitos (*ex nunc*), conforme previsão do artigo 27 da Lei n. 9.868/99.

Não se nega que, abstratamente, o controle concentrado apresente diferenças, em especial no que se refere à validade da norma. Mas questões de ordem lógico-normativa não afastam a realidade, isto é, mesmo na declaração incidental, dependendo da demanda, a sentença poderá produzir efeitos semelhantes ao controle concentrado, o que não é cabível.

O processo não pode ser utilizado como sucedâneo para a obtenção de efeitos que são vedados pela lei, nos termos do artigo 17, III, do Código de Processo Civil. E pela expressão “lei”, por óbvio, concluímos que o processo não pode servir como burla ao sistema constitucional.

Pedro da Silva Dinamarco percebeu como ninguém essa tormentosa questão:

“Mas diferente é a situação se os efeitos da declaração, ainda que *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade de uma lei, em ação civil pública, produzirem os mesmos efeitos do controle de inconstitucionalidade por ação direta. É o caso de demanda ajuizada em face de pessoa jurídica de direito público, para que esta deixe de aplicar determinada lei. Isso significa pedir declaração *in abstracto*, com efeito *erga omnes*, ainda que o autor mascare o pedido e peça a exclusão dos efeitos da lei impugnada (ou de um de seus dispositivos) a todas aquelas pessoas eventualmente sujeitas à coisa julgada, para qualquer situação fática, então estará havendo invasão de competência do Supremo Tribunal Federal.”¹⁴

Por esses fundamentos, a ação civil pública será inadequada sempre que propiciar um efeito típico do controle concentrado de constitucionalidade, afastando a aplicabilidade da norma *erga omnes*, pouco importando se a declaração de inconstitucionalidade figurar como pedido principal ou mera questão prejudicial.

Um ponto precisa ser ressaltado: a declaração incidental, efetuada de forma *adequada*, também afasta a eficácia da norma, mas unicamente

14 DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 280.

para uma questão concreta. Vejamos uma situação hipotética: uma ação civil pública pede a anulação de uma licença ambiental emitida por órgão estadual, fundada em lei inconstitucional. A tutela é procedente e transita em julgado. A norma declarada inconstitucional não será mais passível de aplicação em relação às partes envolvidas, no caso, a empresa beneficiária e o Estado emissor da licença. Porém, no nosso exemplo, verificamos que a tutela jurisdicional não esvazia o conteúdo normativo do dispositivo questionado. Novas licenças poderão ser emitidas com base na referida lei inconstitucional, até que ocorra o controle concentrado de constitucionalidade dessa norma ou sua revogação.

A pergunta, em suma, a ser respondida é a seguinte: a tutela implicará na inaplicabilidade da norma, no âmbito de competência do órgão prolator, da mesma forma que um típico controle concentrado? Caso a resposta seja positiva, curial a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Pensar de outra forma redundará em absurdos, pois bastará que o autor mascare “gramaticalmente” o pedido inicial, retirando expressões como “declaração de inconstitucionalidade”, “declaração de nulidade” etc. e postule, a título de exemplo, medida que torne imprestável o conteúdo da norma no âmbito da competência do juízo, seja através de um fazer, não fazer, ou outra medida análoga.

Arruda Alvim, atento para essa problemática, expõe fundada opinião:

“O que se percebe, claramente, é que, não incomumente, propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal, e, o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam elas virem a ser aplicadas, no âmbito do magistrado ou do Tribunal a esses sobrepostos. Ou, se, linguisticamente, não se diz isso, é o que, na ordem prática resulta de uma tal decisão. Ora, se se pretende que determinados textos não possam vir a ser aplicados, dentro de uma dada área de jurisdição, disto se segue trata-se efetivamente de declaração

in abstracto, da inconstitucionalidade, ainda que possa ter sido nominado de pedido de declaração *incidenter tantum*.”¹⁵

Assim, ao invés de pedir a declaração de inconstitucionalidade da norma, bastará pedir que o ente competente se abstenha de aplicar a norma impugnada, sob pena de multa diária. Não importa a roupagem do pedido, seja para não emitir licenças, não lançar tributos ou não contratar servidores com base em leis inconstitucionais etc., os efeitos serão os mesmos.

O mesmo se diga se a ação formular pedidos cumulados, como, *e.g.*, a anulação de contratos fundados em lei inconstitucional e a abstenção futura de novas contratações. Nesse caso, não deve ser acolhido o pedido de abstenção e somente o desconstitutivo (anulação), que não afeta a aplicabilidade da norma (novas contratações poderão ser efetuadas).

Da mesma forma, nada impede que o responsável pelas contratações irregulares responda civil e criminalmente pela conduta (exemplo: ressarcimento dos valores, sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa etc.). O que não é possível é a usurpação da titularidade dos órgãos competentes para o controle concentrado, como bem observado por Hugo Nigro Mazzili:

“Sabemos que nas ações civis públicas ou coletivas, a inconstitucionalidade de uma lei poderá ser a causa de pedir remota. Nelas, a sentença de procedência será imutável para todos os integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas. Em tese, isso poderia gerar o risco de que a sentença proferida por um juiz singular pudesse suprimir toda e qualquer eficácia *erga omnes* de uma lei – mas isso seria inadmissível, pois tal efeito só pode ser obtido em nosso sistema por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade. Para evitar esse risco, os tribunais não admitem que aquelas ações sejam usadas como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Assim, se numa ação civil pública ou coletiva o pedido visa, por vias transversas, a obter, em proveito

15 ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Defesa do Consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revistados Tribunais, 1995. p. 157.

da coletividade, a supressão de todos os efeitos pretéritos, atuais e futuros de uma lei (lei em sentido material e não apenas formal), essas ações estariam servindo de indevido sucedâneo à ação direta de inconstitucionalidade.”¹⁶

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 18 de maio de 2009, por unanimidade, adotou fundamentação irretocável, ao apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade n. 2009.017.00003, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal (princípio da reserva de plenário).

Entendeu aquele Tribunal de Justiça que os efeitos postulados na demanda devem ser levados em consideração para aferição de eventual usurpação de competência. A ação foi proposta pelo Ministério Público em face do Município de Itatiaia. O *Parquet*, no pedido, requereu a abstenção da Fazenda municipal de praticar qualquer ato com fundamento na Lei n. 386/2003, que dispõe sobre a concessão de serviços públicos de saneamento básico de águas e esgotos sanitários no perímetro urbano, tendo em vista sua inconstitucionalidade.

No julgamento, de relatoria do Desembargador Nametala Jorge, a situação foi decidida nos seguintes termos:

“O incidente não pode ser conhecido. Isso porque, no caso concreto, a ação civil pública, nitidamente, pretende fazer as vezes de uma verdadeira ação direta de inconstitucionalidade, o que se sabe vedado. Não se desconhece a orientação mais moderna – e mesmo majoritária – no sentido da possibilidade de controle de constitucionalidade em sede de ação civil público, desde que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo constitua simples questão prejudicial, cuja resolução seja imprescindível para o julgamento do pedido deduzido, necessariamente concreto.

In casu, contudo, o pedido é de que ‘o Município de Itatiaia seja compelido a não praticar qualquer ato administrativo com fundamento na Lei municipal n. 386/2003 (...)’, do que exsurge o único propósito de se ver declarada a inconstitucionalidade da lei em

16 MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 133-134.

questão, pois que inexistente qualquer pleito concreto a viabilizar o debate por esta via; é dizer: com tal pedido, a rigor, o Ministério Público almeja retirar a própria lei do mundo jurídico.

Nessas circunstâncias, valeu-se o *Parquet* da demanda originária (ação civil pública) como verdadeiro sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista que o pedido formulado, em sua inteireza, poderia ser alcançado, naturalmente, mediante o controle de constitucionalidade abstrato concentrado.”¹⁷

Portanto, irrelevante a natureza do interesse tutelado (difuso, coletivo ou individual homogêneo), pois o controle pela via de exceção apenas será cabível se *efetivamente* incidental, ou, segundo as sábias palavras do Ministro João Otávio Noronha, “desde que não constitua hipótese de ludíbrio ao sistema de controle constitucional.”¹⁸

5 Conclusão

A imprescindibilidade da ação civil pública não exige maiores indagações. Ocorre, entretanto, que a relevância do instituto não o torna imune aos contornos sistêmicos do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.

Dessa maneira, em que pese o entendimento prevalente, verificamos que o controle *incidenter tantum* na ação civil pública, em determinados casos, pelas peculiaridades da sentença, poderá afetar a aplicação de uma norma abstrata, comprometendo sua eficácia.

Em suma, a tutela na ação civil pública não pode propiciar efeitos próprios do controle concentrado. O limite será aferido em cada caso concreto.

O juiz, deparando-se com uma ação dessa espécie, deverá verificar, através de uma previsão hipotética, quais as consequências da tutela jurisdicional em caso de suposta procedência dos pedidos.

17 TJRJ – Arguição de Inconstitucionalidade n. 2009.017.00003, 17ª Câm. Cível, rel. Des. Nametala Machado Jorge, j. 18.05.2009. Disponível em: <<http://www.tj.rj.jus.br>>. Acesso em: 20.07. 2009.

18 STJ – REsp n. 457.090/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07.03.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01.08.2008.

Caso a tutela macule a aplicabilidade da norma de uma forma geral, como é comum em demandas contra o Poder Público, deverá extinguir o feito sem julgamento do mérito, devido à usurpação da competência do órgão constitucionalmente competente.

Isso não significa pensar na inadequação absoluta da via como mecanismo de controle de constitucionalidade das normas. Pelo contrário, o controle incidental deve ser estimulado, segundo os contornos da Constituição, para que não seja maculada a legitimidade desse relevante instrumento da cidadania.

6 Referências

ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Defesa do Consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revistados Tribunais, 1995. p. 157-162.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Vadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel, *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. v. 3.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

O conceito de direito individual homogêneo no Projeto de Lei da Nova Ação Civil Pública

Paulo Henrique Silva Godoy¹
André Murilo Parente Nogueira²

Sumário: 1 Considerações introdutórias. 2 Conceito atual de “direitos individuais homogêneos”. 3 Conceito de “direitos individuais homogêneos” no Projeto de Lei da Nova Ação Civil Pública. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Considerações introdutórias

Inicialmente, antes mesmo de adentrarmos no estudo do tema proposto, um primeiro aspecto aqui merece ser abordado, constituindo uma premissa para entendimento da reflexão a ser posta, atinente à evolução da sociedade e, como é inerente, dos conflitos de interesse havidos em seu cerne que acompanham essa tendência evolutiva.

Não há como negar que os conflitos sociais com os quais nos deparamos nos dias de hoje não correspondem àqueles perceptíveis há décadas atrás, de tal sorte que o direito necessariamente deve perceber tal contexto e transformar-se, a fim de que esteja apto a assegurar a convivência social e eliminar os litígios que naturalmente sempre existiram e continuarão a existir, contudo com diferentes características.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Professor de Direito Processual na Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito

2 Advogado. Professor de Direito Processual Civil na Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito.

Assim, o viés exercido pelo Estado liberal patrimonialista, de intervenção estatal mínima na esfera particular, com vasta utilização da tutela ressarcitória em pecúnia – bens da vida resumidos a valores em dinheiro – não mais merece ser considerado no âmbito de um Estado Social, eminentemente prestacional, tal como o é o Estado Constitucional brasileiro.

A nova formatação estatal exige a participação direta do Estado, com vistas à efetivação dos direitos constitucionais daqueles que se encontram sob sua guarida, na qual o Judiciário assume relevante papel, notadamente na prestação do provimento jurisdicional coletivo.

Nesse trilhar, havendo a previsão do direito material, principalmente em sede constitucional, e sendo ele agredido ou até mesmo, antes dessa violação, mostra-se imprescindível a presença da tutela jurisdicional adequada e eficaz, que deve ter o condão de ser prestada como instrumento consagrador e protetor dos direitos substanciais, sempre com a preocupação de reflexão desse processo na própria sociedade, pensando-se assim na melhor interpretação a ser dada ao artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição da República de 1988.

Como mencionado anteriormente, os direitos materiais que regem a vida em sociedade sofreram grande modificação, e hoje deparamos com uma realidade social que exige do Poder Judiciário uma atuação diferenciada a tutelar esses direitos e, sempre que possível, evitar a prática de atos que violem essas regras.

Portanto, é evidente que as técnicas processuais de décadas atrás não mais se mostram eficientes a provocar do órgão jurisdicional uma tutela que realmente seja a maneira adequada de proteção do direito material e das necessidades de seu titular.

Necessário, assim como o direito material evoluiu com a própria sociedade, que as técnicas processuais sejam repensadas e possuam de fato o condão de tutelar esses novos direitos, especialmente sob uma perspectiva constitucional de consagração dos direitos e efetivação dos fundamentos da República.

O aproveitamento dessas novas técnicas processuais encontra-se intimamente relacionado com a ideia de que a prestação jurisdicional

adequada e eficaz deve ser entendida como verdadeiro direito fundamental de segunda dimensão.

Estamos a cuidar de uma tutela jurisdicional adequada, na medida que o Judiciário deve se valer de instrumentos aptos a tutelarem verdadeiramente os direitos substanciais resguardados em tutela de massa.

Ganham força na atual conjectura social medidas judiciais que, valendo-se da força atribuída ao Estado-juiz, consagrem os direitos materiais, evitando a ocorrência de ações individuais repetidas – inchaço de demandas jurisdicionais de iguais causa de pedir e pedido – e insegurança jurídica decorrente de decisões contraditórias proferidas em todo o território nacional.

Um processo alheio às realidades e transformações sociais, pensado sob a ótica puramente dogmática, é um processo sem efetividade, um processo ultrapassado e, por isso, um processo que não encontra amparo no texto da Constituição de 1988, nem se aproxima de sua finalidade, motivo pelo qual o repensar de alguns “protótipos processuais” ultrapassados é indispensável, objetivando o cumprimento da ordem constitucional de prestação jurisdicional como direito fundamental protetor dos demais direitos fundamentais, quer na sua perspectiva horizontal ou vertical.

Somente através desse mote é que o Estado-juiz conseguirá cumprir o preceito do artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da *Lex Legum*, que não deve ser interpretado somente pelo prisma de acesso à jurisdição, mas sim de acesso a um processo efetivo, adequado e célere, a sanar as necessidades do direito material, procedendo-se, assim, a uma interpretação constitucional que atribui maior efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional.

Dentro dessa concepção de atribuição de maior efetividade e celeridade, as disposições da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), do artigo 461 do Código de Processo Civil e do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor vão de encontro aos anseios de uma prestação jurisdicional efetiva e diferenciada, logo fazendo valer o primado de direito fundamental a essa prestação estatal, tal como previsto na Constituição da Federal.

Não obstante os avanços legislativos acima ventilados, é cediço que a Lei da Ação Civil Pública, atualmente com cerca de vinte e cinco anos, encontra-se defasada e necessitando de ajustes já discutidos pela doutrina e jurisprudência pátrias, aptos a proporcionar aos operadores do Direito condições de, em um único Diploma Legislativo, sistematizar esse salutar instrumento de tutela dos interesses metaindividuais.

Nessa senda, o Projeto de Lei n. 5.139/2009, que “disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências”, em trâmite na Câmara dos Deputados, cujo texto teve a participação da professora doutora Ada Pellegrini Grinover, ganha papel de relevo. Iremos a ele nos dedicar neste estudo, não com a pretensão de abordá-lo em sua integralidade, o que, em razão da natureza deste trabalho, não se mostra possível, mas delimitado ao tema proposto concernente à conceituação dos interesses individuais homogêneos, buscando viabilizar ao operador do direito elementos suficientes para a compreensão dessa categoria de direitos, e tecendo ainda um paralelo entre o entendimento presente e o apresentado pelo projeto de lei em testilha.

2 Conceito atual de “direitos individuais homogêneos

Não obstante a nomenclatura “individuais homogêneos”, é de se ventilar que estamos diante de verdadeiros direitos coletivos em sentido amplo, a serem tutelados de modo diferenciado, visando a facilitar o acesso ao Judiciário, em especial no que tange às ações que individualmente teriam reduzido valor econômico, o que poderia implicar na ausência da proteção do Estado-juiz a essas lesões e, por via reflexa, perda da efetividade dos provimentos jurisdicionais.

A redação do Código de Defesa do Consumidor foi bastante resumida ao buscar definir os interesses individuais homogêneos, aduzindo, exclusivamente, como sendo os “decorrentes de origem comum”, consoante o disposto no artigo 81, parágrafo único, inciso III, desse diploma legal.

Nessa seara, coube à doutrina estabelecer mecanismos identificadores dessa categoria de direitos a serem tutelados de maneira coletiva, assim como fixar critérios aptos a identificar a natureza jurídica desse instituto, até mesmo como forma de se aferir competência, legitimidade, delimitação de parâmetros úteis ao deslinde de matérias que envolvem tal tema.

A par da discussão do cabimento da ação civil pública como instrumento eficaz à tutela dos interesses individuais homogêneos, tema que escapa aos limites deste estudo e que se encontra superado com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em especial pela redação introduzida no artigo 21 da Lei n. 7.347/85, podemos notar a estrita necessidade de compreender o alcance dos “interesses ou direitos individuais homogêneos”, para então restarem consolidados como categoria de direitos protegidos pela via coletiva.

Nesse diapasão, no presente tópico buscaremos trazer à colação a definição de “interesses ou direitos individuais homogêneos” para que, em seguida, possamos confrontá-lo com o novo modelo que se pretende adotar com o Projeto de Lei n. 5.139/2009 supramencionado que, convertido em lei, vem em oportuno momento, para trazer critérios específicos da tutela coletiva via ação civil pública, sem a necessidade de transportar conceitos do processo civil tradicional individualista, formando um microsistema específico para essa tão relevante forma de proteção das massas.³

O primeiro ponto de relevo é que diferem os direitos individuais homogêneos dos direitos difusos porque estes têm indeterminação quanto aos titulares e são indivisíveis; dos direitos coletivos, porque estes também não têm titular individualizado, mas sim um grupo identificado e também têm natureza indivisível; já os individuais homogêneos, como visto, têm a titularidade perfeitamente individualizada.

Assim, os direitos individuais homogêneos têm caráter predominantemente individualizado, são perfeitamente divisíveis entre os titulares, há ordenamento da relação de titularidade com o bem da vida violado ou disputado que também, por sua vez, é perfeitamente distribuído e individualizado entre os titulares, os quais, no entanto, podem postular a proteção jurisdicional coletivamente, em face da origem comum do direito afirmado. Ou, por outras palavras, conquanto se trate de direitos individuais,

3 Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso, destaca: “A inexistência, dentre nós, de um Código Processual Coletivo, propriamente dito, acarreta a necessidade do traslado e aplicação, nas ações coletivas, de categorias processuais oriundas da jurisdição singular, e então coloca-se a questão de como fazer com segurança esse transbordo, mormente considerando-se que cada qual desses planos jurisdicionais parte de pressupostos próprios e busca finalidades distintas.” (*Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*, p. 106-107).

e pois fruíveis individualmente, podem ser tratados de forma coletiva, porque a lei (o Código de Defesa do Consumidor) assim o permite.

A “origem comum” merece outrossim ser analisada na perspectiva traçada pela professora Ada Pellegrini Grinover, qual seja, como sendo próxima ou remota, como ela explica:

“(...) é preciso observar que a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; remota, ou mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos.”⁴

Desse apontamento, pode-se extrair um segundo elemento identificador da categoria de direitos em estudo, qual seja, a homogeneidade, que não pode ser confundida com a “origem comum”, em especial quando remota, tal como se percebe no exemplo extraído da lição acima, no qual “não há homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente”.⁵

Nesse viés, a homogeneidade deve ser analisada juntamente com os critérios da prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as de caráter individual, assim como da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, no aspecto de eficácia e justiça do provimento jurisdicional, objetivando denotar a admissibilidade ou não do tratamento coletivo dos direitos individuais em litígio.⁶

Terceiro ponto que merece ser lembrado para delimitar a categoria de direitos em comento diz respeito à possibilidade de determinação dos membros do grupo, ou pelo menos possibilidade de determinação, que sofreram ameaça ou lesão ao seu direito, cada um de seu direito individual, ou seja, trata-se de um critério subjetivo.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini, Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade, in *Ação civil pública*: Lei 7.347/1985, 15 anos, p. 31.

5 Ibidem, p. 33.

6 Ibidem.

O fato de origem comum acima ventilado faz com que determinada gama de indivíduos, ligados a essa mesma origem, se identifiquem e façam jus à tutela de seus direitos através do mecanismo coletivo da ação civil pública, por conseguinte, essa segunda característica é corolário lógico da anteriormente apresentada.

Corroborando esse entendimento, Hugo Nigro Mazzilli, ao tratar da diferença entre interesses coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, bem reconhece que “só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem comum”⁷

Afora isso, necessário se faz que o dano suportado possa ser aferido de forma individual, não obstante a possibilidade de tutela coletiva de seus direitos, ou seja, o dano deve ser divisível entre cada um dos sujeitos determinados ou determináveis.

A propósito, em sentido paralelo ao aqui apresentado, tem-se a lição de Hugo Nigro Mazzilli que assim assevera:

“Trata-se, pois, de direitos individuais homogêneos, que se distinguem dos direitos difusos e coletivos e são definidos como aqueles ‘decorrentes de origem comum’ (art. 81 da Lei n. 8.078/90), que têm titulares determinados ou determináveis e o objeto da pretensão é divisível, isto é, ‘o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo’.”⁸

Eis uma importante diferença entre os interesses difusos, os coletivos *stricto sensu* e os interesses individuais homogêneos: enquanto aqueles são dotados de indivisibilidade, são essencialmente coletivos, estes últimos são passíveis de fracionamento; falta-lhes a indivisibilidade, são acidentalmente coletivos, passíveis de aferição individual, tal como se percebe na possibilidade de proteção coletiva da reparação dos danos individualmente sofridos (art. 91 do CDC), na sentença condenatória genérica (art. 95 do CDC), na liquidação e execução da sentença (art. 97 do CDC) e como aponta José dos Santos Carvalho Filho que, “mui-

7 MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p. 53.

8 Ibidem, p. 56.

to embora haja muitos indivíduos no grupo, cada um deles tem direito próprio, que pode variar sob os aspectos qualitativo e quantitativo”⁹

Cumpre trazer à tona os ensinamentos da professora Ada Pellegrini Grinover que, de modo preciso, esclarece:

“A pretensão processual do autor coletivo, na ação de que trata o presente capítulo, é de natureza condenatória, e condenatória será a sentença que acolher o pedido. Nos termos do artigo 95, porém, a condenação será genérica: isso porque, declarada a responsabilidade civil do réu e a obrigação de indenizar, sua condenação versará sobre o ressarcimento dos danos causados e não dos prejuízos sofridos. Isso significa, no campo do direito processual, que, antes das liquidações e execuções individuais, o bem jurídico objeto de tutela ainda é tratado de forma indivisível, aplicando-se a toda coletividade, de maneira uniforme, a sentença de procedência ou improcedência.”¹⁰

Para Patrícia Miranda Pizzol¹¹, o direito individual homogêneo é uma criação do direito processual, não existindo um direito material individual homogêneo, mas sim direitos individuais puros que podem ser tutelados coletivamente, em razão da origem comum.

Posição interessante sobre o assunto é a de Munhoz da Cunha¹², que entende que os direitos individuais homogêneos parecem se situar como uma peculiar modalidade de interesses difusos e coletivos. Após associar o conceito contido no artigo 81, inciso III, com o artigo 91, ambos do Código de Defesa do Consumidor, afirma que os direitos individuais homogêneos são “interesses metaindividuais, enquanto pressupõe interesses coordenados e justapostos que visam à obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível”, ou seja, uma condenação genérica (utilidade processual indivisível).

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Ação civil pública*, p. 36.

10 GRINOVER, Ada Pellegrini et al., *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 813.

11 PIZZOL, Patrícia Miranda, *Liquidação nas ações coletivas*, p. 101.

12 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 20, n. 77, p. 224, jan./mar. 1995.

Finalmente, esclarece o mesmo autor que “se forem indeterminados os sujeitos, poder-se-á dizer que se está diante de interesses difusos sob a modalidade de interesses individuais homogêneos” e “de outro lado, se forem determinados os sujeitos, porque integrantes de grupo, classe ou categorias de pessoas, os interesses, além de coletivos, poderão ser igualmente individuais homogêneos”¹³

Com essa forma de entendimento, poder-se-á, através da ação civil pública tutelar, pela via de um único instrumento processual e uma única provocação do órgão jurisdicional, todos os lesados pela situação homogênea de origem comum causadora do dano decorrente da violação dos direitos individuais de cada um dos sujeitos que encontrem liame nessa situação fática, o que sem margem de dúvida traz inúmeros benefícios ao jurisdicionado, ao próprio Judiciário e ao Estado de Direito, em sua concepção de obtenção de segurança jurídica das relações.

2 Conceito de “direitos individuais homogêneos” no Projeto de Lei da Nova Ação Civil Pública

A preocupação do legislador em definir no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos foi evitar que dúvidas e discussões doutrinárias, que persistiam à época sobre tais categorias, pudessem impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos dos consumidores e das vítimas ou de seus sucessores. De qualquer forma, o Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer esses conceitos, procurou assegurar um razoável grau de previsibilidade quanto à sua utilização.

O Projeto da Nova Lei de Ação Civil Pública, em seu artigo 2º, ao fixar a abrangência da tutela coletiva, estabelece que, *in verbis*:

“Artigo 2º - A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos:

I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria

13 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da, ob. cit., p. 234.

ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e

III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.”

Observa-se facilmente que o Projeto mantém os conceitos atuais de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, porém, ao tratar da conceituação dos direitos individuais homogêneos, passa a inovar, destacando, inicialmente, que a origem comum pode ser fática ou jurídica, e, na sequência, estabelece critérios para a aferição da prevalência da tutela coletiva sobre a individual.

O Ministério Público do Estado de São Paulo criou grupo de trabalho, constituído por ilustres juristas, para estabelecer propostas para alteração do Anteprojeto da Nova Lei de Ação Civil Pública. A proposta elaborada por Ricardo de Barros Leonel é no sentido de se proceder à exclusão da parte final do referido dispositivo, mantendo-se a mesma redação contida no artigo 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Apresentou o referido promotor de justiça como justificativa de sua proposta que “o resultado dessa previsão legislativa poderá ser nocivo, na medida que poderá ser interpretada com resultado inverso, ou seja, no sentido de excluir a possibilidade da tutela coletiva, se ausentes os critérios previstos no dispositivo (‘que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica e dificuldade na formação do litisconsórcio’).”

Embora se reconheça que não é tarefa fácil estabelecer conceitos e, muitas vezes, recomenda-se que a lei deva evitar tal desiderato, o legislador, ao elaborar o Projeto da Nova Lei de Ação Civil Pública (art. 2º, III), deveria, no nosso entender, manter o mesmo conceito já estabelecido pelo artigo 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, procedendo-se a exclusão dos critérios estabelecidos para justificar a tutela coletiva.

A manutenção do conceito atual, justifica-se, em primeiro lugar, para manter a perfeita interação que existe entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85). Em segundo lugar, ao estabelecer novos critérios para aferição da homogeneidade dos direitos individuais, pode acabar por prejudicar a tutela jurisdicional coletiva de tais direitos, em especial por deixar uma margem muito grande de discricionariedade na aferição de tais critérios.

Nesses quase vinte anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina e a jurisprudência se desincumbiram muito bem da aplicação e interpretação do conceito de direito individual homogêneo, não havendo, pois, motivos para justificar a alteração do seu conceito.

4 Conclusão

No decorrer deste estudo, ainda que de forma sintética, como pela suas próprias natureza e finalidade exigem, podemos denotar que a evolução social e, por via de consequência, dos conflitos havidos em seu meio, prescindem de tratamento jurisdicional e legislativo moderno apto a acompanhar tal processo evolutivo.

Nessa toada, a proteção intersubjetiva dos direitos, com uma abordagem individualista da prestação jurisdicional, com conceitos e dogmas estabelecidos pelo Código de Processo Civil e suas influências de meados do século passado, não se mostra suficiente para acolher os anseios sociais.

Pautados no prisma da tutela coletiva dos direitos, a Lei de Ação Civil Pública vigente e o Código de Defesa do Consumidor, em paralelo ao direito fundamental de segunda dimensão de entrega da prestação jurisdicional pelo Estado, revelam salutar sistema jurídico de proteção aos denominados interesses ou direitos individuais homogêneos.

Diante dessas premissas, buscamos trazer à apreciação uma conceituação de “interesses ou direitos individuais homogêneos”, na perspectiva da atual conjuntura do sistema jurídico, doutrina e jurisprudência pátrias, para, posteriormente, abordar aspectos atinentes ao Projeto de Lei n. 5.139/2009, que “disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos”, que recebeu importante participação da ilustre professora doutora Ada Pellegrini Grinover.

O Projeto de Lei em comento, não obstante o inegável avanço legislativo regulatório da ação civil pública, ao versar sobre a definição das modalidades de tutelas coletivas *lato sensu*, notadamente no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, mais adequado agiria se mantivesse a atual conceituação estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor.

A conceituação legal de outrora – até então vigente – moldada nos quadrantes de inúmeros trabalhos de respeitável esboço científico, sempre proporcionou aos aplicadores do direito diretrizes de aplicabilidade e cabimento da ação civil pública destinada à tutela dos direitos individuais homogêneos, *v.g.*, das explanações da homenageada professora Ada Pellegrini Grinover, quando relaciona o tema à supremacia do interesse coletivo em sentido *lato* em face do particular, e à eficácia do provimento jurisdicional, em comparação à proteção individual do processo civil clássico.

5 Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 20, n. 77, p. 224-235, jan./mar. 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985*, 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19-39.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública*: Lei 7.347/1985, 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

SOUZA, Motauro Ciocchetti de. *Ação civil pública*: competência e efeitos da coisa julgada. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Servidores temporários – Lei n. 500/1974. Inclusão no Regime Próprio de Previdência do Servidor Público

PARECER

Interessado: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Assunto: Servidores admitidos sob o regime da Lei n. 500, de 13.11.1974. Inclusão no Regime Próprio de Previdência do Servidor Público instituído pela Lei n. 1010, de 01.06.2007.

O Excelentíssimo Senhor Procurador Geral do Estado de São Paulo honra-me com consulta a respeito do regime previdenciário dos chamados servidores temporários admitidos sob o regime da Lei n. 500, de 13.11.1974.

A consulta vem formulada nos termos a seguir transcritos.

1 Da consulta

A Lei Complementar n. 1.010, de 01.06.2007, que instituiu o Regime Próprio de Previdência do Servidor Público (RPPS) e o Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo (RPPM) dispôs no parágrafo 2º de seu artigo 2º:

“§ 2º - Por terem sido admitidos para o exercício de função permanente, inclusive de natureza técnica, e nos termos do disposto no inciso I deste artigo, são titulares de cargos efetivos os servidores ativos e inativos que, até a data da publicação desta Lei, tenham sido admitidos com fundamento nos incisos I e II do artigo 1º da Lei n. 500, de 13 de novembro de 1974.”

Admitidos para o exercício de funções de natureza permanente depois de aprovação em concurso público (art. 9º), os servidores regidos pela Lei n. 500/74 sempre recolheram contribuição em favor do IPESP, na alíquota de 6% (seis por cento) sobre o total dos vencimentos, com fundamento na Lei Complementar n. 180/78. A partir de 25.09.2003, passaram a contribuir com mais 5% (cinco por cento), com fundamento na Lei Complementar estadual n. 943, de 23.06.2003.

Acrescente-se ainda que os dependentes de servidores falecidos admitidos pela Lei n. 500/74 recebem pensão mensal do IPESP, sobre a qual vem incidindo a contribuição previdenciária, com fundamento na Lei Complementar estadual n. 954, de 21.12.2003.

Por outro lado, muitos servidores em atividade admitidos pela Lei n. 500/74 alcançaram a estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal. Vários outros contavam com mais de três anos no exercício da função de natureza permanente, quando entrou em vigor a Lei Complementar n. 1.010/2007.

Diante do exposto, por meio de sua Procuradoria Geral, o Estado de São Paulo consulta Vossa Excelência:

a) À luz da Constituição Federal de 1988, os servidores admitidos pela Lei n. 500/74 podem ser havidos como temporários ou empregados públicos?

b) Até o advento da Lei Complementar n. 1.010/2007, havia distinção entre o regime jurídico dos servidores ocupantes de cargos públicos e dos servidores contratados para funções de natureza permanente, com fundamento na Lei n. 500/74?

c) A norma contida no parágrafo 13 do artigo 37 da Constituição Federal, dispositivo incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, é aplicável indistintamente a todos os servidores da Lei n. 500/74 admitidos até a entrada em vigor da Lei Complementar estadual n. 1.010/2007?

d) Os pensionistas, os aposentados e os servidores cujos vínculos com o Estado têm por fundamento a Lei n. 500/74 encontram-se salvaguardados contra eventual exigência que venha a ser imposta por órgãos da União Federal ao Estado de São Paulo de transferi-los para o Regime Geral de Previdência Social?

2 Parecer

2.1 Dos servidores temporários no Estado de São Paulo

A categoria de servidores que no Estado de São Paulo é chamada de temporários não tem qualquer semelhança com os servidores temporários contratados com base no artigo 37, IX, da Constituição Federal.

Esse dispositivo constitucional determina que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Pela redação do dispositivo, são requisitos para a contratação:

- a) que haja lei indicando os casos de contratação;
- b) que a contratação se dê por tempo determinado;
- c) que ela se destine a atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Ocorre que os servidores temporários do Estado de São Paulo, cuja situação, no que diz respeito aos direitos previdenciários, deu margem à consulta, têm seu regime jurídico estabelecido pela Lei n. 500, de 13.11.1974, promulgada na vigência da Constituição de 1967.

Com efeito, o artigo 106 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/69, previa um regime especial para duas hipóteses: servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada.

Assim estabelecia o dispositivo:

“Artigo 106 - O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.”

Norma idêntica constava do artigo 95 da Constituição do Estado de São Paulo.

Com base em tais dispositivos, o regime do servidor temporário foi instituído pela Lei n. 500/74 que, segundo sempre entendemos, acabou por desvirtuar parcialmente a norma constitucional, ao estabelecer, para os servidores “temporários”, uma hipótese de regime jurídico praticamente igual

ao do funcionário público, com o agravante de aplicá-lo a funções de caráter permanente, quando a norma constitucional expressamente fazia referência a serviços de caráter temporário. É parcial o desvirtuamento porque a lei previu três hipóteses de admissão de servidores temporários, sendo que uma delas atendia inteiramente às exigências constitucionais.

Essa lei, conforme consta do preâmbulo, “institui o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário e dá providências correlatas”

Em seu artigo 1º, são previstas três hipóteses de servidores admitidos em caráter temporário, nos seguintes termos:

“Artigo 1º - Além dos funcionários públicos poderá haver na Administração estadual servidores admitidos em caráter temporário:

I - para o exercício de função-atividade correspondente a função de serviço público de natureza permanente;

II - para o desempenho de função-atividade de natureza técnica, mediante contrato bilateral, por prazo certo e determinado;

III - para a execução de determinada obra, serviços de campo ou trabalhos rurais, todos de natureza transitória, ou ainda, a critério da Administração, para execução de serviços decorrentes de convênios.”

Nos termos do artigo 3º, *caput*, “os servidores de que tratam os incisos I e II do artigo 1º reger-se-ão pelas normas desta lei, aplicando-se aos de que trata o inciso III as normas da legislação trabalhista”.

O mesmo regime da legislação trabalhista pode ser aplicado também para o “desempenho das funções a que se referem os incisos I e II do artigo 1º, na forma a ser disciplinada em decreto”, é o que estabelece o parágrafo 1º do artigo 3º.

O inciso III estava em consonância com o preceito contido nos artigos 106 da Constituição Federal e 95 da Constituição Paulista então vigentes, uma vez que consagrava modalidade de contratação efetivamente temporária, já que feita para serviços de natureza transitória.

No entanto, a hipótese prevista no inciso I – precisamente a mais utilizada – se destina ao preenchimento de função de natureza permanente,

quando a normas constitucionais falavam expressamente em “serviços de caráter temporário”.

A norma nunca foi impugnada por infringência aos artigos 106 da Constituição de 1967 ou 95 da Constituição do Estado.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, o artigo 39 impôs a adoção de regime jurídico único para os servidores da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas. Esse regime jamais foi instituído no Estado de São Paulo, continuando a aplicarem-se as normas da Lei n. 500/74, também sem qualquer impugnação quanto à sua constitucionalidade, seja por contrariar a norma do artigo 39 da Constituição, seja por infringir a norma do artigo 37, IX, que só admite a contratação de servidores temporários *para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*.

Em decorrência disso, o Estado de São Paulo possui em seu Quadro de Pessoal as seguintes categorias de servidores: *estatutários*, ocupantes de cargos públicos efetivos; *celetistas*, ocupantes de empregos públicos; e os chamados *temporários* admitidos com base na Lei n. 500/74.

2.2. Regime jurídico dos servidores temporários

Diante do exposto no item anterior, resta analisar a natureza jurídica do vínculo dos servidores temporários com o Estado.

É evidente que, com relação aos contratados sob o regime da legislação trabalhista (inc. III do art. 1º da Lei n. 500/74), não há dúvida, seja quanto à natureza do vínculo, sujeito ao regime da CLT, seja quanto à sua inclusão no Regime Geral de Previdência Social, instituído pela Emenda Constitucional n. 20/98 (que acrescentou o § 13 ao art. 40 da CF, a ser analisado adiante).

A dúvida que pode existir quanto à natureza do vínculo diz respeito aos que não foram contratados pelo regime da legislação trabalhista, especialmente aos que foram admitidos com base no inciso I do artigo 1º da Lei n. 500/74. Eles se submetem ao regime de trabalho instituído por essa Lei, e não ao regime da CLT ou ao Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (instituído pela Lei n. 10.261, de 28.10.1968, ainda em vigor, com algumas alterações).

Na realidade, o vínculo dos servidores públicos em geral com o Poder Público se dá de duas maneiras:

- a) por um vínculo de natureza contratual, submetido à legislação trabalhista;
- b) por um vínculo de natureza estatutária.

No vínculo de natureza contratual, o servidor fica sujeito à CLT, porém com as derrogações impostas pela Constituição, tais como as referentes aos requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII do Título III da Constituição Federal.

Os servidores estatutários, como o próprio nome indica, submetem-se a um estatuto, estabelecido por lei de competência de cada uma das unidades da federação. Sendo estabelecido por lei, ele é modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes.

Embora se fale em regime estatutário, dando a impressão de que ele é igual para todos os servidores, na realidade convivem, em cada unidade federativa, vários regimes estatutários, tendo em vista que muitas categorias de servidores possuem regime estatutário próprio, definido em lei específica, ainda que possam aplicar-se subsidiariamente dispositivos do chamado Estatuto dos Servidores Públicos. É o caso dos membros da magistratura e do Ministério Público, dos advogados da União, dos procuradores do Estado, dos defensores públicos, dos agentes fiscais de rendas, dos delegados de polícia, dos militares, dos diplomatas e de tantas outras carreiras disciplinadas por leis específicas. Todos estão sujeitos a regimes estatutários próprios.

É o caso também dos servidores temporários admitidos no regime da Lei n. 500/74 (salvo os que a mesma lei determina sejam submetidos à legislação trabalhista). Eles não têm vínculo contratual com o Estado de São Paulo, o seu vínculo é estabelecido por lei a que eles se submetem desde o momento da posse.

E esse regime é muito semelhante ao estabelecido pela Lei n. 10.168/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo) para os ocupantes de cargos efetivos.

É oportuno lembrar que a Lei Complementar n. 180, de 12.05.1978, que instituiu o Sistema de Administração de Pessoal relativo aos Funcionários Públicos Cíveis e Servidores da Administração Centralizada e das Autarquias do Estado (também promulgada na vigência da Constituição anterior) deixou muito clara a semelhança entre os dois regimes: o do *funcionário público*, ocupante de cargo público (assim denominado, na época, aquele que hoje a Constituição chama de servidor público) e o *servidor*, ocupante de função-atividade.

Ficaram sendo dois regimes estatutários paralelos, decorrentes da mesma lei. O artigo 5º deu alguns conceitos básicos para os fins daquela Lei Complementar:

a) no inciso I, definiu “função de serviço público” como “o conjunto de atribuições cometidas a *funcionário público* ou a *servidor*”;

b) no inciso II, definiu “cargo público” como o “conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a *funcionário público*”;

c) no inciso III definiu “função-atividade”, de forma semelhante, como “o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a *servidor*”;

d) no inciso IV, definiu “*funcionário público*” como “pessoa legalmente investida em cargo público”;

e) no inciso V, definiu “*servidor público*” como “pessoa admitida para exercer função-atividade”.

Além disso, a lei criou, dentro do Quadro das Secretarias de Estado e das Autarquias, dois Subquadros: o Subquadro de Cargos Públicos e o Subquadro de Funções-Atividades (art. 7º).

Veja-se o que consta da justificativa que acompanhou o projeto de lei complementar que resultou na Lei Complementar n. 180, a respeito da criação dos dois regimes paralelos:

“Dos conceitos básicos

Dando trato mais adequado à situação existente, o projeto altera conceitos atuais e introduz outros, necessários à implantação das medidas que propõe.

Entre as situações que necessitam de melhor e mais justo equacionamento no âmbito da legislação existente, destacam-se:

a) A situação dos servidores

A criação do conceito de função-atividade surgiu como decorrência da necessidade de integrar os 150.000 servidores, de forma normal e justa na força de trabalho do Estado, pois não se pode deixar de reconhecer a realidade atual Ou seja, existência de *funções de natureza permanente além de cargos*.

O projeto *põe fim às discriminações* ainda remanescentes, *assegurando ao servidor uma situação funcional regular, oportunidade de promoção salarial, evolução funcional, acesso e virtualmente todas as demais vantagens asseguradas ao funcionário* de conformidade com a legislação e dispositivos constitucionais vigentes ou instituídos por este projeto de lei complementar.” (grifo nosso).

Não há dúvida que houve o reconhecimento de que os servidores da Lei n. 500/74 exercem função de natureza permanente e a intenção de aproximar e igualar, em muitos aspectos, o seu regime jurídico daquele previsto para os funcionários ocupantes de cargo efetivo.

Note-se que até mesmo a exigência para ingresso era praticamente a mesma, ainda que a terminologia fosse diversa: para o funcionário, exigiu-se concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 8º), enquanto para os ocupantes de função-atividade exigia-se processo seletivo. Só que esse processo seletivo obedecia às normas referentes a concurso público. É o que estabelecia o artigo 12, nos seguintes termos:

“Artigo 12 - Os processos seletivos para admissão de servidor para funções-atividades de natureza permanente serão realizados com observância das disposições referentes a concursos públicos.”

Tanto assim que, embora nem a Lei n. 500 nem a Lei Complementar n. 180 tenham dado estabilidade aos servidores admitidos por processo seletivo, muitos deles obtiveram o reconhecimento desse direito perante o Poder Judiciário. É que, além de terem regime estatutário em tudo semelhante ao estabelecido para o funcionário, ainda eram admitidos por processo seletivo aplicado segundo as mesmas regras que regem os concursos públicos.

Além disso, muitos desses servidores adquiriram a estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988. Note-se que, quando entrou em vigor a Constituição de 1988, a Lei n. 500 já tinha catorze anos de vigência. Hoje muitos deles já estão aposentados e com a situação inteiramente consolidada.

Fazendo um paralelo entre a situação do servidor efetivo e do chamado servidor temporário, podem ser apontadas inúmeras outras semelhanças:

- a) igualdade de vencimentos (art. 63 da LC n. 180/78);
- b) igualdade de jornadas de trabalho (art. 70 da LC n. 180/78);
- c) identidade de normas sobre promoção na carreira, evolução funcional por avaliação de desempenho, acesso e transposição (arts. 84, 97, 119 e 120, respectivamente, da LC n. 180/78);
- d) enquadramento no mesmo sistema previdenciário e de assistência médica (arts. 132 a 165 da LC n. 180/78), com normas iguais sobre contribuição, benefícios e beneficiários;
- e) mesmas modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória e voluntária (art. 27 da Lei n. 500, com a redação dada pelo art. 203 da LC n. 180).

Além disso, a Lei n. 500/74 contém normas expressas que mandam aplicar ao servidor temporário disposições vigentes para os funcionários públicos civis do Estado. É o caso do artigo 18, referente a horário e ponto; do artigo 22, referente a serviço extraordinário, representação, participação em órgão legal de deliberação coletiva, diárias, ajuda de custo, salário-família, salário-esposa e auxílio-funeral; do artigo 24, referente à aquisição e gozo de férias; dos artigos 25 e 26, pertinentes à licença para servidor acidentado no serviço ou acometido de doença profissional, para tratamento de saúde, por motivo de doença em pessoa da família, para cumprimento de obrigações concernentes ao serviço militar, como medida profilática, para a servidora gestante, para tratar de interesses particulares.

Fossem realmente servidores temporários, como poderiam ser beneficiados com todos esses direitos, especialmente com a licença para tratar de interesses particulares?

Não há dúvida, portanto, que o regime estabelecido pela Lei n. 500/74 é de natureza estatutária, com inúmeros pontos de semelhança com o regime estatutário a que se submete o funcionário ocupante de cargo efetivo.

O chamado servidor admitido no regime previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 500, de temporário só tem o nome.

2.3 Do regime previdenciário do servidor admitido no regime da Lei n. 500/74

Conforme assinalado, a Lei Complementar n. 180/78 previu regime previdenciário para os *funcionários e servidores*. Todos contribuíam igualmente para o sistema previdenciário; o benefício era também igual para todos, correspondendo à pensão mensal devida aos dependentes do servidor falecido, tal como definidos na referida lei complementar.

Como é sabido, a Emenda Constitucional n. 20/98 implantou a chamada reforma previdenciária, alterando a redação do artigo 40 da Constituição, para assegurar aos *servidores ocupantes de cargo efetivo* regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Por essa Emenda, o regime previdenciário foi previsto para todas as categorias de servidores, porém com duas modalidades um pouco diversas: alguns estão sujeitos ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS), estabelecido no artigo 201 e seguintes da Constituição, em tudo igual ao do trabalhador privado, enquanto outros estão sujeitos ao Regime Previdenciário Próprio do servidor (RPPS), previsto no artigo 40 da Constituição.

Pelo sistema instituído por essa Emenda, a vinculação dos servidores públicos ao regime previdenciário é feita da seguinte maneira:

a) os ocupantes de *cargos efetivos* da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas autarquias e fundações, submetem-se ao artigo 40, ou seja, ao Regime Previdenciário Próprio do Servidor Público, e não ao Regime Geral de Previdência previsto nos artigos 201 e seguintes, embora o parágrafo 12 do mesmo artigo 40 determine que aos servidores se aplicam “no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social”;

b) para o *servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão*, bem como de outro *cargo temporário* ou de emprego público, aplica-se o Regime Geral de Previdência Social (§ 13 do art. 40). A referência a *servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão* teve por objetivo distinguir essa situação daquela em que o servidor ocupa cargo em comissão, mas é titular efetivo; esse se enquadra no regime próprio do servidor.

Ocorre que a Emenda Constitucional n. 20/98 não alterou o artigo 149, parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social”.

Vale dizer que a instituição do regime previdenciário de natureza contributiva, para fins de aposentadoria, tal como previsto na referida Emenda, não era obrigatória para Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por isso mesmo, em grande parte dos Estados e Municípios, não foi instituído regime previdenciário para os servidores, a não ser, em alguns deles, para custear a pensão dos dependentes do servidor falecido. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, em que se continuou a adotar o regime contributivo para a pensão, nos termos da Lei Complementar n. 180, de 12.05.1978. Só com a Lei Complementar n. 943, de 23.06.2003, é que foi prevista a contribuição para fins de aposentadoria.

Com a Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003, foi alterada a redação do artigo 149, parágrafo único (alterado para § 1º), para determinar que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o artigo 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União”.

Vale dizer que o regime previdenciário de caráter contributivo, para fins de aposentadoria, tornou-se obrigatório para Estados e Municípios.

O que interessa, para os fins da consulta que foi formulada pela Procuradoria Geral do Estado, é saber se o servidor admitido no regime da Lei n. 500/74 (art. 1º, inc. I) deve ser enquadrado no Regime de Previdência Próprio do Servidor (RPPS) ou no Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Desde a 11ª edição da nossa obra *Direito administrativo* (São Paulo: Atlas, 1999, p. 449-450), editada após a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98, sustentamos que o servidor admitido para *função-atividade* de *natureza permanente*, com base na Lei n. 500/74, tem que ser enquadrado no regime próprio do servidor. E mantivemos esse entendimento nas edições posteriores, inclusive na última, editada em 2008 (21ª edição, p. 528-529).

Eis o que temos sustentado:

“Há que se lembrar também que alguns Estados e Municípios não implantaram o regime jurídico único previsto no artigo 39 da Constituição, em sua redação original. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, onde até hoje existem servidores que exercem a chamada *função-atividade*, com base na Lei n. 500, de 13.11.1974, que corresponde a funções de caráter permanente, para as quais o ingresso se fazia mediante *processo seletivo*. Tais servidores nem ocupam cargo efetivo a que se refere o *caput* do artigo 40, nem ocupam cargo em comissão, cargo temporário ou emprego público, referidos no parágrafo 13 do mesmo dispositivo. Eles têm uma situação muito semelhante à dos servidores efetivos, à medida que foram admitidos por processo seletivo; seu regime é estatutário, porque estabelecido por lei; a maior parte deles adquiriu estabilidade com base no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O caráter de temporariedade e de precariedade da forma de provimento e exoneração, presente nos casos previstos no parágrafo 13, não existe com relação a esses servidores. A eles deve aplicar-se, por analogia, o *caput* do artigo 40.”

Realmente, os servidores admitidos com base na Lei n. 500/74 (art. 1º, inc. I) não foram abrangidos por nenhuma das três hipóteses previstas no parágrafo 13 do artigo 40, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98. E é natural que isso tenha ocorrido. A Emenda, ao especificar o regime previdenciário – RGPS ou RPPS – a que se submetiam os servidores públicos, levou em consideração as categorias possíveis perante a própria Constituição:

- a) os servidores efetivos ocupantes de cargos públicos;
- b) os servidores ocupantes de emprego público, sob regime da legislação trabalhista;

- c) os servidores ocupantes de cargos em comissão;
- d) os servidores temporários referidos no artigo 37, IX, da Constituição Federal.

Em nenhuma dessas categorias se enquadra o servidor admitido no regime da Lei n. 500: eles não ocupam cargo efetivo; não ocupam emprego público sob regime da legislação trabalhista (salvo nas hipóteses previstas na própria Lei n. 500, situação em que ficam sujeitos ao RGPS); eles não são ocupantes de cargos em comissão; e não são temporários, nos termos previstos no artigo 37, IX, da Constituição. Realmente, o caráter de temporariedade ou de precariedade da forma de provimento e de exoneração, previsto no parágrafo 13 do artigo 40, não existe com relação aos servidores admitidos no regime da Lei n. 500/74.

Isso ocorre pela peculiaridade da legislação do Estado de São Paulo, que não instituiu o regime jurídico único e manteve o regime da Lei n. 500/74 como regime estatutário existente, para o ocupante de função-atividade, paralelamente ao regime estatutário do servidor ocupante de cargo efetivo.

Não é o caso de cogitar-se, para os fins deste parecer, da validade jurídico-constitucional da opção do legislador paulista, que criou essa situação por lei de 1974, perdurando, portanto, há trinta e quatro anos. Até porque a opção do legislador federal também é de constitucionalidade bastante duvidosa, tendo em vista que, ao instituir o regime jurídico único, pela Lei n. 8.112, de 11.12.1990, nele incluiu praticamente todos os servidores federais, transformando empregos em cargos. Não tivesse havido essa transformação, todos aqueles servidores que tinham o regime celetista estariam hoje enquadrados no Regime Geral da Previdência, e não no Regime Próprio do Servidor Público. Hoje todos estão no regime próprio do servidor público.

Tanto a opção federal como a estadual são criticáveis, quando confrontadas com as normas constitucionais vigentes. Mas ambas se consolidaram com o decurso do tempo e devem ser respeitadas, até por aplicação do princípio da segurança jurídica, que exige estabilidade das relações jurídicas e respeito ao princípio da confiança legítima, ou seja, à boa-fé dos servidores que acreditaram na validade dos atos praticados pelo Poder Público.

Se fosse hoje impugnada a validade da Lei n. 8.112/90, na parte em que transformou empregos em cargos e deu estabilidade a quem não tinha esse direito perante a Constituição, certamente o Supremo Tribunal Federal negaria efeito retroativo à sua decisão, como o permite o artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Esse dispositivo permite que esse tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos daquela declaração ou decida que ela só tenha efeito a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Há que se realçar também que, como os servidores admitidos pela Lei n. 500/74 não se enquadram especificamente em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 40, *caput* e parágrafo 13, cabe ao intérprete encontrar a solução que melhor se aproxime de seu regime jurídico. E é incontestável que essa semelhança existe muito mais com a situação do servidor estatutário ocupante de cargo efetivo (prevista no *caput* do art. 40) do que com as hipóteses mencionadas no parágrafo 13 do mesmo dispositivo. E a aproximação decorre da semelhança de regimes jurídicos estabelecida pela Lei Complementar n. 180/78: ingresso mediante concurso público ou processo de seleção (sujeitos às mesmas normas), exercício das mesmas atribuições, exercício de funções de natureza permanente, enquadramento em subquadros dos mesmos quadros das Secretarias de Estado e autarquias, igual escalonamento na carreira, iguais modalidades de aposentadoria, iguais vencimentos, além de outras semelhanças apontadas no item 2.2 deste parecer.

Note-se que a própria dispensa do servidor por falta disciplinar é sujeita a procedimento muito semelhante ao processo administrativo disciplinar, conforme estabelecido nos artigos 38 a 40 da Lei n. 500, exigindo notificação ao servidor para que exerça o direito de defesa, possibilidade de juntada de documentos pelo indiciado, possibilidade de adoção de diligências pela autoridade competente, obrigatoriedade de vista ao interessado sobre os fatos apurados, apresentação de relatório pela autoridade competente e submissão ao secretário de estado para julgamento.

Não existe a previsão de dispensa sem justa causa, como no caso dos empregados sujeitos à CLT, nem a possibilidade de dispensa a critério da Administração, como existe para os cargos em comissão. Isso porque o artigo 35 da Lei n. 500 indica as hipóteses em que a dispensa é cabível:

“I - a pedido;

II - no caso de criação do cargo correspondente, a partir da data do exercício de seu titular;

III - a critério da Administração, independentemente da criação do cargo correspondente, no caso de cessão da necessidade do serviço;

IV - quando o servidor não corresponder ou incorrer em responsabilidade disciplinar.”

Vale dizer que o servidor, nessa situação, se não tem estabilidade idêntica à prevista no artigo 41 da Constituição para os ocupantes de cargos efetivos, usufrui de estabilidade relativa, na medida que sua dispensa somente pode ocorrer nas hipóteses expressamente previstas em lei.

As semelhanças são tão grandes que a adoção de regras diversas no que diz respeito aos direitos de natureza previdenciária poderia caracterizar infringência ao princípio da isonomia. Essa semelhança de regimes jurídicos estatutários leva à aplicação do princípio geral de direito, aplicável à interpretação das leis, segundo o qual *ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio* (onde existe a mesma razão, deve aplicar-se o mesmo dispositivo). Esse princípio justifica a aplicação da lei por analogia. No caso da consulta, ele serve de fundamento para a aplicação do artigo 40, *caput*, da Constituição Federal aos servidores admitidos com fundamento no artigo 1º da Lei n. 500/74, salvo os contratados no regime da CLT.

Por essa razão, está juridicamente correta a norma contida no artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei Complementar n. 1.010, de 01.06.2007, que dispõe sobre a criação da São Paulo Previdência (SPPREV), entidade gestora do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS) e do Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo (RPPM). Referido dispositivo assim determina:

“§ 2º - Por terem sido admitidos para o exercício de função permanente, inclusive de natureza técnica, e nos termos do disposto no inciso I deste artigo, são titulares de cargos efetivos os servidores

ativos e inativos que, até a data da publicação desta Lei, tenham sido admitidos com fundamento nos incisos I e II do artigo 1º da Lei n. 500, de 13 de novembro de 1974.”

Apesar da redação infeliz do dispositivo, o seu intuito evidente foi o de equiparar os ocupantes de função-atividade de natureza permanente, sujeitos ao regime da Lei n. 500/74, aos ocupantes de cargos efetivos, para fins de aplicação do artigo 40, *caput*, da Constituição Federal. Se a Constituição não estabeleceu norma que abarcasse com precisão a situação de referidos servidores (nem poderia fazê-lo, dada a peculiaridade da legislação paulista quanto a esse aspecto), cabe ao Estado de São Paulo, no uso de sua competência para legislar em matéria previdenciária, estabelecer norma a respeito. Trata-se de competência suplementar, que decorre do artigo 24, inciso XII, combinado com parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Por todas essas razões, é juridicamente correta a opção do legislador estadual de preservar a situação previdenciária dos servidores ativos e inativos admitidos até a data da publicação da Lei Complementar n. 1.010, de 01.06.2007.

3 Resposta aos quesitos

Diante do exposto, é possível responder da seguinte forma aos quesitos formulados:

a) À luz da Constituição Federal de 1988, os servidores admitidos no regime instituído pela Lei n. 500/74 não podem ser considerados como temporários ou empregados públicos.

b) Até o advento da Lei n. 1.010/2007, era idêntico, no que diz respeito à previdência social, o regime jurídico dos servidores ocupantes de cargos públicos e dos servidores admitidos para funções de natureza permanente, com fundamento na Lei n. 500/74.

c) A norma contida no parágrafo 13 do artigo 37 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, não pode ser aplicada indistintamente a todos os servidores admitidos com base na Lei n. 500/74, admitidos até a entrada em vigor da Lei Complementar estadual n. 1.010/2007, mas apenas aos contratados no regime da legislação trabalhista.

d) Os pensionistas, os aposentados e os servidores cujos vínculos com o Estado têm por fundamento a Lei n. 500/74 encontram-se salvaguardados contra eventual exigência que venha a ser imposta por órgãos da União Federal ao Estado de São Paulo de transferi-los para o Regime Geral de Previdência Social.

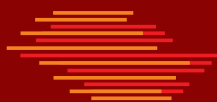
São Paulo, 26 de fevereiro de 2008.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Professora Titular da USP

editoração, impressão digital e acabamento

imprensaoficial

Professora Ada Pellegrini Grinover



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO