
DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2012

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

Conselho Editorial

Aldacy Rachid Coutinho
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Celso Luiz Ludwig
Érica de Oliveira Hartmann
Eros Belin de Moura Cordeiro
Eroulths Cortiano Junior
Fernando Borges Mânica
Fernando Campos Scaff
Guilherme Roman Borges
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jair Lima Gevaerd Filho
Joe Tennyson Velo
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
José Antônio Peres Gediel
Jozélia Nogueira
Leila Cuéllar
Manoel Caetano Ferreira Filho
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Paulo Ricardo Schier
Ricardo Saavedra Hurtado
Rodrigo Luís Kanayama
Rodrigo Xavier Leonardo
Roland Hasson
Safira Orçatto Merelles do Prado
Sandro Marcelo Kozikoski

Comissão Editorial

Ana Elisa Perez Souza
Audrey Silva Kyt
Felipe Barreto Frias
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Luyza Marks de Almeida
Rafael Soares Leite
Raquel Maria Trein de Almeida
Roberto Altheim

Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR

Luiz Henrique Sormani Barbugiani

DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2012

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DO PARANÁ. Curitiba : PGE, 2012

v. 3 - 2012

ISSN : 2316-3070

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DO PARANÁ.

CDD – 340.05

CDU – 35(05)

As opiniões e os entendimentos externados nos artigos, na jurisprudência comentada e no parecer são de responsabilidade exclusiva dos autores, não se confundindo com o adotado pelo Conselho Editorial, Comissão Editorial ou pela instituição Procuradoria Geral do Estado do Paraná.

Todos os textos aqui publicados foram aprovados pelo sistema ‘double blind peer review’ por dois professores membros do Conselho Editorial, sem interferência da Comissão Editorial.



Antônia Schwinden (Coordenação), Glauce Midori Nakamura (Capa),
Ivone Chula dos Santos (Editoração Eletrônica)

Apresentação

Após mais uma seleta análise do Conselho Editorial da Revista “Direito do Estado em Debate”, publicação oriunda da Procuradoria do Estado do Paraná, com o auxílio da Comissão Editorial do supracitado periódico, com grande satisfação, apresentam-se os trabalhos acadêmicos eleitos para a edição referente ao edital de chamamento do ano de 2012.

O ecletismo dos textos demonstra mais uma vez a apreciação democrática do material encaminhado pelos diversos autores e referenda a qualidade das discussões jurídicas envolvendo o direito público em geral.

Em tempos de escassa produção acadêmica, este veículo transforma-se em instrumento essencial para suscitar o debate e o aprimoramento de todos os operadores do Direito, fato esse aliado ao desejo de que sua apreciação promova a capacitação dos juristas em seus mais diversos graus e concepções.

Com essas considerações desejo a todos uma ótima leitura.

Curitiba, 17 de agosto de 2012.

Julio Cesar Zem Cardozo
Procurador-Geral do Estado do Paraná

Sumário

Apresentação	5
<i>Julio Cesar Zem Cardoso</i>	
I – Doutrina	
Advocacia de Estado no Brasil no Período Colonial e no Império: Matriz das Procuraturas Constitucionais	11
<i>Cristovam Pontes de Moura</i>	
O Ato Ilícito como Pressuposto da Responsabilidade Civil do Estado...	49
<i>Izabella Maria Medeiros e Araújo Pinto</i>	
Legitimidade da Pessoa Física no Processo Coletivo	77
<i>Daniela Amaral dos Reis</i>	
A Apatridia e o “Direito a ter Direitos”: Um Estudo sobre o Histórico e o Estatuto Jurídico dos Apátridas.....	109
<i>Telma Rocha Lisowski</i>	
A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Interposto por Ente Público.....	135
<i>Paula Schmitz de Schmitz</i>	
A suficiência dos efeitos da ADC 16/DF para balizar a responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de fornecimento de mão de obra	169
<i>Paulo Guilherme Gorski de Queiroz</i>	
O pagamento de tributos e a justiça fiscal	189
<i>Raquel de Naday Di Credde</i>	

Regulação e Saneamento na Lei Federal nº 11.445/07	211
--	-----

Ana Carolina C. Hohmann

II – JURISPRUDÊNCIA

A orientação jurisprudencial derradeira sobre a (in) constitucionalidade da Lei Complementar nº 118/2005 e o prazo prescricional para repetir tributos autolancados.....	247
--	-----

Fernando Merini

III – PARECER

Multas de Trânsito em Fase Recursal. Suspensão da Exigibilidade. Licenciamento. Contornos Jurídicos. Orientação ao Detran/PR.	265
---	-----

Marisa Zandonai

DOCTRINA

2012



Advocacia de Estado no Brasil no Período Colonial e no Império: Matriz das Procuraturas Constitucionais

Cristovam Pontes de Moura¹

RESUMO: Com o objetivo de investigar o papel da Advocacia de Estado como matriz das demais Procuraturas Constitucionais (Ministério Público e Defensoria Pública), examina-se a Advocacia de Estado a partir do surgimento do Brasil-Colônia, ainda sob a incidência do Direito Colonial Português e, posteriormente, por legislação própria, até o fim do Império. Disso, infere-se – após uma análise crítica embasada nas diversas funções exercidas pelos membros da Advocacia de Estado no período, que englobavam atribuições típicas do Ministério Público, Defensoria Pública e até mesmo do Judiciário – que, desde sua criação no Brasil, a Advocacia de Estado integra o sistema da Justiça, dada sua essencialidade à função jurisdicional do Poder Público, existindo indissociável relação entre tal atribuição e a representação judicial e consultoria jurídica do Estado, sendo a primeira das Procuraturas Constitucionais brasileiras a ter definidos seus caracteres essenciais, mantendo institucionalmente suas atribuições precípuas durante todo o período colonial e imperial brasileiro, de modo que as demais Procuraturas Constitucionais nasceram e se desenvolveram a partir do modelo da Advocacia de Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Procuraturas Constitucionais; matriz; Advocacia Pública; Advocacia de Estado; Ministério Público; Defensoria Pública; Procurador dos Nossos Feitos; Procurador dos Feitos da Coroa, Procurador dos Feitos da Fazenda; Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda.

¹ Procurador do Estado do Acre, Presidente da Associação dos Procuradores do Estado do Acre – APEAC e Vice-Presidente Regional (Norte) da Associação Nacional dos Procuradores de Estado. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Acre – UFAC, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL e Doutorando em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade del Museo Social Argentino – UMSA. Rio Branco, Acre, Brasil.

Introdução

O presente artigo visa a analisar a Advocacia de Estado no Brasil no período colonial e no Império, com base nas previsões legislativas existentes nesse tempo, investigando de que modo sua existência contribuiu para o surgimento das atuais Procuraturas Constitucionais.²

A delimitação do tema local e temporalmente à colônia e Império brasileiro resiste à tentação de se buscar a origem da Advocacia de Estado no Brasil em figuras demasiadamente remotas, como o *fisci advocatum*, *procuratores caesaris* ou *praetor fiscalis*, da Roma antiga, ou mesmo os *advocats* e *procureurs du roi*, criados na França do século XIV.³

De fato, seria ingênuo buscar em sociedades tão distintas, ainda que identificando traços comuns, a evolução da Advocacia de Estado no Brasil, mesmo porque a História não é uma linha evolutiva linear, havendo avanços e retrocessos que resultam no estágio atual do objeto de estudo.

Mais difícil ainda foi, em nome do rigor metodológico, deixar de lado a figura do lendário jurista com o sugestivo nome de João das Regras, que despontou na Revolução de Avis (1383-1385), quando da ascensão ao trono do Rei João I, liderando uma equipe de juristas que assessorou a Coroa na organização da burocracia estatal e da máquina judiciária, prestando-lhe consultoria jurídica para a consolidação do Estado moderno português, o que gerou a participação na realeza, a partir dessa solidificação, da figura do *comus notiorum*, espécie de Procurador-Geral da Coroa.⁴ Trata-se, sem dúvida alguma, da gênese da Advocacia de Estado lusitana.

² Terminologia de Diogo Figueiredo Moreira Neto, cf. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. In: **Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado**, a. 1, n. 1, set./2001, Porto Alegre: Metrópole, p. 55. Utilizou-se o termo “Procuraturas Constitucionais”, que engloba Advocacia de Estado, Ministério Público e Defensoria Pública, uma vez que a expressão “Funções Essenciais à Justiça”, pensada inicialmente, abrange também a Advocacia, que é o gênero de toda e qualquer espécie de carreira jurídica.

³ MOREIRA NETO, ob. cit., p. 56.

⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, p. 28. O autor anota que “o Estado se aparelha, grau a grau, sempre que a necessidade sugere, com a organização político-administrativa, juridicamente pensada e escrita, racionalizada e sistematizada pelos juristas” (ob. cit., p. 48).

Contudo, muito embora se cuide a Coroa portuguesa da célula mater do Estado brasileiro, parece mais correto analisar a Advocacia de Estado no Brasil a partir do surgimento do Brasil-Colônia, irradiado pela normatização de Portugal, e, posteriormente, por legislação própria, até o fim do Império, com a proclamação da República. Tal período histórico, geralmente ignorado, se mostra importante e, mais, suficiente para se compreender a origem da Advocacia de Estado no Brasil como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, primeira das atuais Procuraturas Constitucionais e seu papel de matriz para o desenvolvimento do Ministério Público e Defensoria Pública.

Preferiu-se utilizar a nomenclatura Advocacia de Estado ao invés de Advocacia Pública para designar a instituição cujos membros são responsáveis pela representação judicial do Poder Público e (ou) consultoria jurídica da Administração Pública, dada a classificação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁵ que entende a Advocacia Pública como gênero das Procuraturas Constitucionais, em que são compreendidas a Advocacia Pública *stricto sensu* ou Advocacia de Estado (Procuradorias Estatais), a Advocacia da Sociedade (Ministério Público) e a Advocacia dos Necessitados (Defensoria Pública).

Obviamente, como a época em estudo precede a proclamação da República, não havia a ideia de separação de poderes, havendo divisões mais ou menos claras de atribuições entre os agentes públicos, sendo que, por vezes, ocorria superposição entre competências administrativas e judiciárias.⁶ Demais disso, “àquela época os interesses públicos do Estado e da sociedade ainda se confundiam com os interesses pessoais do próprio detentor do poder”,⁷ o que também deve ser considerado.

⁵ Idem, *ibidem*.

⁶ PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 314.

⁷ ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; CASTRO, Caterine Vasconcelos de; TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à Justiça. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre**, v. 3, Rio Branco, 2004, p. 220.

De igual modo, não se olvida que a formação de um aparato jurídico-institucional no Brasil fez parte da estratégia de dominação da Coroa portuguesa, a fim de assegurar o seu controle sobre a colônia e, mais tarde, sobre o Império brasileiro.⁸

No entanto, abstraídas tais importantes questões, o foco do presente trabalho reside na demonstração de que a Advocacia de Estado se consubstancia na origem das Funções Públicas Essenciais à Justiça como hoje são conhecidas, dentro de um contexto de aperfeiçoamento dos mecanismos jurídicos como meio de organização da burocracia estatal.

Justifica-se o presente estudo dada a escassa produção bibliográfica sobre o tema, bem como pelos marcos usualmente adotados pelos autores que analisam a Advocacia de Estado no Brasil, geralmente iniciando suas considerações pela Constituição brasileira de 1988 ou, quando muito, pela primeira Constituição Republicana, de 1891, sendo necessário visitar as origens da Advocacia de Estado desde a colonização do Brasil até a proclamação da República para se verificar que, bem ao contrário do que se tem apregoadado, não é a Advocacia de Estado que se origina do Ministério Público, mas o Ministério Público e a Defensoria Pública que foram desenhados a partir do arquétipo da Advocacia de Estado.

A pesquisa realizada tem objetivos explicativos, com abordagem qualitativa, partindo de uma análise da Advocacia de Estado no Direito Colonial Português (Ordenações do Reino) e no Direito Colonial e Imperial brasileiro – atos normativos com aplicação específica ao Brasil –, e apontando os caracteres da disciplina jurídica da Advocacia de Estado brasileira no período, notadamente quanto à sua integração ao sistema da Justiça e seu papel de fonte das atuais Procuraturas Constitucionais.

O raciocínio utilizado foi o abdutivo, com a formulação de hipótese e sua comprovação, fazendo-se uso, para tal investigação, de pesquisa envolvendo técnica de documentação direta, analisando-se os atos

⁸ Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

normativos que embasam o trabalho, o que se mostrou bastante salutar, tendo em vista as recorrentes distorções encontradas ao se consultar autores que tratam dos primórdios na Justiça no Brasil quanto ao papel da Advocacia de Estado.

Ademais, com as ressalvas acima apontadas, também se fez uso da técnica de documentação indireta, isto é, fontes bibliográficas, como publicações avulsas, boletins, livros, pesquisas, monografias, artigos, dentre outros.

Advocacia de Estado no Direito Colonial Português – Ordenações do Reino

Ordenações Afonsinas (e Governo Geral do Brasil)

A partir da dominação portuguesa do território brasileiro, em 1500, o Brasil se tornou colônia de Portugal e, como tal, se sujeitava às normas impostas pela metrópole.

Vale ressaltar que nos primeiros anos da colonização, inexistia Justiça organizada no Brasil, de modo que a jurisdição era exercida pelos capitães donatários das capitanias hereditárias, que administravam seus domínios como feudos particulares,⁹ sem oportunidade de recurso para os tribunais da metrópole, exceto na hipótese de pena de morte.¹⁰

Apenas em 1548 foi instituído o Governo Geral do Brasil, tornando-se imperativa a organização da Administração Pública e da Justiça na colônia dada a descentralização pelo regime das capitanias, que, para a Coroa, poderia minar a unidade de seus domínios.¹¹

⁹ SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 80.

¹⁰ ABREU, Capistrano de. **Capítulos de história colonial**. 7. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988, p. 80.

¹¹ SCHUBSKY, Cássio. Origem fidalga das profissões jurídicas, cap. 4. In: **Revista Consultor Jurídico**, 27 out. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-27/justica-historia-origem-fidalga-profissoes-juridicas>>. Acessado em 5 de maio de 2011.

Com a implantação de tal sistema, o poder político e administrativo se concentrava nas mãos de um representante do Rei, o Governador-Geral ou Vice-Rei, que, nos assuntos relativos à Justiça, era assessorado pelo Ouvidor-Geral, jurista a quem competia não só a função de consultoria jurídica da Administração Pública, mas a atividade jurisdicional em todo o território da colônia,¹² direta ou indiretamente, atuando em correição sobre as atividades dos juízes ordinários. Suas amplas atribuições foram estabelecidas pelo Regimento de 17 de dezembro de 1548.¹³

Importante destacar, desde logo, que o Ouvidor-Geral da colônia exercia também atividade de Advocacia de Estado, vez que atuava como consultor jurídico do Governador-Geral¹⁴ ou Vice-Rei, assim como tinha função de Magistrado (Corregedor) quanto aos fatos ocorridos nos limites territoriais do Brasil.

Nesse mesmo tempo vigiam as Ordenações Afonsinas,¹⁵ de 1446, compilação de leis dividida em cinco livros, finalizada sob o reinado de Afonso V. No Livro I, foram estabelecidas regras de organização judiciária e funções de determinadas autoridades correlatas,¹⁶ dentre as quais se previa, no Título Nonoo, o cargo de Procurador dos Nossos Feitos, com características gerais assim especificadas:

TITULO VIII

Do Procurador dos Nossos Feitos.

Mandamos que o Procurador dos Nossos Feitos seja Letorado, e bem entendido, pera saber espertar, e allegar as coisas, e razooes, que a Nossos Direitos pertencem,

¹² BRASIL. Museu da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Primórdios da Justiça no Brasil**. 12 fev. 2007. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/institucional/museu/pdf/evolucao/primordios_just_bra.pdf>. Acessado em 2 de maio de 2011.

¹³ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 28.

¹⁴ É a primeira notícia que se tem da atividade de Advocacia de Estado no Brasil.

¹⁵ PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas (fac-simile)**. Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://www.l.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas>>. Acessado em 26 de abril de 2011.

¹⁶ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Edições do Senado Federal, v. 78, Brasília, 2006.

porque muitas vezes acontece, que por seu bom aviso os Nossos Desembargadores som bem enformados, e ainda Nossos Direitos Reaes acrecentados [...].

Extrai-se do trecho transcrito supra que o Procurador dos Nossos Feitos tinha a função de defender judicialmente os direitos da Coroa, preservando o patrimônio e os bens reais.

Além de tal atribuição, competia ao Procurador dos Nossos Feitos atividades de fiscalização em causas particulares nas quais houvesse interesse da Coroa.

Na mesma linha, o Procurador dos Nossos Feitos também possuía função de suplementar a atuação dos Ouvidores da Corte de Suplicação – figuras completamente diversas do Ouvidor-Geral da colônia, uma vez que encarregados das apelações nas causas criminais¹⁷ e cíveis¹⁸ –, nos casos de impedimento/suspeição ou divergência entre eles. Eis o que dispunham as Ordenações sobre o tema:

E quando alguñ dos Ouvidores for occupado per dôor, ou por outra guisa qualquer, ou for sospeito, ou dous Oivodres em desvairo, e nam ouver hi outro Ouvidor, que o veja, Mandamos, que o Nosso Procurador o veja como terceiro; salvo se for em feito, que elle ajudar, ou vogar por Nossa parte, ou da Justiça; que em outros feitos, que nom pertençam a Nós principalmente, ou consecutive, ou a bem da Justiça, nom deve de procurar, porque se se embarguasse de procurar, ou vogar os feitos das partes, nom poderia requerer bem Nossos feitos, nẽ fazer as coisas suso ditas, nem esso meesmo seria despachado para veer os feitos por terceiro por bem da sospeiçom, ou dôor, ou outra occupaçom dos Ouvidores.

Não bastassem todas essas funções, determinou-se ao Procurador dos Nossos Feitos que atuasse nos processos da Justiça, das viúvas, dos órfãos e das pessoas miseráveis, sem levar deles dinheiro.

¹⁷ HOMEM, Armando Luís de Carvalho. Os oficiais da Justiça central régia nos finais da Idade Média portuguesa (1279-1521). In: **Medievalista**, n. 6, jul/2009. Disponível em: <<http://www2.fcsh.unl.pt/iem/medievalista>>. Acessado em 20 de maio de 2011.

¹⁸ Competia também aos Ouvidores da Corte de Suplicação conhecer das apelações dos feitos cíveis oriundas da sede da Corte ou no perímetro de cinco léguas desse ponto, salvo por especial mandado do Rei.

Assim, percebe-se que o Procurador dos Nossos Feitos acumulava as atribuições: da Advocacia de Estado, porquanto era o responsável pela representação judicial da Coroa; do Judiciário, uma vez que compunha de forma suplementar as tarefas de Ouvidor da Corte; do Ministério Público, visto que atuava na fiscalização do interesse público e do cumprimento das leis da Coroa; e da Defensoria Pública, dada a obrigação de defesa graciosa dos necessitados.

Saliente-se que a função de órgão acusador cabia a particulares e, em sua falta, aos escrivães dos juízos criminais.¹⁹

Ordenações Manuelinas

No ano de 1521, houve importante modificação e especialização de atribuições no sistema da Justiça, com a entrada em vigor das Ordenações Manuelinas.²⁰ De acordo com a legislação, foi criado o cargo de Promotor da Justiça da Casa de Suplicação, ao qual se atribuiu a atuação nos crimes apenas na Casa de Suplicação e do Cível, de modo que nas cidades, vilas ou qualquer outro lugar do Reino o libelo seria elaborado pelo tabelião ou escrivão do feito.

Cumpre destacar que até o ano de 1609 funcionava no Brasil apenas a Justiça de primeiro grau, que, como visto, não dispunha de órgão especializado do Ministério Público. Sendo assim, ensina Abdon de Mello,²¹

¹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. In: **Revista Latinoamericana de Política Criminal**, v. 2, n. 2, Penal y Estado, p. 139, *apud* SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Ministério Público: aspectos históricos. In: **Revista Eletrônica da Procuradoria da República em Pernambuco**, fev./2004. Disponível em: <<http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Revista-Eletronica/2007-ano-5/Ministerio-Publico-aspectos-historicos>>. Acessado em 4 de maio de 2011.

²⁰ PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas on-line**. Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas>>. Acessado em 26 de abril de 2011.

²¹ **Ministério público rio grandense: subsídios para a sua história**. Porto Alegre: Imprensa Oficial, 1943, p. 13, *apud* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Uma introdução ao estudo da Justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 68.

os processos criminais ainda eram iniciados pela parte ofendida ou *ex-officio*, pelo próprio Juiz ou escrivão, e o recurso era interposto para a Relação de Lisboa.

Ainda, o Promotor era responsável por entregar ao Caminheiro da Casa de Suplicação as Cartas que saíam dos feitos da Justiça, notadamente dos processos que o Procurador dos Nossos Feitos houvesse na Corte, velando pela regularidade das diligências.

Por seu turno, o Procurador dos Nossos Feitos seguiu com funções de representação judicial do Estado e fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros. Além disso, foi inserida competência para que atuasse como guardião da jurisdição do Reino, diante de eventual usurpação por parte da Igreja:

4 ITEM o dito Nosso Procurador se enformará, se se trautam alguũs feitos perante os Prelados, ou seus Viguiros, que sejam contra os Nossos Dereitos, e Jurisdiçam, pera o por Nós defender, assi por Dereito Comum, e Ordenações, e artigos acordados, e aprouados polos Reys que ante Nós foram, como por outro qualquer modo Juridico. E se viir que vsurpam a Nossa Jurisdiçam, ou alguũs outro Dereito Nosso, fale primeiramente com o Regedor, o qual o verá com alguũs Desembargadores que lhe bem parecer, e acordando-se que pertence a Nós, mandaram chamar o Viguiro aa Rolaçam, e o dito Nosso Procurador com o dito Viguiro falem, e disputem sobre o caso, e se o dito Viguiro nom quiser reconhecer que tal Jurisdiçam, e Dereitos pertencem a Nós, os Desembargadores lhe mostrem por Dereito como o conhecimento do tal negocio pertence a Nós, e nom a elle; e quanto nom quiserem conceder, daram Cartas a aquelles contra quem os Viguiros, ou Viguiro proceder, por que os nom eutem, nem prendam por suas censuras, nem leuem delles penas de escomungados, nem guardem, nem executem suas sentenças, nem mandados, como sempre se costumou em semelhantes casos.

Entretanto, no que diz respeito à função de defesa dos hipossuficientes, o texto das Ordenações Manuelinas se quedou omissa, não repetindo a disciplina das Ordenações Afonsinas, que impunham tal dever ao Procurador dos Nossos Feitos.

Demais disso, também foi suprimida do Procurador dos Nossos Feitos a atuação suplementar como Ouvidor da Casa de Suplicação, conforme previam as Ordenações anteriores.

Veja-se que as Ordenações Manuelinas especializaram, ainda que timidamente, as atividades dos atores judiciais, criando o cargo de Promotor da Justiça da Casa de Suplicação para atuar como órgão acusador, função típica do Ministério Público, bem como em atividade judiciária auxiliar, como supervisor das diligências do Caminheiro da Casa.

Já o Procurador dos Nossos Feitos manteve suas competências próprias de Advocacia de Estado (representação judicial do Estado) e de Ministério Público (fiscalização dos interesses públicos), tendo sido retiradas, todavia, as funções de Judiciário (Ouvidor da Casa de Suplicação) e Defensoria Pública (defesa dos necessitados).

Por outro lado, a nova atribuição de guardião da jurisdição do Reino, ante a sua possível usurpação pela Igreja, também pode ser compreendida como típica da Advocacia de Estado, uma vez que se trata de defesa de direito do Poder Público – exercício da jurisdição – frente a entidade privada.

Ordenações Filipinas

A especialização ensaiada pelas Ordenações Manuelinas é aprofundada no século seguinte pelas Ordenações Filipinas,²² de 1603, promulgadas ao tempo da dominação espanhola sobre Portugal (União Ibérica). Isso porque, além da manutenção do cargo de Promotor da Justiça da Casa de Suplicação, com atribuições de promoção da acusação criminal nas Casas de Suplicação e do Porto,²³ o Livro I cindiu em dois o posto de Procurador dos Nossos Feitos: Procurador dos Feitos da Coroa e Procurador dos Feitos da Fazenda.

²² PORTUGAL. **Ordenações Filipinas on-line**. Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acessado em 26 de abril de 2011.

²³ A acusação criminal em primeiro grau seguia sendo realizada pelos tabeliães ou escrivães criminais.

Ao Procurador dos Feitos da Coroa, previsto no Título XII, mantiveram-se as funções básicas do Procurador dos Nossos Feitos, vale dizer, a defesa dos direitos da Coroa, a preservação do patrimônio e dos bens reais, a fiscalização dos interesses do Rei em feitos de terceiros, além da defesa da jurisdição do Estado diante de usurpações intentadas pela Igreja.

Contudo, no que diz respeito à atuação em matéria fiscal, as atribuições de defesa do Estado passaram a ser exercidas pelo Procurador dos Feitos da Fazenda, descrito no Título XIII, a fim de impulsionar judicialmente os feitos apreciados previamente pelo Conselho da Fazenda.

Interessante poder concedido ao Procurador dos Feitos da Fazenda se refere à modificação imediata da competência jurisdicional a partir de sua simples intervenção no processo:

E mandamos, que tanto que o nosso Procurador se oppozer, ou assistir, por o que toca a nossa Fazenda, em quaesquer feitos, que penderem em qualquer outro Juizo, logo sejam remettidos ao Juizo dos ditos feitos da Fazenda, em quaesquer termos que stiverem, sem mais Juiz algum tomar delles conhecimento, assi em todos os Juizos de nossa Corte e Casa da Supplicação, como em outros quaequer de nossos Reinos e Senhorios.

Com isso, constata-se que a separação de atribuições atingiu funções típicas da Advocacia de Estado, as quais, por suas peculiaridades, entendeu-se que deveriam caber a agentes públicos detentores de cargos distintos na estrutura judiciária, a fim de que pudessem funcionar nos feitos cíveis e tributários de forma especializada.

Igualmente, verifica-se uma “tendência de se criar cargo específico para a defesa do Estado nas questões fiscais”,²⁴ as quais em geral movimentam vultoso volume de recursos, vitais para os investimentos públicos, dispensando especial atenção.

²⁴ BABILÔNIA, Paulo Álvares. A advocacia pública brasileira no período colonial e no império: evolução histórica. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2.734, 26 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18112>>. Acessado em 8 de maio de 2011

Especificamente quanto ao Procurador dos Feitos da Coroa, esse agente público conservou suas funções de Advocacia de Estado, com a representação judicial do Poder Público, aí incluída a defesa da jurisdição da Coroa diante de violações perpetradas pela Igreja, bem como seguiu atuando em seara própria do Ministério Público, oficiando em processos de particulares no interesse real.

Advocacia de Estado no Direito Colonial e Imperial Brasileiro

Regimento da Relação do Estado do Brasil, de Salvador, de 1609, e Regimento da Relação do Rio de Janeiro, de 1751

Mesmo seguindo na condição de colônia portuguesa, as particularidades encontradas no Brasil e o crescimento de suas atividades econômicas – a colônia contava com aproximadamente 250 engenhos de açúcar²⁵ – justificaram a criação da Relação do Estado do Brasil, ainda durante a União Ibérica, sob o reinado de Felipe II, em 7 de março de 1609,²⁶ na cidade de Salvador, sede da colônia, evitando que os recursos das causas julgadas no Brasil fossem apreciados em Portugal.

A instituição do tribunal estava inserida num contexto de aparelhamento colonial pela Coroa portuguesa, com o desenvolvimento de um aparato próximo do existente na metrópole, ainda que, inicialmente, fossem verificadas características diferentes.²⁷

²⁵ NOVAIS, Fernando A. **Estrutura e dinâmica do antigo sistema colonial: séculos XVI a XVIII**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 48.

²⁶ Apenas três anos após a promulgação das Ordenações Filipinas.

²⁷ CAMARINHAS, Nuno. O aparelho judicial ultramarino português: o caso do Brasil (1620-1800). In: **Almanack Braziliense da Universidade de São Paulo**, n. 9. São Paulo, mai./2009. Sobre o tema cf. HESPANHA, Antônio M. Estruturas político administrativas do Império português. In: MAGALHÃES, Joaquim Romero de (Ed.). **Outro mundo novo vimos**. Catálogo da exposição. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001. p. 23-39.

Nessa linha, deve-se destacar que não era a primeira vez que se tencionava criar um Tribunal da Relação na colônia:

O primeiro Tribunal da Relação, criado em 1587 para atuar na Colônia, não chegou a entrar em funcionamento, pois o navio que trazia os dez ministros nomeados acabou não podendo zarpar de Portugal. Posteriormente, o governo da Metrópole constituiu um segundo Tribunal da Relação, oficializado para ocorrer na Bahia, dando-lhe regulamentação em 7 de março de 1609.²⁸

De acordo com seu Regimento, a Relação do Estado do Brasil seria composta por dez Desembargadores, sendo um deles o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, assim descrito:

O Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda deve ser muito diligente, e saber particularmente de todas as cousas que tocarem à Coroa e Fazenda, para requerer nellas tudo o que fizer a bem de minha justiça; para o que será sempre presente a todas as audiências que fizer dos feitos da coroa e fazenda, por minhas Ordenações e extravagantes.

Servirá outrossim o dito Procurador da Coroa e dos feitos da Fazenda de Procurador do fisco e de Promotor de Justiça; e usará em todo o regimento, que por minhas Ordenações é dado ao Promotor de Justiça da Casa da Suplicação e ao Procurador do fisco.²⁹

Desse modo, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda voltou a exercer a plenitude das atribuições de Advocacia de Estado, outrora separadas pelas Ordenações Filipinas – que criara os cargos de Procurador dos Feitos da Coroa e Procurador dos Feitos da Fazenda –, ao lado das funções de fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros e da jurisdição real.

Não bastasse isso, foi transferida ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda a atividade de órgão acusador na esfera criminal, antes pertencente ao Promotor de Justiça.

²⁸ WOLKMER, ob. cit., p. 53.

²⁹ *Apud* MACEDO JÚNIOR, ob. cit., p. 67.

Houve, pois, absorção pelo Procurador da Coroa e Fazenda das atribuições que eram desempenhadas pelo Procurador do Fisco e pelo Promotor de Justiça, na metrópole, e não o contrário, como ocasionalmente se depara com interpretações equivocadas da História do Direito português e brasileiro.³⁰

Aliás, digno de assentamento é o crasso erro histórico cometido por órgãos do Ministério Público quanto ao início da instituição no Brasil, a exemplo do Ministério Público do Estado da Bahia, que comemorou em 2009 o “IV Centenário do Ministério Público Brasileiro”,³¹ afirmando que, no Tribunal da Relação do Estado do Brasil, “foi prevista, pela primeira vez no país, a figura do Promotor de Justiça, que atuava também como Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco”.³²

Corrija-se, pois, novamente o grosseiro equívoco: foi o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda que assumiu incumbências de Procurador do Fisco e de Promotor de Justiça, cargos então inexistentes no Brasil.

Note-se que a especialização de funções foi mantida em Portugal, pela previsão dos cargos de Procurador do Fisco e Promotor de Justiça, havendo a concentração de múnus ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda somente na Relação do Estado do Brasil, que integrava sua estrutura como Desembargador.

A Relação de Salvador da Bahia durou até 1624,³³ com a invasão da armada holandesa, após várias pressões de diferentes setores da sociedade,

³⁰ GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa duração. In: **Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça**. São Paulo: Fórum, p. 343.

³¹ Inclusive com a criação de selo próprio e concessão de medalhas a homenageados.

³² BRASIL. Ministério Público do Estado da Bahia. **IV Centenário do Ministério Público Brasileiro: a história do Ministério Público do Estado da Bahia/1609-2009**. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/eventos/2009/setembro/dia_03.html>. Acessado em 15 de maio de 2011.

³³ SCHWARTZ, Stuart B. **Sovereignty and Society in Colonial Brazil. The High Court of Bahia and Its Judges, 1609-1751**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1973.

bem como por estratégias militares (suspensão da jurisdição criminal), sendo reativada pelo Regimento de 12 de setembro de 1652.³⁴

De igual maneira, mais de um século depois, em 1751, por meio de Alvará firmado por José I, foi instituída a Relação do Rio de Janeiro,³⁵ com formatação idêntica à da Relação do Estado do Brasil,³⁶ de Salvador, notadamente quanto à concentração de funções pelo Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda.

A criação da Relação do Rio de Janeiro foi motivada pela distância geográfica da população do Sul do Brasil, ocasionando demandas morosas e dispendiosas.³⁷ Tal tribunal reduziu a competência territorial da Relação de Salvador, anteriormente destinada a todo o Brasil, às regiões do norte da colônia.

Juntas da Real Fazenda

A par dos órgãos jurisdicionais implantados no Brasil em que atuavam os integrantes da Advocacia de Estado, importa historiar a criação das Juntas da Real Fazenda, órgãos administrativos criados a partir da década de 1760, como corolário da constituição do Erário Régio em Portugal, no ano de 1761,³⁸ tendo duração até a declaração de Independência do Brasil, quando passaram a ser denominadas Juntas da Fazenda Nacional.

³⁴ Idem, p. 180 e ss.

³⁵ RUSSEL-WOOD, Anthony John R. A dinâmica da presença brasileira no Índico e no Oriente. Séculos XVI-XIX. In: **Topoi**, Rio de Janeiro, set. 2001, pp. 9-40.

³⁶ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Renovar: Rio de Janeiro, 2004, p. 121.

³⁷ CALMON, Pedro. **História da Civilização Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935, p. 133-134.

³⁸ LUGON, Luiz Carlos de Castro. **Ética da Administração Pública em juízo**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nov. 2006, p. 201.

Em geral, as Juntas eram presididas pelo Governador ou Capitão-Geral, e tinham como deputados o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, o Tesoureiro, o Contador e o Escrivão da Junta. Evidentemente, sua composição comportava alterações conforme a capitania, com a inclusão de Intendentes da Marinha e Armazéns Reais (capitanias litorâneas), Ouvidores, Juízes de fora, e até mesmo pelo Vice-Rei e o Chanceler da Relação.³⁹

Tais Juntas tinham a função de licitar os contratos para a arrecadação dos impostos, o julgamento de processos e recursos fiscais, a realização das despesas, a escrituração da receita e despesa, a tomada de contas dos responsáveis por bens e dinheiros públicos, e a administração do patrimônio da Coroa.⁴⁰

No que diz respeito ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, constata-se que sua inclusão como membro das Juntas da Real Fazenda corrobora a relevância de tal figura para estabelecer os marcos jurídicos da Administração Pública, enfatizando a faceta de consultor jurídico de tal agente público. Também deve ser realçado o fato de que, mesmo em se tratando de matéria fiscal, não havia sido criado, até então, cargo específico no Brasil para a atuação da Advocacia de Estado nessa seara.

Regulamento da Casa de Suplicação do Brasil, de 1808

Após a transferência da sede da colônia de Salvador para o Rio de Janeiro, em 1763, em razão do desenvolvimento econômico da Região Sudeste, alavancada principalmente pela mineração, e da fuga da família

³⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Juntas da Real Fazenda. In: **Rede da Memória Virtual Brasileira**. Disponível em: <<http://bndigital.bn.br/redememoria/juntafazenda.html>>. Acessado em 10 de abril de 2011.

⁴⁰ CARNEIRO de MENDONÇA, **O Erário Régio no Brasil**. Leis do Brasil, 1825, *apud* BRASIL, ob. cit.

real ao Brasil, ocorrida em janeiro de 1808,⁴¹ a Relação do Rio de Janeiro foi transformada em Casa de Suplicação do Brasil.

A Casa de Suplicação do Brasil possuía idêntica estatuta institucional de sua similar em Portugal, destinada a se constituir na última instância recursal, representando, pois, o início de uma Justiça inteiramente nacional.⁴²

Outrossim, a instituição de tal tribunal implicou o fim de aproximadamente dois séculos de concentração de poderes pelo Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, porquanto o Regulamento da Casa de Suplicação do Brasil, Alvará de 10 de maio de 1808,⁴³ editado pelo Rei João VI, criou na colônia, enfim, a figura do Promotor de Justiça.

O órgão era composto por 23 Ministros, assim discriminados:

A Casa de Supplicação do Brasil se comporá além do Regedor que eu houver por bem nomear, do Chanceller da Casa, oito Desembargadores dos agravos, de um Corregedor de Crime da Côrte e Casa, de um juiz dos Feitos da Corôa e Fazenda, de um Procurador dos Feitos da Corôa e Fazenda, de um Corregedor do Civil da Côrte, de um Juiz da Chancellaria, de um Ouvidor do Crime, de um Promotor de Justiça e de mais seis extravagantes.

Dessa maneira, previu-se, dentre os Ministros, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda e o Promotor de Justiça, sendo esse o momento em que as funções de ambos passaram a ser exercidas por titulares de cargos distintos. Quanto aos feitos de índole fiscal, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda permaneceu atuando em tais demandas.

Ressalte-se que a Casa de Suplicação do Brasil foi instalada somente em 30 de julho de 1808, funcionando com apenas três Desembargadores

⁴¹ STEIN, Stanley J.; STEIN, Barbara H. **A herança colonial da América Latina: ensaios de dependência econômica**. Trad. José Fernandes Dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 86.

⁴² PARANHOS, Paulo. A Casa da Suplicação do Brasil. In: **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores em História e Genealogia**, a. 4, n. 4, 1997, p. 7.

⁴³ BRASIL. Leis Históricas: Alvará de 10 de maio de 1808. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_25/alvar1005.htm>. Acessado em 8 de maio de 2011.

dos agravos, um Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, um Ouvidor do crime, e seis Desembargadores extravagantes, que também funcionaram, respectivamente, como Corregedor do Crime, Corregedor dos Feitos da Fazenda, Juiz dos Feitos da Coroa e Corregedor do Cível. Apenas em 6 de agosto daquele ano seria nomeado o Promotor de Justiça da Casa de Suplicação.⁴⁴

Decretos posteriores e Constituição de 1824

Pouco antes da proclamação da Independência do Brasil, registra-se a criação, pelo Decreto de 28 de março de 1821, de outro cargo da Advocacia de Estado, o Procurador Fiscal do Real Erário, especialmente para realizar a consultoria jurídica no âmbito extrajudicial junto ao Presidente do Real Erário. Novamente, identifica-se a disposição de se criar cargo próprio para atuar em matéria fiscal.

Outro ato normativo significativo, dessa vez após a instituição do Império do Brasil, foi o Decreto de 18 de junho de 1822,⁴⁵ que, ao implementar o Tribunal do Júri em terras brasileiras, com competência para julgar crimes de imprensa, atribuiu ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda⁴⁶ a função de órgão acusador e *custos legis* no que se referisse a tais delitos, mesmo diante da existência do cargo de Promotor de Justiça:

Corregedor do Crime da Côrte e Casa, que por este nomeio Juiz de Direito nas causas de abuso da liberdade da imprensa, e nas Províncias, que tiverem Relação, o Ouvidor do crime, e o de Comarca nas que a não tiverem, nomeará nos casos occorrentes, e a requerimento do Procurador da Corôa e Fazenda, que será o Promotor e Fiscal de taes delictos, 24 cidadãos escolhidos de entre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas, os quaes serão os Juízes de Facto, para conhecerem da criminalidade dos escriptos abusivos.

⁴⁴ PARANHOS, ob. cit., p. 8.

⁴⁵ *Apud* BABILÔNIA, ob cit.

⁴⁶ Denominado, na ocasião, de Procurador da Coroa e Fazenda.

[...]

E para que o Procurador da Corôa e Fazenda tenha conhecimento dos delictos da imprensa, serão todas as Typographias obrigadas a mandar um exemplar de todos os papeis, que se imprimirem [...].

No entanto, a nova concentração de funções pelo Procurador da Coroa e Fazenda não durou muito tempo. Cerca de um ano depois, ante a publicação do Decreto de 5 de junho de 1823, tal agente foi dispensado da competência que anteriormente lhe fora outorgada em razão da impossibilidade de exercer o mister sem prejuízo de suas atividades ordinárias, porquanto sequer contava com ajudante. Assim, a função acusatória e de fiscal da lei nos crimes de competência do Tribunal do Júri foram repassadas ao Promotor das Justiças da Casa de Suplicação.

Curioso observar que, muito embora em todos os atos normativos editados desde a colônia o Procurador da Coroa e Fazenda e o Promotor de Justiça⁴⁷ fossem considerados membros das respectivas Relações ou Casas, somente com o Decreto susomencionado há sua nomeação expressa como “Desembargador Procurador da Corôa, Soberania e Fazenda Nacional” e “Desembargador Promotor das Justiças da Casa da Suplicação”:

Attendendo a que o Desembargador Procurador da Corôa, Soberania e Fazenda Nacional, pelo laborioso trabalho destes logares, que serve sem Ajudante, não pode preencher as funções de Promotor Fiscal dos Delictos da liberdade da imprensa, em conformidade com o Decreto de 18 de Junho de 1822, sem que soffra grande atrazo o expediente dos muitos negócios inherentes aquelles logares: Hei por bem desonerar-o do referido serviço de Promotor Fiscal do Juizo dos Jurados, e nomeiar para lhe succeder ao Desembargador Promotor das Justiças da Casa da Suplicação, que servirá segundo a disposição do citado decreto.

Outro Decreto, de 21 de fevereiro de 1824, editado há um mês da primeira Constituição brasileira, incumbiu ao Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional a função de *custos legis* nos casos de processos envolvendo apreensão de embarcações inimigas, obrigando que fosse

⁴⁷ Quando houvesse.

previamente ouvido no segundo grau de jurisdição, antes de ser proferida a decisão pelo Tribunal.⁴⁸

Em 25 de março de 1824, foi promulgada a *Constituição Política do Império do Brasil*,⁴⁹ a qual fez referência expressa ao Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, prevendo, em seu art. 48, combinado com os arts. 38 e 47, inciso I, sua atribuição para exercer a acusação nos crimes de competência do Senado, cuja função acusatória não pertencesse à Câmara dos Deputados.

Dessa maneira, infere-se que o cargo de Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, ou seja qual fosse a denominação imputada ao agente público exercente da Advocacia de Estado, estava consolidado na formação do Estado brasileiro, inserido como função imprescindível no sistema da Justiça, assumindo até mesmo, em determinados momentos, encargos que extrapolavam seu regular mister.

Atos normativos posteriores à Constituição de 1924

Constituído o Império, houve, em 1829, a instalação do Supremo Tribunal de Justiça,⁵⁰ em substituição à Casa de Suplicação do Brasil, após previsão por Lei de 18 de setembro de 1828.⁵¹

No âmbito da Advocacia de Estado, houve também importantes modificações.

⁴⁸ BABILÔNIA, ob. cit.

⁴⁹ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acessado em 8 de maio de 2011.

⁵⁰ Que viria a se tornar o Supremo Tribunal Federal.

⁵¹ CARDOSO, Antonio Pessoa. O Judiciário na Monarquia. In: **Academia Brasileira de Direito**, jan./2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=>>. Acessado em 25 de maio de 2011.

A cobrança da ação executiva contra os devedores da Fazenda Nacional foi disciplinada pelo Decreto de 18 de agosto de 1831, encabeçada pelos Procuradores da Fazenda Nacional, tanto na Corte quanto nas Províncias.⁵²

Nesse quadrante, sobreveio a Lei nº 242, de 29 de novembro de 1841,⁵³ que criou o cargo de Procurador da Fazenda nos Juízos de Primeira Instância, restabelecendo foro privativo para as causas da Fazenda Nacional ao implementar o Juízo Privativo dos Feitos da Fazenda de Primeira Instância e instituindo o duplo grau de jurisdição obrigatório.⁵⁴

A atuação dos Procuradores da Fazenda em Primeira Instância era assim definida:

Art. 6º Nas Capitais das Províncias serão os Procuradores de Fazenda em Primeira Instancia para a promoção e defesa de todas as causas da Fazenda Nacional, os mesmos que forem Procuradores Fiscaes das Thesourarias, e seus Ajudantes. Na Côrte haverá um Procurador especial, denominado Procurador da Fazenda nos Juizos de Primeira Instancia, nomeado pelo Governo.

Portanto, o Procurador da Fazenda em Primeira Instância oficiava somente nas causas que tramitavam na Corte, pois nas capitais das Províncias (Bahia e Pernambuco), a atribuição cabia aos Procuradores Fiscais das Tesourarias, e seus Ajudantes. Além disso, na Segunda Instância,

⁵² SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A advocacia pública e a crise no Estado-Nação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 2, 31 ago. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5467>. Acessado em 8 de junho de 2011.

⁵³ BRASIL. Lei n.º 242, de 29 de novembro de 1841. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=82489&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acessado em 8 de maio de 2011.

⁵⁴ “Art. 13. Serão appelladas ex-officio para as Relações d districto todas as sentenças que forem proferidas contra a Fazenda Nacional em primeira Instancia, qualquer que seja a natureza dellas, e o valor excedente a cem mil réis, comprehendendo-se nesta disposição as justificações, e habilitações de que trata o art. 90 da lei de 4 de Outubro de 1831: não se entendendo contra a Fazenda Nacional as sentenças que se proferirem em causas de particulares, a que os Procuradores da Fazenda Nacional sómente tenham assistido, porque destas só se appellará por parte da Fazenda, se os Procuradores della o julgarem preciso”.

permaneceu a competência do Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional para representar o Poder Público em juízo.⁵⁵

Ademais, por meio do Decreto nº 736, de 20 de novembro de 1850,⁵⁶ foi criado o Tribunal do Tesouro Público, de cunho administrativo, e como seu membro o Procurador Fiscal do Tesouro, cujo titular, nomeado pelo Imperador, exercia a função de consultoria jurídica das normas tributárias, solução do contencioso administrativo quanto às matérias fiscais e coordenação das lides judiciais sobre a Fazenda, embora não exercesse diretamente a representação do Poder Público em juízo.⁵⁷

Art. 26. Incumbe especialmente ao Procurador Fiscal de Thesouro:

§ 1º Vigiar que as Leis de Fazenda sejam fielmente executadas, solicitando as providencias que para esse fim forem necessarias.

§ 2º Dar o seu parecer verbalmente ou por escripto respeito de todos os negocios da Administração da Fazenda que versarem sobre intelligencia de Lei, não podendo ser decidida questão alguma, que exija exame de Direito, sem sua audiencia.

§ 3º Cumprir e fazer cumprir as disposições do Art. 24 fiscalizando a marcha das execuções da Fazenda Publica; indicando os meios legaes, quer seja para defender o direito, os interesses da mesma Fazenda, quer para compellir os devedores remissos; dando instruções ao Procurador dos Feitos da Fazenda na Côrte, e aos Procuradores Fiscaes nas Provincias, para o melhor andamento das causas; e representando ao Tribunal a negligencia dos Juizes, e mais Funcionarios encarregados dellas.

§ 4º Assistir a todas as arrematações de bens, rendas, ou contractos que se fizerem no Thesouro, ou por ordem do Ministerio da Fazenda, e fiscalisar a sua legalidade.

§ 5º Verificar os requisitos e condições legaes das fianças, ou hypothecas dos Thesoueiros, Recebedores, Pagadores, Almoxarifes, e mais pessoas que as devão prestar ao Thesouro.

§ 6º Requerer ao Presidente do Tribunal que mande fazer effectiva a responsabilidade dos Empregados de Fazenda, de cujos delictos ou erros de officio tiver conhecimento.

⁵⁵ BABILÔNIA, ob. cit.

⁵⁶ BRASIL. Decreto n.º 736, de 20 de novembro de 1850. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=80654&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acessado em 8 de maio de 2011.

⁵⁷ BABILÔNIA, ob. cit.; SZKLAROWSKY, Ob. cit.

§ 7º Ministar aos Procuradores da Coroa Soberania e Fazenda Nacional, e aos Procuradores dos Feitos da Fazenda todas as informações e documentos, que forem necesarios para defender o direito e interesses da mesma Fazenda nas causas que lhes compete advogar.

Nesse eito, registra-se, em abril de 1859, a publicação do Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional, escrito por Agostinho Marques Perdigão Malheiro, Procurador da Fazenda Nacional na Corte e Província do Rio de Janeiro, organizando as normas e os precedentes judiciais e administrativos, a fim de permitir o melhor desempenho da função, “porque, antecipava o mestre, com extrema sensibilidade, a lei deve ser de todos conhecida e não privilégio ou monopólio de alguns”.⁵⁸

Também, cumpre noticiar a aprovação, em 1864, pela Câmara dos Deputados, de parte da proposta de Reforma Judiciária,⁵⁹ concedendo ao Procurador da Coroa e Fazenda Nacional, que já compunha as Relações como Desembargador, a função de julgar nas causas em que não tivesse interesse a Fazenda Nacional, o que despertou preocupações no Deputado Ribeiro da Luz, menos pela ambiguidade das atribuições e mais pela impossibilidade prática de se utilizar do membro da Advocacia de Estado como julgador, vez que a maioria das causas era passível de intervenção pela Fazenda:

Reforma Judiciária, Sessão de 20 de julho de 1864
[...]

O Sr. Ribeiro da Luz: -[...] Além disto, reduzido o pessoal a cinco membros, sendo um sempre impedido e o outro quasi sempre, que é o procurador da corôa, pergunto: como ha de preencher qualquer falta resultante do impedimento ou da vaga a respeito dos desembargadores? [...].

Um Sr. Deputado: -Pelo projecto o procurador da corôa pôde julgar.

⁵⁸ MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. **Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional nos Juizos de Primeira Instancia**. 2. ed., Rio de Janeiro: E. & H. Laemmert, 1873, apud SZKLAROWSKY, ob. cit.

⁵⁹ Desde aquela época já se falava em reforma do Judiciário.

O Sr. Ribeiro da Luz: – Naquelles feitos em que não estiver impedido; mas o nobre deputado sabe que na maior parte das causas a fazenda nacional é mais ou menos interessada.⁶⁰

Após os debates, a proposta foi acatada em sessão posterior:

Reforma Judiciária, sessão de 22 de julho de 1864

[...]

Procede-se à votação dos arts. 3º e 4º da proposta do poder executivo relativo à reforma judiciaria, e aprovado o art. 4º, e ómente o § 2º do 3º.

Foram tambem aprovadas as seguintes emendas:

« Substitua-se o art. 3º e o § 1º pelos seguintes:

« Art. 3º Além das relações actuaes haverá mais sete, cujas sédes serão nas capitães de Goyaz, Mato-Grosso, Pará, Cerá, S. Paulo, Rio-Grande do Sul e Minas. O governo designará os districtos de todas as relações, consultando o principio da commodidade dos povos.

[...]

« Substitua-se o n. 4 pelo seguinte com a numeração de 3º:

« Os procuradores da corôa e fazenda nacional, nas provincias, serão juizes nas causas em que não forem impedidos.⁶¹

De igual modo, o Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, previu que os Desembargadores Procuradores da Coroa das Relações das Províncias participariam da distribuição dos feitos em que não intervissem como Promotores de Justiça ou Procuradores da Fazenda Nacional. Contudo, os Procuradores da Relação da Corte foram excepcionados de tal função:

Art. 70. Os feitos civeis serão vistos e julgados na Relação por tres Juizes, inclusive o relator, que deverá fazer por escripto o relatorio da causa estabelecido pelo Regulamento nº 1597 do 1º de Maio de 1855, seguindo-se os demais termos desde o art. 39. até o art. 44 do citado Regulamento.

§ 1.º A' excepção do desembargador procurador da corôa da relação da côrte, os das outras relações entrarão na ordem de julgadores do respectivo tribunal, sujeitos á

⁶⁰ BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro, Segundo Anno da Duodécima Legislatura, sessão de 1864, tomo III. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve & C., p. 179-180.

⁶¹ BRASIL. Ob. cit., p. 209.

distribuição dos feitos em que não tenham de intervir como promotores da justiça, ou como procuradores da fazenda nacional.⁶²

Por outro lado, definiu-se que o Juiz de Direito poderia servir de Procurador da Coroa nos mesmos casos em que era chamado para substituir os demais Desembargadores nas funções de julgar.⁶³

No que diz respeito às funções típicas da Advocacia de Estado, vê-se que o Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional atuava, na parte consultiva, proferindo pareceres inclusive a Magistrados, diante de dúvidas sobre a interpretação da lei.⁶⁴

Ainda, com o Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874,⁶⁵ o Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional teve especificadas atribuições de Advocacia de Estado,⁶⁶ voltando a concentrar também tarefas de Ministério Público perante as Relações das Províncias, tanto no âmbito da representação judicial quanto da consultoria jurídica, além de exercer função jurisdicional nesses tribunais.

⁶² BRASIL. **Novíssima Reforma Judiciária e seus respectivo regulamento: anotados com cerca de cem avisos.** Brasília: Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acessado em 28 de maio de 2011.

⁶³ Idem, ibidem.

⁶⁴ “O juiz de direito da comarca de Piracuruca, da província do Piahy, consultou ao governo imperial — se um réo accusado pelo crime inafiançavel do art. 222, 1.ª parte do cod. crim., e condemnado ás penas da 2.ª parte do mesmo art., podia obter fiança, appellando da sentença de jury que alterou a classificação do delicto. E Sua Magestade o Imperador, a quem foi presente o citado officio, visto o parecer do procurador da corda, soberania e fazenda nacional da Relação do Rio de Janeiro, manda declarar a V. Exc, para que o faça constar ao referido juiz, que no caso figurado não tem lugar a fiança, porque, sendo a pena imposta de prisão simples, a appellação não produz effeito suspensivo, conforme dispoem os arts. 83 § 1.º da lei de 3 de dezembro de 1841 e 458, § 1.º do Reg. n. 120 de 31 de janeiro de 1842. Manoel Antonio Duarte de Azevedo. — Sr. presidente da provincia do Piahy. — Av. de 30 de junho de 1873” (BRASIL. Ob. cit.).

⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=75263&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acessado em 8 de maio de 2011.

⁶⁶ ROCHA, Mário Túlio de Carvalho. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 223, jan./mar. 2001, p. 174.

Assim, no fim do Império, a Advocacia de Estado começava a se tornar uma estrutura complexa, dada a sua especialização e necessária difusão, ultrapassando em alguns momentos suas funções regulares para contribuir com a Justiça, de modo que, mesmo os desvios de função com a finalidade de exercer tarefas jurisdicionais, antes de diminuir os Advogados de Estado, refletiam, no contexto da época, a importância de tais agentes estatais.

Advocacia de Estado como Matriz das Procuraturas Constitucionais

Como visto, desde sua criação no Brasil, a Advocacia de Estado integra o sistema da Justiça, existindo indissociável relação entre a função jurisdicional e a atribuição de representação judicial do Estado e de consultoria jurídica da Administração Pública.

Tanto é verdade que, desde a Casa de Suplicação de Portugal, passando pela Governadoria-Geral e Relações do Brasil, até chegar à Casa de Suplicação do Brasil, o Procurador Estatal integrava tais tribunais como seu membro, recebendo por vezes o título de Desembargador ou Ministro, conforme o caso. Ademais, em algumas ocasiões, os membros da Advocacia de Estado exerceram funções jurisdicionais, quando não houvesse impedimento em razão do interesse da Coroa.

É evidente que, consoante advertido alhures, na colônia e no Império brasileiro inexistia separação de poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, conceito que veio a ser adotado no país apenas com a proclamação da República. Contudo, não restam dúvidas de que a atividade da Advocacia de Estado sempre foi compreendida como essencial à função jurisdicional do Poder Público, quando não com ela confundida.

Nessa senda, de todas as Procuraturas Constitucionais referidas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶⁷ – Advocacia Pública *stricto sensu*

⁶⁷ Ob. cit., p. 56.

ou Advocacia de Estado, Ministério Público e Defensoria Pública –, a Advocacia de Estado foi a primeira a ter definidos seus caracteres essenciais, mantendo institucionalmente suas atribuições precípua durante todo o período colonial e imperial brasileiro.

Realmente, desde as Ordenações Afonsinas, o Procurador dos Nossos Feitos era o responsável pela representação da Coroa em juízo, o que foi repetido e incrementado pelas Ordenações Manuelinas, que previram sua competência como guardião da jurisdição do Reino, diante de eventual usurpação pela Igreja.

Por seu turno, as Ordenações Filipinas, além de manterem sobreditas atribuições, dividiram funções entre a própria Advocacia de Estado, de modo que o Procurador dos Feitos da Coroa exercia suas atividades em matérias ordinárias e o Procurador dos Feitos da Fazenda atuava nos processos de índole fiscal.

Ao ser constituída a Relação do Estado do Brasil, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda voltou a ser a única figura da Advocacia de Estado, exercendo a integralidade das atribuições de representação judicial do Poder Público. Tais funções foram conservadas quando da instituição da Relação do Rio de Janeiro e da Casa da Suplicação do Brasil, ressaltando-se que, no período, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda também atuava na consultoria jurídica da Administração Pública, tanto que compunha as Juntas da Real Fazenda, a fim de dar segurança jurídica às suas decisões. Nesse eito, com o objetivo de fortalecer a consultoria jurídica na área fiscal, criou-se, em 1821, o cargo de Procurador Fiscal do Real Erário.

Com o advento do Império, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda se tornou Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, com as mesmas funções, e a Advocacia de Estado passou a contar com o cargo de Procurador da Fazenda Nacional, específico para a cobrança da ação executiva contra os devedores da Fazenda Nacional, e Procurador da Fazenda nos Juízos de Primeira Instância, atuando somente nas causas que tramitavam na Corte, sendo que nas capitais das Províncias o encargo seria dos Procuradores Fiscais das Tesourarias, e seus Ajudantes.

Além disso, a Advocacia de Estado se fez novamente presente como base da consultoria jurídica da Administração Pública na instituição do Tribunal do Tesouro Público, ocupando o posto de Procurador Fiscal do Tesouro, exclusivamente administrativo, com a tarefa de realizar as atividades consultivas das normas tributárias, além de atuar no contencioso administrativo fiscal e coordenar os feitos judiciais envolvendo essa matéria.

Tal rota no período colonial e imperial autoriza a conclusão de que a Advocacia de Estado manteve, desde a gênese, seus principais elementos, sendo a primeira das Procuraturas Constitucionais a estabelecer claramente as suas atribuições elementares – representação judicial do Estado e consultoria jurídica da Administração Pública –, as quais foram conservadas no lapso objeto deste estudo.

O fato de terem ocorrido algumas especializações por área de atuação, antes de ilidir essa inferência, a confirma, porquanto os postos instituídos nesse período também estão compreendidos na Advocacia de Estado, estruturando sua atuação para que se tornasse mais eficaz diante dos crescentes desafios de um país em pleno desenvolvimento.

Além de tudo isso, verifica-se que as demais Procuraturas Constitucionais – essas, sim – foram forjadas a partir da matriz da Advocacia de Estado.

Realmente, as funções precípua do Ministério Público – acusação criminal e fiscalização do interesse público em processos judiciais – e da Defensoria Pública – defesa dos hipossuficientes – foram desempenhadas inicialmente pela Advocacia de Estado, sendo, ulteriormente, entregues a essas instituições.

Ora, desde as Ordenações Afonsinas o Procurador dos Nossos Feitos exercia atividades de fiscalização do interesse público em causas de particulares, atuando também nos processos da Justiça, das viúvas, dos órfãos e das pessoas miseráveis, sem levar deles dinheiro.

Com as Ordenações Manuelinas, foi criado o cargo de Promotor da Justiça da Casa de Suplicação, competente para atuar como acusador criminal apenas na Casa de Suplicação e do Cível, mantida a atribuição do Procurador

dos Nossos Feitos, tipicamente ministerial, de fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros, sendo, no entanto, eliminada sua função de defensor dos necessitados. Tal orientação foi repetida no que se refere ao Procurador dos Feitos da Coroa, previsto pelas Ordenações Filipinas.

Após, já tratando do Direito Colonial exclusivamente brasileiro, ao se instituir a Relação do Estado do Brasil, em Salvador, no ano de 1609, e, posteriormente, a Relação do Rio de Janeiro, em 1751, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda não só permaneceu com atividades de fiscalização do interesse público em processos envolvendo particulares, como teve expressamente atribuído a si o múnus de órgão acusador na esfera criminal, pertencente, em Portugal, ao Promotor de Justiça.

Apenas em 1808, com o advento da Casa de Suplicação do Brasil, que previa em sua composição também o Promotor de Justiça, o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda deixou de exercer tarefas precípua do Ministério Público, passando a se ocupar apenas de suas atribuições de membro da Advocacia de Estado.

Em junho de 1822, registrou-se tentativa de se incumbir ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda a acusação criminal e função de *custos legis* nos crimes de imprensa, o que foi abolido no ano seguinte, dada a inviabilidade de atuar nessas hipóteses em detrimento de suas funções típicas, repassando-se a atribuição ao Promotor de Justiça da Casa de Suplicação.

Igualmente, às vésperas da promulgação da Constituição de 1824, o Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional teve devolvida a atuação como *custos legis* nos processos envolvendo apreensão de embarcações inimigas, e, na própria Carta Política do Império, foi previsto que tal agente seria o órgão acusador nos crimes de competência do Senado, nos quais tal função não fosse da Câmara dos Deputados. Não foi diferente a previsão, em Decretos de 1871 e 1874, de atribuições de Ministério Público ao Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional perante as Relações das Províncias.

Ressoa óbvio, pois, que a Defensoria Pública e, principalmente, o Ministério Público nasceram a partir do modelo da Advocacia de Estado, tendo se desenvolvido a partir dessa raiz comum.

Realmente, mesmo que a separação entre tais Procuraturas tenha sofrido desdobramentos diversos após o fim do Império brasileiro até a atualidade, sob a vigência da Constituição de 1988 – períodos não abordados neste trabalho –, com marchas e contramarchas, da análise do período colonial e imperial no Brasil é possível constatar que o desenvolvimento de cada uma delas adveio do mesmo núcleo: a Advocacia de Estado.

Isso refuta, inclusive, a ideia dominante de que a Advocacia de Estado no Brasil teria raiz no Ministério Público, ou que teriam origem comum.⁶⁸

Ora, tais afirmações se baseiam em estudos não aprofundados no que diz com a História do Direito brasileiro, que partem de bibliografia distorcida ao longo dos anos e, noutros casos, ao introduzir estudos sobre a Advocacia de Estado, se limitam a examinar tal instituição apenas a partir da Constituição de 1988 ou, nas hipóteses em que há maior elasticidade temporal, da Carta Republicana de 1891.

Na verdade, ocorre o inverso. A Advocacia de Estado, como a primeira dentre as atuais Procuraturas Constitucionais a ter contornos definidos no Estado brasileiro, foi a matriz para o nascimento do Ministério Público e da Defensoria Pública, formando as Procuraturas Constitucionais como são conhecidas atualmente, consequência da natural especialização da burocracia estatal, a fim de torná-la mais eficiente.

Conclusões

Desde a colonização portuguesa em terras brasileiras, a partir de 1500, o Brasil se sujeitava às normas impostas por Portugal. Nessa época a jurisdição se dava por meio das capitanias hereditárias, tendo sido instituído,

⁶⁸ OMMATI, Fides Angélica. **Advocacia pública: algumas reflexões**. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14039-14040-1-PB.htm>>. Acessado em 12 de maio de 2011.

em 1548, o Governo Geral do Brasil, organizando-se a Administração Pública e a Justiça na colônia, concentrando-se o poder político e administrativo na pessoa do Governador-Geral ou Vice-Rei, que era assessorado juridicamente pelo Ouvidor-Geral, que também exercia a atividade jurisdicional, direta ou indiretamente, atuando em correição sobre as atividades dos juízes ordinários.

Simultaneamente, na metrópole, vigoravam as Ordenações Afonsinas, de 1446, em que se previu a figura do Procurador dos Nossos Feitos, que tinha como atribuição defender judicialmente os direitos da Coroa, preservando o patrimônio e os bens reais, e fiscalizar os interesses da Coroa em causas particulares, além de suplementar a atuação dos Ouvidores da Corte de Suplicação e atuar nos processos da Justiça, das viúvas, dos órfãos e das pessoas miseráveis, sem levar deles dinheiro, acumulando, assim, atividades de da Advocacia de Estado, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública.

Já com a vigência das Ordenações Manuelinas, em 1521, foi criado o cargo de Promotor da Justiça da Casa de Suplicação, com atuação nos crimes na Casa de Suplicação e do Cível, seguindo o Procurador dos Nossos Feitos com funções de representação judicial do Estado, fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros. Ademais, foi-lhe concedida nova atribuição para atuasse como guardião da jurisdição do Reino, diante de eventual usurpação por parte da Igreja, exercendo, pois, competências próprias de Advocacia de Estado e de Ministério Público. No tocante à defesa dos necessitados, e à atuação suplementar como Ouvidor da Casa de Suplicação, nada dispuseram as Ordenações Manuelinas.

Em 1603, com as Ordenações Filipinas, de 1603, manteve-se o cargo de Promotor da Justiça da Casa de Suplicação e dividiu-se em dois o posto de Procurador dos Nossos Feitos: Procurador dos Feitos da Coroa e Procurador dos Feitos da Fazenda, cabendo ao primeiro as funções básicas do Procurador dos Nossos Feitos e ao último a atuação em matéria fiscal, impulsionando judicialmente os feitos apreciados previamente pelo Conselho da Fazenda.

Ainda sob a União Ibérica, o crescimento das atividades econômicas no Brasil ensejou a criação da Relação do Estado do Brasil, em 1609, na cidade de Salvador, sede da colônia, composta por dez Desembargadores, dentre eles o Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, que voltou a exercer de forma plena as atribuições de Advocacia de Estado, antes cindidas, ao lado das funções de fiscal dos interesses da Coroa em feitos de terceiros e da jurisdição real. E mais: passou a exercer a função de órgão acusador na esfera criminal, pertencente, em Portugal, ao Promotor de Justiça. Em 1751, instituiu-se, com formato idêntico, a Relação do Rio de Janeiro justificada pela distância geográfica da população do Sul do Brasil.

Afora a atuação nos órgãos jurisdicionais, os integrantes da Advocacia de Estado atuavam também nas Juntas da Real Fazenda, órgãos administrativos criados a partir da década de 1760, nas quais figuravam ao lado das maiores autoridades, cabendo-lhe realizar a orientação jurídica da Administração Pública dentro do órgão.

Com a transferência da sede da colônia de Salvador para o Rio de Janeiro, a Relação do Rio de Janeiro foi alçada, em 1808, ao *status* de Casa de Suplicação do Brasil, que significou o fim de aproximadamente dois séculos de concentração de poderes pelo Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, dada a criação, na colônia, do cargo de Promotor de Justiça.

Destaque-se que, às vésperas da proclamação da Independência do Brasil, foi criado o cargo de Procurador Fiscal do Real Erário, para efetuar a consultoria jurídica no âmbito extrajudicial junto ao Presidente do Real Erário, e, logo após a instituição do Império do Brasil, foi implantando o Tribunal do Júri em terras brasileiras, com competência para julgar crimes de imprensa, atribuindo-se ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda a função de órgão acusador e *custos legis* quanto a esses delitos, o que durou cerca de um ano, dado o prejuízo às atividades do membro da Advocacia de Estado, repassando-se tais competências ao Promotor das Justiças da Casa de Suplicação.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, mencionou o Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, em passagem na qual elencava sua atribuição para atuar na acusação de crimes de competência do Senado, cuja função acusatória não pertencesse à Câmara dos Deputados.

Após a instituição do Império, houve importantes modificações, com a disciplina da atividade dos Procuradores da Fazenda Nacional, para exercer a cobrança da ação executiva contra os devedores da Fazenda Nacional, em 1831. Além disso, foi criado o cargo de Procurador da Fazenda nos Juízos de Primeira Instância, em 1841, bem como o Tribunal do Tesouro Público, em 1850, tendo como seu membro o Procurador Fiscal do Tesouro, com a função de consultoria jurídica das normas tributárias, solução do contencioso administrativo quanto às matérias fiscais e coordenação das lides judiciais sobre a Fazenda, embora não exercesse diretamente a representação do Poder Público em juízo.

Além disso, a proposta de Reforma Judiciária atribuía ao Procurador da Coroa e Fazenda Nacional, a função de julgar nas causas em que não tivesse interesse a Fazenda Nacional, o que foi previsto também pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871. O Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874, definiu-lhe atribuições de Ministério Público perante as Relações das Províncias, tanto no âmbito da representação judicial quanto da consultoria jurídica, além de exercer função jurisdicional nesses tribunais.

Portanto, constata-se que, no fim do Império, a Advocacia de Estado já atingia determinado grau de complexidade estrutural, diante de sua especialização, chegando a atuar além de suas funções para contribuir com o aparato estatal, concluindo-se da análise do período colonial e imperial que, desde sua criação no Brasil, a Advocacia de Estado integra o sistema da Justiça, dada sua essencialidade à função jurisdicional do Poder Público, existindo indissociável relação entre tal atribuição e a representação judicial e consultoria jurídica do Estado.

Outrossim, a Advocacia de Estado foi a primeira das Procuraturas Constitucionais brasileiras a ter definidos seus caracteres essenciais,

mantendo institucionalmente suas atribuições precípua durante todo o período colonial e imperial brasileiro, de modo que as demais instituições – Defensoria Pública e, principalmente, o Ministério Público – nasceram a partir do modelo da Advocacia de Estado, tendo se desenvolvido a partir dessa matriz.

Referências

ABREU, Capistrano de. **Capítulos de história colonial**. 7. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988.

ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; CASTRO, Caterine Vasconcelos de; TRINDADE, Luciano José. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à Justiça. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre**, v. 3, Rio Branco, 2004.

BABILÔNIA, Paulo Álvares. A advocacia pública brasileira no período colonial e no império: evolução histórica. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2.734, 26 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18112>>. Acessado em 8 de maio de 2011.

BRASIL. Leis Históricas: Alvará de 10 de maio de 1808. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_25/alvar1005.htm>. Acessado em 8 de maio de 2011.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o24.htm>. Acessado em 8 de maio de 2011.

BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro, Segundo Anno da Duodécima Legislatura, sessão de 1864, tomo III. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve & C., p. 179-180.

BRASIL. Lei nº 242, de 29 de novembro de 1841. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=82489&tipoDocumento=L&tipoTexto=PUB>>. Acessado em 8 de maio de 2011.

BRASIL. Decreto nº 736, de 20 de novembro de 1850. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=80654&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acessado em 8 de maio de 2011.

BRASIL. **Novíssima Reforma Judiciária e seus respectivo regulamento: anotados com cerca de cem avisos.** Brasília: Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acessado em 28 de maio de 2011.

BRASIL. Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=75263&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acessado em 8 de maio de 2011.

BRASIL. Ministério Público do Estado da Bahia. **IV Centenário do Ministério Público Brasileiro: a história do Ministério Público do Estado da Bahia/1609-2009.** Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/eventos/2009/setembro/dia_03.html>. Acessado em 15 de maio de 2011.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Juntas da Real Fazenda. In: **Rede da Memória Virtual Brasileira.** Disponível em: <<http://bndigital.bn.br/redememoria/juntafazenda.html>>. Acessado em 10 de abril de 2011.

BRASIL. Museu da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Primórdios da Justiça no Brasil.** 12 fev. 2007. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/institucional/museu/pdf/evolucao/primordios_just_bra.pdf>. Acessado em 2 de maio de 2011.

CALMON, Pedro. **História da Civilização Brasileira.** 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1935.

CAMARINHAS, Nuno. O aparelho judicial ultramarino português: o caso do Brasil (1620-1800). In: **Almanack Braziliense da Universidade de São Paulo**, n. 9. São Paulo, mai./2009.

CARDOSO, Antonio Pessoa. O Judiciário Na Monarquia. In: **Academia Brasileira de Direito**, jan./2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=>. Acessado em 25 de maio de 2011.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Globo.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. In: **Revista Latinoamericana de Política Criminal**, v. 2, n. 2, Penal y Estado.

GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa duração. In: **Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça**. São Paulo: Fórum.

HESPANHA, António M. Estruturas político administrativas do Império português. In: MAGALHÃES, Joaquim Romero de (Ed.). **Outro mundo novo vimos**. Catálogo da exposição. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001.

HOMEM, Armando Luís de Carvalho. Os oficiais da Justiça central régia nos finais da Idade Média portuguesa (1279-1521). In: **Medievalista**, n. 6, jul./2009. Disponível em: <<http://www2.fcsh.unl.pt/iem/medievalista>>. Acessado em 20 de maio de 2011.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Edições do Senado Federal, v. 78, Brasília, 2006.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. **Ética da Administração Pública em juízo**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nov. 2006.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Uma introdução ao estudo da Justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. In: **Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado**, a. 1, n. 1, set./2001, Porto Alegre: Metrópole.

NOVAIS, Fernando A. **Estrutura e dinâmica do antigo sistema colonial: séculos XVI a XVIII**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

OMMATI, Fides Angélica. **Advocacia pública: algumas reflexões**. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14039-14040-1-PB.htm>>. Acessado em 12 de maio de 2011.

PARANHOS, Paulo. A Casa da Suplicação do Brasil. In: **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores em História e Genealogia**, a. 4, n. 4, 1997.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas (fac-simile)**. Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas>>. Acessado em 26 de abril de 2011.

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas on-line**. Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas>>. Acessado em 26 de abril de 2011.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas on-line**. Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acessado em 26 de abril de 2011.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

ROCHA, Mário Túlio de Carvalho. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 223, jan./mar. 2001.

RUSSEL-WOOD, Anthony John R. A dinâmica da presença brasileira no Índico e no Oriente. Séculos XVI-XIX. In: **Topoi**, Rio de Janeiro, set. 2001.

SCHUBSKY, Cássio. Origem fidalga das profissões jurídicas, cap. 4. In: **Revista Consultor Jurídico**, 27 out. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-27/justica-historia-origem-fidalga-profissoes-juridicas>>. Acessado em 5 de maio de 2011.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SCHWARTZ, Stuart B. **Sovereignty and Society in Colonial Brazil. The High Court of Bahia and Its Judges, 1609-1751**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1973.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Ministério Público: aspectos históricos. In: **Revista Eletrônica da Procuradoria da República em Pernambuco**, fev./2004.

Disponível em: <<http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Revista-Eletronica/2007-ano-5/Ministerio-Publico-aspectos-historicos>>. Acessado em 4 de maio de 2011.

STEIN, Stanley J.; STEIN, Barbara H. **A herança colonial da América Latina: ensaios de dependência econômica**. Trad. José Fernandes Dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A advocacia pública e a crise no Estado-Nação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 2, 31 ago. 2000.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5467>. Acessado em 8 de junho de 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

O Ato Ilícito como Pressuposto da Responsabilidade Civil do Estado

Izabella Maria Medeiros e Araújo Pinto¹

RESUMO: O presente trabalho analisa o instituto da responsabilidade civil do Estado à luz dos pressupostos gerais da responsabilidade (ato ilícito, dano e nexo de causalidade). O ponto de partida é a adoção da teoria objetiva da responsabilidade no direito brasileiro e suas implicações nos pressupostos da responsabilidade civil do Estado. Analisa-se especificamente o ato ilícito e suas definições, propondo-se uma compreensão do ato ilícito em seu sentido amplo – o de violação a dever jurídico preexistente, de contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, independente de qualquer manifestação de vontade. Conclui-se que a responsabilidade do Estado não se afasta dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, e, por isso, o ato ilícito é elemento indispensável à sua configuração, ainda que objetiva a responsabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil do Estado. Pressupostos. Ato ilícito.

Introdução

Quando se trata de responsabilidade civil do Estado, os esforços doutrinários frequentemente se concentram na definição das características da teoria da responsabilidade objetiva e na negação de qualquer interpretação restritiva da responsabilidade, especialmente as atreladas à noção de culpa. A evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado, assim, tem

¹ Procuradora do Estado do Paraná.

rumado cada vez mais para a ampliação do ressarcimento do dano, com a máxima cobertura dos administrados lesados.

Nessa linha evolutiva, intensifica-se a noção de que toda e qualquer lesão causada pelo poder público deve ser indenizada, seja ela resultante de ato lícito ou ilícito, ressalvados apenas o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima ou a culpa de terceiro – as chamadas causas excludentes de responsabilidade.

Olvida-se, no entanto, que o prosseguimento dessa linha evolutiva sem a adequada delimitação dos pressupostos da responsabilidade civil pode vir a validar um extremo indesejável, até mais grave do que a responsabilidade integral, já defendida abertamente por alguns: o da presunção de responsabilidade.

O que se percebe, ao sopesar os fundamentos trazidos por alguns autores, que analisaremos no decorrer deste trabalho, é que a intenção é caminhar adiante, para uma formulação teórica que resultaria nessa presunção. Isto porque, ao defenderem que a adoção da teoria objetiva implica dizer que o Estado, para se eximir da responsabilidade, deve demonstrar a existência das causas excludentes, sustentam não só a responsabilidade integral ou a inversão do ônus da prova, mas, reflexamente, admitem a existência de uma presunção relativa de responsabilidade, elidível apenas pela prova da excludente a ser produzida pela Administração Pública.

Ora, se não é salutar na ordem jurídica o princípio da irresponsabilidade, menos o é o outro extremo, o da responsabilidade irrestrita e integral, que implica tornar o Estado – citando a expressão que se tornou clássica com Celso Antônio Bandeira de Mello – “segurador universal”.

O fato de ser objetiva a responsabilidade do Estado dispensa apenas a prova da culpa da Administração. Não elimina a necessidade de demonstração dos pressupostos gerais da responsabilidade civil (ato ilícito, dano e nexo de causalidade), tampouco transforma em automática ou presumida a responsabilidade.

Assim, a partir da adoção da responsabilidade objetiva pelo ordenamento constitucional, a análise das teorias que definem os parâmetros da responsabilidade em objetiva ou subjetiva mostra-se de pouca valia, pois a discussão é deslocada para o exame dos próprios pressupostos da responsabilidade. Destacam-se as teorias constituídas para determinar o nexo de causalidade entre conduta administrativa e dano, pressuposto atualmente apontado como a pedra de toque da responsabilidade civil.

Seguindo essa tendência de analisar a responsabilidade civil do Estado à luz dos seus pressupostos, propõe-se aqui uma análise do pressuposto do ato ilícito, apontando-se a antijuridicidade como requisito imprescindível da conduta administrativa ensejadora de responsabilização, tal como na teoria geral da responsabilidade civil. A intenção é descortinar a aparente simplicidade com que é tratada a equação da responsabilidade objetiva e de apresentar elementos para subsidiar defesas do Estado em ações indenizatórias.

Cabe aqui um esclarecimento: não estamos a defender simplesmente a aplicação de regras privatísticas à responsabilidade civil do Estado, com negativa das feições próprias do instituto, regido pelos princípios de direito público que lhe são peculiares. Trata-se, ao revés, do reconhecimento da responsabilidade civil como instituto da teoria geral do direito, cujos fundamentos, finalidade e princípios informadores são aplicáveis a todos os seus ramos, de caráter público ou privado.

O ato ilícito na teoria da responsabilidade objetiva

Em primeiro lugar, torna-se necessário explicitar as implicações do texto constitucional na relação entre o ato ilícito e a responsabilidade objetiva.

Sempre vigeu no direito brasileiro o princípio da responsabilidade. As Constituições de 1824 e 1891, embora não contivessem disposições sobre a responsabilidade do Estado, previam a responsabilidade do

funcionário em decorrência de abuso ou omissão no exercício das suas funções. Algumas leis ordinárias previam a responsabilidade solidária do Estado em casos específicos, como em danos ocorridos em estradas de ferro e pelo serviço de correio.

O Código Civil de 1916 inaugurou o instituto da responsabilidade do Estado no ordenamento com o dúbio art. 15, que não deixou claro para a doutrina se com ele se adotava a responsabilidade subjetiva ou objetiva. Eis a sua redação:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Somente a partir da Constituição de 1946 é que se entende vigente a teoria objetiva para a configuração da responsabilidade do Estado, mantendo-se o elemento subjetivo apenas para a responsabilização pessoal do agente em ação regressiva. O dispositivo vigente na atualidade é o art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988, que delimita a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviço público:

§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nota-se que o enunciado é pouco elucidativo acerca dos pressupostos da responsabilidade civil. O constituinte não esclarece qual conduta administrativa enseja responsabilidade, que dano é suscetível de reparação e qual se apresenta como mera subtração de interesse. Também não esclarece quais condições que propiciaram o dano podem ser consideradas causa determinante do mesmo, o que é imprescindível para a definição do nexo de causalidade.

A própria adoção da teoria objetiva da responsabilidade decorre de uma interpretação histórico-evolutiva a partir da supressão da expressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei”, antes contida no referido art. 15 do Código Civil de 1916. Esses pressupostos da conduta contrária ao direito e da inobservância do dever legal, para parte significativa da doutrina, denunciavam a adoção da responsabilidade subjetiva, já que a responsabilidade estatal, nesses casos, não se configuraria diante de fatos lícitos, somente por ato ilícito.

Celso Antônio Bandeira de Mello explicita as razões pelas quais se reputava subjetiva a responsabilidade estatal com base no precitado dispositivo legal. Para o autor, não há conduta ilícita do Estado que não seja “proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)”.² Assim, a responsabilidade por ato ilícito seria, necessariamente, responsabilidade subjetiva.

A redação dada à norma atinente à responsabilidade civil do Estado a partir da Constituição de 1946, repetida até a Constituição Federal de 1988, assim, consagraria a adoção da responsabilidade objetiva, cuja característica primordial é a desnecessidade de perquirir a culpa do agente administrativo ou do serviço. Ainda, com a supressão desses pressupostos da conduta contrária ao direito ou da falta a dever prescrito por lei, admitir-se-ia também a responsabilidade estatal por conduta **lícita**. Tal interpretação deriva do precitado silogismo, de que o ato ilícito demanda um requisito subjetivo: não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de culpa. A responsabilidade resultante de ato ilícito, portanto, é necessariamente responsabilidade subjetiva, do que resulta que a responsabilidade objetiva é responsabilidade também por ato lícito, além do ilícito.

Assim, entendeu-se que a adoção da teoria objetiva na responsabilidade do Estado teria eliminado a antijuridicidade do ato da Administração como pressuposto da responsabilidade civil.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 872.

Segue-se nessa formulação a doutrina civilista clássica, que conceitua o ato ilícito a partir da noção de culpa. É o que esclarece Odete Medauar: “a doutrina predominante conferiu a este dispositivo interpretação calcada na concepção civilista, centrada no dolo ou culpa do agente público, embora a redação pudesse ensejar algum enfoque de responsabilidade objetiva”.³

No entanto, na própria doutrina do direito civil alerta-se para as dificuldades da concepção de ato ilícito calcada na culpa. Sérgio Cavalieri Filho, ao tratar do posicionamento da responsabilidade civil na teoria geral do direito, atenta para isso:

Todas as definições dadas ao ato ilícito, sobretudo entre os clássicos, seguem essa mesma linha – íntima ligação entre o seu conceito e o de culpa. Tal critério, entretanto, cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade objetiva, na qual não se cogita de culpa. Com efeito, se a culpa é elemento integrante do ato ilícito, então, onde não houver culpa também não haverá ilícito. Nesse caso, qual seria o fato gerador da responsabilidade objetiva?⁴

Nessa concepção, a diferença essencial entre responsabilidade objetiva e subjetiva residiria na licitude ou ilicitude da conduta do agente. A solução adequada para a questão, na lição do autor, pode ser encontrada analisando-se o aspecto objetivo da ilicitude: o ilícito configura uma transgressão a um dever jurídico preexistente. Em suas próprias palavras:

A conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. Este, aliás, é um ponto em que não há divergência. Todos estão de acordo em que o cerne da ilicitude consiste, precisamente, em ser o fato – evento ou conduta – contrário ao Direito, no sentido de que nega os valores e os fins da ordem jurídica. E assim é porque o legislador, ao impor determinada conduta, o faz porque, em momento prévio, valorou positivamente o fim que essa conduta visa a atingir.⁵

³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 436.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30.

⁵ *Ibidem*. p. 31.

O ato ilícito, assim, deve ser compreendido em seu sentido amplo, o de violação a dever jurídico preexistente, de contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, independente de qualquer manifestação de vontade (elemento subjetivo).

Assim considerando, não resta dúvida de que a violação de dever jurídico, na teoria geral do direito, enseja a responsabilidade do autor da conduta que, com ela, cause dano a outrem. Mas e o ato lícito? Será que a prática do ato autorizado pelo direito poderá, de fato, configurar a responsabilidade civil do seu agente? E o que impediria que o Estado se tornasse garante universal, seguindo a interpretação da doutrina majoritária?

Antes de tentar responder a essas perguntas, vale trazer à colação as considerações de João Batista Gomes Moreira, que faz um alerta: a responsabilidade objetiva pode atender tanto aos imperativos da justiça quanto à ideologia liberal e neoliberal.

O autor explica que a responsabilidade do Estado é fruto do movimento constitucionalista e da consagração do princípio da separação dos poderes e da legalidade, que trouxe a concepção de que o Estado, em igualdade de condições com os súditos, subordina-se à lei e ao controle por poder independente.⁶ A progressão das teorias da responsabilidade no sentido da sua objetivação, nesse contexto, acompanha as transformações econômicas e sociais que culminaram com a concepção de Estado intervencionista e social, ao final do século XIX.

Partindo dessa análise evolutiva, o autor aponta como discutível a autonomia da responsabilidade da Administração – já que a responsabilidade objetiva não é exclusiva do Estado, aplicando-se também às pessoas de direito privado por força do parágrafo único do art. 927 do Código Civil – e propõe uma releitura crítica do art. 37, §6º da Constituição Federal. De forma ousada, destaca que o dispositivo constitucional não afirma positivamente que a responsabilidade das entidades públicas e privadas

⁶ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 421.

prestadoras de serviço público seja sempre objetiva, pois tal entendimento decorre de aplicação precária do argumento *a contrario sensu*: como o texto diz que a responsabilidade do servidor é culposa, interpreta-se que a responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva. E pondera: “É discutível que o art. 37, §6º da Constituição e correspondentes dispositivos em Constituições anteriores tenham consagrado exclusivamente a responsabilidade objetiva”.⁷

Explica que, no direito francês, o instituto da responsabilidade do Estado foi concebido para afirmar o conceito de serviço público e o caráter específico da responsabilidade do Estado na sua prestação, com o intuito de justificar a autonomia da jurisdição administrativa. Após conquistado esse objetivo, a doutrina e jurisprudência francesas evoluíram no sentido de aplicar com parcimônia a teoria do risco e refrear a utilização da responsabilidade objetiva, o que não teria acontecido no direito administrativo brasileiro:

Passada essa fase, a questão, na França, parece ter voltado ao leito normal, mas no Brasil, sem se dar conta disso, a responsabilidade objetiva como característica peculiar da responsabilidade estatal continuou transformada num dogma, em relação ao qual a divergência é considerada sintoma da falta de conhecimento elementar do direito administrativo, que – diz-se – tem na responsabilidade objetiva da Administração, na prestação de serviços públicos, o mais significativo índice de sua autonomia disciplinar.⁸

O autor compara ainda o instituto da responsabilidade civil com as demais relações entre Estado e administrado: enquanto nos capítulos dos atos administrativos, dos contratos administrativos, do serviço público, da intervenção na propriedade privada, entre outros, o Estado se coloca em posição de supremacia ou verticalidade, com presunção de legitimidade dos seus atos, na responsabilidade civil a situação se inverte, e o Estado

⁷ Ibidem, p. 427.

⁸ Ibidem, p. 428.

ocupa posição quase subalterna, tendo que provar o contrário do que é sustentado pela suposta vítima para se eximir da responsabilidade. Diante disso, questiona:

Por que essa diferença de tratamento, nas duas situações? Num momento, a Administração é vertical, é superior, trata com *administrados*, seus atos são presumivelmente legítimos, e, no outro, nivela-se ou coloca-se até em posição inferior àquele que demanda contra o Estado.⁹

Refletindo sobre essas ponderações, conclui que a responsabilidade objetiva, com a amplitude que lhe tem sido dada no direito brasileiro, atende tanto aos imperativos da justiça quanto à ideologia liberal (e neoliberal), na medida em que se apresenta como instituto legitimador do Estado autoritário, separado da sociedade, do Estado que é um “mal necessário”, tolerado pelo indivíduo apenas em nome da convivência social: aquele que tudo pode, inclusive lesar o particular, e, em contrapartida, a tudo responde.

Tal interpretação, afirma, merece ser repensada, adaptando-se à concepção de que o Estado é a própria sociedade institucionalizada:

Por que digo que deve ser repensada essa situação? Primeiramente, porque ingressamos numa nova visão de Estado. Aquela visão de Estado separado da sociedade (alimentada pela concepção de Estado como pessoa jurídica e pelo sistema representativo), de Estado distante do cidadão (súdito, na verdade), de Estado *mal necessário*, vem mudando. Defende-se a cada dia e com mais veemência a idéia de democracia direta, em face da crise do sistema representativo. (...) Ora, na medida em que muda a visão de Estado separado da sociedade, de Estado perigoso, de Estado *mal necessário*, para a de Estado que é a própria sociedade politicamente organizada, há reflexos na concepção de sua responsabilidade. Passa-se a entender que a indenização não é paga por um ente distante, lá do alto (como uma divindade), alheio, mas pelo próprio cidadão. Com isto, reafirma-se a idéia de que à suposta vítima cabe o ônus de provar em detalhes o dano e sua causa atribuída ao Estado.¹⁰

⁹ Transcrição de voto-vogal proferido pelo autor, desembargador federal, na Ação Rescisória 2001.01.00.134207-6/DF. *Ibidem*. p. 430/433.

¹⁰ *Idem*.

Essa mudança de paradigma, com a alteração da estrutura de poder do Estado – de hierárquica, autoritária e piramidal para uma estrutura horizontal, processual e participativa – recomendaria, portanto, comedimento na utilização do critério objetivo da responsabilidade extracontratual da Administração.

Entretanto, na interpretação que tem prevalecido na doutrina, verifica-se que o temperamento para a responsabilidade objetiva não reside nos elementos adequados. Vejamos a seguir a relação dependente e conflituosa que se faz entre ato lícito e dano injusto, concebida para validar a responsabilidade por ato lícito da Administração.

Responsabilidade por ato lícito e dano injusto

No direito privado, as hipóteses de indenização por ato lícito são excepcionais, e devem estar previstas expressamente em lei, dado o seu caráter extraordinário. Para o Estado, no entanto, não se costuma entender da mesma forma.

Fundada na posição superior que o Estado ocupa em relação aos administrados, a doutrina faz distinção entre o instituto da responsabilidade, que implica o ressarcimento do dano injusto causado ao particular, e o instituto da indenização, resultante de sacrifício legitimamente imputado a direito do particular, por força de faculdade exercida pelo poder público.¹¹

Assim, a responsabilidade do Estado não se confunde com a obrigação, a cargo do poder público, de indenizar os particulares pelo legítimo exercício do poder de investir diretamente contra direito de terceiros e de sacrificar-lhes os interesses privados, poder do qual é exemplo a desapropriação. Não há responsabilidade propriamente dita quando o Estado pratica ato “cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre direito de outrem”.¹²

¹¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

¹² MELLO, op. cit., p. 873.

O instituto da indenização, portanto, está relacionado com a prática de ato lícito pela administração, com a faculdade atribuída ao poder público e prevista no ordenamento de sacrificar direitos de particulares em nome do interesse público.

Mas essa dicotomia entre indenização e responsabilidade não afasta a possibilidade de responsabilização do Estado pela prática de ato lícito. A invasão da esfera juridicamente protegida dos particulares, embora resulte de ato lícito, por vezes se mostra ilegítima. Aí, haverá responsabilidade estatal por ato lícito, e não mera indenização. É o que entende Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem há responsabilidade por atos lícitos quando o poder deferido ao Estado, embora legitimamente exercido, acarrete indiretamente a lesão a direito alheio, como é o caso de nivelamento de rua que resulta em desnível de algumas casas. O conteúdo próprio do ato não é o sacrifício de direito alheio, mas, por atingi-lo reflexamente, como simples resultado ou sequela de ação legítima, implica responsabilidade estatal.¹³

Assim, questiona-se: se o Estado tem o dever de indenizar por danos causados por atividade tanto ilícita quanto lícita, o que o impede de ser responsabilizado por todo e qualquer ato? Qual a peculiaridade da responsabilidade por ato lícito da Administração?

O traço distintivo da responsabilidade por ato lícito da Administração Pública residiria não na conduta administrativa, mas na qualificação do dano por ela causado. Assim explica Celso Antônio Bandeira de Mello: “No caso de comportamentos comissivos, a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (lícita ou ilícita), mas pela qualificação da lesão sofrida”.¹⁴

Yussef Cahali acompanha o entendimento doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Mello e defende que a responsabilidade do Estado pode resultar de atos comissivos lícitos que causem dano injusto:

¹³ *Idem.*

¹⁴ **MELLO**, *op. cit.*, p. 880.

Tradicionalmente, tal responsabilidade compreende a reparação dos danos causados pelos atos ilícitos, não abrangendo, desse modo, a indenização devida em decorrência de atividade legítima do Poder Público, como sucede nos casos de desapropriação, de requisição, de execução compulsória de medidas sanitárias, embora seja certo que, atualmente, aquela responsabilidade desfrute de maior amplitude, para compreender também os danos injustos causados por uma atividade lícita da Administração.¹⁵

Assim, seria ressarcível apenas o dano que se mostre especial, anormal e ofensivo a direito ou interesse legitimamente protegido. A intenção é impedir que o ressarcimento possa abranger bens oriundos de comportamentos reprováveis ou interesses não protegidos pelo ordenamento.

Dessa forma, não é todo e qualquer dano relacionável a comportamento comissivo ou omissivo do Estado que dá azo à indenização. O dano causado por atividade da Administração Pública deve ser certo e real, além de corresponder a uma lesão a direito subjetivo da vítima. Assim entende Bandeira de Mello:

Logo, o dano assim considerado pelo Direito, o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de sujeito.¹⁶

Seguindo a lição de Weida Zancaner, assevera Cahali¹⁷ que as características dos danos ressarcíveis são distintas para os danos provenientes de atividades lícitas e os provenientes de atividade ilícita. Os danos decorrentes de atividade ilícita são indenizáveis desde que sejam certos (e não possíveis ou eventuais) e que atinjam situação jurídica suscetível de configurar um direito. Quando a atividade do poder público é lícita, o dano deve – além de reunir aquelas características – ser **especial**,

¹⁵ CAHALI, op. cit., p. 13.

¹⁶ MELLO, op. cit., p. 879.

¹⁷ CAHALI, op. cit., p. 68.

ou seja, relativo a uma pessoa ou um grupo de pessoas, e não à coletividade, onerando a situação particular de um ou alguns indivíduos, e não sobre a generalidade das pessoas; e **anormal**, ou seja, deve exceder os incômodos ordinários da vida em sociedade, superando os meros agravos patrimoniais moderados e inerentes às condições de convívio social.

É o que também ensina Bandeira de Mello: “A configuração do dano reparável na hipótese de *comportamentos estatais lícitos* requer que, ademais da certeza do dano e da lesão a um direito, cumulem-se as seguintes duas outras características: *especialidade e anormalidade*”.¹⁸

Em resumo: os danos causados por atividade ilícita da Administração devem ser certos e violar direito do lesado, enquanto os danos causados por atividade lícita devem, ainda, ser especiais e anormais.

A justificativa para tanto é explicada por Yussef Cahali:

É que não há, em tais casos, um *ato ilícito* a ser reparado; a atividade do Estado é juridicamente perfeita, representando forma regular de restrição administrativa ao direito do particular; a causa determinante da indenização não se equipara àquela que legitima a reparação do dano resultante do emprego anômalo, deficiente ou abusivo dos poderes da Administração.¹⁹

Para os referidos autores, portanto, admite-se a responsabilidade civil da Administração para reparação de dano (certo e não eventual) causado pela prática de ato ilícito e de dano injusto (especial e anormal) causado por ato lícito.

No entanto, o problema dessa formulação, como admite o próprio Yussef Cahali, é que a aferição da excepcionalidade e da anormalidade do dano se mostra deveras subjetiva, dependendo da análise valorativa do julgador:

Se o conceito de “dano singular e não universal” pode ser deduzido de *circunstâncias objetivas*, no que afeta uma pessoa ou um determinado grupo numeroso de pessoas,

¹⁸ MELLO, op. cit., p. 881.

¹⁹ CAHALI, op. cit., p. 69.

já o mesmo não pode ser referido quanto à “excepcionalidade ou anormalidade do dano”, pois aqui se faz presente certa carga de sensibilidade do julgador na aferição valorativa dos incômodos e prejuízos causados a certos particulares com a obra pública realizada a benefício de toda uma coletividade.²⁰

Ora, se a evolução do instituto da responsabilidade civil se deu justamente no sentido de eliminar o subjetivismo dos seus pressupostos, por que mantê-lo no tocante à qualificação do dano? Aqui cabe uma reflexão acerca desses elementos do dano, que nos conduz a uma revisão das características da conduta administrativa.

A doutrina que defende a responsabilidade por ato lícito a fundamenta no princípio da igualdade e no postulado do Estado de Direito, argumentando que é necessário garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos.²¹

Mas a quem cabe determinar se o dano é justo ou injusto, se não há regras objetivas para tanto? Entende-se que melhor garantia para o administrado é a **qualificação do ato** praticado pela Administração e não do dano por ele suportado, pois não há critérios objetivos e seguros, previstos em lei, que possam determinar a “justiça” – ou, mais propriamente, a justeza – do dano.

A ilicitude da conduta do agente público, ao contrário, é determinável mediante critério objetivo: a desobediência à própria lei. Não é demais lembrar que toda conduta administrativa é vinculada – mesmo os atos discricionários possuem certo grau de vinculação à lei, que aponta as condutas possíveis a serem escolhidas pelo administrador conforme sua oportunidade e conveniência. No conceito de ato ilícito estaria incluída, além da conduta contrária ao direito, a figura do abuso do direito, como

²⁰ Ibidem, p. 70.

²¹ MELLO, op. cit., p. 866.

aponta Alice Gonzales Borges, em estudo acerca dos reflexos do Código Civil de 2002 na responsabilidade civil do Estado.²²

Ora, se a responsabilidade civil é instituto da teoria geral do direito, seus pressupostos são comuns no direito público e no direito privado. Assim deveria ser com o ato ilícito. Os casos de indenização por ato lícito são excepcionais e devem estar previstos expressamente, como é o caso de desapropriação e servidão administrativa. Não há, nisso, retrocesso na teoria da responsabilidade do Estado.

Compartilhamos, nesse ponto, do entendimento de Marçal Justen Filho, que aponta a antijuridicidade como elemento indispensável à responsabilização civil do Estado. Para o autor, a responsabilidade somente se configura quando há conduta antijurídica imputável ao Estado, já que a teoria objetiva causalista se mostra insuficiente para fundamentar a responsabilidade civil.²³ Assevera que mesmo os defensores de concepções objetivistas chegam a concordar com a insuficiência da mera relação de causalidade entre conduta estatal e a consumação do dano, especialmente quando há conduta omissiva, o que gera a necessidade de adotar concepções distintas para a responsabilidade por ação e omissão.

Diante disso, afirma: “Adota-se o entendimento de que, ressalvadas hipóteses em que houver solução legislativa explícita diversa, somente é possível responsabilizar o Estado quando a ação ou omissão a ele imputável for *antijurídica*”.²⁴ Adiante, explicita: “Não se admite que um ato jurídico conforme ao direito, praticado pelo Estado de modo regular e perfeito, acarrete sua responsabilização civil – exceto quando essa for a opção explícita de uma lei”.²⁵

²² BORGES, Alice Gonzales. A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de direito público. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 23.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 230.

²⁴ *Ibidem*, p. 232.

²⁵ *Idem*.

O autor sustenta ser mais apropriado aludir a uma “objetivação da culpa” para a identificação da ilicitude estatal, consistente não apenas na infração aos limites das competências legais, mas também na violação a dever objetivo de cuidado, ou seja, na inobservância às cautelas necessárias para evitar dano aos interesses legítimos de terceiros.

Quando o Estado infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprovabilidade quanto à sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadora do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consistente na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir.²⁶

Assim, para o autor não se deve eliminar o elemento volitivo da equação da responsabilidade, mas deslocar a questão do ânimo e da vontade psíquica do agente público para a conduta objetivamente praticada, eliminando, com isso, a dificuldade que tem a vítima de provar a culpa do agente, constantemente apontada pelos doutrinadores. Isso porque a culpabilidade, aqui, é perquirida e demonstrada de forma objetiva, a partir do dever específico e especial de diligência imposto ao agente público, consistente na previsão das consequências da sua conduta e na adoção das providências para evitar danos a terceiros.

A doutrina que defende a antijuridicidade como elemento indispensável da responsabilidade civil explica, por exemplo, por que não há responsabilidade civil do Estado pela persecução penal, se há nexo de causalidade entre ato lícito e dano suportado pelo investigado criminalmente. O Superior Tribunal de Justiça, no caso citado abaixo, entendeu que a prisão preventiva devidamente fundamentada e nos limites legais não enseja responsabilidade civil do Estado, dando indícios do reconhecimento do ato ilícito como pressuposto da responsabilidade estatal:

²⁶ Idem.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – NECESSIDADE DE CONSTATAÇÃO DA ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL – REEXAME DE PROVAS – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO – INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL.

1. Esta Corte tem firmado o entendimento de que a prisão preventiva, devidamente fundamentada e nos limites legais, inclusive temporal, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas. Precedentes.
 2. Na mesma linha, tem decidido que avaliar se a prisão preventiva caracterizou erro judiciário enseja reexame de provas, sendo inviável em recurso especial (Súmula 7/STJ). Precedentes.
 3. Ausente o cotejo analítico e não demonstrada similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma, não se conhece do recurso especial pela alínea “c”.
 4. Recurso especial não conhecido.
- (Superior Tribunal de Justiça, REsp 911.641/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 25/05/2009)

Se assim não o fosse, estaria configurada a responsabilidade civil do Estado no caso, tendo em vista a causalidade entre a conduta administrativa lícita e o dano injusto causado ao particular. Como se vê, não são só as hipóteses excludentes de causalidade – caso fortuito, força maior, fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima – afastam a responsabilidade, devendo ser considerada também a licitude da conduta administrativa. Assim, entende-se que o ato ilícito é, também, pressuposto da responsabilidade do Estado, não obstante as vozes em contrário.

Cita-se, ainda exemplificativamente, decisão proferida na Apelação Cível nº 549180-1, do Tribunal de Justiça do Paraná, na qual foi invocada a responsabilidade civil objetiva do Estado para se obter indenização por dano moral. A solução dada ao caso pelo Tribunal investigou corretamente os pressupostos da responsabilidade civil, análise que deve anteceder a própria discussão entre responsabilidade subjetiva ou objetiva e suas excludentes.

O apelante, policial militar, alegou ter sido submetido a situação constrangedora e humilhante por superior hierárquico, o qual determinou que ele, devido a atraso para se juntar à tropa em função da execução de

serviço de limpeza, cantasse, perante os demais militares em formação, o Hino da Independência.

Sustentou a responsabilidade objetiva do Estado pelo ato praticado pelo agente público e a existência de dano moral consistente na punição do superior hierárquico, pugnando pela inversão do ônus da prova. Assim, caberia ao Estado provar a existência de uma das excludentes para se eximir da responsabilidade.

Pelos referidos argumentos, inexistindo caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o Estado seria condenado a indenizá-lo nesse caso, por ser objetiva a sua responsabilidade. Com essa formulação, teria o Estado que provar, por exemplo, que a culpa pelo atraso para retornar à tropa foi exclusiva do policial militar para se eximir da responsabilidade.

No entanto, o Tribunal de Justiça local, acertadamente, não analisou a questão do ponto de vista da teoria aplicável e da prova produzida pelo ente público e sim, sob a óptica dos próprios pressupostos da responsabilidade, que se antepõe à discussão entre responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Considerou o Tribunal que não havia conduta censurável por parte do superior hierárquico, que aplicou a sanção com observância aos princípios da imediatidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a manter incólume a disciplina perante seus comandados. Ademais, entendeu que a punição não representou ofensa à honra subjetiva do apelante, existindo apenas mero dissabor, que não extrapola a naturalidade dos fatos da vida e que não pode ser alçado ao patamar de dano moral. Em conclusão: não houve ato ilícito nem dano. Assim, foi mantida a decisão de primeira instância.

Também nesse caso, vê-se que a questão pode ser resolvida em discussão anterior à teoria aplicável. Analisou-se, antes de tudo, se houve responsabilidade.

A omissão ilícita

É conhecido o debate na doutrina de direito administrativo acerca da responsabilidade civil do Estado por omissão. Os doutrinadores dividem-se entre os que entendem ser hipótese de responsabilidade subjetiva, ressalvada da teoria objetiva prevista no art. 37, §6º da Constituição Federal, e os que defendem a aplicação da teoria objetiva tanto para os atos comissivos quanto para os omissivos.

De um lado, a doutrina capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a responsabilidade do Estado, no caso de conduta omissiva, é subjetiva, ou seja, depende da demonstração de dolo ou culpa do agente público. Afirma o autor que a responsabilidade por omissão somente se justifica se houver dever legal do Estado de impedir a ocorrência do resultado danoso, o que implica dizer que a existência da responsabilidade nesse caso depende de comportamento contrário ao direito, ou seja, de omissão ilícita. E, por conseguinte, é responsabilidade subjetiva:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo. (...) Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*.²⁷

Para o renomado autor, ao contrário do que se passa com a responsabilidade do Estado por comportamentos comissivos, na responsabilidade por comportamentos omissivos a questão deve ser examinada sob o ponto de vista do causador do dano, e não do pretendo lesado.²⁸ São os caracteres da omissão estatal que indicarão se há ou não

²⁷ MELLO, op.cit., p. 871-872.

²⁸ Ibidem. p. 874-875.

responsabilidade, e não a situação do lesado em sua esfera juridicamente protegida, porque o dano é resultante de comportamento unilateral, não de obra do Estado.

Destarte, só caberia responsabilizar o Estado pelo seu comportamento omissivo se esse é censurado pelo Direito, ou seja, se a omissão é comportamento ilícito. Fora daí, a responsabilidade será de outrem: do próprio agente do dano. Assim, verifica-se que novamente o autor correlaciona a responsabilidade subjetiva com o ato ilícito.

Doutro lado, há quem defenda a aplicação da teoria objetiva da responsabilidade tanto para atos comissivos quanto para conduta omissiva, ao fundamento de que o §6º do artigo 37, da Constituição Federal não faz qualquer distinção a esse respeito.

Gandini e Salomão, em breve apanhado, identificam como majoritária a corrente doutrinária que entende ser objetiva a responsabilidade do Estado na conduta omissiva, à qual aderem.²⁹ Argumentam que a Constituição Federal, ao tratar da responsabilidade civil do Estado, adotando a teoria objetiva, não diferenciou as condutas que poderiam configurá-la, quando poderia perfeitamente fazê-lo. Assim, o vocábulo “causarem”, do já aludido dispositivo constitucional, deve ser lido como “causarem por ação ou omissão”.

Para os autores, é inconcebível que tenha o constituinte regredido justamente nessa questão, quando em outras demonstrou inegável avanço, como fez ao estender às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público o tratamento dado à responsabilidade dos entes estatais.

Assim expressam o inconformismo com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ora, por que, então, no que tange à conduta do agente, aquele [o constituinte] teria recuado quase um século, para, a par da responsabilidade objetiva, fixada

²⁹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti, SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 232, p. 199-230, abr./jun. 2003. p. 215.

para a conduta comissiva, estatuir a responsabilidade subjetiva em caso de conduta omissiva?

O que se pretendeu com toda a evolução da responsabilidade do Estado foi exatamente evitar que o lesado tivesse de provar a culpa do agente, nem sempre – e quase nunca – um exercício fácil. Por que o legislador, cômico dessa evolução, teria marchado em ré?³⁰

Criticam, ainda, a afirmação do autor de que a questão deve ser analisada sob o ponto de vista da Administração e não do lesado, como deve ser na responsabilidade por conduta comissiva. Rebatem o argumento afirmando que vários fatores devem ser considerados na análise, sem preponderância de qualquer deles.³¹

Por fim, concluem que a evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado sempre se orientou no sentido da sua objetivação, afastando-se da culpa e aproximando-se do risco, sendo incabível, por isso, falar em responsabilidade subjetiva após a Constituição de 1946, ainda que seja na hipótese de omissão administrativa.

Compartilha desse entendimento Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, para quem inexistente qualquer fundamento para se afirmar a subsistência da responsabilidade subjetiva no ordenamento brasileiro, tendo em vista a revogação do já citado art. 15 do Código Civil de 1916 pelo art. 194 da Constituição de 1946. Entende o autor que a intenção do constituinte de 1946 foi extirpar do ordenamento jurídico brasileiro a teoria subjetiva da responsabilidade do ente público, mantendo-a apenas na relação entre este e o agente público em possível ação de regresso:

Com efeito, esta parece ter sido a real intenção do legislador constituinte de 1946, no que se seguiram os de 1967, 1969 e 1988, vale dizer, eliminar, de vez, a teoria subjetiva da responsabilidade do Estado, simplificando sobremaneira a lide a ser enfrentada pela vítima, a qual já não mais precisa demonstrar a ocorrência de culpa, ainda que anônima, na atuação omissiva ou comissiva do Estado. O elemento culpa

³⁰ *Ibidem*, p. 219.

³¹ *Ibidem*, p. 221.

só irá interessar na relação Administração *versus* agente, para efeito de eventual direito de regresso.³²

Entre essas duas vertentes doutrinárias, há ainda aqueles que defendem solução intermediária para a controvérsia.

Entre esses está Sérgio Cavalieri Filho, que oferece temperamentos à doutrina da responsabilidade subjetiva. Defende o civilista que, para definir a teoria aplicável, é preciso distinguir omissão genérica de omissão específica, sendo específica a omissão quando o próprio Estado cria a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo.³³

Para o autor, se a omissão é genérica, ou seja, se não há dever estatal de impedir o resultado, aí será subjetiva a responsabilidade do Estado. No caso de omissão específica, ou seja, quando o ente público tem o dever específico e individualizado de agir, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva, consagrada no art. 37, §6º da Constituição Federal.

Tal interpretação se mostra mais adequada por deslocar a questão para a análise dos pressupostos da responsabilidade civil. Na omissão específica, o não agir estatal propicia diretamente a ocorrência do evento danoso, sendo diretamente violador de norma que determina a ação. Na omissão genérica, a omissão do Estado não é decisiva para a lesão, que é imputável também à ação de terceiro.

Assim, a relação de causalidade entre a omissão ilícita e o dano causado seria determinante para a configuração da responsabilidade. O autor exemplifica:

Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser

³² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juares (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 54.

³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. op. cit., p. 240.

responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve seu veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.³⁴

É possível também fazer uma correlação entre a análise da omissão em genérica ou específica com o duplo aspecto da ilicitude apresentado pelo autor no início da obra.³⁵ Quando há omissão específica, o conceito de ato ilícito é aquele *em sentido amplo*, é o conceito que indica apenas a ilicitude do ato, a conduta antijurídica, contrária ao direito. Na omissão genérica, deve-se considerar o ato ilícito em seu *sentido estrito*, o ato ilícito é aquele previsto no art. 186 do Código Civil: é o ato praticado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.

Por essa razão é que se diz que a responsabilidade por omissão genérica do Estado é subjetiva: porque é pressuposto da responsabilidade o ato ilícito em sentido estrito, que demanda a perquirição da culpa do agente público omissor. O mesmo não ocorre com a hipótese de omissão específica. Nesse caso, o ato ilícito deve ser compreendido de forma ampla, como a violação a dever jurídico preexistente e a responsabilidade estatal é objetiva. Dessa forma, se a inércia administrativa viola dever específico de impedir o resultado e se é a causa direta e imediata da ocorrência do evento danoso, o Estado deve ser responsabilizado.

Também Marçal Justen Filho distingue as hipóteses de omissão estatal para definir a responsabilidade por omissão. No entanto, define a teoria objetiva da responsabilidade a partir de uma “objetivação da culpabilidade”, e não da completa eliminação desse elemento subjetivo.³⁶ A objetivação da culpabilidade consiste na imposição do chamado “dever de diligência

³⁴ Idem.

³⁵ Ibidem, p. 32.

³⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 233.

especial”, imputável ao agente público, que determina a adoção de todas as cautelas necessárias a impedir a ocorrência do evento danoso.

Pretende o autor, com essa tese, unificar o tratamento da responsabilidade por atos comissivos e omissivos, reconhecendo a presença de um elemento subjetivo – que seria esse dever de diligência especial – em ambas as hipóteses, mas com diferentes nuances em cada uma delas.

Na atuação comissiva, o dever de diligência impõe a adoção de cautelas necessárias a evitar a produção do resultado danoso. Ocorrendo o dano, presume-se que o elemento subjetivo é defeituoso, ou seja, o agente produziu o dano porque houve um defeito na formação de sua vontade de impedi-lo.³⁷

Já na omissão, diferenciam-se duas hipóteses: ou a norma jurídica prevê o dever de atuação e a omissão constitui infração direta à norma, o chamado “ilícito omissivo próprio”, ou a norma proscree o resultado danoso, que se consuma com a ausência das cautelas necessárias, caso em que se denomina o ilícito de “ilícito omissivo impróprio”.

A análise dos pressupostos para a configuração da responsabilidade é assim feita:

Se existiam elementos fáticos indicativos do risco de consumação de um dano, se a adoção de providências necessárias e suficientes para impedir esse dano era da competência do agente, se o atendimento ao dever de diligência teria conduzido ao impedimento da adoção das condutas aptas a gerar o dano – então, estão presentes os pressupostos da responsabilização civil.³⁸

Assim, distanciando-se da doutrina majoritária, o autor admite a responsabilidade do Estado mesmo quando não há um dever individualizado de agir, mas o agir é o próprio meio para evitar a consumação do resultado danoso. Nesse caso, é preciso que a omissão seja juridicamente reprovável, que consista na infração a um dever de diligência.

³⁷ Ibidem, p. 234.

³⁸ Ibidem, p. 235.

Portanto, o tratamento jurídico dos atos omissivos e comissivos é único e equivalente. A responsabilização civil dependerá da infração a um dever jurídico de diligência. Essa infração se presumirá reprovável, uma vez que o dever jurídico de diligência, imposto ao Estado, importa a objetivação do elemento subjetivo da conduta. O agente tem o dever funcional de conhecer seus deveres, de prever as consequências da infração a elas e de arcar com as consequências. A infração a esse dever importa elemento subjetivo reprovável.³⁹

Vê-se, assim, que os autores propõem soluções intermediárias, que nos parecem mais aceitáveis do que simplesmente aplicar a teoria objetiva para toda e qualquer omissão estatal. De fato, como a doutrina hoje majoritária, não vislumbramos a intenção do constituinte de manter a responsabilidade subjetiva no ordenamento e de tratar diferentemente a responsabilidade civil por omissão. A nosso ver, não há que se falar em culpa da Administração, mas em ilicitude da omissão estatal. Se a omissão viola dever jurídico específico de impedir a ocorrência do resultado danoso, há aí ato ilícito. E se esta omissão causar dano a outrem, o dano deverá ser indenizado.

Por outro lado, não vemos como aplicar essa teoria de maneira ampla e irrestrita sem resultar em injustiça para o ente público e, por conseguinte, para toda a coletividade. A ponderação à teoria objetiva, portanto, residiria na adequada delimitação dos pressupostos da responsabilidade civil. O reconhecimento da antijuridicidade do ato como pressuposto da responsabilidade objetiva do Estado, assim, propicia o atendimento aos postulados do Estado Democrático de Direito, pois garante ao administrado a reparação independente de culpa do agente da Administração, ao mesmo tempo em que previne as injustiças que a aplicação irrestrita da teoria objetiva pode causar ao ente público e, por conseguinte, à própria sociedade que visa proteger.

³⁹ Ibidem, p. 236.

Conclusão

Considerando tudo o que foi exposto, apresentamos as seguintes conclusões:

1. O instituto da responsabilidade civil do Estado evoluiu desde a teoria da irresponsabilidade até a responsabilidade objetiva, seguindo uma tendência de ampliação das hipóteses de ressarcimento do dano, de modo que toda e qualquer lesão causada pelo poder público deve ser indenizada.

2. O prosseguimento dessa linha evolutiva sem a adequada delimitação dos pressupostos da responsabilidade civil pode vir a validar um extremo indesejável: o da responsabilidade irrestrita e integral ou da presunção de responsabilidade.

3. O fato de ser objetiva a responsabilidade do Estado não elimina a necessidade de demonstração dos seus pressupostos gerais, somente dispensa a prova da culpa da Administração. Assim, propõe-se uma análise da responsabilidade civil do Estado à luz dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, especialmente do ato ilícito.

4. A verificação da responsabilidade deve partir de critérios objetivos, como a antijuridicidade do ato praticado pela Administração, sendo rejeitada a teoria que analisa a qualificação do dano suportado pelo administrado como dano injusto, pois não há critérios objetivos e seguros, previstos em lei, que possam determinar a justeza do dano.

5. Também na omissão estatal é preciso verificar se há ilicitude para se falar em responsabilidade. Se a omissão viola dever jurídico preexistente e específico de impedir a ocorrência do resultado danoso, há aí ato ilícito. E se esta omissão causar dano a outrem, o dano deverá ser indenizado.

6. A responsabilidade civil do Estado não se afasta dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, que é instituto da teoria geral do direito, e, por isso, o ato ilícito é elemento indispensável à sua configuração, mesmo sendo objetiva a responsabilidade.

Referências

- BORGES, Alice Gonzales. A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de direito público. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-36.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti, SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 199-230, abr/jun 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 226-248.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37-69.
- MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

Legitimidade da Pessoa Física no Processo Coletivo

Daniela Amaral dos Reis¹

RESUMO: A tutela dos direitos supraindividuais sofre novos desafios. Suas peculiaridades exigem adaptações nos institutos tradicionais do processo civil, como no da legitimação. Nos processos coletivos, esta é mais aberta, na medida em que é dado a um porta-voz falar em juízo em nome dos interesses de um grupo, categoria ou coletividade. Isso abre margem a possíveis abusos que podem representar empecilhos a uma tutela satisfatória desses direitos. Grande parte da doutrina aponta a proposta da ampliação do rol de legitimados das ações coletivas, incluindo a pessoa física, com concomitante controle *ope judicis* da representatividade adequada, como uma medida capaz de ampliar o acesso à justiça aos interesses transindividuais. O objetivo deste trabalho é expor esses argumentos doutrinários e analisar em que medida eles podem realmente concorrer para que o processo coletivo atinja, em sua plenitude, todos os seus fins.

PALAVRAS-CHAVE: Processo coletivo. Legitimidade. Representatividade adequada. Acesso à justiça.

Introdução

O Brasil, entre os países de *civil law*, foi um dos pioneiros na criação e implementação dos processos coletivos, como lembra a professora Ada Pellegrini Grinover.² Foram vários os diplomas criados a partir da reforma

¹ Mestre em Filosofia Política pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Advogada. Professora da Faculdade de Direito de Sorocaba. Professora da Graduação e da Pós-Graduação da ESAMC Sorocaba

² GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 11.

de 1977 da Lei da Ação Popular, esta última responsável pela legitimação do cidadão a defender em juízo os direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental. Depois disso, veio a Lei nº 6.938/81, que conferiu a titularidade do Ministério Público para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil. No entanto, foi com a criação da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), seguida das inovações trazidas pela Constituição de 1988, que houve a universalização da proteção coletiva dos interesses metaindividuais, permitindo que qualquer interesse difuso e coletivo fosse tutelado. Finalmente, veio o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), que garantiu a defesa dos chamados interesses individuais homogêneos e passou a constituir, juntamente com a Lei nº 7.347/85, um microssistema de processos coletivos.

As criações legislativas brasileiras surgiram para satisfazer a necessidade de se garantir acesso à justiça a interesses transindividuais, isto é, a direitos “que pertencem a todos e, ao mesmo tempo, a ninguém”.³ Essa necessidade já havia sido apontada por Mauro Cappelletti – um dos maiores estudiosos da questão do acesso à justiça – que, ao estudar o tema, havia identificado três pontos sensíveis. Entre eles, estava o da tutela dos interesses difusos, permitindo que os grandes conflitos de massa fossem levados aos tribunais.

Já se passaram mais de vinte anos da aplicação desse arcabouço jurídico e novos desafios trazem à tona a necessidade de repensá-lo. Problemas como desestrutura do judiciário “no desempenho da sua função política que lhe foi transferida pelo julgamento das demandas coletivas”,⁴ excesso de processos, que geram julgamentos tardios e ineficazes, desequilíbrio entre as partes na relação processual, má condução e, muitas vezes, gerenciamento ineficiente do processo coletivo impedem que o processo realize sua principal finalidade, a saber, a efetividade. Esta consiste

³ COSTA, Susana Henriques da. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro**, p. 1.

⁴ Idem, p. 1.

na possibilidade de o processo ser um instrumento apto a alcançar “os melhores resultados, tendo em vista os recursos disponíveis (técnicas processuais) e os objetivos do sistema (escopos do processo)”.⁵

A fim de colaborar com o aperfeiçoamento da tutela dos interesses supraindividuais no Brasil, a doutrina vem apresentando várias propostas. Uma delas consiste na ampliação do rol dos legitimados às ações coletivas em geral, incluindo entre eles a pessoa física, com concomitante avaliação *ope judicis* da “representatividade adequada”.

No intuito de estudar essa proposta, o presente artigo dividir-se-á em quatro partes, seguidas da conclusão. Na primeira delas, tratar-se-á do sistema brasileiro atual que regula a legitimidade nas ações coletivas. Na sequência, serão apresentados os principais argumentos contrários à legitimação da pessoa física às demandas coletivas. Depois, serão expostos os argumentos mais relevantes a favor da legitimação do indivíduo. Por fim, mostrar-se-ão as principais propostas da doutrina que conjugam inclusão da pessoa física ao rol de legitimados das ações coletivas e a necessidade de se controlar a sua atuação pelo juiz, no caso concreto.

Enfim, pretende-se mostrar que a proposta de legitimar o indivíduo às ações coletivas e munir o juiz de amplo poder de controlar sua atuação nas demandas pode ser uma via que colabore com o aprimoramento do acesso à justiça dos interesses coletivos *lato sensu*.

Legitimidade às ações coletivas brasileiras – sistema atual

No ordenamento jurídico pátrio não há plena liberdade para se escolher quem figurará no polo ativo das demandas coletivas. O legislador optou por preestabelecer os legitimados ativos.

No tocante à legitimação, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor integram-se. O rol de legitimados é

⁵ COSTA, Susana Henriques da. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro**, p. 17.

praticamente o mesmo, tendo este último diploma acrescentado àquele apenas os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica.⁶

Conjugando os artigos 5º da Lei nº 7.347/85 (com a nova redação dada pela Lei nº 11.448/07) e 82 da Lei nº 8.078/90, são legitimados para propor a ação civil pública principal e a cautelar: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; d) a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e) as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Como se pode ver, a legitimação é concedida a vários entes. Ao contrário da concepção tradicional – fundada no processo civil individualista –, a legitimação não é exclusiva, mas concorrente. Em outras palavras, qualquer legitimado pode propor a ação. Além disso, ela é disjuntiva, isto é, não há necessidade de participação de todos os entes em conjunto no polo ativo da ação. O litisconsórcio é possível, porém não obrigatório. Assim sendo, a atuação de um legitimado independe do concurso de outro.⁷

Posteriormente à Lei da Ação Civil Pública foram editadas outras normas para aperfeiçoar a tutela coletiva de direitos. Entre elas tem-se a Lei nº 7.853/89, que tratou da defesa das pessoas portadoras de deficiência; a Lei nº 7.913/89, que tratou da defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários; posteriormente, a Lei nº 8.069/90, ou “Estatuto da

⁶ Código de Defesa do Consumidor, artigo 82, inciso III.

⁷ Ricardo de Barros Leonel. **Manual do processo coletivo**, p.162.

Criança e do Adolescente”; a Lei nº 8.078/90, o “Código de Defesa do Consumidor”; e a Lei nº 8.492/92, denominada “Lei da Improbidade Administrativa”.

Apesar dessas ampliações, em nenhuma dessas leis há previsão da legitimidade da pessoa física para as ações coletivas.

O único diploma que legitima o indivíduo a agir em juízo em nome de interesses supraindividuais é a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65).⁸ Mesmo assim, não é qualquer pessoa física que pode fazê-lo, mas apenas o cidadão. O artigo 1º da lei exige que o autor seja cidadão, isto é, brasileiro no gozo de seus direitos políticos. E o seu § 3º acrescenta que a prova dessa condição deve ser feita por meio do título eleitoral.

O bem jurídico tutelado é o patrimônio público⁹ dos entes da Administração Pública direta e indireta, bem como de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público tenha concorrido com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Segundo a Lei nº 4.717/65, o objeto da ação é a anulação ou declaração de nulidade de atos que lesem o patrimônio público das pessoas acima citadas. Com a Constituição de 1988 houve ampliação desse rol. O artigo 5º, inciso LXXIII, da Carta estabeleceu a possibilidade de seu ajuizamento para anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de

⁸ Na realidade, em âmbito constitucional, a Ação Popular aparece pela primeira vez na Carta de 1934. Houve previsão deste instrumento em Constituições subseqüentes. No entanto, sua regulamentação só se deu com a Lei n.º 4.717 de 1965, que ainda está em vigor. Para saber mais sobre a história da Ação Popular no Brasil, vide Ricardo de Barros Leonel. **Manual do processo coletivo**, p.54 e seguintes.

⁹ O artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 4.717/65 esclarece o que se entende por patrimônio público: “consideram-se patrimônio público para fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

que o Estado participe, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural e à moralidade administrativa.

É importante ressaltar o caráter limitado¹⁰ da Ação Popular, pois não são quaisquer atos que podem ser atacados por esse instrumento, mas somente atos lesivos praticados pela Administração Pública. Desse modo, quando a lesão se dá por particular ou pessoa jurídica de direito privado, a Ação Popular não é o meio hábil à defesa do erário.

As limitações da lei não estão apenas no polo ativo e no objeto, mas também no interesse que pode ser protegido por esse instrumento. O patrimônio público de que trata a lei é interesse público secundário e, portanto, direito difuso. Os outros interesses elencados no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição são também difusos. O rol é taxativo e não permite que outros direitos transindividuais sejam defendidos pela Ação Popular.

Assim, embora a Lei nº 4.717/65 preveja o cidadão como parte legítima para propor Ação Popular, esse meio de atuação restringe-se a defender em juízo bens jurídicos específicos contra atos determinados. Tem, portanto, caráter restritivo.¹¹

Desse modo, pode-se concluir que a legitimidade ativa da pessoa física para as ações coletivas em geral encontra-se ausente em nosso ordenamento.

Argumentos contrários à legitimidade da pessoa física para as ações coletivas

A legitimação da pessoa física para ajuizar ações coletivas em geral ainda divide a opinião da doutrina. Alguns autores entendem que as pessoas jurídicas ou órgãos estatais dispõem de melhores condições para a defesa dos direitos metaindividuais em juízo do que o indivíduo isolado.

¹⁰ Idem, p. 116.

¹¹ LEONEL, Ricardo de Barros, **Manual do processo coletivo**, p. 116.

No artigo “Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil”, Cappelletti procura mostrar que, no caso de lesões a bens de natureza transindividual, o indivíduo lesado pessoalmente é o autor inadequado para defender em juízo toda a coletividade. Seja, como adverte Ada Pellegrini Grinover,¹² pelo próprio desconhecimento de seus direitos, seja, segundo Cappelletti, pela falta de hábito de defender em juízo interesses não tradicionais. Neste sentido, Cappelletti:

Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera (31). É difícil ‘mobilizar’ (32) as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais.¹³

Além disso, advertem os autores, o indivíduo, que age isoladamente, está em condições de desvantagem ante o autor das lesões que, em regra, é mais poderoso que ele.¹⁴ É por isso que a ação em grupo é muito mais vantajosa e eficaz. Daí a necessidade de se legitimarem as associações ou “corpos intermediários” para que possam defender em juízo os interesses coletivos.

Nesse sentido, Cappelletti:

O consumidor isolado, sozinho, não age; se o faz, é um herói; no entanto, se é legitimado a agir não meramente para si, mas pelo grupo inteiro do qual é membro, tal herói será subtraído ao ridículo destino de Dom Quixote, em vã e patética luta contra o moinho de vento. Os heróis de hoje não são mais, pois sim, os cavaleiros errantes da Idade Média, prontos a lutar sozinhos contra o prepotente em favor do fraco e inocente; mas são, mais ainda, os Ralph Nader, são os Martin Luther King, são aqueles, isto sim, que sabem organizar seus planos de luta em grupo em defesa dos interesses difusos, coletivos metaindividuais, tornando a submeter as tradicionais estruturas individualísticas de tutela – entre as quais aquelas judiciais – às

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini, **A tutela dos interesses difusos**, p. 33.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro, **Acesso à justiça**, p. 24.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, **A tutela dos interesses difusos**, p. 34.

necessidades novas, típicas da moderna sociedade de massa.¹⁵ Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera (31). É difícil ‘mobilizar’ (32) as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais.¹⁶

Ao tratar da defesa do meio ambiente em juízo, Álvaro Luis Valery Mirra aponta para a possível falta de interesse da pessoa física em defender em juízo direito difuso, como o do meio ambiente, em razão de inexistirem vantagens econômicas diretas em seu patrimônio. Ademais, a possibilidade de sucumbência desestimularia o indivíduo a se envolver em complicadas lides. É o que ensina o autor:

Considerava-se improvável que o cidadão se sentisse estimulado a envolver-se sozinho em complexas batalhas judiciais para a defesa de direito ou interesse coletivo que, apesar de ser acima de tudo seu próprio, não teria, no mais das vezes, repercussão positiva direta e imediata em sua esfera pessoal e patrimonial. E sem a perspectiva de obtenção de uma vantagem pessoal concreta na demanda, notadamente, de ordem econômica, dificilmente alguma pessoa aceitaria assumir o risco de ser condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, na eventualidade de derrota no processo, e muito menos de ter de ressarcir o seu oponente por prejuízos sofridos, se sua iniciativa fosse caracterizada como litigância de má-fé.¹⁷

A legitimação de pessoas jurídicas privadas e públicas ou de órgão públicos preestabelecida pela lei é, segundo José Carlos Baptista Puoli, uma espécie de “filtro” que evitaria a propositura de demandas temerárias. O uso indiscriminado desse instrumento pelas pessoas físicas poderia gerar “inúmeras repercussões perniciosas que, mesmo nos casos de improcedência,

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**, p. 137.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**, p. 24.

¹⁷ MIRRA, Álvaro Luis Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**, p. 131.

jamais poderão ser reparadas”.¹⁸ Segundo o autor, a exigência da chamada “representatividade adequada”¹⁹ do indivíduo não seria suficiente para barrar demandas abusivamente ajuizadas, já que o mero “currículo” do autor não basta para resolver o problema.²⁰

De acordo com José Carlos Baptista Puoli nem a condenação por litigância de má-fé, hoje prevista no artigo 17 da Lei nº 7.347/85, nem os filtros normais do sistema processual atual bastarão para o controle da atuação da pessoa física nas demandas coletivas. Quanto à primeira, poderia haver acordo entre os possíveis interessados na demanda para que fosse escolhido como autor alguém que não tivesse com o que responder, “de forma a inviabilizar a responsabilização por demandas temerárias”.²¹ Quanto ao segundo, é o entendimento do autor:

Por outro lado, os filtros normais do sistema processual (indeferimento de petição inicial, entre outros) também não serão suficientes para este controle. É que o ideário que hoje impera em tema de tutela coletiva, deixa claro que tais institutos praticamente não são utilizados nesta seara, em nome de uma extremada cautela que se tem no uso de qualquer instituto processual clássico que possa ir contra a tutela de “tão nobres” interesses.²²

A experiência negativa havida com a ação popular foi apontada como causa da ausência de legitimação do indivíduo para as ações coletivas em geral no ordenamento brasileiro. É o que afirma Kazuo Watanabe:

¹⁸ PUOLI, José Carlos Baptisti. *Comentários à lei de ação civil pública – art. 1º*. In: COSTA, Susana Henriques (Coord.). **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular**, p. 333.

¹⁹ A denominada representatividade adequada é uma espécie de critério para avaliar se a pessoa que se apresenta como defensora na demanda coletiva do interesse transindividual é um representante idôneo da coletividade, classe ou categoria substituída em juízo.

²⁰ PUOLI, José Carlos Baptisti. *Comentários à lei de ação civil pública – art. 1º*. In: COSTA, Susana Henriques (Coord.). **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular**, p. 333.

²¹ *Idem*, p. 333.

²² *Ibidem*, p. 334.

Algumas experiências vividas no campo da ação popular, que tem sido utilizada, com alguma frequência, como instrumento político de pressão e até de vindita, serviram também para o perfilhamento da opção legislativa mencionada.²³

Ademais, adverte o autor que outra razão para a não previsão da pessoa física entre os legitimados a moverem a Ação Civil Pública, à época da criação do Código de Defesa do Consumidor, foi a ausência de maturidade do povo brasileiro para utilizar tão nobre instrumento. Nesse sentido, Kazuo Watanabe:

Por certo, após a perfeita assimilação pelo povo brasileiro do verdadeiro ideal colimado pelo Código, o que somente ocorrerá com a educação mais aperfeiçoada e mais abrangente, e principalmente com a diminuição do individualismo que nos marca profundamente, estaremos aptos, no futuro, à ampliação total, inclusive a cada indivíduo, da legitimação para agir para a tutela, a título coletivo, dos interesses e direitos dos consumidores.²⁴

Por fim, o argumento favorável à não legitimação do indivíduo para a Ação Civil Pública é apresentado por Ricardo de Barros Leonel:

Em que pese a validade da atuação tanto de entes públicos como privados, ou mesmo do cidadão na defesa de interesses supra-individuais, a perfeição do modelo de legitimação não é identificada somente em um, e tampouco em outro pólo da equação. A concessão de legitimidade para agir a órgãos públicos apresenta maior probabilidade de êxito na implementação da tutela coletiva, em virtude da melhor estruturação destes para a promoção da respectiva defesa em juízo, e ainda da possibilidade de adoção do princípio da indisponibilidade da ação, o que é inviável com relação ao particular legitimado.²⁵

²³ WATANABE, Kazuo. *Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p.815.

²⁴ Idem, p.815.

²⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**, p.155-156.

Argumentos favoráveis à legitimação da pessoa física para as ações coletivas em geral

As ações coletivas surgem, no direito brasileiro, como uma resposta à necessidade de se garantir a tutela judiciária de interesses que não são meramente individuais.

A legitimação das pessoas físicas para propô-las apresenta-se como um passo importante rumo à ampliação do acesso à justiça aos direitos transindividuais.

Há autores que encontram na Constituição de 1988 fundamentos para sustentar a legitimidade do indivíduo para ações coletivas. Baseando-se no artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior, que estabelece o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes afirma que o constituinte garante a todos indistintamente o direito de ir a juízo pedir tutela.²⁶ Em nenhum momento a Lei Maior exclui o indivíduo ou outro ente desse direito, nem mesmo afasta os direitos metaindividuais da possibilidade de receberem proteção jurisdicional em caso de lesão.²⁷ Desse modo, não caberia ao legislador infraconstitucional “impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir a pretensão”.²⁸

É nesse mesmo sentido que vai o argumento de Sérgio Monte Alegre. Ao citar o artigo 129, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe: “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”, ele afirma: “da legitimação ativa cuidou a

²⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p.23.

²⁷ “Ressalte-se que o dispositivo constitucional acoberta a proteção jurisdicional diante de ‘lesão ou ameaça a direito’, sem qualquer qualificação restritiva, razão pela qual devem ser considerados sob o manto da inafastabilidade os direitos ou interesses individuais e coletivos”. Idem, p. 23.

²⁸ Ibidem, p. 23.

Constituição. E o fez esgotadamente. Legitimados são o Ministério Público, e terceiros quaisquer que sejam, pessoas físicas e jurídicas”.²⁹

É na Constituição que Demien Guedes se baseia também. A fim de dar uma resposta ao problema da lentidão da prestação jurisdicional, a Emenda Constitucional 45/2004 incluiu entre as garantias individuais o direito à razoável duração do processo.³⁰ De acordo com ele, a possibilidade de o indivíduo demandar em juízo pela proteção de interesses transindividuais seria uma forma de desafogar o Judiciário e de garantir uma resposta mais célere contra as lesões a esses direitos. Nesse sentido, afirma o autor:

Admitindo-se a utilização de um único processo para veicular a pretensão de um número indeterminado ou indeterminável de cidadãos, evita-se a repetição de demandas com origem comum, reduzindo a pressão sobre os tribunais.³¹

Os problemas concretos gerados pela atuação quase exclusiva de entidades estatais na defesa dos direitos coletivos *lato sensu* são apontados como razões para a superação da predominância desses entes nessa área. Algumas pesquisas relatam que a grande maioria das ações civis públicas é ajuizada pelo Ministério Público. Em São Paulo, no ano de 2001, o *Parquet* foi responsável por 92,85% das ações em curso.³² No Estado do Rio de Janeiro, a média é de cem ações civis públicas movidas pelo Ministério Público para pouco mais de dez promovidas por associações.³³

²⁹ MONTE ALEGRE, Sérgio. **Ação civil pública, constituição federal e legitimidade para agir**, p. 75. Ademais, o STF já entendeu que a substituição processual não tem contornos constitucionais, o que não impede o legislador ordinário de prever novos casos em que outras pessoas possam demandar em nome próprio, na defesa de direito alheio. “Substituição processual – Natureza da matéria. De início, a substituição processual não tem contornos constitucionais. Pouco importa, na espécie, que se tenha feito referência a normas estritamente legais como a regulamentar o inc. III do art. 8º, da Carta da República. O preceito nele incluído não veda a possibilidade de o legislador ordinário incluir no cenário jurídico outras hipóteses em que possível demandar em nome próprio na defesa de direito alheio.”

³⁰ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXVIII.

³¹ GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública**, p. 280.

³² *Idem*, p. 289.

³³ FERRARESI, Eurico. *A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p.139.

O lado negativo disso é a participação exígua da sociedade na “gestão das coisas públicas”.³⁴ Na época da criação da Lei nº 7.347/85, argumentava-se que o povo brasileiro, “por seu caráter individualista e contrário ao associativismo, precisava de um representante, e, com o tempo, maturidade e melhor educação, estaria apto a figurar como autor de ações coletivas, principalmente por meio de organizações não-governamentais”.³⁵ No entanto, vários anos se passaram e o que se vê é a substituição da ação da cidadania e não uma orientação ou apoio para a emancipação da sociedade perante o Estado no exercício de seus interesses. É o que ensina Sérgio Monte Alegre:

O Ministério Público não recebeu da Constituição a tarefa de substituir a ação da cidadania e sim a de ajudá-la a caminhar. Tutela, curatela e pátrio poder, este último ainda exercido por “bom pai de família”, somente servem a incapazes, enquanto o são e na estreita medida das suas necessidades. O que, obviamente, não é o caso de quem há muito se elevou da condição de súdito à de cidadão. Que o Ministério Público auxilie, ampare, concorra. Porém, substituir, não.³⁶

A inclusão da pessoa física no rol de legitimados à Ação Civil Pública seria um passo importante para enfraquecer a cultura de dependência do cidadão perante o Estado. Segundo Carlos Alberto Bittar, ela teria um sentido educativo, pois estimularia a propositura de Ações Cíveis Públicas pelos indivíduos e faria com que o cidadão se sentisse “mais responsável pelo meio que o cerca, zelando pelo patrimônio ecológico e policiando os atos dos demais”.³⁷

O fato de o Ministério Público encarregar-se quase exclusivamente de propor ações coletivas pode trazer sobrecarga de trabalho à instituição,

³⁴ Idem, p. 139.

³⁵ Ibidem, p. 139.

³⁶ MONTE ALEGRE, Sérgio. **Ação civil pública, constituição federal e legitimidade para agir**, p. 75.

³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela do meio ambiente: a legitimação ativa do cidadão brasileiro**, p. 14.

o que prejudica a defesa de interesses coletivos realmente importantes para a sociedade. Nesse sentido, ensina Demian Guedes:

Tamanha sobrecarga do Ministério Público é danosa para o próprio *Parquet*, que se vê assoberbado de requerimentos para o ajuizamento de demandas simples e periféricas, sem poder se concentrar na defesa de interesses mais relevantes, nos quais a sua estrutura técnica de investigação se afigura essencial.³⁸

A legitimação das associações para as ações coletivas não foi, como pensavam alguns doutrinadores, um canal de abertura democrática eficaz para a participação da sociedade na defesa de direitos que dizem respeito à coletividade ou a grupos de pessoas. Na realidade, diante de uma lesão a interesses metaindividuais, as associações preferem recorrer ao Ministério Público, “seja em razão da escassez de recursos para a contratação de advogados, seja em razão da crença de que o Estado deve tutelar os interesses por eles representados”.³⁹

Além disso, legitimar apenas as associações e não os indivíduos seria uma maneira escamoteada de dificultar o acesso à justiça das pessoas para a defesa dos interesses transindividuais. Embora a pessoa física, por meio de uma associação, isto, é de forma semidireta, possa defender em juízo esses direitos, ela terá sempre o ônus de associar-se. Essa obrigação não só é contrária à norma constitucional, que dispõe que “ninguém será compelido a associar-se ou a permanecer associado”,⁴⁰ como também se traduz em gravame, “que constitui, entre outros esforços, o de convencer os demais a juntarem-se”⁴¹ àquele indivíduo, quando, nem sempre, estão dispostos a isso.

³⁸ GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública**, p. 291.

³⁹ *Idem*, p. 291.

⁴⁰ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XX.

⁴¹ MONTE ALEGRE, Sérgio. **Ação civil pública, constituição federal e legitimidade para agir**, p. 74.

Também cabe lembrar, como o fez Carlos Alberto Bittar Filho,⁴² que não raro inexistem, no local da lesão a direitos coletivos *lato sensu*, associações formalmente constituídas para defendê-los ou membro do Ministério Público para fazê-lo. Nesses casos, afirma Eurico Ferraresi:

Quando a presença do promotor ou das associações não se faz sentir, retirar da pessoa física a possibilidade de propor uma demanda coletiva significará a ausência de prestação jurisdicional em sede de direitos supraindividuais.⁴³

A Administração Pública, seja diretamente, seja por meio de autarquias, agências, órgãos etc., não é opção segura para tutelar em juízo interesses difusos e coletivos. Isso se dá em razão de possível “confusão entre interesses da coletividade e meros interesses das pessoas jurídicas de direito público (interesse público primário e secundário)”.⁴⁴ Como exemplo, pode-se citar o caso de uma reforma executada pela prefeitura de determinado Município que descaracteriza um bem que é patrimônio histórico. Seria inimaginável e um contrassenso o poder público municipal discutir em juízo sua própria atitude.

Um dos principais empecilhos à legitimidade do indivíduo para as ações coletivas era o medo de que com ela se repetisse a experiência negativa havida com a Ação Popular. Alguns autores afirmavam que o brasileiro é individualista e que por isso haveria desvio da genuína finalidade da Ação Civil Pública para fins políticos. Eurico Ferraresi chama a atenção para o fato de ser irrelevante a razão que leva o autor da ação coletiva a propô-la. O que importa é que atos lesivos a bens transindividuais cheguem ao conhecimento do Judiciário para sua devida tutela. Se isso se deu por motivo altruísta ou não, não faz diferença. Nesse sentido, o autor:

⁴² BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela do meio ambiente: a legitimação ativa do cidadão brasileiro**, p. 15.

⁴³ FERRARESI, Eurico. *A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 137.

⁴⁴ GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública**, p. 293.

Não se pode ser ingênuo e imaginar que apenas iniciativas altruístas legitimariam as ações coletivas. Exige-se, sim, que se descreva um fato ilegal ou lesivo ao interesse público. E isso já é mais que suficiente para reconhecer a importância da legitimidade popular.⁴⁵

Susana Henriques da Costa também afirma ser utópico o argumento que defende a necessidade de que ações populares, isto é, ações movidas por cidadãos na defesa de interesses públicos, devam fundar-se em intenções altruístas.

Pensar, todavia, que o cidadão irá dispor-se a litigar contra terceiras pessoas e, eventualmente, contra o Poder Público, por motivos meramente altruístas é uma utopia. Na grande maioria dos casos, haverá um móvel individual por trás da sua conduta. Essa constatação, entretanto, não é negativa, muito menos serve de motivo para o descrédito da ação popular. Trata-se de uma forma legítima de, por meio de interesses individuais, tutelar-se o interesse público.⁴⁶

Embora alguns estudiosos entendam que o indivíduo não tem interesse em demandar em juízo na defesa de interesses difusos, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes procura mostrar o contrário. Para o autor, a natureza “coletiva” desses direitos implica problemas que têm dimensão social, mas que, não raro, mexem com direitos individuais que podem ser protegidos singularmente. Daí o interesse do indivíduo de se envolver em demandas que abranjam direitos metaindividuais. É o que ensina o autor:

Questões relacionadas ao meio ambiente podem fornecer exemplos incontroversos da existência de uma faixa cinzenta entre o público e o individual (...)

O proprietário de um imóvel situado numa praia até então paradisíaca nada poderia fazer em face de indústria poluidora recém instalada, salvo aguardar a consumação dos prejuízos, para que, depois, fosse a juízo pleitear a indenização em razão dos danos causados? (...)

⁴⁵ FERRARESI, Eurico. *A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p.137.

⁴⁶ COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**, p.112.

A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse, não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadãos (...), mas a ampliação definitiva do rol dos legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito.⁴⁷

A experiência americana é mais um indício de que as pessoas físicas têm interesse em ajuizar demandas coletivas. Nos Estados Unidos da América, o indivíduo tem legitimidade para isso e, na prática, essas ações são frequentes. É claro que tal faculdade vem acompanhada de controle. Para evitar abuso, o juiz verifica, no caso concreto, se o autor da ação é ente legítimo para defender em juízo o direito que pretende, isto é, cabe ao juiz aferir a chamada representatividade adequada do autor.

A ausência de norma análoga a essa existente no direito brasileiro foi apontada por Kazuo Watanabe como uma das possíveis razões da não legitimação do indivíduo no nosso ordenamento jurídico. É o que afirma o autor ao tratar dos legitimados a propor Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor:

“Todavia, não se chegou a legitimar a pessoa física às ações coletivas, talvez pela insegurança gerada pela falta de norma expressa sobre a aferição, pelo juiz, da ‘representatividade adequada’.”⁴⁸

Preocupados em garantir participação mais democrática da sociedade na tutela dos interesses difusos e, ao mesmo tempo, evitar possíveis abusos, os elaboradores do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos legitimaram a pessoa física para as ações coletivas, com exigência de

⁴⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p.24-25.

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. *Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p.788.

representatividade adequada. Para aferir se o autor é representante legítimo, foram estipulados critérios objetivos, tais como a credibilidade do legitimado e sua atuação em outras demandas coletivas.⁴⁹

Essa parece ser a solução que melhor atende aos princípios democráticos e que recrudescer a tutela jurisdicional coletiva, já que, nas palavras de Eurico Ferraresi, “o problema não está na legitimidade atribuída ao indivíduo; talvez o que mereça destaque é o controle sobre essa legitimidade”.⁵⁰

Por fim, é importante lembrar que o acréscimo da pessoa física como legitimada às ações coletivas em geral, em nosso ordenamento, não é nenhuma extravagância. Pelo contrário, a Argentina e o Uruguai adotam-na, assim como Portugal e o Quebec. Na realidade, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos tomou por base o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, que, em seu artigo 3º, estabelece a legitimidade da pessoa física para as ações coletivas. Assim sendo, é possível concluir que há uma tendência atual para legitimar o indivíduo na defesa dos interesses transindividuais.

Propostas para a legitimação da pessoa física às ações coletivas no Brasil

A autora Susana Henriques da Costa procura mostrar que um dos papéis dos estudiosos do direito processual coletivo é apontar caminhos que aperfeiçoem o sistema brasileiro de tutela coletiva, a fim de garantir proteção adequada aos interesses transindividuais.⁵¹

⁴⁹ Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, artigo 20, incisos I e II. Versão janeiro 2007.

⁵⁰ FERRARESI, Eurico. *A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p.137.

⁵¹ COSTA, Susana Henriques. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro**, p. 1 e p. 2.

Nesse sentido, uma das principais propostas da doutrina é a ampliação do rol dos legitimados das ações coletivas, a fim de incluir o indivíduo. Esta proposta vem acompanhada de uma segunda: a necessidade de controle judicial da atuação da pessoa natural, no caso concreto. Cada uma delas requer estudos longos e minuciosos, que não cabem neste trabalho sucinto. É por isso que vamos nos ater à orientação da inclusão da pessoa física à lista dos legitimados das ações coletivas e à concomitante necessidade de se conferir poderes ao juiz de verificar a representatividade adequada do indivíduo, no processo coletivo.

Mauro Cappelletti lembra que a legitimação extraordinária necessária à tutela dos direitos coletivos não está isenta de possíveis abusos. Os portavozes do interesse transindividual em juízo, sejam eles pessoas físicas ou associações, podem perpetrar abusos, “operando mais por interesses egoísticos ou até chantagistas que por interesses válidos e reais da coletividade”.⁵² Dessa constatação, o autor não conclui pela necessidade de limitar às associações a legitimidade de agir nas ações coletivas. Ao contrário disso, ele afirma:

É por isso que o grande movimento, inclinado a reconhecer às sociedades intermediárias sua própria capacidade de ação jurídica – tanto no campo do Direito Substancial como no Direito Processual – deveria acompanhar-se por um contextual movimento de freio, de limite, de controle: nos *relator actions*, por exemplo, pelo *attorney general*, nas *class actions*, pelo juiz.⁵³

A lição de Cappelletti pode ser transportada para a questão que se discute aqui: legitimar ou não o indivíduo às ações coletivas. Ela indica que o caminho rumo ao aperfeiçoamento da tutela coletiva de direitos

⁵² “Sindicatos, partidos políticos, sociedades comerciais, nacionais e multinacionais, corporações profissionais, podem transformar-se, por sua vez, em temível centro de poderes e de opressão, pelos sócios e por terceiros; mesmo ao nível dos reagrupamentos inferiores são notados abusos, por exemplo, por certas associações de consumidores.” CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**, p. 148-149

⁵³ *Idem*, p. 148 -149.

não está em restringir a legitimidade de agir, diante da constatação de possíveis abusos. Se assim o fosse, tanto as associações, quanto as pessoas de direito público, já legitimadas pela lei, deveriam ser excluídas. O que se deve fazer é ampliar o rol de legitimados e garantir um bom controle de sua atuação.⁵⁴

É por isso que as tendências atuais da doutrina apontam para a ampliação do rol dos legitimados das ações coletivas, incluindo o indivíduo, com consagração do controle de sua atuação, pela atividade do juiz. É o caso da proposta do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, com trecho transcrito abaixo:⁵⁵

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

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstância de fato;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;

(...)

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

I – a adequada representatividade do legitimado;

(...)

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

a) Credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;

b) Seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

⁵⁴ Esta é a posição de Demian Guedes: “o medo do abuso não deve servir à pura e simples negativa de direitos. Deve servir à regulamentação detalhada do seu exercício, jamais à solução simplista de vedar ou restringir a participação do cidadão na tutela de interesses da coletividade. Enfim, a legitimação da pessoa física para a ação civil pública deve ser compreendida à luz do acesso à justiça, não meramente à luz de exemplos de burla ou desvio.” GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública**, p. 289.

⁵⁵ “O Código Modelo de Processo Coletivo é um projeto do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Foi elaborado por uma comissão composta pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Anibal Quiroga Leon, Antonio Gidi, Enrique M. Falcon, José Luiz Vásquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia. DIDIER Jr, Fredie. **O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas**, p. 98.

- c) Sua conduta em outros processos coletivos;
- d) A coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;
- e) O tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.⁵⁶

Esse mesmo caminho é recomendado no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado por Ada Pellegrini Grinover. A última versão de janeiro de 2007 consagrou a legitimidade do indivíduo para as ações coletivas e previu o controle da sua representatividade pelo juiz, no caso concreto.⁵⁷

É conveniente lembrar que o sistema processual coletivo apresenta dificuldades que não aparecem no sistema do direito processual tradicional ou individualista. Em razão da inviabilidade da presença física de todos os interessados na ação coletiva⁵⁸ ou da impossibilidade de obtenção de consenso absoluto do grupo para demandar em juízo, é preciso escolher alguém que fale em nome do todo. Então, torna-se necessário saber se aquele que se apresenta como defensor em juízo do interesse transindividual é um representante idôneo da coletividade, classe ou categoria, o que se convencionou denominar “representatividade adequada”.

⁵⁶ Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 426.

⁵⁷ Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Janeiro de 2007. Ministério da Justiça – Última versão incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 453.

⁵⁸ “Barbosa Moreira observa que na legitimação para agir em tema de interesses difusos fica ‘excluída, por intuitivas razões, a hipótese de exigir-se a presença em juízo de todos os co-interessados, como litisconsortes ativos necessários’.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual, p. 48. In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**, p. 210.

A fim de guiar o juiz na avaliação da representatividade adequada da pessoa física nas ações coletivas, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos estipulou parâmetros: credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta em outros processos coletivos; a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.⁵⁹ Por tratar-se de um rol exemplificativo, tais elementos objetivos não excluem outros critérios que possam ser importantes para verificar se o representante é idôneo para bem defender os interesses coletivos em juízo.

Assim sendo, na avaliação da idoneidade da pessoa física que pretende defender interesses difusos, o anteprojeto exige do juiz apenas a análise dos requisitos expostos no artigo 20, inciso I, letras “a”, “b” e “c”, que dizem respeito a seu histórico e à sua credibilidade individual. No entanto, quando se tratar da veiculação de interesses coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos por pessoas naturais, é necessário que, além de possuir os créditos acima, o indivíduo seja membro do grupo, categoria ou classe, para ser admitido como legítimo representante.

Cabe ao juiz gerenciar o processo, avaliando tanto se existe um representante adequado quanto se há relevância social da demanda coletiva. Esta última é um requisito geral, pois deve ser exigido pelo juiz de todos os legitimados, não só do indivíduo. Para que fique caracterizada a relevância social, deve o juiz analisar a natureza do bem jurídico, as características da lesão ou o elevado número de pessoas atingidas. Quanto aos interesses individuais homogêneos, deve o juiz avaliar também a

⁵⁹ Artigo 20, incisos I e II, § 1 e § 2, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Janeiro de 2007. Ministério da Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 456.

utilidade da tutela coletiva, que se revela quando houver predominância de questões comuns sobre as individuais. Daí, sim, o magistrado estará em condições de admitir ou não a demanda coletiva.⁶⁰

O poder de controle do juiz da representatividade adequada não preclui: ao magistrado que decidir pela representatividade adequada do indivíduo é dado reconsiderar sua decisão ao longo do processo, desde que haja fundamentos para isso. Se o porta-voz conduzir o processo de modo fraudulento, atuar com desídia, má-fé ou contrariar os interesses que estão em jogo, poderá perder o status de representante. A revisão quanto à condição de idoneidade do representante pode ocorrer inclusive em graus superiores de jurisdição. É o que dispõe o § 2º do artigo 20 do anteprojeto:

§ 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição (...)⁶¹

De acordo com o anteprojeto, portanto, a legitimidade da pessoa física não é automática, isto é, não basta que o indivíduo conste do rol de legitimados, para que seja de fato um autor legítimo. Caso a inidoneidade do porta-voz dos direitos metaindividuais fique manifesta no início do processo ou se ela revelar-se ao longo dele, o juiz não deverá decidir pela extinção do feito. Antes disso, ele “notificará o Ministério Público e, na medida do

⁶⁰ Neste trabalho, adota-se a posição de que tanto a adequada representatividade do legitimado quanto a relevância social da tutela coletiva, exigidas no anteprojeto, configuram requisitos específicos de cabimento da demanda coletiva, “verdadeiros pressupostos específicos de exame do mérito da causa, ao lado das condições da ação e dos pressupostos processuais, e não elementos integrantes da legitimação para agir.” MIRRA, Álvaro Luiz Valéry. *Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 128.

⁶¹ Artigo 20, § 2º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Janeiro de 2007. Ministério da Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 457.

possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação”.⁶² No mesmo sentido vai o § 8º, artigo 20, do anteprojeto, ao estabelecer: “havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no § 3º deste artigo”.

A proposta de legitimação do indivíduo, tal como desenhada no Anteprojeto, inova, portanto, tanto na ampliação do rol de legitimados quanto no controle que o juiz pode fazer da atuação da pessoa física ao longo da demanda.

Quanto à primeira, o Anteprojeto propõe um sistema mais participativo na defesa de direitos transindividuais. O que se adota hoje é o modelo da participação semidireta, que prevê como legitimadas as entidades ou instituições sociais secundárias (Ministério Público, Defensoria, associações etc.). De acordo com Álvaro Valéry Mirra,⁶³ o que se pretende é uma construção mais democrática para o sistema de defesa dos interesses metaindividuais, estimulando a participação direta do indivíduo na defesa do que é público. Essa intenção fica evidente no § 3º, artigo 17, do Anteprojeto,⁶⁴ quando se estabelece a possibilidade de o juiz fixar gratificação financeira à pessoa física, quando sua atuação mostrar-se decisiva ou muito importante para a tutela satisfatória do interesse transindividual. É o que estabelece o parágrafo a seguir transcrito:

§ 3º Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz.

⁶² Artigo 20, § 3º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Janeiro de 2007. Ministério da Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 457.

⁶³ MIRRA, Álvaro Valéry. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 128.

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 456.

Sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar gratificação financeira, a cargo do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva, observados na fixação os critérios de razoabilidade e modicidade.⁶⁵

No que concerne o papel do juiz no Anteprojeto, há grande inovação diante do sistema atual. Grande parte da doutrina entende que, no modelo vigente, o juiz não tem poderes para avaliar a adequação do representante, no caso concreto e ao longo da demanda. Para essa corrente,⁶⁶ é da competência do legislador avaliar e determinar quem são os representantes idôneos para a defesa dos interesses metaindividuais em juízo. Essa tarefa teria sido realizada, no Brasil, quando da estipulação dos legitimados para as ações coletivas no microsistema de tutela coletiva. Daí ser dito que o sistema atual da avaliação da representatividade adequada é *ope legis*.

Segundo Susana Henriques, para os adeptos dessa interpretação, “há uma identificação entre os conceitos de legitimidade e representatividade adequada”.⁶⁷ Assim sendo, todo aquele que constar no rol de legitimados⁶⁸ da lei é presumidamente um representante adequado da classe ou grupo. Essa presunção é *iuris et de iure*, ou seja, absoluta.

Para essa corrente, não cabe ao magistrado declarar inidôneo o autor da demanda coletiva, afastando-o de sua condição de substituto processual, por ter ele demonstrado má condução do processo, má-fé ou interesse incompatível com o do grupo que substitui em juízo. No sistema

⁶⁵ Artigo 17, § 3º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Janeiro de 2007. Ministério da Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 456.

⁶⁶ Participam deste entendimento Nelson Nery, Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, entre outros.

⁶⁷ *Idem*, p. 14.

⁶⁸ No caso das associações e das entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, mesmo sem personalidade jurídica, é necessário também preencher requisitos estabelecidos, em abstrato, na norma jurídica (artigo 82 do CDC cc 5º Lei da Ação Civil Pública) para serem presumidamente representantes adequados.

criado pelas Leis nº 7.347/85 e nº 8.078/90, o juízo de valor do magistrado sobre a legitimidade do autor da ação coletiva é muito limitado. Ele restringe-se, segundo Susana Henriques, a averiguar “o nexó entre as finalidades do legitimado e o interesse que se pretende tutelar”,⁶⁹ como no caso de o juiz verificar a presença ou ausência de identidade entre os fins institucionais de certa associação e os direitos coletivos que ela pretende defender em juízo.

Ao contrário desse papel passivo do juiz nas demandas coletivas, o Anteprojeto propõe um juiz proativo, com poderes amplos de avaliação da conduta dos legitimados ativos na demanda coletiva, incluindo o da pessoa física. Trata-se, portanto, de um sistema *ope judicis* da verificação da representatividade adequada.

Por fim, a inclusão do indivíduo entre os legitimados às ações coletivas em geral é uma proposta *de lege ferenda*. Para que a pessoa física possa defender direitos metaindividuais em juízo em nome próprio seria necessário incluí-la no atual rol de legitimados ou estabelecer, como queriam os idealizadores do Código Modelo de Processos, um novo diploma que autorize isso.

Conclusão

A questão do acesso à justiça nos processos coletivos adquire feição própria em razão das peculiaridades dos conflitos em massa. O modo de ser do processo individual obedece a esquemas rígidos de legitimação, enquanto que o modo de ser do processo coletivo exige esquemas abertos de legitimação, prevendo a titularidade da ação por parte do denominado “representante adequado”.⁷⁰

⁶⁹ COSTA, Susana Henriques. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro**, p. 15. Vide artigo 82, incisos III e IV, da lei 8078/90.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 12.

A necessidade de se legitimar um porta-voz que defenda em juízo os interesses metaindividuais traz à tona a questão de se saber se ele reúne as condições necessárias para garantir uma defesa satisfatória dos interesses do grupo ou categoria que substitui em juízo.

As dificuldades concretas que aparecem com a aplicação dessa estrutura de legitimação coletiva, criada pelas Leis nº 7.347/85 e nº 8.078/90, merecem ser pensadas sob uma perspectiva constitucional. A Constituição de 1988 traça princípios norteadores a todo sistema jurídico brasileiro, que a ela deve se submeter. Entre os princípios, há o da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

No entanto, não são raros os casos em que se nega tutela aos direitos coletivos, sob o fundamento de ilegitimidade de parte. “Os julgados orientam-se principalmente no sentido de tolher a demanda supra-individual. Proposta a ação popular pelo cidadão, dizem que o caso seria de ação civil pública”.⁷¹ Ajuizada ação civil pública, exige-se a ação popular.

A legitimação da pessoa física a todas as ações coletivas seria uma proposta hábil a pôr fim a esses dilemas e a ampliar o acesso à justiça, pois “estar-se-ia de uma certa forma reconhecendo de uma vez por todas a analogia entre a ação civil pública e a ação popular para que num futuro não muito distante tenhamos um procedimento único para a tutela jurisdicional coletiva”.⁷²

A avaliação *ope judicis* da representatividade adequada, tal como proposta pelo Anteprojeto, alicerça, no processo coletivo, a legitimação, principalmente a da pessoa física. Com poderes para avaliar a condição do porta-voz dos interesses supraindividuais e sua atuação ao longo da

⁷¹ Eurico Ferraresi cita importante julgado do TJSP que mostra essa situação. Nas palavras do autor: “o Tribunal julgou o autor carecedor da ação por ilegitimidade de parte. Esses os termos finais do dispositivo: ‘Por conseguinte, como proposta foi ação popular e o objeto da lide prende-se ao contido no artigo 1º da Lei 7347/85, cabível a ação civil pública e não a ação popular, para coartar as ilegalidades do ato. Faltando, pois, legitimidade da autora, dá-se provimento parcial ao apelo para extinguir o feito sem exame do mérito.” Eurico Ferraresi. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, p. 138.

⁷² Idem, p. 138.

demanda, o juiz poderá detectar eventual inadequação do representante, proporcionando oportunidade e prazo para que ele seja substituído por outro mais adequado. Isso evita abusos e afasta pessoas que de má-fé poderiam conduzir inadequadamente uma demanda coletiva. Consequentemente, o medo do uso meramente político ou egoísta da demanda coletiva não será mais apto a fundamentar a exclusão do indivíduo do rol de legitimados, pois haverá instrumento apto a evitá-lo.

Em suma, somente um juiz proativo e munido de poderes amplos de avaliação da adequação do representante, porta-voz em juízo dos interesses coletivos, poderá garantir ampla tutela a esses direitos, sem que tenha, em alguns casos, que se conformar em decidir contrariamente aos reais interesses do grupo, categoria ou coletividade.⁷³ Em outras palavras, a proposta da ampliação do rol de legitimados, incluindo o indivíduo, com concomitante avaliação *ope judicis* da representatividade adequada, tem por fim fortalecer o acesso à justiça dos interesses transindividuais e auxiliar o processo coletivo a alcançar sua principal finalidade: a efetividade.⁷⁴

Referências

ARRUDA FERNANDES, Sérgio Ricardo de. Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no código de defesa do consumidor. **Revista de Processo**, n.71, ano 18, julho-setembro de 1993, p. 138-153.

ARRUDA, Alvim. Ação Civil Pública. **Revista de Processo**, n.87, ano 22, julho-setembro de 1997, p. 149-165.

⁷³ Gidi ensina que, nos casos de ações coletivas em que a incompetência do representante repercute “na forma como o processo é conduzido ou na fundamentação jurídica da pretensão coletiva do grupo”, resta ao juiz julgar improcedente a pretensão. Nesse caso, a ação não pode ser reproposta e os interesses transindividuais ficarão sem tutela. É nesse sentido que o juiz acaba por decidir contrariamente aos reais interesses do grupo ou da coletividade. GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**, p. 129-130.

⁷⁴ “A efetividade do processo relaciona-se a aptidão desse instrumento de alcançar os melhores resultados, tendo em vista os recursos disponíveis (técnicas processuais) e os objetivos do sistema (escopos do processo).” COSTA, Susana Henriques da. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro**, p. 17.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela do meio ambiente: a legitimação ativa do cidadão brasileiro. **Revista dos Tribunais**, ano 82 – dezembro de 1993 – v. 698, p. 12-16.

BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, n. 82, ano 21, abril-junho de 1996, p. 92-151.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, n. 5, ano II, janeiro-março de 1977, p. 129-158.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. O anteprojeto de código-modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira. **Revista de Processo**, n. 117, ano 29, setembro-outubro de 2004, p. 109-127.

CORREIA DIAS, Licínia Rossi. Ação civil pública: tutela constitucional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 60, ano 15, jul-set./2007, p. 161-176.

COSTA, Susana Henriques (Coord.). **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COSTA, Susana Henriques (Coord.). **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COSTA, Susana Henriques (Coord.). O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v., p. 953-978.

DIDIER JR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (Coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Araújo. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileira: uma proposta. **Revista de Processo**, n. 108, ano 27, outubro-dezembro de 2002, p. 61-70.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio; WATANABE, Kazuo. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista de Processo**, n. 14-15, ano IV, abril-setembro de 1979, p. 25-44.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio; WATANABE, Kazuo. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. Série Estudos Jurídicos n. 1. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio; WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2004.

GUEDES, Demian. A legitimação individual para a ação civil pública. **Revista de Processo**, n. 140, ano 31, outubro 2006, p. 279-299.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos**. Repro n. 164, ano 33, outubro de 2008, p.152-169.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRRA, Álvaro Luis Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MONTE ALEGRE, Sérgio. Ação civil pública, constituição federal e legitimidade para agir. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 14, ano 1996, p. 67-77.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MULLENIX, Linda S. New trends in standing and res judicata in collective suits – general report – common law. **Direito Processual Comparado – XIII World Congress of Procedural Law**, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 500-533.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2004.

A Apatridia e o “Direito a ter Direitos”: Um Estudo sobre o Histórico e o Estatuto Jurídico dos Apátridas

Telma Rocha Lisowski¹

RESUMO: A apatridia, que significa a ausência de vínculo formal de nacionalidade, foi um fenômeno de massa que marcou a história do século XX e abalou profundamente as estruturas do direito internacional. Embora tenha havido uma importante evolução no sentido de solucionar e prevenir esse problema, ele é ainda hoje uma realidade que produz consequências nefastas. Este trabalho aborda o tema a partir de uma perspectiva interdisciplinar, tratando de questões históricas, filosóficas, teórico-políticas e principalmente jurídicas a respeito da apatridia. O objetivo desta tarefa é identificar as causas desse fenômeno e analisar os documentos normativos e as medidas que vêm sendo adotadas, tanto em âmbito nacional quanto internacional, para sua solução. Como tese central, argumenta-se que, embora algumas convenções internacionais pretendam conferir diretamente direitos civis e políticos às pessoas apátridas, a mediação dos Estados ainda é indispensável para a efetivação e o regular exercício desses direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Apatridia. Nacionalidade. Refúgio. Direitos Civis. Direitos Políticos. Estado-Nação. Soberania. Direito Internacional.

¹ Titulação acadêmica: Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Vínculo institucional: Mestranda em Direito Constitucional na Universidade de São Paulo (USP), sob orientação do Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior; Bolsista de Mestrado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Cidade: São Paulo, Brasil.

“Se existe um dever e, ao mesmo tempo, uma esperança fundada de tornar efetivo o estado de um direito público, ainda que apenas numa aproximação que progride até ao infinito, então a paz perpétua, que se segue aos até agora falsamente chamados tratados de paz (na realidade, armistícios), não é uma idéia vazia, mas uma tarefa que, a pouco e pouco resolvida, se aproxima constantemente do seu fim (pois é de esperar que os tempos em que se produzem semelhantes progressos se tornem cada vez mais curtos).”

Immanuel Kant. A Paz Perpétua. Um Projeto Filosófico.

Introdução

Este trabalho consiste em um breve estudo a respeito do estatuto jurídico do apátrida e das consequências e efeitos da apatridia para a titularidade e exercício de direitos. Para tanto, será feita inicialmente uma contextualização histórica sobre o surgimento da apatridia como fenômeno de massa no século XX (parte 1); em seguida, serão analisados alguns aspectos teóricos a respeito da apatridia e sua relação com a titularidade e o exercício de direitos, principalmente políticos (parte 2); proceder-se-á então à clarificação do conceito e à sua delimitação em relação a outros que lhe são próximos, procurando expor também as principais causas desses fenômenos (parte 3); após, serão apresentados os principais documentos jurídicos e órgãos de atuação internacional que lidam direta ou indiretamente com essa situação (parte 4); por fim, será feito um levantamento do estado atual da questão do apátrida, mencionando inclusive qual a posição do Brasil a esse respeito (parte 5).

Busca-se com esta exposição desenhar um panorama geral e, dentro do possível, interdisciplinar do tema da apatridia, abordando aspectos históricos, filosóficos e políticos, mas tendo como foco principal o seu tratamento jurídico. A apatridia é um dentre os temas da vida política nacional e internacional que representam os paradoxos da modernidade e que não perdem em importância e atualidade com o passar dos anos.

Pode-se considerá-lo um problema persistente, que até agora não encontrou solução, embora tenha assistido a uma evolução significativa nos últimos sessenta anos, principalmente no âmbito do direito internacional. É essa evolução que se procurará demonstrar a seguir.

Histórico

A história das ideias conheceu largos períodos em que o homem se compreendeu como pertencente a comunidades mais amplas do que os confins desta ou daquela unidade política. O pensamento estoico já preconizava o cosmopolitismo, segundo o qual todos eram cidadãos de uma mesma cidade, a *cosmopolis*, ou cidade global.² A Idade Média vivenciou uma fase em que o que definia a identidade política de alguém não era a pertença a determinado feudo ou reino, mas sim a submissão a uma comunidade político-religiosa que extravasava quaisquer fronteiras nacionais, a *Res Publica Christiana*.³

Esse pensamento sofreu uma profunda transformação com o advento, na modernidade, do que se convencionou chamar Estado-nação. Somente então é que se unem de forma praticamente indissociável os três elementos que durante dois séculos a ampla maioria da doutrina aceitou de forma pacífica como sendo os definidores de um Estado: o povo, o território e o

² Sobre a influência do estoicismo para os desenvolvimentos posteriores do pensamento cosmopolita: “Uma fonte influente para os séculos XVI a XVIII foi a herança da filosofia estoica grega e romana, a qual incorporava a idéia de cidadania mundial. O conceito estoico original de *cosmopolis* abarcava todos os seres racionais, incluindo deuses assim como os homens”. CARTER, April. **The Political Theory of Global Citizenship**. London: Routledge, 2001. p. 12 (tradução livre). Ainda, sobre as idéias de universalismo e igualdade, essenciais para o cosmopolitismo: “Muito embora não se trate de um pensamento sistemático, o estoicismo organizou-se em torno de algumas idéias centrais, como a unidade moral do ser humano e a dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em consequência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais.” COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 16.

³ SCHMITT, Carl. **Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum**. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1974. p. 26 e seg.

poder político. O poder é qualificado como soberano, ou seja, absolutamente independente no plano externo e hegemônico no plano interno; o território é circunscrito por fronteiras claras e não facilmente transponíveis; o povo, confundido com a nação, é o substrato humano que se submete, dentro de um território específico, a um único poder político.

A confusão entre nação e povo, longe de ser natural, é fruto de um ideal preconizado pela Revolução Francesa. Com a queda do antigo regime, precisou-se encontrar alguma fonte de autoridade que pudesse ser colocada no lugar do rei,⁴ para garantir o mínimo de legitimidade necessário à implantação e estabilização de uma nova ordem político-jurídica. *La Nation Française* torna-se então o novo paradigma de um absoluto, o titular do poder constituinte,⁵ do qual decorre todo o poder e todo o direito.⁶

Essa “dominação” do Estado pela nação⁷ foi o pressuposto de uma ideia que presidiu a organização e delimitação das fronteiras estatais no séc. XIX, qual seja, a de que os limites de um Estado deveriam coincidir com o território habitado por uma (única) nação autogovernada. Lafer expõe claramente esse postulado: “A idéia de uma vontade única da nação deu lugar à postulação da coincidência entre Estado e Nação que efetivamente deslocou, da dinastia legítima para a Nação, o critério da lealdade e do vínculo de uma população em relação ao Estado”.⁸ Continua o autor, agora para frisar as consequências desse entendimento para a geopolítica

⁴ ARENDT, Hannah. **On Revolution**. New York: Penguin Books, 2006. p. 147.

⁵ Para um conceito clássico da nação como titular do poder constituinte, ver: SIEYÈS, Emmanuel. **Qu'est-ce que le Tiers État?** Paris: Flammarion, 1988.

⁶ “Tanto o poder quanto o Direito estavam ancorados na nação, ou melhor, na vontade da nação, a qual, ela mesma, continuava fora e acima de todos os governos e de todas as leis”. ARENDT, Hannah. Op. cit., p. 154 (tradução livre).

⁷ Na expressão de Arendt: “(...) havia sido consumada a transformação do Estado de instrumento da lei em instrumento da nação; a nação havia conquistado o Estado (...)” ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 308-309 (grifo nosso).

⁸ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 135.

internacional: “Daí o inter-relacionamento entre a Nação e a comunidade política que inspirou, a partir do século XIX, o esforço de organizar o sistema interestatal com base no princípio das nacionalidades”.⁹

Nesse modelo de Estado soberano que já se desenhava desde o século XVII, a partir da Paz de Vestfália, e que agora veio a ser tomado pela nação, o indivíduo só é relevante perante a comunidade internacional enquanto for membro de um Estado. Perante as outras comunidades políticas, somente o próprio Estado tem capacidade (ou personalidade) jurídica. O indivíduo, por sua vez, só tem direitos e deveres para com aquela comunidade com a qual tem um vínculo formal, a chamada nacionalidade, e se relaciona apenas mediatamente com o direito internacional.

Até mesmo os direitos considerados inerentes ao homem, que foram tão festejados pelas revoluções liberais do século XVIII e já encontraram alguma projeção internacional desde então, não surtiram grandes efeitos enquanto não foram reconhecidos e protegidos pelos Estados nacionais. Quer dizer, ainda que se dissesse que os Estados se limitavam a declarar esses direitos humanos, a mediação estatal na sua proteção e promoção parecia mesmo constituí-los.

Esse padrão pareceu funcionar muito bem até que o advento da Primeira Guerra Mundial e o colapso do Estado-Nação mostraram o quão perversa pode ser a desconexão entre o princípio da nacionalidade e a realidade social. O século XX assistiu à queda de grandes impérios multinacionais que, embora déspotas e arbitrários, garantiram por muito tempo a estabilidade no centro-leste da Europa. Hannah Arendt mostra o que significou esse colapso e quais foram suas consequências imediatas:

Essa atmosfera de desintegração (...) atingiu o seu ponto mais alto nos Estados recém-estabelecidos após a liquidação da Monarquia Dual e do império czarista. Os últimos restos de solidariedade entre as nacionalidades não emancipadas do ‘cinturão de populações mistas’ evaporaram-se com o desaparecimento de uma despótica burocracia estatal, que também havia servido para centralizar e desviar

⁹ Idem, *ibidem*, loc. cit.

uns dos outros os ódios difusos e as reivindicações nacionais em conflito. Agora todos estavam contra todos, e, mais ainda, contra os seus vizinhos mais próximos – os eslovacos contra os tchecos, os croatas contra os sérvios, os ucranianos contra os poloneses.¹⁰

Esse trecho revela como a queda das potências derrotadas fez cair consigo a ilusão da identidade entre Estado e nação. A convivência aparentemente pacífica de nações culturalmente diferentes entre si era garantida apenas pela força de um poder centralizado; com a ruína desse poder, as lutas internas floresceram com todo o vigor. Não seria fácil, na reorganização das fronteiras, continuar obedecendo ao princípio da nacionalidade. De fato, o redesenho da Europa promovido pelos Tratados de Paz do pós-primeira guerra não acabou com a história dos países multinacionais, mas pelo contrário, apenas modificou arbitrariamente a ordem então colapsada e favoreceu alguns grupos nacionais em detrimento de outros.

Segundo Hobsbawm, a tentativa das potências vencedoras de reordenar o mapa europeu para criar “Estados nação étnico-lingüísticos” foi desastrosa, o que ficou claro não só da impossibilidade de evitar uma segunda grande guerra, como do longo período de guerras civis que se sucederam na região ao longo do século XX.¹¹ Afirmo o historiador que

a queda dos três impérios multinacionais da Áustria-Hungria, Rússia e Turquia substituiu três Estados supranacionais, cujos governos eram neutros entre as numerosas nacionalidades que governavam, por um número maior ainda de Estados multinacionais, cada um identificado com uma, no máximo duas ou três, das comunidades étnicas dentro de suas fronteiras,¹²

o que acabou sendo prejudicial para a estabilização de qualquer regime, quanto mais de um democrático.

¹⁰ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 301.

¹¹ HOBBSAWN, Eric. **A Era dos Extremos**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 39.

¹² Idem, *ibidem*, p. 141.

A essa situação de institucionalização de minorias nacionais carentes de autogoverno dentro de um Estado dominado por uma comunidade étnica distinta, relaciona-se o surgimento de um novo grupo de pessoas tão ou mais despidas de direitos do que as simples minorias: os apátridas. Os fenômenos são não apenas contemporâneos, como também de certa forma correlativos. Arendt, citando Lawford Childs, afirma que as minorias e os apátridas são “primos em primeiro grau”.¹³

Isso pode ser compreendido a partir de duas perspectivas. Em primeiro lugar, a própria reorganização de fronteiras e a conseqüente mobilização de populações geraram um contingente significativo de pessoas que, entre problemas de sucessão de Estados e criação de novos vínculos de cidadania, acabaram ficando excluídas de qualquer hipótese de qualificação nacional.¹⁴ Um exemplo histórico bastante ilustrativo é o da dissolução da Áustria-Hungria, que, novamente segundo Arendt, produziu o mais antigo grupo de *Heimatlosen*¹⁵. Em segundo lugar, muitas dessas minorias, em meio a disputas étnicas bastante cruéis, foram objeto de uma nova política ou um novo instrumento de dominação totalitária: a expatriação, ou seja, a

¹³ ARENDT, Hannah. Op. cit., p. 301-302.

¹⁴ O Manual para Parlamentares sobre Nacionalidade e Apatridia publicado pela ACNUR, ao tratar das causas da apatridia, é bastante didático neste ponto: “Embora esteja só parcialmente abrangida por instrumentos e princípios internacionais específicos, a transferência de território ou soberania tem sido uma causa de apatridia há muito tempo. As leis e práticas nacionais serão inevitavelmente alteradas quando um Estado passar por alterações territoriais profundas ou mudanças de soberania; quando um Estado obtiver a independência de um poder colonial; quando um Estado se dissolver, se um novo Estado ou novos Estados sucederem ao Estado dissolvido ou quando um Estado for restaurado depois de um período de dissolução. Cada um desses eventos pode levar à adoção de novas leis ou decretos sobre a nacionalidade e/ou novos procedimentos administrativos. Em tais situações os indivíduos podem tornar-se apátridas, se não obtiverem a nacionalidade segundo as novas leis ou decretos ou segundo os novos procedimentos administrativos ou se a nacionalidade lhes for denegada por uma nova interpretação das leis e práticas precedentes.” ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Nacionalidade e Apatridia: Manual para Parlamentares**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Nacionalidade_e_Apatridia_-_Manual_para_parlamentares>, último acesso em 14/11/2011. p. 37.

¹⁵ ARENDT, Hannah. Op. cit., p. 311.

revogação unilateral e arbitrária do vínculo de nacionalidade. Os dois casos mais célebres de uso desse instrumento são abordados por Lafer:

O número de apátridas viu-se também multiplicado por uma prática política nova, fruto dos atos do Estado no exercício da competência soberana em matéria de emigração, naturalização e nacionalidade. Refiro-me ao cancelamento em massa da nacionalidade por motivos políticos, caminho inaugurado pelo governo soviético em 1921 em relação aos russos que viviam no estrangeiro sem passaportes das novas autoridades, ou que tinham abandonado a Rússia depois da Revolução sem autorização do governo soviético. Este caminho foi a seguir percorrido pelo nazismo, que promoveu desnacionalizações maciças, iniciadas por lei de 14 de julho de 1933, alcançando grande número de judeus e de imigrados políticos residentes fora do Reich.¹⁶

Se a situação de perda da nacionalidade em virtude de conflitos territoriais e modificação de soberania já é bastante problemática, tanto mais o é a hipótese da expatriação involuntária e forçada, levado a cabo por um poder central déspota e, mais do que isso, aterrorizante. O que até hoje assusta e impressiona é que essa hipótese, longe de ser uma divagação teórica, foi concretizada em larguíssima escala pelos regimes totalitários soviético e nazista, deixando bastante exposta a fragilidade daquela construção tão cara ao iluminismo: os direitos humanos, inerentes à dignidade da pessoa, anteriores e superiores ao Estado. De nada adianta, ao que parece, a proclamação desses direitos se o ente ao qual caberia a sua proteção se recusa a reconhecê-los; ou, ainda pior, se ele se recusa a reconhecer a própria humanidade do outro e vê nele apenas uma ameaça a ser exterminada.

Após essa breve contextualização, serão abordados, a seguir, alguns aspectos teóricos a respeito das consequências da apatridia para a realização do homem, como ser dotado de direitos e de capacidade de discurso e ação políticos.

¹⁶ LAFER, Celso. Op. cit., p. 143.

A cidadania como condição para a titularidade e o exercício de direitos

Os temas da nacionalidade, cidadania, apatridia, migração, refúgio e asilo são essenciais à teoria política porque tocam justamente na questão a respeito de quem são as pessoas que constituem uma comunidade política. Não existe comunidade sem fronteiras; aliás, a demarcação e divisão da terra entre os povos, tanto lógica quanto cronologicamente, é que deu origem a toda organização social.¹⁷ A função da fronteira é, primariamente, uma de inclusão e exclusão de porções territoriais, mas muito mais importante que isso é a função de inclusão e exclusão de pessoas, que acaba sendo uma decorrência inevitável daquela.

Para dentro das fronteiras, estão os participantes daquela comunidade – o que hoje chamaríamos de cidadãos ou nacionais. Eles é que serão ouvidos no debate político; eles é que terão chances de participar do diálogo no seio das instituições democráticas e de influenciar no destino político do grupo como um todo. São eles também que decidirão sobre a eventual possibilidade de inclusão daqueles que hoje são excluídos. A propósito, justamente nesse ponto Seyla Benhabib vê um dos mais importantes paradoxos da democracia: “o paradoxo de que aqueles que não são membros do *demos* continuarão afetados pelas suas decisões de inclusão e exclusão nunca poderá ser completamente eliminado”.¹⁸

Para fora das fronteiras estão os outros, os alienígenas, aqueles que não participam conosco da vida pública. Por serem estrangeiros, eles não são menos dignos de respeito ou de valor, não são menos importantes, mas são apenas diferentes – e, principalmente, são membros de outra comunidade. Eles exercem, então, suas capacidades políticas de discurso e de ação junto a outro grupo, no qual, ali sim, podem participar do diálogo.

¹⁷ SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 39 e seg.

¹⁸ BENHABIB, Seyla. **The Right of Others**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 21.

Essa noção básica de delimitação é, ao mesmo tempo, importante e problemática. Importante, pela razão quase óbvia de que um território ilimitado seria praticamente ingovernável. Problemática, porque acaba excluindo da vida política aquele que, não sendo membro da nossa comunidade, também não o é de nenhuma outra. Este indivíduo não possui vínculo com um grupo e, conseqüentemente, está desconectado de outras pessoas; não encontra, assim, qualquer espaço de ação, está fora da política e “fora do mundo”. Como reconhecer a igualdade desse outro que não pode exercer suas capacidades mais humanas? O que é mais grave, como impedir que a perda dessas capacidades de convivência pública não implique a perda da própria humanidade?

Arendt percebeu muito bem como esses dois eventos – perda da capacidade política e perda da humanidade em si – estão intimamente conectados. A pessoa que não pode agir também não pode atualizar sua capacidade de fala, ou, ainda que fale, sua opinião será simplesmente desconsiderada. Ela não tem influência nenhuma sobre as decisões tomadas pelo grupo, decisões essas que podem recair sobre sua própria vida. Dessa forma, ela acaba perdendo toda a autonomia, pois não pode mais decidir sobre o curso e a consequência de suas ações, não pode mais fazer escolhas, não é mais responsável pelo próprio destino. Em última análise, ela perde justamente aquilo que lhe faz pessoa humana, que é a condição de *sujeito* jurídico, político e moral.

Há um significado particular em se dizer que essas pessoas, vítimas de dominação totalitária soviética ou nazista, foram *objeto* de uma nova política. Ocorre que, em uma época em que os direitos civis e políticos não são protegidos senão pelo Estado e em que o indivíduo só pode exercer e exigir esses direitos como membro de uma comunidade política singular, retirar-lhe a qualidade de cidadão é o mesmo que retirar-lhe “o direito a ter direitos”.¹⁹ O projeto de dominação totalitária, aliás, encontra na “morte da pessoa jurídica” uma de suas principais etapas.²⁰

¹⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 330

²⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 498.

Nesse contexto, para a pessoa que deixa de ser reconhecida como um nacional é irrelevante que ela seja titular de direitos humanos natos e inerentes à sua dignidade, uma vez que ela simplesmente não pode efetivá-los. O apátrida não tem direito de ficar nem de sair; não tem liberdade de escolher o seu trabalho, de professar a sua fé, de expressar sua opinião; não tem liberdade de agir nem responsabilidade por seus atos. Ele não tem, na verdade, sequer direito a agir e a ter uma opinião. Assim, perdendo a autonomia e a subjetividade jurídica, ele acaba perdendo a própria subjetividade enquanto tal e se transformando gradativamente em objeto. A morte da pessoa jurídica é um passo para a morte da pessoa humana.²¹

Os grandes fluxos migratórios – principalmente as migrações forçadas – que marcaram o século XX demonstram muito bem essa ausência de liberdade de ação. Estima-se que cerca de 60 milhões de civis foram afetados por movimentos migratórios apenas durante os anos da Segunda Guerra, especialmente na Europa central e oriental.²² Na Alemanha nazista, a expatriação arbitrária, especialmente de judeus, era seguida pela deportação, como bem anotou Arendt em seu relato sobre o julgamento de Adolf Eichmann, importante funcionário do III. Reich, realizado em Israel no ano de 1961.²³ Os judeus que não eram mais alemães, é claro, não tinham nenhum direito a permanecer em território da Alemanha, assim como não tinham direito de ingresso na França, na Itália, na Polônia ou em qualquer outro país, justamente por não pertencerem a nenhuma pátria. Seu destino mais óbvio eram os campos de concentração, “o único território que o mundo tinha a oferecer aos apátridas”.²⁴

Depois desses eventos traumáticos, a comunidade internacional sentiu a necessidade não apenas de reafirmar aqueles direitos humanos que

²¹ Idem, *ibidem*, p. 504.

²² STOLA, Dariusz. “Forced Migration in Central European History”. In: **International Migration Review**, v. 26, n. 2 (1992), p. 330.

²³ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um retrato sobre a banalidade do mal**. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

²⁴ Idem, **Origens do Totalitarismo**, op. cit., p. 318.

havia sofrido as mais atrozes violações (principalmente os direitos à liberdade e à vida), mas também de colocar ao lado deles o próprio direito à nacionalidade, tornando a expatriação arbitrária um ilícito internacional. Foi, então, após a Segunda Guerra e principalmente na segunda metade do século XX que assistimos ao desenvolvimento de uma miríade de tratados e convenções a respeito da apatridia, conforme veremos na sequência. Antes disso, trataremos do significado técnico-jurídico desse conceito, procurando delimitá-lo e relacioná-lo com outros fenômenos, bem como examinando suas principais causas.

Delimitação conceitual e causas da apatridia

O termo “apatridia”, que literalmente significa a ausência de uma pátria, muito provavelmente vem do francês *apatridie*, vocábulo que começou a ser utilizado pelos franceses apenas a partir da Primeira Guerra, em substituição aos termos alemães antes muito difundidos: *Heimatlosigkeit* e, posteriormente, *Staatslosigkeit*. Preferiu-se também a fórmula “sem pátria” em oposição à opção italiana “sem polis” ou *apolidia*, já que a pátria havia há muito tempo superado os limites da polis.²⁵

Tecnicamente, a apatridia significa a inexistência do vínculo jurídico de nacionalidade, ou seja, a ausência de conexão formal entre uma pessoa e um Estado qualquer. De forma resumida, esse vínculo de nacionalidade normalmente é adquirido já por ocasião do nascimento, seja em virtude da incidência do princípio do *jus soli* – atribuição da nacionalidade referente ao local do nascimento –, seja do princípio do *jus sanguini* – atribuição da nacionalidade dos genitores.

Geralmente os países adotam um desses princípios de forma preponderante, mas dificilmente com exclusão absoluta do outro. Uma

²⁵ VICHNIAC, Marc. “Le Statut International des Apatrides”. In: **Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours**, v. 43, 1933, pp. 119-245. p. 134.

exceção clássica ao princípio do *jus soli*, por exemplo, é a atribuição da nacionalidade dos pais aos filhos de diplomatas estrangeiros.²⁶ A primeira causa de apatridia que se pode imaginar, então, seria o descompasso entre esses dois critérios, ou seja: o caso de alguém, filho de nacionais de um país que adote o *jus soli*, nascer em território estrangeiro de um país que adote o *jus sanguini*.

Por muito tempo entendeu-se – e ainda hoje essa é a posição dominante na doutrina e na jurisprudência – que a atribuição da nacionalidade e a escolha dos critérios para conferência ou retirada desse vínculo é prerrogativa única e exclusiva de cada Estado, sendo essa uma das principais decorrências da soberania. Assim, cada país teria liberdade não só de adotar os princípios antes mencionados, com as matizações que entender necessárias ou convenientes, como também de determinar outros critérios de aquisição ou perda superveniente da nacionalidade.

Nessa linha, muitos Estados preveem como hipótese de perda do vínculo, por exemplo, a aquisição da nacionalidade de outro país. Pode-se imaginar, então, uma segunda causa de apatridia: quando um país exige, antes de naturalizar uma pessoa, que ela desista de sua nacionalidade de origem; nesse caso, a pessoa ficaria destituída de qualquer vínculo nacional nesse período entre a desistência e a nova aquisição.

Esse entendimento das questões relativas à nacionalidade como prerrogativa absoluta do Estado soberano levaram a alguns absurdos que, como já mencionamos acima, marcaram a história do século XX. É certo que a apatridia em si não é um fenômeno novo, mas muito pelo contrário, “é tão antiga como a sociedade humana, remontando de toda sorte às primeiras migrações dos homens”.²⁷ Mas, se ela já havia sido conhecida até mesmo pelos romanos, os aspectos e a magnitude que o problema adquiriu após a Primeira Guerra não encontraram precedentes.²⁸

²⁶ REZEK, José Francisco. “Le Droit International de la Nationalité”. In: **Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours**, v. 198 (3), 1986, pp. 335-399. p. 358.

²⁷ VICHNIAC, Marc. Op. cit., p. 119 (tradução livre).

²⁸ Idem, ibidem, p. 130.

Então, a principal causa da apatridia, ou pelo menos a origem do maior número de apátridas, são sem dúvida disputas políticas envolvendo reformulações fronteiriças e (ou) reorganização populacional. Conforme consta de relatório formulado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR),

a apatridia, que foi reconhecida pela primeira vez como um problema mundial na primeira metade do século XX, pode ocorrer como resultado de disputas entre Estados sobre a identidade jurídica dos indivíduos, da sucessão de Estados, da marginalização prolongada de grupos específicos dentro da sociedade, ou ao privar grupos ou indivíduos da sua nacionalidade. A apatridia está normalmente associada a períodos de mudanças profundas nas relações internacionais.²⁹

Cabe aqui a menção a outros dois conceitos que se relacionam, mas não se confundem com a apatridia: o asilo político e o refúgio. O asilo é um instituto antigo e bastante típico da comunidade hispano-luso-americana. Consiste, em linhas gerais, na concessão de proteção por parte de um Estado soberano a uma pessoa estrangeira que tenha sofrido perseguição ou grave discriminação política em seu país de origem. Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 14, afirme que “todo ser humano, vítima de perseguição, tem o *direito* de procurar e de gozar asilo em outros países (grifo nosso)”, tem-se admitido o asilo não como um direito subjetivo exigível individualmente, mas como uma opção discricionária dos Estados. É o que consta, para citar apenas alguns exemplos, da Convenção sobre Asilo de Havana (1928), do Tratado sobre Asilo e Refúgio Político de Montevideu (1939) e da Convenção Interamericana sobre Asilo Diplomático de Caracas (1954).³⁰

²⁹ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. Nacionalidade e Apatridia: Manual para Parlamentares. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Nacionalidade_e_Apatridia_-_Manual_para_parlamentares>, último acesso em 14/11/2011. p. 6.

³⁰ WACHOWICZ, Marcos. “O Direito de Asilo como Expressão dos Direitos Humanos”. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná**, v. 37, n. 0 (2002). Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1776/1473>>, último acesso em 14/11/2011. p. 148.

Já o instituto do refúgio é bastante mais amplo e abrange não só a perseguição devida a motivos políticos, mas também religiosos, raciais ou étnicos. Ao contrário do asilo, que é conferido individualmente, o refúgio é associado com perseguições em massa e também com situações em que há fundado receio de que tal perseguição, ainda não ocorrida, venha a se concretizar. A concessão de refúgio, também disciplinada por documentos internacionais, tem sido considerada um direito das pessoas com fundado temor de perseguição, e não apenas uma mera escolha política do Estado.³¹

Basicamente, o elemento comum entre os institutos do asilo e do refúgio, como se pode perceber, é a perseguição por motivos políticos. A apatridia, entendida puramente como ausência de vínculo de nacionalidade, não se relaciona necessariamente com nenhum deles, mesmo porque ela pode ser resultado de mero conflito de leis. Entretanto, conforme mencionado, a apatridia como fenômeno de massa se deve principalmente à discriminação – e consequente perseguição – por motivos vários, entre eles religiosos, raciais e políticos. O apátrida, então, não raro se enquadra nas hipóteses em que é prevista a possibilidade de concessão de asilo ou refúgio.

Para os fins desse trabalho, é mais interessante uma análise das relações entre a apatridia e o refúgio do que propriamente entre aquela e o asilo, já que este depende de uma análise casuística e individual, enquanto o refúgio diz respeito a situações de perseguição em massa – coincidindo, nesse ponto, com o aspecto da apatridia que mais nos preocupa aqui. A seguir, serão levantados os principais documentos internacionais que tratam dessas duas questões, bem como serão mencionadas algumas ações realizadas no âmbito da Organização das Nações Unidas para resolução e prevenção desses problemas.

³¹ BARRETO, Luiz Paulo Teles F. “Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio”. Disponível em: <www.migrante.org.br/Asilo%20e%20Refugio%20diferencas.doc>, último acesso em 14/11/2011.

Documentos e ações internacionais

O primeiro tratamento internacional dado aos apátridas remonta à época da Liga das Nações, logo após o fim da Primeira Guerra Mundial. Como já foi dito no início deste trabalho, a situação desse grupo humano era muito próxima à daquelas minorias étnicas que, após a queda dos impérios multinacionais e a reorganização das fronteiras nacionais imposta pelos países vencedores, não encontraram espaço para autodeterminação e autogoverno. Então, na consciência de que essas minorias não seriam representadas nos Estados em que haviam sido arbitrariamente incluídas e de que elas necessitavam de proteção adicional, foram concluídos os Tratados das Minorias, justamente sob os auspícios da Liga das Nações.

Esses tratados serviam como uma espécie de lei de exceção, sob a qual viviam não apenas as minorias, que insistiam em não ser assimiladas pelas nacionalidades dominantes, como também os apátridas, que ainda não eram reconhecidos como um problema autônomo. Ocorre que esses documentos, além de terem sido assinados praticamente à força por quase todos os novos governos europeus,³² não resultaram numa proteção efetiva desses grupos vulneráveis, os quais, na prática, viviam “sob condições de absoluta ausência de lei”.³³ O fracasso dos Tratados das Minorias coincidiu com a sucumbência da própria Liga das Nações, a qual, como sabemos, não obteve sucesso na sua tentativa de evitar uma nova e ainda mais devastadora guerra.

Após a Segunda Guerra Mundial e a experiência inédita das expatriações em massa, o problema da apatridia voltou a chamar a atenção da comunidade internacional, agora preocupada também com a situação dos milhões de imigrantes e refugiados que a Guerra produziu. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 expressa, em seu artigo

³² ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**, op. cit. p. 302.

³³ Idem, *ibidem*, loc cit.

15, essa preocupação: (1) Todo homem tem direito a uma nacionalidade; (2) Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Não se nega o importante significado simbólico dessa disposição a respeito do direito a uma nacionalidade, mas o fato é que a Declaração não institui para os países-membro da ONU qualquer obrigação correlata de conferir esse vínculo a um apátrida que eventualmente entre em seu território. Aliás, em matéria de imigração, refúgio, asilo e nacionalidade, há autores que indicam uma série de contradições em que incorre a Declaração, como bem expõe Seyla Benhabib:

A Declaração Universal é silente sobre as *obrigações* dos Estados de conferir entrada aos imigrantes, de apoiar o direito de asilo e de permitir a cidadania aos estrangeiros residentes. Esses direitos não têm nenhum destinatário específico e não parecem ancorar obrigações específicas para segundas ou terceiras partes de se submeterem a eles. Apesar do caráter trans-fronteiriço desses direitos, a Declaração sustenta a soberania dos Estados. Então uma série de contradições internas entre direitos humanos universais e soberania territorial é construída dentro da lógica do documento de direito internacional mais abrangente do mundo.³⁴

Devido ao caráter não vinculativo da Declaração Universal, bem como da necessidade de ações mais concretas por parte dos Estados e da comunidade internacional, a Assembleia Geral das Nações Unidas criou, por meio da Resolução nº 428 de 14 de dezembro de 1950, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). Essa agência é a responsável, no âmbito da ONU, pela assistência aos refugiados e aos apátridas, bem como pelos esforços de prevenção e redução da incidência dos casos de apatridia.

Antes mesmo da criação do ACNUR, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas já havia designado em 1949 um comitê que teria por tarefa estudar a situação dos refugiados e dos apátridas e elaborar uma

³⁴ BENHABIB, Seyla. **The Right of Others**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 11 (tradução livre).

proposta de Convenção que abrangesse ambas as questões. Mas em 1951, quando foi convocada uma Conferência de Plenipotenciários que deveria apreciar os dois temas, foi considerado mais premente o problema dos refugiados, em vista da iminente dissolução da Organização Internacional para os Refugiados. Aprovou-se, então, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, e adiou-se a apreciação do protocolo sobre a apatridia.³⁵

O texto da Convenção de 1951 define como refugiado aquela pessoa que,

em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.³⁶

Sobre essa definição, dois elementos merecem ser destacados. Em primeiro lugar, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, da forma como foi redigida, só abrangia os casos ocorridos antes de 1951, o que levou à necessidade da formulação e adoção de um protocolo adicional, o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967. Em segundo lugar, embora a convenção faça uma menção às pessoas que não têm nacionalidade e não possam ou tenham receio de voltar ao país de sua residência habitual, ela não dá nenhuma definição de apatridia, nem abrange os apátridas que não sejam requerentes de refúgio.

Foi em 1954, então, que finalmente se adotou a Convenção relativa ao Estatuto dos Apátridas. A definição do apátrida consta de seu artigo 1º: “Para os efeitos da presente Convenção, o termo ‘apátrida’ designará toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme

³⁵ ACNUR. **Nacionalidade e Apatridia (...)**, op. cit., p. 10.

³⁶ Art. 1º, (2) da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados.

sua legislação”. Essa convenção entrou em vigor em 1960 e hoje conta com 68 Estados-parte³⁷, entre eles o Brasil³⁸.

É bem verdade que a Convenção pretende conferir de forma imediata alguns direitos aos apátridas, tais como a liberdade de religião, de circulação, o acesso à educação, o acesso aos tribunais e especialmente a igualdade de tratamento em relação aos estrangeiros. Mas é difícil imaginar que tais direitos sejam efetivados sem o apoio ou pelo menos a mediação dos Estados, que são os principais destinatários tanto do Estatuto dos Refugiados quanto do Estatuto dos apátridas. Isso significa dizer que, por mais que esses grupos humanos não estejam totalmente desamparados do ponto de vista do direito internacional, ainda não há uma forma mais efetiva de proteção do que a atribuição juridicamente formal de uma nacionalidade. Em outras palavras,

a adesão à Convenção não substitui a outorga da nacionalidade às pessoas nascidas ou habitualmente residentes no território de um Estado. Sem importar quão amplos possam ser os direitos reconhecidos a uma pessoa apátrida, estes não são equivalentes à aquisição da nacionalidade.³⁹

Por esse motivo é que se entendeu necessária a adoção de medidas que, muito além de garantir alguns direitos aos apátridas, pudessem reduzir e prevenir a incidência de tais casos. Foi o que se pretendeu com a adoção, ainda no âmbito da ONU, da Convenção para a Redução dos casos de Apatridia de 1961. Esse documento, ao qual o Brasil aderiu em 25 de outubro de 2007, entrou em vigor em 1975 e hoje vincula 40 Estados.⁴⁰

³⁷ A informação data de 23 de setembro de 2011. Disponível em <<http://www.onu.org.br/novos-paises-assinam-convencoes-sobre-apatridia-e-acnur-pede-mais-adesoes/>>, último acesso em 14/11/2011.

³⁸ O Brasil ratificou a Convenção relativa ao Estatuto dos Apátridas em 30 de abril de 1996 e ela se encontra vigente no ordenamento interno a partir do Decreto n.º 4246, de 22 de maio de 2002, expedido pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso.

³⁹ ACNUR. **Nacionalidade e Apatridia (...)**, op. cit., p. 10.

⁴⁰ Informação disponível em: <<http://www.onu.org.br/novos-paises-assinam-convencoes-sobre-apatridia-e-acnur-pede-mais-adesoes/>>, último acesso em 14/11/2011.

Dois artigos dessa Convenção merecem destaque: o artigo 9º, segundo o qual “os Estados Contratantes não poderão privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas de sua nacionalidade por motivos raciais, étnicos, religiosos ou políticos”, e o art. 10, que dispõe sobre casos de mudança de soberania territorial e prevê normas com o intuito de evitar o surgimento de apátridas em virtude dessas mudanças.

No âmbito regional, é digno de menção o texto do artigo 20 do Pacto de São José da Costa Rica, o qual tem uma redação algo mais ampla do que aquela do artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território tiver nascido, se não tiver direito a outra. A ninguém se deve privar arbitrariamente da sua nacionalidade nem do direito a mudá-la.

A Jurisprudência da Corte Interamericana de Justiça, reforçando os princípios do mencionado artigo 20, tem afirmado que, apesar de o direito da nacionalidade ser uma matéria típica da soberania estatal, os Estados não podem desconsiderar as consequências regionais e internacionais de suas decisões sobre tais assuntos. Ou seja, “os Estados têm que ter em conta as repercussões internacionais das suas legislações internas sobre a nacionalidade, especialmente quando da aplicação dessas legislações pode resultar em apatridia”.⁴¹ A Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984, principalmente em seu parágrafo 32, é bastante ilustrativa a esse respeito:

32. A nacionalidade, conforme se aceita majoritariamente, deve ser considerada com um estado natural do ser humano. Tal estado é não somente o fundamento mesmo de sua capacidade política, mas também de parte de sua capacidade civil. Daí que, não obstante tradicionalmente se tenha aceitado que a determinação e regulação da nacionalidade são de competência de cada Estado, a evolução realizada nessa matéria nos demonstra que o direito internacional impõe certos limites à

⁴¹ ACNUR. **Nacionalidade e Apatridia (...)**, op. cit., p. 16.

discrecionariedade dos Estados e que, em seu estado atual, na regulamentação da nacionalidade concorrem não apenas competências do estados, mas também as exigências de proteção integral dos direitos humanos.⁴²

As grandes transformações geopolíticas relativas à modificação de fronteiras e sucessão de Estados, bem como a privação arbitrária da nacionalidade como instrumento de dominação e perseguição, ainda eram o foco das atenções à época da conclusão das Convenções aqui mencionadas – e hoje certamente não deixaram de ser objeto de preocupação da comunidade internacional. Veremos a seguir alguns desenvolvimentos atuais dessa questão.

Situação atual

A Organização das Nações Unidas estima que há, hoje, cerca de 12 milhões de pessoas apátridas no mundo⁴³. Esse número, embora não seja preciso, serve para dar uma perspectiva geral da situação hodierna da apatridia. Como se pode perceber, ela constitui um problema persistente e de difícil solução, pois envolve, além de questões concernentes à repatriação propriamente dita ou atribuição de uma nova nacionalidade, outras dificuldades tais como concessão de refúgio e estabilização de fluxos migratórios.

O número de adesões à Convenção relativa ao Estatuto dos Apátridas de 1954 e à Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961, embora tenha aumentado significativamente desde a entrada em vigor dos tratados (respectivamente, em 1960 e 1975), ainda é considerado baixo. Com isso em vista, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os

⁴² “Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização”, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf>, último acesso em 14/11/2011 (tradução livre).

⁴³ Conforme dados extraídos do sítio eletrônico da ONU: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/a-quem-ajudamos/apatridas/>>, último acesso em 14/11/2011.

Refugiados lançou, por ocasião do 50º aniversário da Convenção de 1961, a Campanha das Convenções sobre Apatridia, convocando os Estados a aderir a esta Convenção, assim como à Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas. Na divulgação da campanha, o ACNUR expõe seis razões pelas quais a adesão aos documentos é de interesse dos Estados:⁴⁴

1. As convenções sobre apatridia estabelecem normas mundiais.
2. As convenções sobre apatridia ajudam a resolver conflitos de legislação e evita que as pessoas sofram as consequências das lacunas nas leis de cidadania.
3. A prevenção da apatridia e a proteção das pessoas apátridas contribuem para a paz e a segurança internacional e para a prevenção do deslocamento forçado.
4. A redução da apatridia melhora o desenvolvimento social e econômico.
5. Resolver a apatridia promove o Estado de Direito e contribui para melhorar a regulação da migração internacional.
6. Aderir às convenções sobre apatridia sublinha o compromisso dos países com os direitos humanos.

A propósito do Brasil, o país foi considerado pelo ACNUR, em meio a essa campanha, um caso de sucesso da aplicação da Convenção de 1961, em virtude das recentes modificações constitucionais relativas ao direito da nacionalidade, que extinguiram o risco de que cerca de 200 mil filhos de brasileiros nascidos no exterior resultassem apátridas.⁴⁵ O movimento “Brasileirinhos Apátridas”,⁴⁶ liderado pela comunidade de brasileiros emigrados, foi responsável pela elaboração e incentivo político à Proposta de Emenda Constitucional nº 272/2000, que foi convertida na Emenda Constitucional nº 54 de 2007.

Dois pontos importantes foram incluídos pela referida emenda: (1) o artigo 12, inciso I, alínea c, da Constituição Federal passou a prever que são brasileiros natos os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/a-quem-ajudamos/apatridas/campanha-das-convencoes-sobre-apatridia/>>, último acesso em 14/11/2011.

⁴⁵ Disponível em: <<http://www.onu.org.br/brasil-e-destaque-em-campanha-global-do-acnur-contra-apatridia/>>, último acesso em 14/11/2011.

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.brasileirinhosapatridas.org/>>, último acesso em 14/11/2011.

ou venham a residir na República Federativa do Brasil (a redação anterior, dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3 de 1994, não previa a hipótese de registro em repartição brasileira no exterior, de maneira que os filhos de pai ou mãe brasileiros só seriam registrados como brasileiros natos se viessem a residir no país); (2) foi incluído o artigo 95 do ADCT, dispondo que os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e 20 de setembro de 2007, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, podem ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente, o que veio resolver a situação daqueles que caíram no vácuo legislativo causado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3.

Apesar desses desenvolvimentos positivos, tanto em nível nacional quanto internacional, percebe-se que o problema da apatridia ainda está longe de ser solucionado. E não se diga que a atribuição de uma nacionalidade a todas as pessoas seria desimportante, sob o argumento de que a própria ordem jurídica internacional já seria suficiente para conferir a todos os seus direitos humanos; o fato é que os desenvolvimentos atuais dessa questão estão a indicar que muitos desses direitos, em especial os relativos à participação política, só podem ser realizados no âmbito da proteção dos Estados. Isso nos leva a crer que, por mais impressionante e positivo que seja o fortalecimento do direito internacional dos direitos humanos, ele ainda não tornou obsoletas as instituições propriamente estatais.

Conclusão

Vivenciamos hoje uma tensão entre os direitos humanos, que pretendem ter uma feição moralizante, universal e apolítica, e a soberania estatal, que embora mitigada, certamente não está superada. São os Estados nacionais, afinal, que têm as melhores condições institucionais (tanto política quanto juridicamente) de efetivar os direitos humanos. Ou, pelo menos, será assim enquanto a comunidade internacional não estiver equipada com todos os instrumentos necessários para (i) tomar decisões políticas democraticamente, respeitando a igualdade entre todos os

participantes e a pluralidade de opiniões e culturas, e para (ii) aplicar e executar essas decisões de forma propriamente judicial, respeitando a legalidade e a segurança jurídica. Em outras palavras, enquanto o globo não estiver organizado em uma verdadeira federação de nações, com todas as instituições que decorreriam daí, é difícil imaginar que uma “cidadania global” possa substituir a nacionalidade como a conhecemos hoje.

Com tudo isso, o que pretendemos defender aqui é que a efetivação dos direitos humanos não dispensa a mediação das comunidades políticas individuais (no caso, dos Estados), sem, contudo, negar a importância da proclamação desses direitos no plano internacional. Apenas procuramos deixar claro que, embora as declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos afirmem que as pessoas são titulares de alguns direitos inatos e inalienáveis, a existência de uma entidade política capaz de assegurá-los não é uma necessidade secundária, mas primordial. Até mesmo esses documentos internacionais, como vimos com os exemplos do artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do artigo 20 do Pacto de São José da Costa Rica, não deixam de dar destaque e importância ao direito à nacionalidade, o que demonstra que a comunidade internacional ainda não está pronta para, ela própria, conferir e garantir às pessoas todos esses direitos.

Assim, uma solução (pelo menos teórica) para o problema da apatridia e para as tensões entre a soberania dos Estados e a universalidade dos direitos seria, não a superação do modelo estatal, mas a aceitação de uma obrigação ética e moral por parte dos Estados de conferirem a nacionalidade para pessoas apátridas que estejam há um certo tempo em seu território, podendo ainda ser acrescentados outros critérios ao temporal, desde que razoáveis, pertinentes e não discriminatórios. O outro lado dessa obrigação, é claro, seria a proibição da expatriação arbitrária.⁴⁷ Essa alternativa procura, dentro do possível, conjugar o universalismo moral

⁴⁷ Benhabib traz uma visão interessante e inovadora sobre essa questão, procurando fundamentar o direito humano à nacionalidade em uma ética discursiva e pós-metafísica. BENHABIB, Seyla. **The Right of Others**, op. cit., p. 134-143.

com o particularismo cultural e político, admitindo que, por mais que o homem possua direitos inerentes à sua dignidade, ele só pode exercer suas capacidades políticas de ação e de discurso como membro de uma comunidade política. A afirmação de um direito à nacionalidade é a garantia de que o homem não será colocado “fora de toda a legalidade”⁴⁸ e não será destituído de seu “direito de ter direitos”.⁴⁹

Referências

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS.

Nacionalidade e Apatridia: Manual para Parlamentares. Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Nacionalidade_e_Apatridia_-_Manual_para_parlamentares>, último acesso em 14/11/2011.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um retrato sobre a banalidade do mal.** 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ARENDT, Hannah. **On Revolution.** New York: Penguin Books, 2006.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo.** 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BARRETO, Luiz Paulo Teles F. “Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio”. Disponível em: <www.migrante.org.br/Asilo%20e%20Refugio%20diferencas.doc>, último acesso em 14/11/2011.

BENHABIB, Seyla. **The Right of Others.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CARTER, April. **The Political Theory of Global Citizenship.** London: Routledge, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁸ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**, op. cit., p. 327.

⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 330.

HOBSBAWN, Eric. **A Era dos Extremos**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

REZEK, José Francisco. “Le Droit International de la Nationalité”. In: **Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours**, v. 198 (3), 1986, pp. 335-399.

SCHMITT, Carl. **Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum**. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1974.

SIEYÈS, Emmanuel. **Qu'est-ce que le Tiers État?** Paris: Flammarion, 1988.

STOLA, Dariusz. “Forced Migration in Central European History”. In: **International Migration Review**, v. 26, n. 2 (1992).

VICHNIAC, Marc. “Le Statut International des Apatrides”. In: **Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours**, v. 43, 1933, pp. 119-245.

WACHOWICZ, Marcos. “O Direito de Asilo como Expressão dos Direitos Humanos”. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná**, v. 37, n. 0 (2002). Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1776/1473>>, último acesso em 14/11/2011

Endereços Eletrônicos

<<http://www.acnur.org/t3/portugues/a-quem-ajudamos/apatridas/>>, último acesso em 14/11/2011.

<<http://www.acnur.org/t3/portugues/a-quem-ajudamos/apatridas/campanha-das-convencoes-sobre-apatridia/>>, último acesso em 14/11/2011.

<<http://www.brasileirinhosapatridas.org/>>, último acesso em 14/11/2011.

<http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf>, último acesso em 14/11/2011

<<http://www.onu.org.br/brasil-e-destaque-em-campanha-global-do-acnur-contra-apatridia/>>, último acesso em 14/11/2011

<<http://www.onu.org.br/novos-paises-assinam-convencoes-sobre-apatridia-e-acnur-pede-mais-adesoes/>>, último acesso em 14/11/2011.

A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Interposto por Ente Público

Paula Schmitz de Schmitz¹

RESUMO: O presente trabalho analisa o requisito de admissibilidade do recurso extraordinário denominado repercussão geral da questão constitucional, abordando origem histórica e motivos de sua criação, previsão constitucional e regulamentação legal, caracterização, hipóteses legais e configuração de repercussão geral quando se trata de recurso interposto por ente público. Explica a chamada “crise do STF” e as medidas adotadas para filtrar os recursos extraordinários, dentre elas a criação do requisito de repercussão geral. Apresenta uma comparação do instituto com a antiga arguição de relevância da questão federal. Fala sobre a inserção do §3º do art. 102 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e a regulamentação desse dispositivo pela Lei nº 11.418/2006, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. Analisa os parâmetros legais para a configuração da repercussão geral, contidos no §1º. do art. 543-A do CPC. Aborda a hipótese de relevância presumida prevista no §3º. do art. 543-A do CPC. Analisa a repercussão geral nos recursos extraordinários interpostos por ente público, considerando a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, sugerindo uma apreciação de forma diferenciada em tais casos. Conclui que, interpretando os parâmetros estabelecidos pela legislação vigente para definir repercussão geral e considerando o interesse público defendido nos recursos interpostos por ente público, a repercussão geral é a eles inerente, devendo ser considerada como presumida.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil, Recurso extraordinário. Repercussão geral. Ente público. Estado.

¹ Especialista em Direito Processual Civil. Procuradora do Estado do Paraná. Curitiba-PR-Brasil.

Introdução

O volume de demandas judiciais que chegam ao Judiciário brasileiro cresce diariamente. O aumento incessante da quantidade de recursos que ingressam nos Tribunais torna necessária a adoção constante de medidas legislativas e administrativas com objetivo de possibilitar a prestação jurisdicional mais célere e eficiente, viabilizando as atividades do Poder Judiciário. Neste contexto, várias providências foram tomadas nas últimas décadas para evitar que o acúmulo de processos abarrotasse o Supremo Tribunal Federal de forma irreversível.

Dentre tais mudanças, a Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o §3º do art. 102 da Constituição Federal, que introduziu como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a exigência de demonstração, pelo recorrente, da repercussão geral da questão constitucional objeto do recurso. Essa norma constitucional foi regulamentada posteriormente pelos arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, bem como pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Esse requisito tem por escopo filtrar os recursos extraordinários que chegam ao Supremo Tribunal Federal para julgamento, evitando que questões que envolvam apenas interesses das partes na lide concreta sejam analisadas pelo Excelso Pretório e deixando para este julgar as causas de maior importância.

Tal pressuposto tem o primordial objetivo de selecionar os recursos mais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, visando garantir a utilidade e a efetividade da prestação jurisdicional, sem restringir o acesso à justiça.

Por outro ângulo, os recursos extraordinários interpostos por ente público, nas ações judiciais em que este figura como parte, sujeitam-se igualmente ao juízo de admissibilidade em que o requisito em questão é analisado. Todavia, essas demandas apresentam certas peculiaridades, pois envolvem precipuamente o interesse público.

Assim, faz-se necessário averiguar se o exame da repercussão geral da questão constitucional nos recursos extraordinários apresentados pelas pessoas jurídicas de direito público deve ser feito de maneira idêntica ao realizado em relação a recursos de particulares ou se a averiguação desse requisito formal deve ser feita de forma diferenciada, levando em consideração o interesse público envolvido, defendido pela parte recorrente.

A Função do Supremo Tribunal Federal e sua Competência Recursal

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, detém ampla competência originária e recursal, estabelecida no art. 102 da Constituição. Dessa competência atribuída pela carta constitucional extrai-se que o STF, muito além de constituir mais uma instância recursal que as partes podem acessar a fim de buscar uma solução melhor que a dada nas instâncias inferiores para seus litígios judiciais, possui uma relevante função de velar pela observância das normas constitucionais. É o que literalmente estabelece o *caput* do art. 102 da CF, ao dispor que “*competete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*”.

Atento a essa essencial missão do STF como corte constitucional e não mera instância recursal, e apontando o recurso extraordinário como um instrumento para a consecução desse mister, ressalta Mancuso:

Assim como o STF não é simplesmente *mais um* Tribunal Superior, e sim a Corte Suprema, encarregada de manter o império e a unidade do direito constitucional, também o recurso extraordinário não configura *mais uma* possibilidade de impugnação, e sim o remédio de cunho político-constitucional (seus pressupostos não estão na lei processual) que permite ao STF dar cumprimento à elevada missão de *guarda da Constituição* (CF, art. 102, *caput*).² (destaque no original)

² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 10. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as leis n.º 11.417 e n.º 11.418/2006 e a emenda regimental STF 21/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 153.

Antes do advento da Constituição da República vigente, de 1988, o Supremo Tribunal Federal detinha competência para cuidar da correta aplicação das normas constitucionais e também do ordenamento jurídico federal infraconstitucional. Essa última atribuição foi entregue ao Superior Tribunal de Justiça, nascido com a nova ordem constitucional.

Com isso, buscou-se concentrar a competência do Supremo Tribunal Federal de forma que este passasse a funcionar verdadeiramente como corte constitucional, debruçando-se apenas sobre as questões dessa índole, embora ainda tenham remanescido competências diversas da guarda pura da Constituição, como observa Côrtes:

A atual Carta Política criou o STJ, atribuindo-lhe parte da competência recursal extraordinária outrora concernente ao STF, relativa à inteireza e proteção do direito federal infraconstitucional.

A intenção da Assembléia Nacional Constituinte de 1988 foi transformar o STF em Corte Constitucional. Retirou-lhe competência para apreciar questões atinentes à legislação infraconstitucional.

Todavia, o STF ainda não é uma Corte Constitucional pura, apesar de apreciar, mediante recurso extraordinário, questões relacionadas à Constituição, pois a sua competência originária e para julgar recursos ordinários ainda é muito extensa, como se observa dos incisos I e II do mesmo dispositivo.³

Dessa forma, a Constituição Federal atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência originária para processar e julgar as lides elencadas em seu art. 102, inciso I, bem como lhe outorgou competência recursal para julgar em recurso ordinário as questões referidas no inciso II e, por fim, em recurso extraordinário, aquelas causas decididas em única ou última instância nas hipóteses previstas no inciso III do mesmo artigo,⁴

³ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. As Inovações da EC n. 45/2004 quanto ao cabimento do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 535.

⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

todas elas referentes a alguma espécie de violação ou inobservância de norma constitucional.

Concentrando-se no STF a competência para julgar todos os recursos extraordinários interpostos em face de decisões proferidas pelos diversos órgãos judiciais do país, e em razão do número crescente desses recursos, surgiram dificuldades para que aquela Corte realizasse a função que lhe é atribuída, gerando a chamada “crise” do Supremo Tribunal Federal e demandando a adoção de medidas para contê-la.

2. A “CRISE” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O incremento quantitativo alarmante de recursos judiciais há muito tem causado preocupação, em especial no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, para onde confluem todas as causas julgadas pelos juízos e tribunais em que haja interposição de recurso extraordinário.

A natureza humana de irresignação ante a decisões judiciais desfavoráveis, a cultura brasileira de esgotar os meios recursais possíveis, o incentivo dado nos últimos anos ao acesso à justiça, entre outros fatores, levaram a uma exacerbação do número de demandas e recursos judiciais, refletindo especialmente nos tribunais superiores e, por estar no topo da pirâmide da organização judiciária, no Supremo Tribunal Federal.

Mancuso diagnostica a causa do problema:

A cultura demandista que assola o País não sobrecarrega apenas as instâncias que estão à base da pirâmide judiciária brasileira (órgãos singulares, monocráticos), mas, naturalmente, alcança os colegiados locais e regionais (tribunais de justiça; tribunais

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

regionais federais; tribunais regionais do trabalho), e, no cimo da pirâmide, repercute nos Tribunais da Federação – STF e STJ – praticamente convertendo estes em tribunais de *terceira e quarta instâncias*. (...) Já no Brasil, a mentalidade é a de se recorrer enquanto houver recurso cabível, encerrando-se as demandas mais por percalços processuais durante a tramitação da causa do que por efetiva aceitação da decisão judicial pelas partes envolvidas.⁵ (destaque no original)

Esse aumento numérico significativo dos processos que ingressam diariamente no STF gerou dificuldades para aquela Corte em atender à demanda de recursos submetidos à sua apreciação, o que se chamou de a “crise” do Supremo Tribunal Federal.

Araken de Assis explica em que consiste a mencionada crise:

A “crise” do STF traduziu-se, ao fim e ao cabo, no excessivo número de processos sujeitos a julgamento naquele tribunal. Esse problema obscureceu a avaliação objetiva do STF no seu aspecto decisivo – na institucionalização e preservação do Estado democrático de direito. No entanto, aqui interessa a veia jurídica, não a política; e, neste particular, os termos delineados à competência recursal, na CF/1891, e na qual o STF funcionava como tribunal de segundo grau para a Justiça Federal, já vaticinavam quantidade avassaladora de recursos – fato que os eventos posteriores confirmaram de modo dramático. A amplíssima competência originária e recursal do STF desencadeou crise de natureza funcional. E as mudanças posteriores jamais lograram erradicar ou amenizar o fenômeno pertinaz e nocivo.⁶

Antes da vigência da atual Constituição Federal, o STF possuía uma competência recursal ainda mais ampla, pois o recurso extraordinário abrangia questões de ordem constitucional e de direito federal, tendo esta última sido outorgada ao Superior Tribunal de Justiça a partir de sua criação pela vigente Carta da República. Essa maior abrangência de matérias então

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1073.

⁶ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 692-693.

tratadas em recurso extraordinário também foi uma das causas iniciais de acúmulo de processos dirigidos à Suprema Corte, como salienta Medina:

Como o recurso extraordinário tinha a peculiaridade de ser exercitável em qualquer causa na qual estivesse presente a questão federal (aqui abrangidas as questões constitucionais e as questões federais propriamente ditas), é compreensível que se tenha verificado um grande número de recursos distribuídos ao STF, problema que, por causa da demora em sua resolução, tornou-se crônico, passando a ser referido como “a crise do Supremo”.⁷

Deste grande número de processos que chegam ao Supremo, a maior parte refere-se a recursos extraordinários e agravos de instrumentos manejados para possibilitar o conhecimento de recursos extraordinários, de acordo com a informação trazida por Kozikoski:

Registre-se, assim, que no ano de 2003 foram distribuídos no STF 109.965 (cento e nove mil, novecentos e sessenta e cinco) processos, dos quais 44.478 (quarenta e quatro mil, quatrocentos e setenta e oito) referiam-se a recursos extraordinários; outros 62.519 (sessenta e dois mil, quinhentos e dezenove) apresentavam-se como agravos de instrumentos interpostos diante de decisões *denegatórias* de recursos extraordinários; totalizando estas duas categorias 97,3% (noventa e sete inteiros e três décimos percentuais) do montante total de processos que tramitaram na Corte Suprema.⁸ (destaque no original)

Em razão da prevalência numérica de recursos extraordinários entre os processos levados ao STF, alguns autores chegaram a nominar a crise do Supremo Tribunal Federal mais especificamente de a “crise do recurso extraordinário”, na expressão utilizada pelo Ministro Moreira Alves, lembrada por Mancuso:

⁷ MEDINA, José Miguel García. Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial – breves considerações. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1050.

⁸ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A Repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 744-745.

Na verdade, conforme escreveu o Min. José Carlos Moreira Alves, a *crise do Supremo* é a “crise do recurso extraordinário”, e essa situação angustiante para a Corte é que “deu margem a uma série de providências legais e regimentais para que a Corte não soçobrasse em face do volume de recursos que a ela subiam. (...)”⁹ (destaque no original).

Essa situação crítica levou à necessidade de se buscar mecanismos para diminuir a quantidade de processos, em especial de recursos extraordinários, a serem julgados pela Suprema Corte.

Os Mecanismos de Contenção dos Recursos Extraordinários

A preocupação em conter a crise do Supremo Tribunal Federal levou à adoção, ao longo do tempo, de uma série de medidas legais e regimentais, bem como outras de caráter prático, com objetivo de diminuir o número de processos julgados pelo STF, em especial em sede de recurso extraordinário, limitando suas hipóteses de cabimento ou impondo restrições à sua admissão.

Uma das providências foi a criação do Superior Tribunal de Justiça, com o advento da CF/88, para assumir parte da competência recursal do STF.

Além disso, podem-se citar outras medidas: a utilização do sistema de súmulas de jurisprudência dominante, aprovada pelo Plenário do STF em sessão realizada em 1963; o requisito de arguição de relevância da questão federal; as modificações trazidas pela Lei nº 8.038/90 e pela Lei nº 9.756/98, como a ampliação dos poderes conferidos ao relator e a introdução do mecanismo de retenção obrigatória dos recursos extraordinário e especial manejados contra decisões interlocutórias, com a finalidade de evitar que tais recursos chegassem aos tribunais superiores antes do julgamento final das respectivas demandas pelas instâncias ordinárias.

⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário...**, p. 76.

Um dos expedientes empregados historicamente para selecionar hipóteses de cabimento de recurso extraordinário foi a arguição de relevância, conforme acima mencionado, criada pela Emenda Regimental nº 3/75 e posteriormente inserida no texto da Constituição de 1967 pela Emenda Constitucional nº 7/77. A origem legal da medida é informada por Lamy:

A arguição de relevância foi prevista pela primeira vez no ordenamento brasileiro por meio da Emenda Regimental nº 3, de 12.06.1975, que modificou o art. 308 do RISTF, para o fim de equilibrar as taxativas hipóteses de interposição do recurso extraordinário, então existentes. (...)

Mais tarde, assim como a EC nº 45, de 08.12.2004 ora analisada, a EC nº 7, de 13.04.1977, também tendo por escopo efetuar inovações junto ao Poder judiciário, inseriu, desta vez no texto da Constituição Federal de 1967, o instituto da arguição de relevância para o recurso extraordinário.¹⁰

Com a inserção constitucional do requisito da repercussão geral no recurso extraordinário pela EC nº 45/2004, questionou-se se não se estaria ressuscitando a antiga arguição de relevância com nova nomenclatura, gerando inevitáveis comparações entre os dois mecanismos.

A arguição de relevância, forjada no seio do regime militar, fora alvo de severas críticas, pois a decisão a respeito de sua existência não precisava de motivação e era realizada em sessão secreta, sendo feita a avaliação da questão relevante sob um viés subjetivo. Isso se afigura inconcebível na atual ordem constitucional (art. 93, IX, CF/88), por isso a repercussão geral é analisada em sessão pública e por decisão motivada, baseada em critérios objetivos.

Souza ressalta essas distinções:

¹⁰ LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância?. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 167-168.

Com efeito, há várias significativas diferenças entre a repercussão geral e a arguição de relevância. A antiga arguição de relevância era julgada em *sessão secreta* e *sem fundamentação* alguma. Já a nova repercussão geral deve ser julgada em *sessão pública* e as respectiva *recusa depende de fundamentação*, a qual pode ser concisa, mas deve ser explícita, consoante revelam o artigo 93, inciso IX, proêmio, da Constituição federal vigente, o artigo 543-A, §7º., do Código de Processo Civil, e os artigos 325, parágrafo único, e 329, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em vigor.¹¹ (destaque no original)

Além disso, há várias diferenças procedimentais entre as duas medidas.

A arguição de relevância consistia em incidente processual, julgado antes do recurso extraordinário, e baseava-se em um critério de inclusão, para permitir a admissão de recursos extraordinários que, em regra, não seriam admissíveis não fosse a relevância da questão federal neles contida. A repercussão geral, por sua vez, é demonstrada em preliminar na própria peça recursal, sendo analisada como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, e trabalha com um critério de exclusão, pelo qual, em regra, é admissível recurso extraordinário em qualquer demanda, exceto se não houver repercussão geral da questão constitucional nele tratada.

Tais peculiaridades procedimentais são assinaladas por Assis:

A arguição de relevância funcionava como mecanismo de inclusão, tornando admissível o recurso originariamente inadmissível; a falta de repercussão geral da questão constitucional atua como elemento de exclusão do recurso. (...) Ademais, a arguição de relevância dependia da instauração de incidente próprio no procedimento do recurso extraordinário, subordinado à iniciativa do recorrente que, desse modo, antecipava-se à alegação do recorrido ou à declaração ex officio da inadmissibilidade. Ao invés, a repercussão geral prescinde de incidente específico, cabendo ao STF examinar a existência dessa condição, preliminarmente, no âmbito do juízo de admissibilidade.¹²

Insta frisar que a arguição de relevância consistia em óbice ao recurso extraordinário anterior à égide da Constituição de 1988, pelo qual se

¹¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. atual. de acordo com as Leis n.º 11.672 e n.º 11.697, de 2008. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 883.

¹² ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 695.

discutiam questões de direito federal, além da matéria constitucional. A arguição de relevância era feita, pois, a respeito da questão federal, não impedindo o manejo do recurso extraordinário para tratar de ofensa à Constituição, para o qual não se fazia tal exigência. Por outro turno, a repercussão geral agora prevista no §3º do art. 102 da Constituição Federal cria óbice à admissão de recurso extraordinário que, na atual ordem, versa apenas sobre matéria constitucional.

Há, pois, essa importante distinção quanto à matéria tratada nos dois institutos: enquanto a arguição de relevância se referia à questão federal, a repercussão geral diz respeito à questão constitucional.

Sobre tal ponto, leciona Assis:

A despeito de o recurso versar matéria constitucional, o instituto da repercussão geral tem por único propósito restringir o cabimento do extraordinário. Ora, os obstáculos erigidos ao antigo extraordinário, na vigência da CF/1969, operavam em outra área. O revogado art. 308, *caput*, do RISTF ressaltava, *expressis verbis*, o cabimento do extraordinário nos casos “de ofensa à Constituição”. Os óbices atingiam primordialmente as questões federais. Já a repercussão geral reserva a atuação do STF às questões constitucionais relevantes. É uma diferença fundamental no campo de aplicação desses institutos congêneres.¹³

Nota-se, pois, que existem semelhanças entre os institutos da arguição de relevância da questão federal e da repercussão geral da questão constitucional, no que diz respeito à sua finalidade de servir como meio de selecionar os recursos extraordinários a serem julgados pela Suprema Corte, mas há também várias diferenças entre os dois mecanismos, o que não autoriza a se concluir que a repercussão geral consistiria no simples retorno, com nova roupagem, da arguição de relevância.

Além das medidas de contenção indicadas acima, algumas exigências processuais foram sendo incluídas, por construção jurisprudencial, para admitir ou inadmitir os recursos extraordinários, traduzindo-se igualmente em mecanismos de filtragem desses recursos. São exemplos: o requisito do

¹³ *Ibidem*, p. 692-695.

pré-questionamento da matéria constitucional; a inadmissibilidade de recurso extraordinário contra decisão que se assente sobre mais de um fundamento constitucional e o recurso não discuta todos eles; a inadmissibilidade de recurso extraordinário por deficiência na fundamentação que não permita a compreensão da controvérsia. Estes óbices estão consagrados, respectivamente, nos enunciados sumulares 282, 283 e 284 do STF.¹⁴

Por fim, a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe duas importantes inovações relativas à contenção dos recursos levados à Suprema Corte: a súmula vinculante e a repercussão geral. Mancuso se reporta a esses novos institutos:

Rendendo-se à evidência de que uma Corte Superior não tem como operar eficazmente se não contar com algum *elemento de contenção* do fluxo dos processos, o constituinte revisor, na EC 45/2004, previu estes dois quesitos, em prol do STF: (a) a admissibilidade do recurso extraordinário passa a depender, para além dos pressupostos indicados no art. 102, III e alíneas, ainda da demonstração da *repercussão geral da questão constitucional* (§3º. do art. 102); (b) a *súmula vinculante*, em matéria constitucional, nos casos em que a controvérsia possa acarretar “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A).¹⁵ (destaque no original)

Quanto à súmula vinculante, inserida no art. 103-A da Constituição Federal pela EC 45/04, esta obriga que os demais juízes e tribunais brasileiros, bem como os órgãos da administração pública direta e indireta, adotem posicionamento idêntico ao do STF consolidado na referida súmula, quando decidirem casos semelhantes, o que deve contribuir para o desafogamento da Corte maior.

¹⁴ Súmula n.º 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Súmula n.º 283: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assente em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

Súmula n.º 284: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Realidade...**, p. 1076.

Quanto à exigência de repercussão geral da questão constitucional para admissibilidade do recurso extraordinário, inserida pela EC 45/04 no §3º. do art. 102 da Constituição Federal, esta será tratada nos capítulos seguintes do presente estudo.

A Exigência de Demonstração da Repercussão Geral da Questão Constitucional trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004

A Emenda Constitucional nº 45/2004 iniciou a denominada “Reforma do Judiciário” inserindo uma série de medidas com o fito de proporcionar maior efetividade e celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

Enfatizando o papel do Supremo Tribunal Federal de julgar questões que ultrapassem o mero interesse individual das partes processuais, a Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu no texto da Carta da República o §3º do art. 102, estabelecendo um requisito constitucional de admissibilidade do recurso extraordinário, que exige a demonstração pelo recorrente da repercussão geral da questão constitucional discutida na lide.

Estabelece o referido dispositivo constitucional que “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Comentando essa nova exigência inserida pela EC/45, discorrem Wambier, Wambier e Medina:

A Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu um novo requisito para a admissibilidade do recurso extraordinário, que terá ainda de ser regulamentado por lei.

Nos termos do §3º que a Emenda acrescentou ao art. 102 da Constituição, “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”. Ou seja, precisará demonstrar-se que o tema discutido no recurso tem uma relevância que transcende aquele caso concreto, revestindo-se de interesse geral, institucional, semelhantemente

ao que já ocorria, no passado, quando vigorava no sistema processual brasileiro, o instituto da arguição de relevância.¹⁶

A aplicação do novo requisito constitucional de admissibilidade do recurso extraordinário dependia de regulamentação por lei, consistindo a regra inserida no §3º do art. 102 da CF em norma de eficácia limitada, pois somente pode ser aplicada após sua regulamentação infraconstitucional.

Sobre a natureza de norma de eficácia limitada do dispositivo em análise, veja-se a doutrina de Lamy:

Como a emenda constitucional determinou que a demonstração da repercussão geral ocorrerá nos termos da lei, a eficácia de tal norma afigura-se limitada, na conhecida classificação de José Afonso da Silva, pois a utilização do instituto só poderá ocorrer por meio de posterior regulamentação legal, havendo a necessidade de criar um procedimento adequado à análise da repercussão, bem como de estabelecerem-se critérios mínimos acerca do que entender-se-á como repercussão geral, tudo sob pena de não possuir elementos legais suficientes à operabilidade do instituto, mormente porque a Emenda nº 45/2004 não teve efeito repristinatório em relação aos arts. 327 a 329 do RISTF (até por se tratar de institutos diferentes).¹⁷

A regulamentação legal do referido dispositivo da Carta constitucional veio a se realizar com o advento da Lei nº 11.418/2006, que inseriu no Código de Processo Civil os artigos 543-A e 543-B, relativos à repercussão geral.

Caracterização e Hipóteses Legais da Repercussão Geral

O art. 543-A do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.418/2006, dispôs em seus parágrafos 1º e 3º as hipóteses legais de repercussão geral.

¹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n.º 45/2004 (reforma do judiciário); leis n.º 10.444/2002, n.º 10.358/2001 e n.º 10.352/2001**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

¹⁷ LAMY, Eduardo de Avelar. Op. cit., p. 176-177.

No §1º, restou estabelecido que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Assim, para caracterizar a repercussão geral, deve-se demonstrar a relevância da questão constitucional invocada no recurso extraordinário, do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de se apontar a transcendência da questão, superando os limites subjetivos da lide e atingindo outras pessoas ou interesses.

Explicam Marinoni e Mitidiero que a repercussão geral configura-se, pois, pela conjunção de dois fatores, quais sejam, a relevância e a transcendência. Isto significa que não basta a questão ser importante sob o prisma econômico, político, social ou jurídico, ela deve transbordar os interesses das partes e repercutir no interesse de um grupo maior de pessoas. Confira-se a lição dos citados autores:

A fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, dessarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa.¹⁸

A transcendência da questão importa em que o recurso se refira a matéria que, quantitativa ou qualitativamente, tenha reflexo para mais pessoas, qualificando um interesse geral na solução da causa.

Sob o viés quantitativo, a questão será transcendente quando houver discussão idêntica em um grande número de processos, envolvendo, em regra, demandas que se repetem e que são de interesse geral. Em termos qualitativos, a transcendência da causa ocorrerá quando a questão for de tamanha importância que atinja um direito que a todos interessa proteger.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 33-34.

Note-se que decorre da própria característica dos recursos excepcionais a transcendência, pois em tais recursos não se pretende unicamente solucionar a lide individual e os interesses titularizados pelas partes, mas garantir a inteireza do direito constitucional ou federal, o que, por si, já extrapola os limites individuais da causa.

Mancuso bem observa esse detalhe:

Esse “ir além” do interesse direto e imediato de recorrente e recorrido é, de resto, uma básica característica dos recursos de estrito direito, por isso mesmo ditos *excepcionais*, permitindo hoje falar-se numa *objetivação do recurso extraordinário*, por isso que nele *sobreleva* a finalidade de interesse público, sem embargo de que o STF, ao decidir o mérito do recurso, deflagra o efeito substitutivo (CPC, art. 512), assim “aplicando o direito à espécie”: Súmula 456 do STF.¹⁹ (destaque no original)

Além da transcendência, a repercussão geral se caracteriza pela relevância da questão, esta a se verificar, conforme determina o §1º do art. 543-A do CPC, nas esferas econômica, política, social ou jurídica.

Descrever em que consiste a relevância econômica, política, social ou jurídica é tarefa árdua, haja vista se tratar de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados.

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles sobre os quais há uma zona de certeza do ser e outra do não ser determinada situação enquadrada no conceito, e ainda uma região de incerteza a respeito de sua aplicação em dada hipótese.

A propósito, ensinam Marinoni e Mitidiero:

Os conceitos jurídicos indeterminados são compostos de um “núcleo conceitual” (certeza do que é ou não é) e por um “halo conceitual” (dúvida do que pode ser). No que concerne especificamente à repercussão geral, a dúvida inerente à caracterização desse halo de modo nenhum pode ser dissipada partindo-se tão-somente de determinado ponto de vista individual; não há, em outras palavras, discricionariedade no preenchimento desse conceito. Há de se empreender um esforço na objetivação valorativa nessa tarefa.²⁰

¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário...**, p. 212.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 34-35.

A utilização de conceitos vagos pelo legislador não é acidental, pois em certas questões não é possível ou não é oportuno que a lei estabeleça um rol estanque de hipóteses a serem regulamentadas. Trata-se de uma técnica legislativa que visa conferir a amplitude de aplicação do conceito às mais diversas situações, inclusive que podem vir a surgir em decorrência das constantes transformações sociais que o Direito precisa acompanhar.

Citando Barbosa Moreira, falam sobre o assunto Wambier, Wambier e Medina:

Barbosa Moreira observa que, às vezes, a lei se serve de conceitos juridicamente indeterminados, ou porque seria impossível deixar de fazê-lo, ou porque *não convém* usar de outra técnica.

A interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso destes conceitos consiste numa técnica legislativa *marcadamente afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram “verdades” sociais.*²¹ (destaque no original)

Importante que se tenha em mente, contudo, que a existência de um conceito indeterminado na lei não autoriza que o julgador se utilize de motivos discricionários para decidir.

No que se refere à repercussão geral, pois, não há que se falar em discricionariedade do Supremo Tribunal Federal para escolher as causas que irá decidir, sem qualquer parâmetro objetivo, pois uma decisão em tais moldes afrontaria os princípios basilares do Estado de Direito.

Sobre a inadmissibilidade de julgamento discricionário da repercussão geral pelo STF, lecionam Wambier, Wambier e Medina:

Embora não se esteja diante de conceitos determinados, ou seja, daqueles cujo referencial semântico é facilmente identificável no mundo empírico, existem,

²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 3: leis n.º 11382/2006, n.º 11417/2006, n.º 11418/2006, n.º 11341/2006, n.º 11419/2006, n.º 11441/2007 e n.º 11448/2007.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 244.

indubitavelmente, critérios para que se possam identificar “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Deve-se afastar definitivamente a idéia de que se estaria aqui diante de decisão de natureza discricionária.²²

Deve o Supremo Tribunal Federal, assim, basear-se em parâmetros minimamente objetivos do que seja repercussão geral do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, para decidir a questão sem discricionariedade ou subjetividade.

A delicada tarefa de delimitar esses parâmetros objetivos para caracterizar a repercussão geral conta com a contribuição dada pela doutrina, que traz sugestões a respeito.

O primeiro parâmetro seria a repetição da matéria tratada no recurso extraordinário em várias lides, permitindo que se considere que, sendo a questão tratada em um grande número de ações ou em processos repetitivos, haveria um interesse de grande parte da coletividade na solução da questão constitucional.

Esta é a impressão de Medina a respeito da importância da repetição das questões: “Parece-nos, de todo modo, que um dos elementos mais importantes a nortear a configuração da repercussão geral da questão constitucional será o fato de *a mesma questão poder se repetir em outras ações*”.²³ (destaque no original).

De fato, a razão de existir do pressuposto de repercussão geral é que a causa julgada norteie a aplicação do direito constitucional a outros casos semelhantes. Nos dizeres de Bermudes:

A relevância da matéria constitucional versada no recurso extraordinário será medida, não em função do modo como o julgado recorrido e o que vier a ser proferido pelo STF repercutirem na esfera do interesse do litigante, porém da sua repercussão na sociedade. À luz do §3º, a admissibilidade do recurso extraordinário dependerá da verificação de que, efetivamente, o quanto nele se decidir alcançará outras

²² Ibidem, p. 242.

²³ MEDINA, José Miguel García. Op. cit., p. 1058.

situações semelhantes, ou contribuirá para a solução uniforme da questão constitucional em causa.²⁴

Gomes Junior procura sintetizar o que seriam os reflexos econômico, político social ou jurídico caracterizadores da repercussão:

- a) *reflexos econômicos*: quando a decisão possuir potencial de criar um precedente, outorgando um direito que pode ser reivindicado por um número considerável de pessoas (alteração nos critérios para se considerar a correção monetária dos salários de determinada categoria, além de grande parte das questões tributárias, por exemplo).
- b) *quando presente relevante interesse social*: que tem uma vinculação ao conceito de interesse público em seu sentido *lato*, ligado a uma noção de “bem comum”. (...)
- c) *reflexos políticos*: na hipótese de decisão que altere a política econômica ou alguma diretriz governamental de qualquer das esferas de governo (municipal, estadual ou federal) ou que deixe de aplicar tratado internacional. (...)
- d) *reflexos sociais*: existirão quando a decisão deferir um direito ou indeferi-lo e essa mesma decisão vier a alterar a situação de fato de várias pessoas. (...)
- e) *reflexos jurídicos*: esse é um requisito relevante, sob vários aspectos. Haverá repercussão geral quando a decisão atacada no recurso extraordinário estiver em desconformidade com o que já decidido pelo STF (jurisprudência dominante ou sumulada). (...) ²⁵ (destaques no original)

Além dos parâmetros acima analisados, traçados pelo §1º do art. 543-A do Código de Processo Civil, há outra hipótese contida no §3º do mesmo artigo, o qual estabelece que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

De forma semelhante, o atual Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal contemplou essa questão em seu art. 323, §1º, que

²⁴ BERMUDEZ, Sergio. **A Reforma judiciária pela Emenda Constitucional n. 45**: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 54-55.

²⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário – EC 45. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 284-286.

dispensa o procedimento de deliberação pelos demais ministros da Turma sobre a repercussão geral “quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral”.

Trata-se de uma hipótese de relevância presumida, como denomina Kozikoski, que ocorre quando a decisão recorrida for contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo:

A Lei nº 11.418/2006, ao veicular o texto do art. 543-A do CPC, conferiu os balizamentos interpretativos, à guisa de caracterização da repercussão geral, estabelecendo hipóteses de *relevância presumida* no tocante a certas questões constitucionais.

(...) O § 3º. do art. 543-A apresenta hipótese de *relevância presumida* da questão constitucional, ao dispor que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.²⁶ (destaque no original)

Nesse caso, a repercussão decorre da própria lei, que aponta um parâmetro objetivo para enquadrar a discussão em tal conceito.

Saliente-se que, mesmo em se tratando de questão de presumida relevância, em que se aplica o art. 543-A, §3º, do CPC, há necessidade da apresentação formal da preliminar de repercussão geral, conforme exigido pelo §2º do mesmo dispositivo, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.²⁷

²⁶ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos em espécie**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 410-411.

²⁷ Cite-se julgado do Supremo Tribunal Federal:
EMENTA: PROCESSO PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CRIMINAL. PRELIMINAR. REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO.

I – Nos termos do art. 327, e § 1º, do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental 21/2007, os recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral serão recusados. A obrigação incide, inclusive, quando eventualmente aplicável o art. 543-A, § 3º, do Código de Processo Civil. Precedentes. (...)

Ponderações acerca da Presunção de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Interposto por Ente Público

É notório que grande parte dos recursos que tramitam perante os Tribunais de segunda instância e superiores são relativos a processos que envolvem o Poder Público, seja no polo ativo, seja no passivo.

Os entes da administração pública figuram em expressivo número de demandas, haja vista a imensa gama de relações jurídicas em que se apresentam, nas mais diversas áreas, como tributária, previdenciária, administrativa, civil e outras.

As lides que envolvem os entes públicos, por vezes ocasionadas pela dificuldade dos cidadãos de fazer valer direitos constitucionalmente assegurados, acabam por gerar demandas repetitivas, como observam Theodoro Júnior, Nunes e Bahia:

E, em países como o Brasil, nos quais não são asseguradas políticas públicas adequadas de obtenção de direitos fundamentais, a chamada litigância de interesse público (*Prozeßführung im öffentlichen Interesse*), que consiste num dos fatores determinantes da geração de demandas repetitivas, não constitui uma exceção, mas, sim uma regra, de modo a conduzir inúmeras pessoas à propositura de demandas envolvendo pretensões isomórficas (v.g., contra o Poder Público), que merecem um tratamento diferenciado e legítimo.²⁸

Ocorre que se, por um lado, se buscam soluções para diminuir a quantidade de recursos julgados pelo Judiciário, e em boa parte essa quantidade se deve à massa de processos em que figura a Administração Pública como parte, por outro ângulo não se pode deixar de considerar que tais processos envolvem um interesse que não é de um litigante

(AI 705218 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 05/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-13 PP-02740) (destaque acrescido)

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de processo**, São Paulo, a. 34, n. 177, p. 9-46, nov./2009. p. 20-21.

individual, mas inerente a toda a coletividade, e por isso mesmo é chamado de interesse público.

O interesse público nada mais é, pois, que a conjunção de vários interesses individuais que convergem no mesmo sentido e que se concentram em um ente que os representa.

Explica Borges:

O interesse público, pois, é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.

Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.²⁹

Não se trata, pois, de interesse contraposto ao dos particulares, ao passo que também não se confunde com cada interesse particular individualmente considerado, mas de um interesse comum a todas as pessoas que compõem o grupo. Mello esclarece o conceito:

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*, nisto se abrigo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais. (...)

Donde, o interesse público deve ser conceituado com o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos *pessoalmente* têm quando considerados *em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*.³⁰ (destaque no original)

Assim, quando se está diante da defesa desse interesse transindividual titularizado pelo ente público, os mecanismos de filtragem dos recursos aos

²⁹ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Interesse público**, Porto Alegre, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006. p. 36-37.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 10.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 60-61.

Tribunais superiores, em que pese se dirijam indistintamente a toda espécie de demandante, devem ser aplicados com a necessária parcimônia.

Isto porque o interesse público sempre deve prevalecer sobre o individual, já que aquele representa um bem que aproveita a todos. Este é o princípio da supremacia do interesse público, como conceitua Mello:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.³¹

Falando do princípio da supremacia do interesse público, Di Pietro explica que “esse princípio, também chamado de princípio da **finalidade pública**, está presente tanto no momento da **elaboração da lei** como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o **legislador** e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”³² (destaque no original).

Além dessa característica de prevalência sobre o individual, o interesse público não pode ser renunciado por quem quer que o represente.

Trata-se do princípio da indisponibilidade do interesse público, que obriga todo agente administrativo a zelar por ele com todos os meios à sua disposição, pois lhe é vedado abrir mão ou descuidar de um direito que não é seu, mas da coletividade.

A propósito, ensina Mello:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de

³¹ Ibidem, p. 69.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 63.

que lhe incumbe apenas curá-los, o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.³³

Essas duas características inerentes ao interesse público, sua supremacia e sua indisponibilidade, são a base do direito administrativo, como bem salienta Borges:

Ora, todo o direito administrativo é construído sobre dois pilares básicos: a *supremacia do interesse público* sobre o interesse privado e a *indisponibilidade do interesse público*. Sobre esses dois pilares é que se estruturam, de um lado, as chamadas *prerrogativas de potestade pública* e, de outro, as *sujeições de potestade pública*, que corporificam o conteúdo da atividade administrativa.³⁴ (destaque no original)

Em decorrência do interesse público, cuja defesa é o objetivo precípua da atuação dos entes públicos na via judicial, exsurtem prerrogativas processuais necessárias à ampla consecução dessa finalidade.

Essas prerrogativas não se confundem com privilégios, eis que estes carecem de fundamento e representam injustificado tratamento discriminatório entre as partes, enquanto aquelas consistem em meios para possibilitar a defesa judicial da Fazenda Pública de maneira eficaz. Nas palavras de Cunha:

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confiram condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as *prerrogativas* processuais, identificadas, por alguns, como *privilégios*. Não se trata, a bem da verdade, de *privilégios*. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As “vantagens” processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de *prerrogativas*, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.³⁵ (destaque no original)

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 73-74.

³⁴ BORGES, Alice Gonzalez. Op. cit., p. 32.

³⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2008. p. 34.

Dentre essas prerrogativas, pode-se citar os prazos mais longos para a Fazenda Pública contestar e recorrer (art. 188 do Código de Processo Civil), o reexame necessário (art. 520 do CPC) e a fixação equitativa de honorários advocatícios nas causas em que a Fazenda Pública for vencida (art. 20, §4º do Código de Processo Civil), entre outras.

A justificativa para a existência dessas prerrogativas processuais é o próprio interesse público em jogo, haja vista que toda a coletividade será indiretamente afetada por eventual derrota que o ente público vier a sofrer na demanda judicial, não ofendendo o princípio da isonomia.

Assevera Brawerman sobre tal ponto:

Seguindo esse raciocínio, a derrota de uma ação judicial defendida pela advocacia pública representa, por via reflexa, a derrota da própria sociedade. Não é por outro motivo que a legislação processual trata de forma diferenciada a advocacia pública em juízo, sem que com isso seja considerado violado o princípio constitucional da isonomia de partes.

Certos privilégios, em favor das entidades estatais e em nome do interesse público, contidos nas leis e na própria Constituição, não ferem o princípio da isonomia.³⁶

Ainda acerca da questão, menciona Cunha:

Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos.³⁷

Seguindo essa linha de raciocínio, em que o interesse público enseja tratamento diferenciado às lides que envolvem o Estado, *lato sensu*, também no que se refere ao recurso extraordinário e à exigência de repercussão

³⁶ BRAWERMAN, André. Recurso extraordinário, repercussão geral e a advocacia pública. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, São Paulo, n. 10, p. 143-160, jul./dez. 2007. p. 155.

³⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 34.

geral para sua admissão, deve-se atentar para as peculiaridades dos processos em que é parte um ente público.

A respeito disso, salienta Brawerman que “o conceito a ser dado pelo STF para “repercussão geral” deve ser coerente com o princípio da “supremacia do interesse público sobre o interesse privado”, que é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade”.³⁸

A técnica de pinçamento dos recursos extraordinários que leva em conta a repercussão geral da questão tratada deve ser utilizada em coerência com o interesse público que é alvo da demanda.

O emprego desse meio de filtragem como forma de impedir o abarrotamento do Supremo Tribunal Federal com recursos não pode acarretar impedimento para o acesso amplo à Justiça, especialmente quando se trata da defesa de um bem da vida afeto à coletividade.

Mais importante do que decidir os recursos de forma ágil e eficiente, em termos estatísticos, é dar a solução justa ao litígio, sopesando os interesses em conflito.

São nesse sentido as conclusões de Theodoro Junior, Nunes e Bahia:

Compreende-se a necessidade de dar resposta ao grande número de processos (e de recursos) que abarrotam os tribunais – fenômeno, em muito, provocado pela chamada “litigância de interesse público” – e os impede de oferecer uma resposta célere; entretanto, a atividade judicial não é movida apenas pela rapidez (e por uma lógica numérica e exata de “custo-benefício”), mas reclama também correção (*justesse*) da decisão aos princípios do modelo constitucional do processo próprio ao Estado Democrático de Direito.³⁹

Do ponto de vista do interesse público, pois, não é exagero dizer que toda demanda que envolve o Poder Público terá repercussão geral, de algum dos prismas de sua acepção – econômico, social, político ou jurídico.

³⁸ BRAVERMAN, André. Op. cit., p. 153.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Op. cit., p. 46.

Explica Mello que esse interesse público pode ser primário, que é o interesse público propriamente dito, ou secundário, que consiste no interesse particular do Estado como pessoa jurídica:

É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa.⁴⁰

Todavia, o autor esclarece que o interesse público secundário somente pode ser tutelado quando coincidir com o primário, citando renomada doutrina:

Essa distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado – e interesse secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio, de conhecimento geral. Este discrimen, contudo, é exposto com exemplar clareza por Renato Alessi, colacionando lições de Carnelutti e Picardi, ao elucidar que os interesses secundários do Estado *só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários*, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.⁴¹ (destaque no original)

Portanto, o ente público em juízo estará sempre a defender um interesse público que, ainda que no caso concreto se afigure como interesse público secundário, tem por trás a finalidade de realizar o interesse primário, que é de toda a sociedade e não somente da pessoa jurídica que o titulariza.

Por conseguinte, a discussão a ser travada em eventual recurso extraordinário interposto pelo ente público sempre trará ínsito o conceito

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 65.

⁴¹ Ibidem, p. 66.

de repercussão geral, que poderia ser considerada, em casos que tais, como presumida.

Essa é a ideia preconizada por Brawerman:

A regra geral a ser adotada pelo STF é, portanto, a de que as causas defendidas pela advocacia pública, que em sua essência tem a defesa do interesse público, são relevantes para a sociedade e, por esse motivo, presumem-se preenchidos os critérios de “repercussão geral” para a admissibilidade do recurso extraordinário. A rigor, seria até mesmo dispensável a comprovação de “repercussão geral”, eis que seria o interesse público o pressuposto de cada recurso extraordinário interposto na advocacia pública.⁴²

No tocante aos recursos extraordinários interpostos pelo Poder Público, assim, ainda que exigida a apresentação formal da preliminar de repercussão geral, a configuração desta poderia ser considerada satisfeita pela simples menção de se tratar de recurso interposto pelo ente estatal, invocando o interesse público.

Poder-se-ia sugerir para tanto, inicialmente, o acréscimo de previsão legal que estabeleça que a repercussão geral será presumida quando o recorrente for ente da administração pública, a exemplo da relevância presumida estabelecida no §3º do art. 543-A do Código de Processo Civil, que trata de recurso que impugne decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Tal sugestão é dada por Brawerman:

A essa lista eu acrescento à proposta legislativa, à guisa de sugestão, a regra de que as causas que envolvam a Fazenda Pública será dotada de presunção de admissibilidade *iuris tantum* “de repercussão geral das questões constitucionais”.

Não seria desarrazoada, portanto, a possibilidade da lei regulamentadora da “repercussão geral” determinar algumas hipóteses excludentes de demonstração da admissibilidade, ou, ao menos, a presunção legal em favor da admissibilidade, em determinadas hipóteses, dentre elas, o exercício da advocacia pública.⁴³

⁴² BRAVERMAN, André. Op. cit., p. 153.

⁴³ Ibidem, p. 158.

Mas ainda que não se faça qualquer inserção no texto da lei no sentido de admitir presumidamente a repercussão geral no recurso extraordinário do ente público, parece que esta presunção pode ser extraída *de lege lata*.

Considerando-se que sempre há interesse público em uma ação judicial em que seja parte o Poder Público em sua ampla acepção, esse interesse público trará sempre algum reflexo econômico, social, político ou jurídico relevante para a sociedade como um todo, vale dizer, transcendente àqueles limites subjetivos da causa.

Sob tal enfoque, pertinentes as observações de Brawerman:

Assim, não seria despropositado afirmar que os interesses defendidos pela advocacia pública têm o pressuposto, a presunção de que preenche os requisitos do que seja “repercussão geral”, se levarmos em consideração o ordenamento jurídico brasileiro, que aponta para uma advocacia de temas que (i) afeta um grande número de pessoas (coletividade); (ii) trata de assuntos significativos — princípios da administração pública (moralidade, eficiência, publicidade...), questões de ordem econômica, ambiental, urbanística, orçamentária, tributária, federativa, etc.; (iii) e a advocacia de causa com significado geral, que transcende os interesses egoísticos, eis que representa, em última análise, a advocacia do interesse público.⁴⁴

Portanto, considerando a indeterminação do conceito de relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, bem como a íntima correlação desse conceito com o interesse público defendido pelo Estado e, por fim, a existência da transcendência da questão constitucional sempre que a demanda envolver ente público, basta a aplicação do § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil, sem necessidade de se proceder a qualquer alteração legal para inserir nova hipótese de repercussão geral.

Por tais razões, pode-se entender que é suficiente aplicar a legislação já existente e em vigor que regulamenta o instituto da repercussão geral, interpretado à luz dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do

⁴⁴ Ibidem, p. 153.

interesse público, para considerar que resta caracterizada presumidamente a repercussão geral nos recursos extraordinários interpostos por ente público.

Esse posicionamento pode e deve ser defendido pelos advogados públicos, ao formularem em sua petição de recurso extraordinário a preliminar formal de repercussão geral, sustentando a presunção desta pelo simples fato de se tratar a parte de ente público, a defender, inexoravelmente, o interesse público.

A reiteração dessa tese certamente surtirá efeito no sentido da criação de precedentes jurisprudenciais que facilitarão a admissão dos recursos extraordinários interpostos pela advocacia pública perante a Corte Suprema, impedindo que causas de evidente transcendência e relevância deixem de ter a devida apreciação constitucional em razão de óbice processual e formal.

Conclusões

1. O Supremo Tribunal Federal tem a função precípua de guardião da Constituição Federal, não consistindo simplesmente em mais uma instância recursal. A plena realização desse mister vem sendo ameaçada pela enorme quantidade de processos dirigidos àquela Corte, sendo que o maior número destes refere-se a recursos extraordinários. Esse problema, a que se denominou a “crise do STF”, ensejou a adoção de diversas medidas para diminuir o trabalho do Supremo e sobretudo para filtrar os recursos extraordinários, dentre as quais se destaca, historicamente: a criação das Súmulas; a arguição de relevância da questão federal; a criação do Superior Tribunal de Justiça; o aumento dos poderes do relator; a retenção de recursos especiais e extraordinários em face de decisões interlocutórias; os óbices à admissão dos recursos excepcionais criados pela jurisprudência; a súmula vinculante; a repercussão geral da questão constitucional.

2. A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o §3º. do art. 102 da Constituição, o qual estabelece que, para fins de admissibilidade do

recurso extraordinário, deverá ser demonstrada a repercussão geral da questão constitucional. Este dispositivo constitucional consiste em norma de eficácia limitada, sendo necessária sua regulamentação por lei, o que ocorreu com a edição da Lei nº 11.418/2006, que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil.

3. O §1º. do art. 543-A do Código de Processo Civil estabeleceu que, para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Assim, a repercussão geral será configurada se houver relevância e transcendência da questão. Aqueles parâmetros, embora tratem de conceitos jurídicos indeterminados, devem ser aplicados com razoável objetividade, não se admitindo decisão discricionária ou subjetiva do STF para julgar se a questão tem ou não repercussão geral. Além dessas hipóteses, o §3º. do art. 543-A estabelece uma de relevância presumida quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Tribunal.

4. No tocante aos recursos extraordinários interpostos por ente público, dadas a supremacia e a indisponibilidade do interesse público defendido, deve ser analisada a repercussão geral de forma diferenciada. Esse tratamento especial dado ao Poder Público quando parte no processo já ocorre em diversas prerrogativas processuais estabelecidas por lei, sem gerar afronta ao princípio da isonomia.

5. À luz da legislação vigente, interpretando-se os conceitos de relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico em harmonia com o interesse público defendido pelo Estado, bem como a transcendência da questão constitucional quando a demanda envolver ente público, possível entender que a repercussão geral sempre estará presente em tais recursos, devendo ser considerada como presumida.

6. O advogado público pode e deve defender a tese acerca da presunção de repercussão geral no recurso extraordinário interposto pelo ente público, a fim de suscitar o surgimento de precedentes jurisprudenciais para viabilizar a admissão desses recursos extraordinários e evitar que a

eventual imposição do óbice processual e formal possa impedir a análise da questão constitucional suscitada.

Referências

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BERMUDES, Sergio. **A Reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº 45**: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 54-55.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Interesse público**, Porto Alegre, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006.

BRAWERMAN, André. Recurso extraordinário, repercussão geral e a advocacia pública. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 10, p. 143-160, jul./dez. 2007.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. As Inovações da EC n. 45/2004 quanto ao cabimento do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC nº 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 531-548.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2008.

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

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário – EC 45. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p 263-306.

Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 3, p. 135-168, 2012.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A Repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 743-759.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos em espécie*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância? In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coords.). **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC nº 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 167-179.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1068-1077.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 10 ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as leis nº 11.417 e nº 11.418/2006 e a emenda regimental STF 21/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial – breves considerações. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1050-1066.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 10.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. atual. de acordo com as Leis nº 11.672 e nº 11.697, de 2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de processo**, São Paulo, a. 34, n. 177, p. 9-46, nov./2009. p. 9-46.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional nº 45/2004 (reforma do judiciário); Leis nº 10.444/2002, nº 10.358/2001 e nº 10.352/2001**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 3: Leis nº 11382/2006, nº 11417/2006, nº 11418/2006, nº 11341/2006, nº 11419/2006, nº 11441/2007 e nº 11448/2007**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A suficiência dos efeitos da ADC 16/DF para balizar a responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de fornecimento de mão de obra

Paulo Guilherme Gorski de Queiroz¹

RESUMO: A terceirização de mão de obra é uma realidade que não pode ser desconsiderada na Administração Pública. A responsabilidade pelo passivo trabalhista das empresas contratadas, contudo, sempre gerou extrema polêmica, em razão do entrelaçamento nítido entre o conteúdo do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que vedava a transferência dos encargos à Administração, e o entendimento presente na Súmula 331 do TST, que atribuía responsabilidade subsidiária ampla e irrestrita em caso de inadimplência da contratada. Esse conflito entre a norma e o enunciado representava claramente, embora os Tribunais do Trabalho evitassem essa discussão, uma séria controvérsia sobre a constitucionalidade do artigo 71, § 1º. Essa incerteza contribuiu para uma multiplicação de processos, proporcionalmente à expansão da terceirização no seio dos entes públicos. O tema, então, foi levado ao Supremo, por meio da ADC 16/DF, que julgou constitucional a norma em destaque. O assunto que parecia pacificado, porém, ganhou um novo ingrediente com a nova redação da Súmula 331, efetuada pela resolução nº 174/2001, que afastou a responsabilidade pelo mero inadimplemento, mas manteve a possibilidade de condenação da Administração em caso de omissão no dever de fiscalização do contrato. Logo, passamos, aparentemente, de uma discussão puramente normativa, para uma problemática fática repleta de questões polêmicas. Contudo, antes de um aprofundamento sobre a culpa, deve o intérprete efetuar uma análise minuciosa dos efeitos da ADC 16/DF no sistema, cuja amplitude pode

¹ Procurador do Estado de São Paulo, classificado na Procuradoria Regional de Campinas, especialista em direito tributário pela PUC-SP.

fornecer respostas seguras e compatíveis com o nosso modelo de controle concentrado de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Fornecimento de mão de obra. Súmula 331 do TST. Lei de licitações. ADC 16/DF. Efeitos do controle concentrado. Compatibilidade da culpa.

Aspectos Introdutórios

A responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de fornecimento de mão de obra não é assunto novo ou pouco debatido pelos operadores do direito, principalmente em razão da notória ampliação do uso dessa modalidade contratual.

O tema, na Justiça do Trabalho, sempre encontrou grande resistência em virtude, talvez, da própria formação principiológica e valores tutelados pela nobre justiça especializada.

Essa situação estava patente na redação original da Súmula 331, IV, do Tribunal Superior de Trabalho, *verbis*:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).²

A referida súmula atribuía, na prática, responsabilidade subsidiária ampla e irrestrita à Administração Pública no caso de inadimplência das empresas contratadas (fornecedoras da força de trabalho), o que impedia, desde então, a evolução do debate, eis que as teses defensivas dos entes públicos sempre restavam vencidas diante do entendimento sumulado.

² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 331. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>.

A Lei nº 8.666/93, que rege as licitações e contratos administrativos, disciplina essa matéria em seu conhecido artigo 71, § 1º; mas sua aplicação sempre foi afastada de forma indireta, isto é, sem um pronunciamento expresso sobre sua constitucionalidade, dificultando, por essa razão, que o tema fosse levado ao Supremo Tribunal Federal pela via recursal típica.

Essa problemática culminou com o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade n. 16, de autoria do Governador do Distrito Federal, cujo mister residia justamente na definição final pela Corte Constitucional sobre a compatibilidade ou não do artigo 71, § 1º, com a Lei Maior.

Após longa tramitação, em julgamento histórico no dia 24/11/2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do dispositivo da lei de licitações, o que, em princípio, afastaria a aplicabilidade da tradicional Súmula que amparava as condenações dos entes federados.

A situação que parecia consolidada, entretanto, ganhou novos contornos com a atual redação da Súmula 331, por meio da Resolução TST nº 174/2011, que introduziu os incisos V e VI, com o seguinte conteúdo:

V – Os entes integrantes da administração pública direta ou indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período laboral.³

A discussão, então, que girava em torno da constitucionalidade ou, em outras palavras, ao redor de um ponto puramente jurídico, ganhou, com a nova redação do verbete, aparente viés fático; mais precisamente sobre a

³ BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 331. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>.

existência ou não *da culpa* no dever de fiscalização, pois a responsabilização não poderia ser automática, mas lastreada pela presença de um elemento adicional (culpa).

Entendemos, contudo, que a situação deva ser apreciada, primeiramente, com base na ADC 16/DF, pois os efeitos típicos desse específico instrumento de controle de constitucionalidade, dentro do modelo vigente, podem nos fornecer respostas suficientes.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2006, ao conferir a atual redação do artigo 102, § 2º, da CF, afastou qualquer dúvida quanto o efeito vinculante da decisão judicial proferida em sede de ação declaratória de constitucionalidade, consoante bem ressaltado por Elival da Silva Ramos:

Essa emenda à Carta de 1988 equiparou as duas ações direitas propiciadoras do controle principal no tocante ao assunto em foco, dotando as decisões de mérito nela proferidas de eficácia contra todos e efeito vinculante.⁴

Assim, medular que a discussão sobre a extensão da ADC nº 16 não seja simplória, desconsiderando a magnitude e relevância desse instrumento, fundado no princípio da segurança jurídica e isonomia da prestação jurisdicional.

O Conteúdo Normativo do Artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93

Para chegarmos a uma conclusão adequada, curial, primeiramente, buscarmos o conteúdo normativo do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93; o que exigirá, necessariamente, uma atenção especial ao texto (signo

⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 292.

legislado), que servirá de base para busca do real alcance da norma, consoante ensina Gabriel Ivo:

O texto consiste num conjunto de palavras que formam os enunciados prescritivos; já a norma jurídica é o produto de sua interpretação. Finda a interpretação, surge a norma jurídica. Impossível pensar em norma jurídica sem prévia atividade interpretativa.⁵

O intérprete, logo, é peça fundamental no processo de construção da norma. Ele, deparando-se com o texto, formará, no plano das significações, a norma jurídica completa (juízo-hipotético em que um antecedente liga-se, por meio de um vetor deôntico, a um consequente).

Normas jurídicas são entendidas aqui como discursos, portanto, do ângulo pragmático, interações em que alguém dá a entender a outrem alguma coisa, estabelecendo-se, concomitantemente, que tipo de relação há entre quem fala e quem ouve. Ou seja, o discurso normativo não é apenas constituído por uma mensagem, mas, também, por uma definição das posições de orador e ouvinte. A lógica deôntica costuma definir as “proposições normativas” como prescrições, isto é, proposições construídas mediante operadores ou funtores “obrigatório/proibido” e “permitido”, aplicados a ações. Naturalmente, não às “ações mesmas” (plano empírico), mas à sua expressão linguística.⁶

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, “estabelecida uma norma, o editor, ao transmitir uma mensagem define as posições de tal modo que o endereçado assuma uma relação complementar (meta-complementariedade)”.⁷ Nesse sentido, qual seria a comportamento ou *relação complementar*, nas palavras do ilustre professor, consignado no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93?

⁵ IVO, Gabriel. **Norma Jurídica Produção e Controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. XXXVIII.

⁶ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio Pragmático da Comunicação Normativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 53-54.

⁷ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio Pragmático da Comunicação Normativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 56.

Observem que o legislador utilizou a seguinte linguagem:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto ou restringir a regularização e uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.⁸

O dispositivo permite-nos identificar claramente duas normas em posição de complementaridade, ou seja, uma de obrigação (*caput*) e outra de proibição (parágrafo).

Na leitura do *caput*, podemos concluir, por meio do operador “é responsável”, que o *contratado* deverá suportar os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

O parágrafo, ao mencionar a expressão “não transfere”, veda qualquer comportamento que tenda a repassar as mencionadas obrigações à Administração Pública.

Importante mencionar que inexistente qualquer expressão que permita criar alguma exceção aos comportamentos exigidos. Isso seria possível, à título de ilustração, se o legislador tivesse introduzido condicionantes como “não transfere, salvo se houver culpa na fiscalização” ou “será responsabilidade do contratado e da Administração em caso de omissão na fiscalização”, o que não ocorreu no caso em espécie.

Em suma, o texto legislado fornece uma mensagem clara, possibilitando a extração de norma que impede a transferência de encargos de empresas contratadas, sem abrir qualquer excepcionalidade.

Uma vez delimitado o objeto de estudo, possível tecer considerações sobre a repercussão da ADC/16 em relação à norma em destaque.

⁸ BRASIL. Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993. Altera a legislação tributária federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acessado em 22 de dezembro de 2011.

Os Efeitos Típicos da Ação Declaratória de Constitucionalidade

Conforme anteriormente informado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16/DF, julgou constitucional a norma do artigo 71, § 1º, em acórdão assim ementado:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.⁹

Esse julgamento provocou a alteração da redação original da Súmula 331 e acresceu a ideia de “culpa na fiscalização”, que não estava presente na redação anterior do enunciado.

A novidade, logo, estimulou fomentadas discussões na doutrina e jurisprudência sobre vários aspectos, tais como em relação à viabilidade material da fiscalização, ao ônus da prova, ao conteúdo material dessa fiscalização etc.

Entendemos, contudo, que essas discussões, apesar de extremamente atuais, são, com a devida vênia, precipitadas se não levarmos em consideração os efeitos típicos da ação declaratória de constitucionalidade no sistema.

Primeiramente, temos que saber, de forma fundamentada, se a nova redação estaria ou não adequada ao novo cenário *pós* ADC 16/DF, pois, caso contrário, qualquer discussão sobre a sistemática da culpa será inócua.

⁹ STF – ADC n.º 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j 24.11.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=AP>>, p. 1, Acessado em 17 de fevereiro de 2012.

Essa tarefa, entretanto, exigirá algumas considerações gerais sobre os efeitos derivados da ação declaratória de constitucionalidade, com uma atenção especial sobre o efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, ambos disciplinados no artigo 102, § 2º, da Constituição Federal:

Art. 102 § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.¹⁰

Em relação ao efeito *erga omnes*, de uma forma breve e sem o escopo de esgotar o tema, podemos afirmar que se refere à amplitude da decisão, pois essa não se restringirá, como no controle difuso, às partes envolvidas no processo. “Portanto, a eficácia *erga omnes* está relacionada ao alcance subjetivo da decisão no controle concentrado abstrato, ou seja, diz respeito a quem se destinam os efeitos da decisão”.¹¹

O Ministro Eros Grau, na Questão de Ordem na Reclamação 4219-7/SP, trouxe relevantes ensinamentos sobre o tema em foco:

Eficácia, na dicção de Pontes de Miranda, é a qualidade daquilo que tem força ou daquilo que produz efeito. Ao referimos a eficácia das decisões definitivas de mérito, proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, falamos da sua força, força da sua aplicação. O que se está a dizer, quando o § 2º do artigo 102 da Constituição do Brasil menciona eficácia dessas decisões, é que elas produzem efeitos jurídicos em relação a todos, de sorte a prontamente afetar, ordenando-as, as condutas, as relações e as situações a que respeitem. Afetam não somente as partes na ação judicial, porém todos. Essas decisões estão abrangidas pela generalidade própria das leis.¹²

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

¹¹ PELICOLI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: LTR, 2009. p. 138.

¹² STF – Rcl n.º 4219 QO/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=4219&origem=AP.>>, p. 6-7. Acessado em 17 de setembro de 2011.

Fenômeno diverso ocorre com o *efeito vinculante*, que não está relacionado à amplitude subjetiva, mas ao dever de obediência às decisões da Suprema Corte, pois, como ensina Luis Roberto Barroso, “o efeito vinculante obriga a adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Superior, sempre que a ela esteja logicamente subordinada a decisão da causa”.¹³

A ideia do efeito vinculante, então, está relacionada ao surgimento de um liame obrigacional, fundado na Constituição, em relação à comportamentos que possam desrespeitar o conteúdo da decisão da Suprema Corte; permitindo, inclusive, o uso da reclamação constitucional (artigo 102, I, “I”, da CF), que, nas palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha, consiste em uma “ação de competência originária dos tribunais superiores, prevista na Constituição Federal, que tem o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes tribunais”.¹⁴

Os Efeitos da ADC 16/DF em Relação ao Artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93

Após essa noção geral sobre os efeitos da ação declaratória de constitucionalidade, podemos tornar mais específica a discussão, no sentido de buscar o real “liame obrigacional”, que decorreu do julgamento da ADC 16/DF:

Será que a decisão com efeito vinculante somente impediria a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, ou os efeitos dessa decisão seriam mais abrangentes?

Inicialmente, é preciso compreender que uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a adequação constitucional de uma norma no controle abstrato pode ser vilipendiada de forma *direta e indireta*, ambas vedadas pelo sistema.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 157.

¹⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 485.

A maneira mais usual (direta) seria, *e.g.*, mediante a declaração de inconstitucionalidade incidental, por um juiz de primeiro grau, de uma norma já declarada constitucional pela Corte. Enquanto o Supremo diz “julgo procedente para declarar a constitucionalidade da norma” o magistrado local, incidentalmente, conclui “entendo que norma é inconstitucional”. Nesse caso, o magistrado violaria *diretamente* a decisão do Supremo ao adotar solução diametralmente oposta ao *dispositivo* do acórdão.

Contudo, além da violação direta, pode uma norma objeto de controle concentrado ser questionada pela via transversa ou indireta, ou seja, por meio de subterfúgios que repercutam na eficácia.

Na violação indireta, não há, propriamente, uma declaração expressa de inconstitucionalidade, mas a utilização de interpretações que *esvaziem* o conteúdo normativo da norma declarada *constitucional*, com base em princípios ou outros fundamentos normativos. Essa situação foi evidenciada pelo Supremo Tribunal Federal, entre outros precedentes, no julgamento da Reclamação 7322/DF:

O Supremo Tribunal Federal considera declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.¹⁵

O entendimento é totalmente pertinente, pois, consoante ensina Vadi Lammêgo Bulos “se o Supremo declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, inexistirá a possibilidade de nova análise contestatória sobre o assunto”.¹⁶ E complementa o ilustre constitucionalista: “é que no controle abstrato – seara donde emerge o mecanismo em estudo – o Supremo não se vincula à causa de pedir. Sua cognição é plena

¹⁵ STF – Rcl n.º 7322/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.06.2010 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=7322&origem=AP>>, p. 240. Acessado em 10 de setembro de 2011.

¹⁶ BULOS, Vadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 229.

na matéria, esgotando todos os pontos constitucionais que envolvem o problema”.¹⁷

O efeito vinculante, logo, se fosse restrito a impedir às violações direitas, possibilitaria uma série de burlas (violações indiretas), incompatíveis com a *ratio essendi* do instituto, que foi introduzido para evitar os desmandos daqueles que insistiam em desrespeitar as decisões da mais alta Corte do país.

A vinculação da ADC 16/DF, então, deve ser vista como uma obrigação constitucional que não se restringe à singela proibição de mencionar expressões como “declaro a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º” ou outras congêneres.

Em outras palavras, o efeito vinculante engloba o *dever de aplicação* cogente da norma, sob pena de esvaziamento ou violação indireta, podendo caracterizar, até mesmo, a responsabilidade funcional dos infratores, conforme ressaltado por Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins:

É certo, pois, que a não observância da decisão, sem a devida justificativa, caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado (cf, também, CPC, art. 133, I)

Em relação aos órgãos do Poder Judiciário, convém observar que eventual desrespeito do STF legitima a propositura de reclamação, pois estará caracterizada, nesse caso, inequívoca lesão à autoridade de seu julgado (CF, art. 102, I, I)¹⁸

A Compatibilidade da Nova Redação da Súmula 331 do TST com a Decisão do Supremo Tribunal Federal

Cumpre-nos, após o exposto, examinar se a nova redação da Súmula 331 encontra-se em consonância com a realidade implementada pela decisão do Supremo, o que, já adiantamos, não será tarefa das mais fáceis.

¹⁷ BULOS, Vadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 229.

¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; FERREIRA, Gilmar Mendes. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 603.

Os defensores da nova redação da Súmula 331 do TST argumentam, primeiramente, que não haveria declaração de inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, e, dessa forma, nenhuma afronta existiria à decisão da Suprema Corte.

Em reforço, sustentam que o Poder Público não seria responsabilizado com base na lei de licitações (que, afirmam, ser constitucional), mas em razão da omissão no seu dever de fiscalização, propiciando uma responsabilidade extracontratual, com fulcro em normas disciplinadoras da responsabilidade civil por ato ilícito, tais como o artigo 37, § 6º, da Constituição e artigo 186 do Código Civil.

Além disso, dizem que o Supremo supostamente teria “entendido”, nos debates ao longo do julgamento da ADC 16/DF, que poderia a Administração ser responsabilizada em caso de culpa.

Esses argumentos são correntes nos julgados que vem aplicando a atual redação da Súmula 331 do TST e, portanto, merecem a devida consideração.

O primeiro argumento, apesar de tentador, apresenta algumas incompatibilidades, pois, segundo demonstrado, o fato de “não declarar” a inconstitucionalidade, por si só, não significa que uma decisão esteja em consonância com o efeito vinculante.

A decisão somente será compatível caso aplique a norma declarada constitucional, pois, de outra forma, estará, na realidade, realizando uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, consoante ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes na decisão proferida na Reclamação 12005/SP:

Inicialmente, verifico que o Tribunal Superior do Trabalho, para editar o item IV da Súmula 331, procedeu à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, que afasta a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de mão de obra.

Idêntica técnica de decisão foi adotada pelo tribunal reclamado, motivo pelo qual seria necessária a submissão do feito ao órgão especial daquela Corte.

Ademais, ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 6.12.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 com a Constituição.

Registre-se, ainda, que a alegação de conduta omissiva por parte da Administração Pública foi argumento utilizado para a edição da Súmula 331, IV, do TST, mas essa fundamentação não mais se sustenta, após o julgamento da referida ADC 16, uma vez que é contrária à literalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

Ante o exposto, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar a decisão reclamada no que diz respeito à responsabilidade subsidiária da Administração Pública e determinar que outra seja proferida em seu lugar, tendo em vista a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, proferida na ADC 16.¹⁹

Em relação à alegação de aplicação da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, comentários, outrossim, devem ser feitos.

Para deixar bem clara a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual, transcreveremos a lição do professor Rui Stocco, cuja clareza dispensa maiores comentários:

Em resumo, a responsabilidade extracontratual é o encargo imputado pelo ordenamento jurídico ao autor do fato, ou daquele eleito pela lei como responsável pelo fato de terceiro, de compor o dano originado do ato ilícito, ou seja, da obrigação daquele que por ação ou omissão voluntária, violar direito e causar dano a outrem. A responsabilidade contratual é a inexecução previsível e evitável, por parte ou seus sucessores, de obrigação nascida de contrato, prejudicial à outra parte ou seus sucessores (cf. lição de Savatier, apud, Caio Mário, Responsabilidade Civil cit. p. 154).²⁰

¹⁹ STF – Rcl n.º 12005/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.10.2011 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=12005&origem=A>>. Acessado em 10 de outubro de 2011.

²⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 140.

No nosso caso, no momento em que um trabalhador ingressa com uma reclamação trabalhista, ele almeja, em tese, o recebimento de verbas devidas ao longo de um *contrato de trabalho*. Os valores pretendidos tem uma base contratual e o pedido em nada se identifica com um pedido de indenização por ato ilícito (Exemplo: batida de viatura oficial, disparo de arma de fogo por policial etc.).

Da mesma forma, quando a Administração celebra um contrato de terceirização, as obrigações dele decorrentes são igualmente *contratuais*.

Assim, tentar transpor regras da responsabilidade por ato ilícito para uma situação de inadimplência contratual, com o devido acatamento, não fornece uma base segura para a sustentabilidade da tese.

A Ministra Carmem Lúcia abordou esse tema com precisão em seu voto proferido na ADC 16/DF, principalmente ao fazer considerações específicas sobre a compatibilidade do dispositivo da Lei nº 8.666/93 com o artigo 37, § 6º, da Constituição, deixando bem clara a distinção entre as realidades postas em discussão:

A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade. Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93. Nesse dispositivo, o “dano” considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integral a Administração Pública, logo, não se poderia caracterizar como agente público.²¹

E prossegue a eminente Ministra:

Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração e seu contratado.

²¹ STF – ADC n.º 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.11.2010 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=AP>>, p. 33-34. Acessado em 17 de fevereiro de 2012.

Entendimento diverso poderia levar à preocupação externada pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu artigo intitulado “Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União ‘seguradora universal’?”, ao afirmar que “por mais que se faça um pretense juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo “à brasileira”, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados”

Ao argumento de obediência ao princípio da responsabilidade do Estado – de natureza extracontratual – não há que se admitir que a responsabilidade decorrente do contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade administrativa pública a ela se comunique e a ela tenha de ser assumida.²²

Essa peculiaridade foi igualmente percebida pelo Ministro Marco Aurélio em sua manifestação registrada no julgamento da ADC 16/DF:

A entender-se que o Poder Público responde pelos encargos trabalhistas, numa responsabilidade supletiva – seria supletiva, não seria sequer solidária – ter-se-á que assentar a mesma coisa quanto às obrigações fiscais e comerciais da empresa que terceiriza os serviços.

Por isso, a meu ver, deu-se alcance ao § 6 do artigo 37 da Constituição Federal que ele não tem, dididamente não tem.²³

Concordamos plenamente com o Ministro, pois assentar que a Administração seja responsável por danos contratuais a terceiros redundaria, a despeito da omissão na fiscalização, em consequências inconcebíveis.

Seguindo o raciocínio da culpa, poderia o Poder Público ser demandado por inadimplências contratuais comuns das empresas contratadas, tais como encargos de aluguéis, empréstimos bancários, tributos entre outros; o que somente seria possível mediante norma expressa ou manifestação de vontade do ente público de assumir o papel de garantidor (Exemplo: contrato de fiança, contrato de seguro etc.).

²² STF – ADC n.º 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.11.2010 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=AP>>, p. 34. Acesso em 17 de fevereiro de 2012.

²³ STF – ADC n.º 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.11.2010 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=AP>>, p. 51. Acesso em 17 de fevereiro 2012.

Sem contar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a constitucionalidade com efeito vinculante, veiculou determinação para a aplicação cogente da norma, que proíbe o repasse das obrigações, sem qualquer ressalva em relação aos encargos trabalhistas.

Por fim, a afirmação de que o Supremo teria “admitido” a responsabilidade subsidiária em caso de omissão merece cautela, pois esse assunto foi unicamente objeto de discussões esparsas e não foi defendida, ao menos na leitura das notas taquigráficas, pela maioria do Plenário.

No mais, é sabido que os fundamentos e eventuais debates não fazem coisa julgada ou compõem o conteúdo dotado de efeito vinculante.

Pensar de outra forma redundaria na aplicação da chamada *teoria dos motivos determinantes*, de origem alemã, que, apesar de defensores de peso, não encontra respaldo na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como consignado no julgamento da Reclamação 9.778/RJ:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. SUPRESSÃO PELA FIOCRUZ DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SEM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 3. NÃO OCORRÊNCIA. APLICABILIDADE DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES REJEITADA PELO SUPREMO. AGRAVO DESPROVIDO. I – Só é possível verificar se houve ou não descumprimento da Súmula Vinculante 3 nos processos em curso no Tribunal de Contas da União, uma vez que o enunciado, com força vinculante, apenas àquela Corte se dirige. II – Este Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, rejeitou a aplicação da chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes”. III – Agravo a que se nega provimento.²⁴

Dessa forma, podemos concluir que a questão deva ser solucionada com base, unicamente, na norma de regência (art. 71, §1º), que, pelos argumentos apresentados, deverá ser aplicada sem distinção, pois qualquer interpretação diversa, que implique o esgotamento da eficácia, redundará na declaração de inconstitucionalidade “disfarçada” ou implícita, o que não

²⁴ STF – Rcl n.º 9778 Agr/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?c_lasse=Rcl&numero=9778&origem=AP.>, p. 19. Acesso em 02 de fevereiro de 2012.

é cabível, como observado pela Ministra Ellen Gracie na Reclamação 8.150 AgR/SP:

As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. 5. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços. 6. O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade. 8. Ofensa à autoridade da Súmula Vinculante 10 devidamente configurada. 9. Agravo regimental provido. 10. Procedência do pedido formulado na presente reclamação. 11. Cassação do acórdão impugnado.²⁵

Observem que a declaração de constitucionalidade foi incondicionada, sem o uso de técnicas como a interpretação conforme ou declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Por essa razão, não é mais possível pensar em livre convencimento da magistratura sobre o assunto, pois interpretações diversas são incompatíveis com o efeito vinculante previsto na Constituição, cujo valor deve ser prestigiado, sob pena de afronta ao modelo proposto pelo legislador constituinte.

Conclusão

A discussão sobre a responsabilidade subsidiária, após o advento da ADC 16/DF, assumiu, como tentamos demonstrar, uma nova roupagem,

²⁵ STF – Rcl n.º 8150 Agr/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 03.03.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=8150&origem=AP>>, p. 1. Acesso em 10 de março de 2012.

pois passamos de um cenário de ampla interpretação, para um realidade em que o efeito vinculante excluiu (ao menos por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário) o uso de qualquer mecanismo que permita o esvaziamento da norma da lei de licitações.

Não é possível deixar de considerar que o efeito vinculante foi introduzido para impedir que as discussões sobre a legitimidade constitucional de uma norma já submetida ao controle abstrato fossem perpetuadas no seio da Administração e demais órgãos do Poder Judiciário.

Logo, a premissa, após a procedência da citada ação declaratória, deve ser pela aplicação irrestrita do conteúdo normativo do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/93.

Salutar sempre lembrar que a ADC 16/DF levou em consideração toda a gama de normas e princípios constitucionais (*v.g.* dignidade da pessoa humana, princípios de proteção ao trabalhador, responsabilidade da Administração etc.), como é típico do controle objetivo de constitucionalidade, o que impede, após esse fato, que esses mesmos princípios sejam utilizados para afastar a aplicação do julgado.

De uma maneira geral, toda a discussão acalorada sobre o assunto, ao menos em sede judicial, perdeu a razão de ser com o efeito vinculante, que merece respeito indistinto, por mais relevantes que sejam os argumentos contrários, uma vez que foi o modelo escolhido pela cidadania, por intermédio de seus representantes no Congresso Nacional, para estruturar nosso modelo de controle de constitucionalidade, em nome da segurança, isonomia e celeridade jurisdicional.

Referências

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.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Altera a legislação tributária federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acessado em 22 de dezembro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. Governador do Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. 24.11.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=AP>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4219. Jayr Osorio de Menezes e Juiz de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 27.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=4219&origem=AP>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 7322. União e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministra Cármen Lúcia. 23.06.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=7322&origem=AP>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 12005. Universidade de São Paulo e Vice Presidente Judicial do Trabalho da 15ª Região. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 06.10.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=12005&origem=A>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 9778. Sindicado dos Trabalhadores da Fundação Oswaldo Cruz e Presidente da Fundação Oswaldo Cruz. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 26.10.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=9778&origem=AP>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 8150. Relator: Ministra Ellen Gracie. Banco do Brasil e Tribunal Superior do Trabalho. 03.03.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Rcl&numero=8150&origem=AP>>.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

IVO, Gabriel. **Norma Jurídica Produção e Controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 53-54.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; FERREIRA, Gilmar Mendes. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PELICIOI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: LTR, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O pagamento de tributos e a justiça fiscal

Raquel de Naday Di Creddo¹

RESUMO: O trabalho teve por objeto a importância social de pagar tributos inserido na óptica da Justiça Fiscal. De natureza explanatória, centra-se na análise dos direitos humanos e sua relação com a tributação e a real necessidade nos dias atuais. Tem por objetivo justificar o caráter necessário do pagamento de tributos em prol da coletividade, baseando-se no princípio da solidariedade, no intuito de proporcionar a todos vivência digna, pautados em políticas públicas para garantir sua efetividade, materializando direitos à sociedade. Para que essas políticas tenham possibilidade de realização é imprescindível lastro monetário junto aos cofres públicos, que são angariados por meio da tributação por parte do Estado, traduzindo o dever de contribuir no interesse de ver realizados os bens mais caros para os Homens.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Tributos. Justiça Fiscal.

Introdução

Os tributos consistem na medida compulsória de arrecadação de verbas públicas cujo objetivo originário é custear as políticas públicas. Tais atividades da Administração consistem em meios pelo qual esta realiza os Direitos garantidos pela Carta Magna aos cidadãos. Sendo imprescindíveis atividades de fiscalização e defesa dos interesses do Estado na arrecadação.

¹ Pós-Graduada em Direito do Estado – Concentração em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina-Paraná – UEL, Londrina, Brasil.

Não existe brasileiro que nunca tenha questionado, ainda que a si mesmo, a necessidade do pagamento de tributos, sua destinação, sua efetiva aplicação e sobre ele não tenha apresentado críticas severas e até mesmo preconceituosas.

Questionamentos e críticas são práticas naturais do ser humano, que traduzem sua forma mais tradicional de adquirir conhecimento e aprimorar aquilo que traz pré-concebido do conhecimento ordinário.

Diante de tantos questionamentos e críticas sente-se a importância em aprofundar os estudos referentes à relação existente entre o Estado de Direito, a Administração Pública e a efetivação dos direitos constitucionais do cidadão, em razão dos tributos pagos pela sociedade.

Quanto à forma de governo eleita, adota o Brasil o formato republicano, que compreende um tipo de governo fulcrado na igualdade formal dos cidadãos, de modo que os detentores do poder político exerçam-no em caráter eletivo, representativo, transitório e de maneira responsável.

Nesse viés, ocorre a outorga de uma parcela de liberdade individual, para que o Estado, por meio de seu representante, possa atuar na defesa dos interesses dos Homens em prol da coletividade.

Essa ideia de disposição de parcela da liberdade vem formatada nos moldes objetivos da denominada “Teoria do Contrato Social” que ganha seu expoente com Jean Jacques Rousseau na obra intitulada com o mesmo nome da teoria abordada, dentro do qual se observam as primeiras manifestações coletivas voltadas à solidariedade.

No momento em que a sociedade clama pela efetivação dos direitos cidadãos, ou mesmo chamados de humanos, vislumbra-se a ocorrência de prestações estatais, hoje consubstanciadas nas políticas públicas, em que o Estado concede ao indivíduo condições de ter vida autônoma e digna.

Obviamente que tal prestação não poderia ser simplesmente iniciada pelo Estado sem qualquer lastro monetário, uma vez que a atuação estatal em prol da sociedade exige recursos financeiros. Ora, se a exigência é de efetivação dos direitos fundamentais, os quais têm por alcance toda a sociedade, que recebe seus efeitos tanto no campo individual quanto

coletivo, resta evidenciado a essencialidade da participação de todos para que adquiram a força necessária à viabilização.

Imprescindível que houvesse “contribuição” por parte de todos os membros da sociedade, a medida de sua capacidade para equilíbrio e igualdade na busca do bem comum.

O Estado passa a ter como uma de suas fontes de renda para efetivação das políticas públicas, e consequentemente garantia dos direitos fundamentais, a tributação.

A Justiça Fiscal se insere nesse contexto em razão da realização pela Administração Pública da distribuição de renda e mais, da promoção de políticas públicas que realizem os interesses sociais.

Sua participação está presente tanto nas despesas – atendimento das necessidades básicas dos cidadãos – quanto na receita – realização de uma tributação justa.

A problemática se insere na seguinte situação: o Estado tem do dever de contraprestação, mas se perde no momento da aplicação efetiva do dinheiro arrecadado, não se consubstanciando a Justiça Fiscal, então como fazer?

Discussões críticas apontam para sua obtenção pela redução da carga tributária com o aumento de sua progressividade, aumento da participação nos tributos diretos e redução dos indiretos, o que promove o fortalecimento da economia com produtos mais competitivos no mercado e aumento da capacidade de consumo, gerando riqueza e crescimento social e econômico.

Discutida, encontra seus entraves na corrupção, nos desvios, na má aplicação do dinheiro público, na carga desmedida e na omissão do corpo social quanto à exigibilidade de ação.

Como órgão responsável pela centralização dos interesses públicos e realização dos direitos constitucionais, é dever do Estado sua reestruturação fiscal de maneira justa, que possibilite uma modificação positiva da situação econômica e social do país, cumprindo as garantias constitucionais no alcance de seu objetivo-mor, qual seja, o bem comum.

O trabalho não pretende esgotar o assunto, muito menos determinar posição irretocável, mas sim expor uma pesquisa simples, que almeja de maneira despretensiosa apresentar o estudo realizado em torno da necessidade social do pagamento de tributos, contribuição solidária, e busca de melhores realidades sociais por meio da justiça fiscal.

Direitos Fundamentais Conjugados à Realidade das Políticas Públicas e o Aspecto Tributário da Relação

Entende-se por Direitos Fundamentais aqueles que são indispensáveis à sobrevivência digna, ou seja, a expressão “Direitos Fundamentais” traduz e demonstra que todos os cidadãos possuem direitos que são importantes para a existência da vida humana, que revelam a moral a ser preservada na garantia de uma sociedade igualitária, justa e digna.

Consoante formula Brega Filho “[...] os direitos fundamentais seriam interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas às pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana”. (BREGA FILHO, 2002, p.66)

Nas palavras de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano:

Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. [...] possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade [...], nas suas necessidades [...] e na sua preservação. (ARAÚJO; SERRANO, 2006, p.110-111)

Consoante teorizou Bobbio, os direitos fundamentais são compostos pelos direitos de primeira, segunda e terceira gerações, bem como suas demais variações, e traduzem respectivamente as liberdades individuais, os direitos sociais e os direitos da coletividade. Tais composições de direitos fundamentais traduzem todos aqueles que foram firmados e efetivados paulatinamente nas cartas constitucionais em garantia da sobrevivência digna dos membros da sociedade.

Desse modo, falar de direitos fundamentais significa abordar tudo aquilo que é mais caro à sociedade para que esta possa se desenvolver tanto no campo social, como no campo econômico e cultural, aperfeiçoando-se com o surgimento de novas necessidades humanas, de acordo com as modificações estruturais da sociedade.

Os direitos fundamentais então são determinados com base em princípios advindos daquilo que a sociedade almeja ver assegurado. Esses são traduzidos nos termos dos princípios de interpretação constitucional, como arrolam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano (2006, p.83-90), por exemplo, da igualdade, legalidade, direito à vida, à honra, à imagem, limites à retroatividade da lei, do devido processo legal, presunção de inocência, dentre muitos outros.

Nesse aspecto se observa que todos os princípios norteadores de direitos específicos se voltam para a dignidade da pessoa humana, ou seja, buscam proporcionar uma melhor condição de vida em sociedade, retomando o princípio da dignidade humana e o respeito entre os seres conviventes.

As garantias fundamentais por sua vez consistem em disposições assecuratórias em defesa dos direitos e limitam o poder, como explica Moraes (2007, p.28-29), as garantias traduzem o caráter instrumental de proteção aos direitos, de modo que os cidadãos tenham condições de exigir dos poderes públicos a proteção dos direitos previstos.

É no aspecto da exigibilidade dos poderes públicos, na realização dos direitos fundamentais, que estão inseridas as políticas públicas, pois são medidas estatais para a efetivação desses direitos.

Dessa maneira, as políticas públicas perfazem uma ação positiva do Estado na realização dos fundamentos e objetivos da unidade federativa, garantindo a sua soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais e pluralismo político.

Como ensina Frischeisen, é por meio da implementação das políticas públicas, visando à consecução dos direitos previstos na Constituição, que se têm os instrumentos de consolidação da cidadania e construção da

igualdade, “de fato são as políticas públicas que representam a eficácia social do direito do cidadão a obter prestações positivas do Estado”. (FRISCHEISEN, 2000, p.76)

Para a realização de políticas públicas por parte do Estado com vistas à efetivação dos direitos fundamentais constitucionais é necessário o lastro monetário, quer dizer, para qualquer atividade do Estado em prol do cidadão é preciso que possua recursos financeiros para custear as obras e medidas adotadas no fim a que se propõe. Por sua vez o Estado obtém recursos para elaboração e estabelecimento de políticas públicas principalmente por meio da arrecadação em tributos.

Em trânsito pela órbita dos tributos, tem-se a definição apresentada pelo art. 3º do Código Tributário Nacional como sendo: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Retomando o contexto do artigo de lei acima apresentado, resta demonstrado que o tributo é realizado por meio coercitivo, sendo a medida que o Estado encontra para que todos contribuam com a arrecadação e o ajuntamento de recursos que serão destinados em medidas que garantam a promoção das tutelas constitucionais. Tal medida arrecadatória por sua vez deve ter cobrança mediante previsão de lei, para garantir a lisura desta ação.

Usando dos ensinamentos de Scaff (2007, p.11-12), é possível verificar que não existe nenhum direito que independa de custos, e altos custos devem ser sustentados por todos. A manutenção do aparelho Judiciário e do sistema de segurança pública possui um alto preço e precisam ser financiados por um sistema tributário forte e ágil.

Ao que se vê, portanto, é que a relação entre direitos fundamentais, políticas públicas e pagamento de tributos é indissociável, uma vez que os direitos fundamentais são realizados por meio das políticas promovidas pela Administração na busca de uma sociedade igualitária e justa e estas por sua vez só podem ser realizadas quando o órgão público possui recursos

financeiros para tanto, o que, via de regra se obtém por meio da atividade de tributação do Estado.

A Justiça Fiscal

Na órbita da execução dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas é que a Justiça Fiscal mostra sua força.

Consubstanciada na receita e na despesa, compreende a arrecadação suficiente e aplicação eficiente do arrecadado, encontrando aí o seu maior problema: baixa contraprestação e alta incidência direta e indireta da tributação.

Tal problemática no Brasil tem ares históricos ante a situação colonialista em que o Brasil vivia regando a Metrópole com seus produtos primários e sem ver qualquer contraprestação positiva. A situação exclusivamente exploratória e desmedida criou raízes com os novos habitantes portugueses cujo perfil era dos chamados degregados, ou punidos de banimento muitas vezes por crimes como a sonegação de impostos.

Segundo levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), a arrecadação tributária no Brasil cresce ano a ano, batendo novos recordes em arrecadação.

O estudo compara a voracidade tributária de 30 países com o nível de bem-estar dos cidadãos, medido pelo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). E conclui: “Entre os 30 países com a maior carga tributária, o Brasil continua sendo o que proporciona o pior retorno dos valores arrecadados em prol do bem-estar da sociedade.” (IBPT; 2012, *online*)

Porém o cidadão não recebe a contraprestação das garantias constitucionais (saúde, educação, segurança). A coletividade é sufocada com demasiada arrecadação.

Os reflexos históricos são sentidos até hoje em razão da formação estrutural que foi dada ao país e assim Administradores e contribuintes se

envolvem em um jogo de corrupção em que todos escondem seus “níqueis” e tentam manter o equilíbrio de suas contas.

Ives Gandra Martins, nas obras *Exercício da Cidadania e Sistema Tributário na Constituição de 1988*, critica duramente a corrupção e a má aplicação do dinheiro público, a situação confiscatória em que se visualiza a atividade tributária atualmente, causando uma revolta silente em toda sociedade. Pela óptica fiscal os recursos deveriam ter origem e destino identificados para diminuir as ocorrências de crime contra a ordem tributária.

Na teoria da carga desmedida formulada pelo mesmo autor fica claro que há a tendência de o homem exigir da sociedade sempre mais do que seria desejável, somando aos interesses sociais o favorecimento dos detentores do poder. Os valores arrecadados com a tributação não se restringem a atender aos interesses da coletividade, mais ainda, interesses privados, o que culmina com a rejeição social.

Alguns aspectos que determinam a carga desmedida: “objetivos e necessidades mal colocados; gastos supérfluos; contribuintes apenados, porque privilégios e incentivos são mal distribuídos; sonegação e tratamento prático diferencial; fiscalização com baixa moralidade exatora e sonegação e aumento de receita, que se traduz pelo princípio de que a tributação seria mais elevada para compensar a receita não arrecadada dos sonegadores” (MARTINS, 1989, p.8-10).

Na mesma linha estão Alice Mouzinho Barbosa e Dávio Antonio Prado Zarzana. A primeira estuda as bases da cidadania fiscal sob a perspectiva do contribuinte, pessoa que deve ser esclarecida sobre o que paga e de que forma o Estado lhe contrapresta o dinheiro destinado. Analisa o princípio da publicidade e a participação do cidadão. Nos dizeres de Dávio Antonio Prado Zarzana todos sentem a mão pesada do Estado; existem muitos tributos que determinam não só o gasto líquido (dinheiro), mas também o bruto atinente à mão de obra em horas. O Estado existe para o povo, tem limites e deve respeitar a capacidade contributiva, organizar as necessidades do grupo social sendo imprescindível a realização de uma

reforma nos parâmetros tributários realizados na atualidade, adequando-se aos princípios constitucionais e real interesse público.

A teoria da justiça fiscal se contextualiza no inverso da teoria da carga desmedida envolta na cidadania fiscal incluindo a população na tarefa de contribuir, dirigir e fiscalizar a aplicação do dinheiro arrecadado, caminhando para um maior equilíbrio econômico e financeiro.

Alberto Nogueira, em sua obra *A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação* evidencia três caminhos para a tal reconstrução. O primeiro deles é a “efetiva, direta e ativa participação de todos os segmentos da sociedade na elaboração, fiscalização e controle das regras tributárias” (NOGUEIRA, 1997, p 411), isso tende a eliminar os excessos e as injustiças da carga tributária. O segundo se dá pelas vias judiciais e por último a primazia da Constituição.

É interessante ressaltar que medidas de fiscalização da contribuição são tomadas como a integração das Receitas Federal e Previdenciária formando a Super-Receita e programa Nota Fiscal Paulista, restando indispensável a conscientização do cidadão quanto à fiscalização dos gastos governamentais e exclusão da política pública os políticos com histórico de desvio do dinheiro público ou de mal gasto.

O Princípio da Solidariedade como meio de Fundamentação à Justiça Fiscal

No sentido denotativo do termo “solidariedade” (HOUAISS, 2004, p.2602, c) tem-se por explicação o “caráter, condição ou estado daquele que é solidário”, enquanto “solidário” (HOUAISS, 2004, p.2602, c) é definido como “em que há responsabilidade recíproca ou interesse comum”. Assim, em uma fusão de conceitos é possível determinar que solidariedade é o caráter, condição ou estado daquele que contribui, juntamente com seus companheiros em prol de um interesse comum.

Ora, a solidariedade se traduz em todos os âmbitos do relacionamento humano, seja ele familiar, na vizinhança, na comunidade ou ainda na área jurídica e esboça muitas vezes uma característica pessoal que expandida atinge toda a sociedade, como abrilhanta Rosso (2008, p.15), é o amor em ares de subjetividade que se disfarça no vocábulo “solidariedade”.

É na busca do bem comum, interesse comum da sociedade, que se aplica o princípio da solidariedade, pois visa à ação da coletividade em prol de um propósito maior, o propósito que traduz o bem comum em igualdade e dignidade a todos os membros sociais.

No âmbito jurídico, mais precisamente em face do Direito Tributário, o embasamento da aplicação do princípio da solidariedade encontra-se na filosofia, demonstrando que o ser humano sente um dever inato em colaborar com o meio em que vive, aprimorando-o, haja vista a característica e o instinto gregário que o direciona, de modo que, mesmo em seu egoísmo o homem colabora com o todo para receber algum benefício.

Diante das disparidades entre as realidades fáticas dos Homens, principalmente no que tange ao acesso aos direitos fundamentais foi indispensável que se buscasse um ponto equilíbrio entre os seres, que se traduz nas características humanas, em que as necessidades físicas, morais e psicológicas são iguais para todos.

Rosso em sua obra afirma que “o sistema tributário brasileiro tem bases calcadas neste princípio, visto que aquele que paga seus tributos não tem uma compensação direta e imediata por aquilo que despendeu [...]” (ROSSO, 2008, p.94)

Portanto, é pelo dever de solidariedade, elemento motivador dos legitimados sociais, a aplicação positiva de tal princípio, e que se compulsiona o pagamento de impostos. São as atividades *pro-societati* que exigem uma contraprestação de todos os beneficiados para ocorrerem.

Esse dever de colaborar envolve tanto de um cidadão para com o outro como o Estado para com a coletividade, porque a solidariedade permeia relações que não se restringe à interpessoalidade, alcança também os organismos estruturais do Estado.

Nesta toada, na relação Estado x Contribuinte, a significação individual do tributo sucumbe à significação geral, pois a consciência individual tende a se basear em motivos egoísticos, dispersos do bem estar comum. A partir do momento em que a idéia da norma tributária é assimilada como uma necessidade de sobrevivência chega-se à certeza de que a significação dos tributos está acima dos interesses meramente individualistas, pois a tributação é primordial ao arcabouço social. (CARDOSO, *A função...*, 2010, p.6)

Visualiza-se o pagamento de tributos como dever social, encarando a atividade contributiva “como a ‘outra face’ dos direitos fundamentais” (ROSSO, 2008, p.94) fulcrado no princípio da solidariedade, ou seja, torna-se um dever pagar tributos para que o Estado possa fomentar suas atividades na garantia dos direitos fundamentais.

Não basta existir uma Carta de direitos, que reconheça tudo aquilo que é fundamental ao Homem, se ela for inefetiva. É pela efetividade dos direitos constitucionais que o ente estatal exige a contribuição de todos, é a responsabilidade recíproca de uns para com os outros, tanto da ação do Estado para a sociedade, como também a recíproca da sociedade para o organismo-mor, e ainda ao conjunto de obter uma sobrevivência equilibrada.

O problema agudo que enfrentamos é o da eficácia das normas de Declaração de Direitos, principalmente quando se trata de Declaração Universal, por não se poder contar com um conjunto de elementos materiais e formais específicos, de que se lance mão para viabilizar todo o poder e dever das normas expressas, isto é, não existe um aparato próprio que possa valer. O que importa não é a simples inscrição dos direitos fundamentais, mas a realização efetiva e eficaz desses direitos. (BARBOSA, 2005, P.64).

Para que os membros sociais tenham acesso àquilo que lhes consigna uma vida de qualidade, o Estado desenvolve políticas públicas, medidas de cunho social, para atender as necessidades básicas do ser humano, utilizando verbas auferidas da própria sociedade através dos tributos.

É por meio das políticas públicas que a Administração trilha seus fundamentos e atinge seus objetivos, e essas políticas para serem realizadas consistem em despesas para o corpo administrativo que as promove.

A atividade arrecadatória do Estado não se faz tendo em vista o enriquecimento dos representantes investidos em cargos da Administração Pública, em que pese o mau uso das funções nisso acarretar, mas sim, aumentar o lastro de dinheiro público para custear as atividades estatais, tanto em suas obras, como no pagamento de executores dessas atividades. (ALBUQUERQUE, 2007, p.41)

Assim, se existe uma ação em prol da arrecadação por parte do Estado, esta tem seu fundamento na concretização do bem comum, na disseminação da igualdade para todos os membros sociais, realizando os direitos dos cidadãos.

O Estado atua, por meio de seus representantes, como gestor dos interesses sociais, cujas atividades são elaboradas no âmbito da Administração Públicas, que estuda, analisa, e determina as políticas de atuação e salvaguarda dos interesses da população, bem como gerencia o dinheiro a ser aplicado na efetivação das políticas determinadas.

É pelo princípio da solidariedade que se firmou o entendimento da necessidade da contribuição compulsória pelos membros que compõem a sociedade de acordo com a sua capacidade monetária. É o dinheiro auferido pela arrecadação tributária devidamente empregada que satisfaz as necessidades sociais, por meio de medidas estruturadas em políticas organizadas pela própria administração.

O tributo deve atender a uma função tipicamente social, pois ele é criação do povo para atender ao povo. Por outro lado, a arrecadação tributária também serve para abastecer os cofres públicos do Estado, de forma a permitir que este último realize os gastos necessários para realizar as necessidades públicas. (CARDOSO, *A função...*, 2010, p.3)

Como ensina Scaff (2007, p.33-35) não é necessário que se aloquem todos os recursos públicos disponíveis para sua implementação, mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos bastantes e suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados e de forma progressiva no tempo, de modo que as deficiências para o exercício das liberdades jurídicas sejam sanadas por meio do pleno exercício das liberdades

reais, ou, por outras palavras, para o exercício pleno das capacidades de cada indivíduo ou coletividade de indivíduos.

Por tal óptica os recursos obtidos podem ser empregados para atender necessidades diversas, mas tem seu fundamento de existência na realização dos Direitos Fundamentais do Homem, no caráter de humanidade de uns indivíduos para com os outros.

Em atividade sintética, visualiza-se que ao Estado, cujos representantes foram legitimados pela escolha dos populares, cabe a realização de medidas que vertam no sentido de promover a vida em sociedade, dada a natureza gregária do ser humano. Porém, é necessário o envolvimento direto dos legitimadores para que vejam suas necessidades supridas.

Se todos concedem a administração coletiva da vida em sociedade ao ente estatal, admitem, ainda que tacitamente a necessidade de colaborar para que o escopo de tal sistema seja atingido, qual seja, uma sociedade igualitária, livre e justa.

Nesse contexto é que se verifica a relação íntima entre o princípio da solidariedade e direitos fundamentais, uma vez que aquele se traduz no dever que a sociedade tem em colaborar para que se vejam aplicados estes mencionados direitos, os quais abrangem genericamente as necessidades humanas para sobrevivência digna.

Tais direitos poderão ser realizados no momento em que a Administração planejar suas atividades sociais (para as quais foram legitimados seus representantes) e após ter ao seu alcance o orçamento necessário, concluir atividades positivas e ver concretizado seu escopo.

A Efetivação das Políticas Públicas por meio da Atividade Tributária

Como já exposto, é imperioso ao Estado garantir os direitos fundamentais, e por meio das atividades da Administração desenvolve políticas públicas, movimentando todo o aparelho administrativo e Judiciário na arrecadação de finanças para tal intento.

Assevera Cardoso: “no Brasil, em que sua Lei Fundamental busca a propiciar desenvolvimento social e econômico ao mesmo tempo, é inquestionável que tributação e políticas públicas caminham juntas.” (CARDOSO, *A tributação...*, 2010, p.6).

Pautando-se pelas ideias do doutrinador retromencionado (CARDOSO, *A tributação...*, 2010, p.7), quando o Estado elabora políticas públicas e interfere na economia por meio da cobrança de tributos, devidamente respaldado pela Constituição Federal, cuida para que o desenvolvimento pátrio não siga sem qualquer direção, mas em caminhos específicos almejando um fim.

Humberto Ávila (2006, p.21-23) menciona que a Constituição instituiu as limitações com a intenção de especializar o objeto da fiscalização das relações tributárias, não deixando ao arbítrio das legislações ordinárias a ânsia arrecadatória desmedida que poderia resultar a quantidade excessiva de objetos a serem fiscalizados

Não se quer dizer com isso que todas as atividades que advêm da Administração Pública estão dotadas absolutamente de bondade visando ao bem comum (CARDOSO, *A função...*, 2010, p.3). Veem-se diariamente nos telejornais casos de desrespeito ao dinheiro público, pois essas atitudes advêm de seres comuns, passíveis de erros e dotados de distorções de caráter.

Analisando particularmente alguns problemas do país, conjugado aos ensinamentos dos autores até então estudados, verifica-se que o retardo na concretude dos objetivos do Estado e alcance do bem comum está diretamente relacionado ao aspecto corruptivo e a gama de programas sociais (utilizados como meio de desvio de dinheiro público e locupletamento indevido), considerando os mais cotados pontos que inflam o sistema tributário e impedem o desenvolvimento.

O artigo publicado por João Mellão Neto, trazido na obra de Santi (2008, p.17), narra astuciosamente a “lei do morcego inteligente”:

Segundo ela, os morcegos prudentes sabem a exata quantidade de sangue que podem sugar de um boi a cada dia. Esse volume seria o máximo suficiente para suprir as suas necessidades de alimentação e o mínimo possível para que o boi possa recompô-la até a sugada seguinte. Morcegos gulosos, segundo a lei, sugam sangue demais, matam o boi de fraqueza e acabam morrendo depois de inanição. (MELLÃO NETO, 2005, In: SANTI, p.11-12)

Interpretando essa teoria observa-se que o aumento das alíquotas dos impostos é determinante para o aumento da arrecadação total. Quando se atinge o máximo da cobrança dos impostos menor se revela a arrecadação, pois a capacidade contributiva da sociedade não é compatível, e assim, os homens optam pela dívida ou pela sonegação, o que não refletiria uma falha moral, mas uma característica de sobrevivência, aplicando em si mesmas o princípio do não confisco.

Na conclusão da “lei do morcego inteligente”, Mellão Neto apresenta a ideia de que, na vida real, o boi não morre, mas se esconde do morcego.

Por conseguinte, se os cidadãos deixam de honrar com seu compromisso contributivo, a atividade de contraprestação do ente estatal para efetivação dos direitos fundamentais fica prejudicada

Uma sociedade construída com bases em um conceito de justiça tributária que produza justiça social rende benefício a todos porque promove a coesão social e gera vínculos de segurança, diminuindo a marginalidade e a violência. É um modelo que também estimula o dinamismo econômico porque amplia mercado interno. Assim, possibilitará uma vida mais rica e mais plena para todos. (ANANIAS, 2008, única página)

O Estado arrecada para satisfação dos direitos fundamentais previstos inicialmente e já aí se configura seu caráter social, visto que é determinado em prol de toda coletividade para satisfação dos interesses comuns. Se tal contribuição é determinada ao gozo do interesse coletivo, vê-se a imperatividade do princípio da solidariedade, uma vez que em prol do todo se despende valores. Porém tais despesas não devem ser tão incisivas a ponto de onerar aqueles que pouco conseguem para o seu próprio sustento, estando em condição de receber e não de participar, fazendo prevalecer aqui a individualidade sob a óptica do princípio da capacidade contributiva.

Portanto, havendo capacidade de contribuir sem prejuízo da sobrevivência digna, nada mais cabível do que a participação para a concreção dos objetivos do Estado determinados desde o início de sua formação.

Considerações Finais

Muito se vê atividades isoladas do Estado, por meio de seus órgãos e agentes, principalmente da Administração Pública e pouco se considera quanto aos seus objetivos.

Toda atividade prestada tem uma razão de ser, e influencia na cadeia das atividades garantistas de sociedade justa, igualitária e digna. Não se defende aqui, em momento algum, que esta é a realidade atual da sociedade, mas sim aponta e defende suas bases teóricas na busca da maior lisura na atuação funcional das atividades públicas.

Para que seja possível a efetivação de todas as medidas, imperioso se faz a separação dos setores públicos especializados nas atividades garantistas dos direitos do cidadão. Assim ocorre quando se atribui funções de tributação, elaboração de políticas públicas, administração do tesouro etc.

No momento da divisão por especialidades se quebra a figura objetiva da função primordial do Estado, gerando assim uma “miopia” quanto à figura do Estado, da Administração e de seus representantes.

Acredita-se que atentar para o cerne da questão que envolve o motivo pelo qual os cidadãos pagam impostos, torna possível a promoção à conscientização quanto a solidariedade que atinge a todos, bem como fomentar a cobrança de investimentos efetivos na garantia dos direitos do cidadão.

Isso é que se busca quando se traça um paralelo entre direitos fundamentais, políticas públicas e tributação, defendendo que o Estado não pode deixar de arrecadar, do contrário não teria condições materiais de pôr em prática o que garante a Lei.

A evidenciação da imprescindibilidade do princípio da solidariedade encontra fundamento à medida que aguça os sentidos da responsabilidade

que cada ser humano tem em participar do coletivo, em ver que, em qualquer posição social que esteja contribui para a construção das políticas públicas e no fortalecimento da assistência social a medida de sua capacidade contributiva. Em face da solidariedade, portanto, é que os tributos são coercitivos, visando à contribuição de todos para o aperfeiçoamento da sociedade. São as políticas públicas a união entre a tributação e direitos fundamentais. E a Justiça Fiscal a base para formulação das políticas e da cidadania.

A coercitividade do pagamento dos tributos ocorre pelo fato de o ser humano ainda não ser capaz de superar sozinho o individualismo interno. A formação social do mundo moderno tende ao individualismo e à acumulação de riquezas, em face às opressões sofridas e do desenvolvimento do pensamento capitalista. É necessário que uma “mão forte” mantenha a opção inicial feita nos primórdios do agrupamento humano, para que esse sentimento de proteção não se perca ante os devaneios egoístas.

Não se defende aqui o sistema socialista de governo, porque até mesmo ele tem em si a concentração de poder na mão de poucos, enriquecimento da classe dominante e estagnação econômica da classe dominada. O que se pretende é a colaboração com a melhoria moral, social e econômica uns dos outros, não sendo necessário que para tanto as pessoas se privem de buscar melhores condições nestas esferas.

Restou evidente que as atividades do Estado tem suas bases teóricas no bem comum, que para ser alcançado necessitou de positivação de direitos e garantias fundamentais, os quais são realizados e materializados pelas políticas públicas. Estas por sua vez são dispendiosas aos cofres públicos, e para tanto necessita de investimentos de toda comunidade que vai ser beneficiada, o que se determina o princípio da solidariedade em movimento. E para conjugação de todos os objetivos é fundamental a presença de agentes que atuem nessa tarefa como agentes sociais e políticos.

Em última menção é preciso reconhecer que há muito a ser modificado na defesa dos interesses do cidadão, principalmente naquilo

que diz respeito ao desvio de verbas e aplicação destas aos interesses particulares e de particulares, é necessário antes de tudo educação social e incessante fiscalização, para que as contribuições não sejam obrigações vazias de fundamentos.

Referências

ALBUQUERQUE, Marconi Costa. *Direitos Fundamentais e Tributação*- a Norma de Abertura do §2º, do art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988. In: SCAFF, Fernando Facury. (Org.). **Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Tributário na Constituição e no STF**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANANIAS, Patrus. **Os Impostos e o Princípio da Solidariedade**. Postado em 06.06.2008. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/noticias/artigo-os-impostos-e-o-principio-da-solidariedade-ministro-patrus-ananias>> (último acesso em 01.11.2010).

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário: de acordo com a Emenda Constitucional n.51 de 14.02.2006**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARBOSA, Alice Mouzinho. **Cidadania Fiscal**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL oferece o pior retorno em benefícios em comparação à alta carga tributária. **Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT**. Disponível em: <http://ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=14205&pagina=70>. (último acesso em 20.02.2012)

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm>>. (último acesso em 19.05.2010)

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. (último acesso em 19.05.2010)

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. (último acesso em 30.10.2010).

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et al. (Coord.). **Direitos Humanos e Políticas Públicas**. São Paulo, Pólis, 2001 (Caderno Pólis, 2). Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Direitos_Humanos_e_Políticas_Públicas.pdf>. (último acesso em 15.10.2010).

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Os direitos fundamentais**. Disponível em: <www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2678/OS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS>. (último acesso em 17.05.2010).

CARDOSO, Alenilton da Silva. **A tributação em prol do desenvolvimento**. Sem data de elaboração. Disponível em: <http://www.principiodasolidariedade.com.br/artigos_pdf/a_tributacao_em_prol_do_desenvolvimento.pdf>. (último acesso em 12.09.2010).

CARDOSO, Alenilton da Silva. **A Função Social do Tributo**. Sem data de elaboração. Disponível em: <http://www.principiodasolidariedade.com.br/artigos_pdf/a_funcao_social_do_tributo.pdf>. (último acesso em 12.09.2010).

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 25. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; SILVA JÚNIOR, João Gomes da. **Direito Tributário: teoria, jurisprudência e questões**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. Elaborado em 10.2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>> (último acesso em 18.05.2010).

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – A responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**; elaborado no instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 83. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, março/2007.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. atual. pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto; 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei nº 7347/85 e legislação complementar**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Ives Gandra. **Sistema Tributário na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MARTINS, Ives Gandra. **Exercício da Cidadania**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

- MELLÃO NETO, João. MP 232 – *Chegou a hora do basta*. 2005. In: SANTI, Eurico Marques Diniz de. (Coord.). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.
- NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação**. Rio de Janeiro, Renovar, 1997
- QUADROS, Marivete Bassetto de. **Monografias, Dissertações & Cia: caminhos metodológicos e normativos**. 2. ed. rev. Curitiba: Tecnodata Educacional, 2009.
- ROSSO, Paulo Sérgio. **O princípio da solidariedade e o Sistema Tributário**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho-PR, 2008.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>>. (último acesso em 19.05.2010).
- SANTI, Eurico Marques Diniz de; CANADO, Vanessa Cahal. *Direito Tributário e Direito Financeiro: reconstruindo o conceito de tributo e resgatando o controle da destinação*. In: SANTI, Eurico Marques Diniz de. (Coord.). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCAFF, Fernando Facury. (Org.). **Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário: A Função Fiscal**. 2. ed. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. Ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 08-2005.

SILVA, Cléber Demétrio Oliveira da. **O Princípio da Solidariedade**. Elaborado em 10/2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9315/o-principio-da-solidariedade/1>>. (último acesso em 01.11.2010).

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade**. Disponível em: <http://www.aatr.org.br/site/uploads/publicacoes/o_papel_das_politicas_publicas_no_desenvolvimento_local.pdf>. (último acesso em 04.08.2010).

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VASCONCELLOS, Mércia Miranda. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos na Realidade Latino Americana: reflexões filosóficas sob a perspectiva da Ética da Libertação**. Curitiba: Juruá, 2010.

ZARZANA, Dávio Antonio Prado. **O país dos impostos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Regulação e Saneamento na Lei Federal nº 11.445/07

Ana Carolina C. Hohmann¹

RESUMO: O artigo tem como proposta a análise do marco regulatório do saneamento básico instituído pela Lei federal nº 11.445/07. Após contextualizar historicamente a atuação do Estado brasileiro no setor de saneamento básico em paralelo à evolução da noção de serviços públicos no Direito Administrativo, pretende-se abordar como a atividade regulatória estatal configura e dá sentido à nova lei. Por meio da articulação entre a teoria econômica da regulação e as tendências recentes do direito administrativo econômico, é investigado o regime jurídico da regulação do saneamento básico, em especial dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e de limpeza urbana. Nesse panorama, passa a se discorrer acerca da aplicação de potenciais instrumentos normativo-regulatórios – entre os quais se destaca a figura do contrato, em sua configuração contemporânea – e de sua essencialidade para um melhor ordenamento do setor, com vistas a possibilitar a universalização dos serviços, estímulos à concorrência e solução para situações monopolísticas.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços públicos. Saneamento. Lei federal nº 11.445/07. Regulação.

Aspectos Introdutórios

Ao observarmos a atuação da Administração Pública desde suas origens, perceberemos que esta sofre alterações corriqueiramente, em

¹ Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Curitiba – Paraná.

conformidade ao modelo estatal vigente.² Essas alterações podem se dar de modo mais evidente e expressivo³ ou mais sutil, com a alteração apenas de determinadas estruturas e criação de novos instrumentos pelo ordenamento jurídico. Todavia, sejam evidentes ou sutis, tais mudanças influenciam de modo significativo a atuação administrativa.

Esse fenômeno se mostra especialmente nítido no agir estatal em relação à prestação de serviços públicos.

Originalmente, a prestação de serviços públicos à população era competência exclusiva e privativa do Estado, como ensinava a academia francesa no início do século XX, representada por Leon Duguit, expoente da denominada “Escola do Serviço Público”. Segundo Duguit, constituiriam serviços públicos “atividades asseguradas, disciplinadas e controladas pelos governantes para realizar a solidariedade social, que de outra forma, senão com o emprego da coerção estatal, não se lograria, ficando implícita a necessidade de um regime público”.⁴ A dimensão atribuída à expressão “serviços públicos”, bem como as atividades por ela englobadas, é que varia temporalmente, pautada pelo modelo de Estado vigente – mostrando-se mais enxuta num Estado de índole liberal e dotadas de vasta amplitude no Estado de bem-estar social.

A posterior admissão de particulares na atividade prestacional desses serviços representou a ruptura do conceito clássico francês e uma mudança paradigmática na análise jurídica da matéria, especialmente na seara do direito administrativo.

Apesar de, na ocasião, ter-se muito falado numa “crise do serviço público”, o que se observou foi uma mudança na configuração dos aludidos

² Conforme afirma Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “o conteúdo do direito administrativo varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 25.

³ Como um exemplo desse tipo de alteração no *modus operandi* da Administração pública brasileira tem-se o Plano de Reforma do Aparelho do Estado, em meados da década de 1990, que buscou imprimir uma nova racionalidade à Administração Pública brasileira.

⁴ DUGUIT, León. *Traité de droit administratif*. 1927. Apud: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 353.

serviços. Mesmo não sendo necessariamente executados de modo direto pelo ente estatal, os serviços públicos não perdem sua índole publicística, visto que a Administração Pública persiste sendo seu titular e responsável. Da mesma forma, as tarefas de planejamento, fiscalização e regulação não são delegadas ao particular, permanecendo competência do Estado.

Os últimos vinte anos, aproximadamente, foram profícuos no sentido de imprimir alterações na disciplina jurídico-normativa dos serviços públicos. Em 1995 foram publicadas as Leis federais nº 8.987 e nº 9.074, dispondo sobre o regime de concessões e permissões da prestação de serviços públicos, previsto no artigo 175 da Constituição da República. Posteriormente advieram diversas normas criando agências reguladoras, com o fim de cuidar de setores específicos, disciplinando a forma de atuação e de interação entre os agentes privados e formulando parâmetros para a prestação de tais serviços, inclusive quando os mesmos são prestados por entes públicos. Essa presença foi notoriamente expressiva na prestação dos serviços de telefonia, de fornecimento de energia elétrica, de transportes terrestres, aquaviários e de aviação civil.

Mais tarde outras áreas de atuação típicas do Poder Público na prestação de serviços públicos, bem como seus respectivos órgãos, passaram a ser objeto da atuação de órgãos reguladores – dentre eles, por exemplo, aqueles cujas prestações se dão no âmbito dos serviços de saneamento básico. No atinente aos serviços abrangidos pelo conceito de saneamento básico, é válido salientar que a sua regulação, mediante disciplina específica, decorre principalmente, da Lei federal nº 11.445/07. A referida lei dedica um capítulo inteiro à regulação, definindo seus princípios reitores e objetivos, e atribuindo ao órgão regulador específico a tarefa de editar normas nas dimensões técnica, econômica e social da prestação dos serviços afins.

Nesse contexto, faz-se nítida a assunção de um novo papel pelo ente estatal – não mais aquele de prestador direto dos serviços públicos ou de partícipe da atividade econômica, mas de organizador e regulador dessas

atividades. É nessa égide que cabe falarmos de *regulação*. Tratando do tema, Calixto Salomão Filho afirma que a teoria da regulação, quando aplicada de modo adequado, pode

representar exatamente a contribuição mais útil de um Estado que decide retirar-se da intervenção direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser, para tanto, insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados.⁵

O presente artigo tem como ponto de partida uma concepção larga de regulação, compreensão na qual o conceito de regulação extrapola o papel estritamente fiscalizatório do Estado, ou de mero criador de regulamentos, abarcando toda a forma de organização da atividade econômica pelo Estado – por exemplo, por meio das concessões de serviço público ou permissões, pelo exercício do poder de polícia etc. Conforme se extrai dos ensinamentos de Salomão Filho,

na verdade o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa.⁶

É sob essa perspectiva ampla de regulação que analisaremos os serviços de saneamento básico, nos termos da Lei federal nº 11.445/07. Para tal, inicialmente será realizada uma breve explanação sobre a política de saneamento básico brasileira e o seu marco legal (Lei federal nº 11.445/07). Em seguida caberá a qualificação de tal serviço como público, o que o sujeita a um regime específico, para então adentrar a seara da regulação.

⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 15.

A política de saneamento básico brasileira e o advento a Lei federal nº 11.445/07

Antes de adentrar especificamente a disciplina dos serviços públicos de saneamento básico trazida pela Lei federal nº 11.445/07, é importante traçarmos uma breve explanação sobre a forma de sua prestação no Brasil e de sua regulamentação previamente à publicação do referido diploma legal.

A forma pela qual o setor de saneamento está hoje estruturado em território nacional carrega, sem dúvida, uma marcante herança do PLANASA – Plano Nacional de Saneamento.

Implementado a partir da década de 1970, o PLANASA foi um programa cujo escopo era a expansão dos serviços de saneamento básico por meio de grandes companhias estatais ligadas a cada estado da federação.

A prestação dos serviços de saneamento básico pelo Estado – e daí sua qualificação como serviço público clássico – advém desde o início do século XX. Na década de 1930 surgiram as primeiras iniciativas nesse sentido, financiadas essencialmente por recursos da União.

Em 1942, foi criado pelo governo federal o Serviço Especial de Saúde Pública – SESP, que apesar de ter sido inicialmente concebido como um programa temporário, estendeu-se à década de 1960, tendo grande importância no processo de ampliação e capacitação de entes públicos na prestação de serviços de saneamento. Por meio de convênios celebrados com municípios, o SESP prestava consultorias e auxílio técnico, fortalecendo a provisão descentralizada de serviços de água e de esgotamento sanitário por autarquias municipais.

Na década de 1960, com o advento do regime militar, houve uma centralização de decisões e de recursos na esfera federal. Em 1969 foi criado, por meio do Decreto federal nº 949/69, o Plano Nacional de Saneamento – PLANASA, que tinha como cerne a criação de empresas estatais vinculadas aos estados da federação – as Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESB. Nesse modelo, os Municípios delegavam aos Estados a prestação dos serviços de água e esgoto, enquanto os

Estados, por sua vez, remetiam à União, por meio do Banco Nacional de Habitação, as atribuições de formulação da política de saneamento.

O Plano tinha como diretrizes (i) a universalização da cobertura dos serviços de água e esgoto, limitando o déficit de abastecimento; (ii) a promoção da sustentabilidade financeira do setor, oferecendo financiamento por meio de recursos estaduais (Fundo de Água e Esgoto – FAEs) e federais (Fundo de Garantia por Tempo de Serviços); (iii) o equilíbrio entre receitas e despesas das companhias, permitindo subsídios cruzados dentro da área de atuação de cada empresa; (iv) a promoção da gestão empresarial nas companhias estaduais de saneamento; (v) a centralização da gestão superior da Política Nacional de Saneamento junto ao Banco Nacional de Habitação; (vi) a consolidação de sistemas no âmbito estadual, e não municipal.

É nesse contexto que se estruturaram as delegações do serviço público de saneamento básico dos Municípios aos Estados, em geral com prazos de 30 (trinta) e 35 (trinta e cinco) anos – portanto, atingindo o seu termo ao final da década passada e início da presente década.

O PLANASA permitiu a implementação de significativa infraestrutura para os serviços de distribuição de água e de esgotamento sanitário, com a construção de estações de tratamento de água e de esgoto e largo aumento da cobertura desses serviços e o consequente dispêndio de elevado montante de recursos.

Entre os anos de 1985 e 1986, o modelo do PLANASA atingiu seu esgotamento ante a crise econômica por que passou o Brasil, associada a práticas gerenciais inadequadas e ineficazes.

Em 1986 o BNH foi extinto, transferindo à Caixa Econômica Federal os programas de financiamento de políticas urbanas. Pouco tempo depois foi extinto o Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente, ao qual se vinculava a Secretaria Nacional de Saneamento. O setor ficou carente de diretrizes nacionais sólidas e bases institucionais.

Em 1990, houve a extinção do Departamento Nacional de Obras, tendo sido posteriormente criado o Programa de Modernização dos Serviços de Saneamento – PMSS, que logrou pouco êxito.

Com o Programa Nacional de Desestatização – PND, na década 1990, aventou-se a possibilidade de concessão de tais serviços. Todavia, o serviço público de saneamento básico carecia das bases legais necessárias.

Essa situação sofreu alteração somente em 2007, com o advento da Lei federal nº 11.445, que estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico.

Todavia, a lei não respondeu uma das questões centrais e urgentes referentes à prestação dos serviços de saneamento – aquela referente à sua titularidade.

O atingimento do término das delegações da prestação dos serviços de saneamento básico realizada na década de 1970 pelos Municípios aos Estados evidenciou a polêmica acerca da titularidade da execução de tais serviços. Muitos Estados almejavam que a titularidade lhes fosse concedida, já que estes haviam realizado grandes investimentos em redes de infraestrutura. Os Municípios, por sua vez, pleiteavam a titularidade, com fulcro no disposto no artigo 30, inciso V, da Constituição da República, segundo o qual “competete aos municípios organizar e prestar os serviços públicos de interesse local”. Sendo eles titulares dos serviços, poderiam organizar a sua execução ou concedê-los a terceiros que não necessariamente as empresas estatais, as quais, muitas vezes, cobravam valores demasiados altos pela prestação.

Mesmo tendo a lei silenciado quanto à titularidade estadual ou municipal dos serviços, parece prevalecer o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que esta cabe ao Município.

O enquadramento do saneamento básico como serviço público

O adjetivo “público” é atribuído a um serviço pelo próprio Estado, que o faz a partir da edição de norma – constitucional ou legal –, cujo texto submete determinada atividade a um regime especial, de direito público.

A partir daí, a titularidade para a prestação daquele determinado serviço passa a ser do Estado, que o prestará em nome próprio ou delegará sua execução direta a terceiros, permanecendo obrigado às tarefas de direção, regulação e fiscalização, ante a sua responsabilidade como titular daquele serviço.

Celso Antonio Bandeira de Melo define serviço público como

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.⁷

As teorias em torno de um regime de direito público incidente sobre a totalidade dos serviços públicos, mesmo quando esses são prestados por entes privados, são permeadas, contudo, por uma contradição insolúvel – qual seja, a persecução do interesse público por agentes privados dotados de fins lucrativos, como seu fim último.⁸ Ora, é muito provável que o agente privado priorize interesses próprios seus ao interesse público – por exemplo, ao buscar auferir maiores lucros do que aqueles originalmente previstos.

A qualificação de um serviço como “público” denota uma opção estatal. Conforme pontua Marçal Justen Filho, essa opção deve considerar o caráter instrumental do serviço à realização dos fins da comunidade: o serviço deve refletir os anseios e as necessidades da população, servindo como uma forma de celebrar e de garantir a dignidade humana. O autor agrega caractere novo às definições tradicionais de serviço público,

⁷ MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros. p. 477.

⁸ Nesse sentido, Calixto SALOMÃO FILHO. In: Op. cit., p. 26. O autor discorre, ainda, que “se o regime das concessões iria substituir com vantagem o mercado, estabelecendo fins públicos para os agentes particulares, sua eficácia tem sido muito limitada. Esse regime tem, de um lado, originado a captura do poder concedente pelo concessionário, que, logo após a licitação, torna-se monopolista daquela atividade. De outro lado, tem se mostrado ineficaz, pois, a cada controle erigido, o concessionário desenvolve duas ou três formas de contorná-lo. Controles de preço são contornados através da diferença de qualidade, de continuidade, de atendimento ao usuário, etc.” (p. 26-27).

compreendendo-o como um meio de garantir a eficácia de alguns direitos fundamentais. Segundo ele, o conceito de serviço público

é um conceito reflexo. Deriva do modelo constitucional assumido pela comunidade, inclusive no tocante à função e ao papel que a própria comunidade reserva para si própria. (...) Relaciona-se com sua aptidão para realizar certos valores fundamentais assumidos pela Nação. Bem por isso, é impossível despublicizar certos serviços públicos no Brasil, pois sua prestação foi garantida constitucionalmente, como via de promover a dignidade da pessoa humana, a eliminação das desigualdades e outros valores fundamentais.⁹

É nítido e notório o caráter de essencialidade e a importância para a comunidade de que são dotados os serviços de saneamento básico. Tal atividade se encontra diretamente relacionada à preservação da saúde pública. Não obstante, a saúde constitui direito fundamental de todo o cidadão.

Isso torna perfeitamente aceitável que a prestação dessa categoria de serviços seja adotada pelo Estado como de sua titularidade, uma vez que é necessária à existência saudável dos indivíduos da presente e das futuras gerações.

O artigo 2º da Lei federal nº 9.074/95 evidencia a qualidade de serviço público atribuída ao saneamento básico ao dispor:

Art. 2º. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e **serviços públicos** por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de **saneamento básico e limpeza urbana** e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995. (g.n.)

Contudo, a titularidade estatal dos serviços públicos não impede a delegação de sua execução, de modo direto, a particulares. A Lei federal nº

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 58-59.

11.445/07 é bastante clara nesse sentido, tratando de modo pormenorizado das diversas possibilidades de prestação. Todavia, as tarefas de planejamento e de fiscalização e regulação pertencerão sempre ao ente público, visto que inerentes à sua titularidade. Nesse sentido, têm-se os artigos 9º, inciso II, e 10, da Lei, que corroboram:

Art. 9. O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo por tanto:

II – prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir os entes responsáveis pela sua regulação, bem como os procedimentos de sua atuação;

(...)

Art. 10. A prestação de serviços de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

Ressalte-se que o dispositivo legal ainda revela, de forma incontestada, a possibilidade de concessão e de permissão dos serviços públicos de limpeza urbana, que deverá ser sempre disciplinada por meio de contrato.

Tem-se, portanto, que as peculiaridades dos serviços de saneamento básico, sua qualidade de serviço público, o interesse público que lhe é inerente, sua importância à saúde pública, dentre outros fatores, tornam necessário um controle relativamente rígido por parte de seu titular, em especial no atinente à participação de particulares em sua prestação, com o escopo de garantir que o serviço será executado de modo adequado. Em outras palavras, dada a natureza dos serviços públicos de saneamento básico, não pode o ente administrativo permitir que o “mercado” atue livremente na sua prestação.

É preferível que essa atuação estatal, como titular dos serviços em questão, se dê preventivamente, evitando possíveis danos à coletividade, do que repressivamente. Daí emerge a necessidade da presença reguladora do titular, nos diversos âmbitos possíveis. Essa regulação poderá ser, por exemplo, de caráter normativo. Nesse caso, incidirá no momento da

concessão da prestação do serviço ao particular, definindo com clareza as obrigações e o dever de cumprimento de padrões mínimos e de metas a serem perseguidas, as quais deverão constar no instrumento contratual, bem como durante sua execução, exercendo a fiscalização por meio dos órgãos reguladores.

Entretanto, o regime de concessão como instrumento útil à regulação é objeto de duras críticas. O argumento central sobre o qual se assentam é, em geral, o de que pelo instrumento jurídico do contrato de concessão, a Administração Pública estaria tentando converter o particular em persecutor do interesse público. Fá-lo-ia ao impor um regime de direito público sobre a atuação daquele. Todavia, considerando-se que o interesse primário dos entes privados não coaduna com a realização do interesse público, mas sim a auferição de benefícios para si próprio – como a maximização de seus lucros, por exemplo –, a intenção do ente administrativo estaria fadada ao fracasso. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho afirma que

o regime de concessão de serviço público parte de uma imperfeição de fundo quase insolúvel. Assenta suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público. Sendo inviável o Estado realizar todas as atividades econômicas, ele passa a delegá-las aos particulares, acreditando que pode controlá-los através de um regime de direito público. (...) Se o regime das concessões iria substituir com vantagem o mercado, estabelecendo fins públicos para os agentes particulares, sua eficácia tem sido muito limitada. Esse regime tem, de um lado, originado a captura do poder concedente pelo concessionário, que logo após a licitação, torna-se monopolista daquela atividade.¹⁰

É nesse contexto que emerge a teoria da captura, bem desenvolvida por George Stigler, economista da Escola de Chicago, segundo o qual, a longo prazo, o órgão regulador passaria a sofrer fortes influências do ente regulado, especialmente nos setores monopolizados, em que haveria apenas um

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 26.

concessionário, tornando-se subserviente aos interesses deste. A atividade regulatória estatal tornar-se-ia patológica, funcionando como suporte aos grupos industriais bem organizados e financeiramente privilegiados.¹¹

Contudo, diversos serviços públicos, ante suas características específicas, como, por exemplo, a estrutura essencial à sua prestação, a necessidade de investimentos de grande vulto, o mercado restrito, a existência de usuários impossibilitados de custearem as prestações em sua integralidade, tornam impossível a execução por mais de um ente. Não obstante, existem ainda situações em que a prestação direta pelo ente estatal se faz imperativa. Configura-se, assim, um monopólio.

Os serviços de saneamento básico incorrem, em grande parte das prestações que os caracterizam, nessa situação.

Porém, não devemos partir da perspectiva de inutilidade de regulação, ante a possibilidade de captura do órgão regulador, nos termos da teoria de Stigler. Até mesmo porque no bojo da estrutura regulatória atual se encontra uma configuração na qual “poder concedente” e “órgão regulador” não guardam identidade. O órgão regulador é dotado de independência. Não obstante, a atuação de ambos está sujeita a controles externos – como, por exemplo, o controle social, o controle do Ministério Público e os controles dos Tribunais de Contas.

É necessário que busquemos soluções, com o objetivo de otimizar o modo de prestação dos serviços estatais em questão. Isso significa oferecer melhores serviços aos administrados, de modo universalizado e mediante tarifas justas, sem onerar excessivamente o erário público e sem desconsiderar os interesses do particular prestador direto do serviço em questão (uma vez que seus interesses não são necessariamente perfeitamente consoantes ao interesse público).

¹¹ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economic and Management Science**, v. 2., University of Chicago, p. 19.

Saneamento e regulação

A Lei federal nº 11.445/07 traz o conceito de saneamento básico em seu artigo 3º, inciso I:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

- a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
- b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
- c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;
- d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas;

Note-se que a concepção de saneamento básico abrange um plexo significativo de serviços públicos de naturezas diversas. Consequentemente, a prestação de tais serviços também será realizada de diferentes formas, o que implicará a incidência de modos de regulação diversos.

Não obstante, a “Lei de saneamento básico” se destina à disciplina explícita da regulação, dedicando seu capítulo V ao tema.

A Lei prevê a criação de uma entidade reguladora, dotada de independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira, nos termos do que dispõe o artigo 21 da lei. Essa entidade deverá editar normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, tratando obrigatoriamente:¹²

¹² Conforme dispõe, em termos gerais, o artigo 23 da Lei federal nº 11.445/07.

- dos padrões e indicadores de qualidade na sua prestação;
- das metas de expansão dos serviços de saneamento básico – que deverão ser progressivas e abranger também o quesito “qualidade”;
- do regime tarifário (cuidando, inclusive, dos procedimentos e prazos para sua fixação, reajuste e revisão);
- da medição, faturamento e cobrança dos serviços, monitoramento de custos, subsídios tarifários e não tarifários;
- da disponibilização de informações, auditoria e certificação; e
- dos padrões de atendimento aos usuários do serviço, inclusive de mecanismos de participação.

O artigo 22 da referida Lei, por sua vez, estabelece quais são os objetivos da regulação:

Art. 22. São objetivos da regulação:

- I – estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;
- II – garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas;
- III – prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência;
- IV – definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

Aspecto que merece ser ressaltado a respeito dos dispositivos que tratam explicitamente da matéria atinente à regulação na Lei federal nº 11.445/07 refere-se à publicidade e à disponibilização de informações pelos prestadores dos serviços públicos – tanto à entidade reguladora quanto aos usuários e ao público em geral. O artigos 25, 26, 27, em especial, trazem disposições nesse sentido. Essa preocupação e o cuidado em garantir publicidade (ou *disclosure*) são essenciais para que se evite o fenômeno da assimetria de informação – falha que pode inibir a participação de agentes tanto de forma direta na prestação dos serviços de saneamento básico (por

exemplo, desestimulando-os a participarem de licitação para a execução de determinado serviço, dada a dificuldade em se prever com razoável grau de acuidade o valor dos investimentos necessários e potencial retorno) quanto indireta, em atividades tributárias dos serviços de saneamento, ou que dependem do estabelecimento de relação jurídica com o prestador de determinados serviços.

Examinada a disciplina explícita da “regulação” pela Lei federal nº 11.445/07, cabe agora analisarmos as atividades elencadas pelo inciso I do artigo 3º desse diploma legal, apreciando os diferentes modos em que poderá se dar a sua prestação e discutindo a regulação no atinente a cada uma delas.

Conforme exposto anteriormente, o artigo 3º descreve, essencialmente, quatro modalidades de serviços de saneamento básico, cada uma delas subdivididas em serviços especializados. Essas modalidades são os serviços de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

Observando-se detidamente cada uma delas tem-se que as possibilidades de sua prestação são bastante diversas. Apesar de todas permitirem a prestação por terceiros não integrantes da Administração Pública (com fulcro no que dispõe a própria Lei federal nº 11.445/07), algumas delas poderão ser executadas por mais de um concessionário ou delegatário sem maiores dificuldades, sendo possível, até mesmo, vislumbrar a possibilidade de concorrência entre prestadores de um dado serviço. Isso poderia suceder, por exemplo, no âmbito dos serviços de limpeza urbana. Todavia, outras atividades, dada sua natureza e a estrutura física preexistente necessária à sua prestação, tornam mais difícil cogitar-se a prestação compartilhada, delegada a mais de um ente privado – por exemplo, o serviço de abastecimento de água potável.

Sem olvidar essa diversidade de atividades abrangidas pelo serviço público de saneamento básico, e considerando a importância das atividades que lhe são características, é que caberá apreciar as possibilidades regulatórias do setor.

Os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário

Os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, ante a infraestrutura essencial à sua prestação, caracterizam-se por custos fixos elevados, como, por exemplo, o capital despendido na construção e manutenção de reservatórios, estações de tratamento de água e esgoto, redes de distribuição e coleta e equipamentos. Posteriormente, incidem sobre a infraestrutura já consolidada custos adicionais, como materiais de tratamento, energia e depreciação das instalações. Considerando-se que os custos fixos, iniciais, são mais elevados que os segundos, tem-se que o custo médio é declinante. Portanto, somente a partir de que haja aumento significativo da produção, o custo médio declinará. Cria-se, assim, um cenário que torna desinteressante a participação de vários prestadores do serviço em questão. Nessa égide, é possível qualificarmos os serviços de saneamento básico relativos ao abastecimento de água e ao esgotamento sanitário como “monopólios naturais”.

Conforme Randall, os serviços tipicamente providos por agências públicas ou regulados pelo Estado possuem essas características de monopólio natural.¹³

De acordo com Gaspar Ariño Ortiz,

no difícil equilíbrio entre mercado e regulação, a concorrência é o objetivo prioritário e a regulação é o instrumento necessário para defender a concorrência (para criá-la quando ela não exista) ou para substituí-la quando seja impossível sua criação diante da existência de elementos de monopólio natural.¹⁴

É buscando amenizar as dificuldades trazidas pelos monopólios naturais, especialmente no que tange à possibilidade de competição entre

¹³ RANDALL, A. **Resource economics: na approach to natural resource and enviromental policy**. 2. ed. New York: John Wiley and sons, 1987. p. 324.

¹⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho publico económico: modelo de estado, gestión publica, regulación económica**. 3. ed. Granada: Comares, 2004. p. 606.

prestadores de um dado serviço público que se torna estruturalmente dependente de outro prestador, é que a teoria econômica formulou a *essential facility doctrine*.

Conforme Calixto Salomão Filho, “uma essential facility existe, portanto, diante de situações de dependência de um agente econômico em relação a outro, no qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizam sem o acesso ou o fornecimento do essencial”¹⁵. Trata-se de um conceito objetivo – a dependência de um agente em relação ao outro é constatada empiricamente, dada a observância da impossibilidade de o primeiro realizar a atividade que constitui seu escopo sem a “colaboração” do segundo, uma vez que a criação/construção de uma duplicata da estrutura que lhe é essencial é economicamente inviável ou faticamente impossível.

Dessa limitação emerge a necessidade de o ente controlador da estrutura necessária à atividade do segundo franquear o acesso à “facility” em questão ao agente dela dependente, caso não advenha prejuízo ao titular do bem em questão.

Nesse diapasão, e considerando a importância de que são dotados os serviços de saneamento básico, a relação direta que tais serviços possuem com a garantia e a realização do direito fundamental à saúde e a um meio ambiente equilibrado, é possível se inferir que um determinado bem ou infraestrutura ao qual pode ser atribuída a qualidade de *essential facility* é dotado de uma função social. Logo, o titular de sua posse não pode exercê-la de modo a violar essa função social. Portanto, se o compartilhamento da estrutura em questão com terceiros é necessário para que estes possam prestar os serviços públicos de sua competência, os quais são de grande valia à população, seu titular não pode obstaculizar o acesso desses terceiros, sob pena de estar subtraindo a função social do bem em questão.

Ademais, observando a questão sob a perspectiva do Direito Administrativo, considerando a qualidade de serviço público de todas as atividades englobadas no conceito de saneamento básico, tem-se que os

¹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência: estudos e pareceres**. Malheiros: São Paulo, 2002. p. 40.

bens inerentes a tais prestações podem ser qualificados como bens públicos. Mesmo nas hipóteses em que o ente administrativo titular do serviço tenha concedido a sua execução a um particular (concessionária), o qual se incumbiu de construir ou adquirir as estruturas físicas em questão, tais bens persistem sendo juridicamente qualificados como “bens públicos”. Isso porque estão revestidos de uma utilidade pública.

Faz-se interessante aqui atentarmos para uma questão de difícil solução que emerge hoje, ante o advento da Lei federal nº 11.445/07. A Lei não define com clareza a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico. Sua atribuição aos municípios decorre do entendimento de que se tratam de serviços públicos de interesse local. Porém, sua prestação é realizada, prevalentemente, pelos estados brasileiros, sob regime de convênios ou de delegação, cujos contratos estão atingindo seu advento ao longo da presente década (transcorridos, em geral, trinta anos do início de sua vigência, na década de 1970, sob a égide do Planasa). Alguns municípios têm demonstrado a intenção de prestar tais serviços autonomamente, dada sua titularidade. Contudo, em diversas situações, o Estado, que vinha até o presente fazendo-o por meio de sua administração indireta e que foi responsável pela construção e implementação das estruturas necessárias à prestação dos serviços – não só de unidades de tratamento de esgoto ou reservatórios de água, mas também da infraestrutura de ligações prediais e transporte – tem se mostrado arredio à possibilidade de permitir o uso dessas redes pelos entes municipais para a prestação direta dos serviços em questão.

A lei de saneamento não traz resposta a tal questionamento. A análise do texto legal nos permite cogitar apenas a possibilidade de Estado e Município executarem o serviço público em questão de modo consorciado, hipóteses em que não haveria problemas quanto à utilização das estruturas físicas necessárias à atividade, cabendo às partes definirem as obrigações mútuas em contrato de programa. Uma forma de tentar solucionar a questão é fazendo uso da teoria das “*essential facilities*”. Nesse sentido, compreende-se que a infraestrutura de abastecimento, compreendida aí toda a rede subterrânea e ligações prediais, é essencial à

prestação do serviço público pelo seu titular e que não é possível a construção de uma nova estrutura, dados os custos elevados que envolveria – podendo, inclusive, extrapolar as possibilidades orçamentárias do ente municipal –, a complexidade inerente e a incoerência em coexistirem duas estruturas equivalentes, destinadas a uma mesma função, e mantendo-se uma delas inutilizada. Assim, caberia ao ente estatal permitir ao município interessado o acesso à rede. Não obstante, a qualidade de bem público de que é dotada a estrutura em questão e a necessidade de este cumprir sua função social (qual seja, o cumprimento de sua finalidade precípua, com a prestação de serviços de saneamento básico à população) submetem-na à utilização pela municipalidade sem oposição do Estado, mesmo tendo este sido o responsável pela sua construção. Ademais, o longo período de prestação dos serviços pelo Estado, implementador da infraestrutura, foi, possivelmente, suficiente ao seu custeio.

Todavia, persiste dúvida quanto à possibilidade de o ente estatal, proprietário da “*essential facility*” em questão, cobrar remuneração por sua utilização pelo Município. A jurisprudência, ao examinar situação semelhante no atinente à utilização compartilhada de redes de eletricidade, não é uníssona, existindo argumentos favoráveis e desfavoráveis à cobrança, calcados, em geral, na noção de supremacia, preservação e garantia do interesse público.

A questão da universalização dos serviços

A Lei federal nº 11.445/07 elenca a universalização de acesso como um dos princípios fundamentais sobre os quais deverão estar calcados os serviços públicos de saneamento, nos termos dispostos em seu artigo 2º, I. A lei definirá “universalização” em seu artigo 3º, II, caracterizando-a como a “ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico”.

Outro princípio legal é a integralidade, definida pelo mesmo artigo, em seu inciso II, como “o conjunto de todas as atividades e componentes

de cada um dos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados”.

Entretanto, é certo que essa universalização da prestação do serviço em questão pretendida pelo texto legal implica o provimento de tais serviços inclusive à parcela da população incapaz de arcar com o seu custeio. Conforme assevera Calixto Salomão Filho,

a universalização é, via de regra, não-lucrativa, pois implica estender a rede até consumidores longínquos e sem poder aquisitivo. Por outro lado, a empresa privada não estará disposta a estender a prestação de serviços simplesmente pelas externalidades positivas que apresenta. Em conseqüência, há características que o assemelham bastante aos problemas que levaram à identificação de setores não regulamentáveis, onde a intervenção direta do Estado é necessária¹⁶.

Ante a impossibilidade de parte da população pagar pelos serviços de saneamento básico, caberá ao Estado exercer uma função redistributiva. Assim, é possível, por exemplo, que este defina isenções ao estrato populacional incapaz de pagar pelos serviços ou instituir as denominadas “tarifas sociais” para a parcela que pode pagar por um percentual do valor integral dos serviços. Enquanto isso, a parte mais abastada da população custeia o restante do seu valor, não incorrendo o prestador em prejuízos financeiros e viabilizando a universalização.

Outra possibilidade é a de o ente estatal cobrar a contribuição de intervenção no domínio econômico, nos termos do que dispõe o artigo 149 da Constituição da República, do particular que explora atividade econômica objeto de regulação estatal sob regime privado, com a finalidade de assegurar a livre concorrência, a defesa do consumidor, a preservação do meio ambiente, a garantia da participação dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal no resultado da exploração de recursos minerais nos respectivos territórios.

¹⁶ SALOMÃO FIHLO, Calixto. **Regulação da atividade...** p. 93-94.

Essa contribuição serve para dois objetivos. De um lado, cria um ônus adicional para setor ou empresas particularmente beneficiadas por um determinado serviço ou atividade. De outro, financia a intervenção compensatória do Estado em determinada atividade ou até subsetor particularmente atingido.

Desse modo, a contribuição, em uma de suas formas mais eficazes, pode ter importante externalidade social positiva. Pode – e deve – contribuir para reequilibrar setores em que especiais condições de mercado criam benefício adicional para determinados agentes econômicos, em potencial detrimento dos demais concorrentes e dos consumidores.¹⁷

Todavia, o cenário se torna mais complexo se considerarmos a existência de muitos municípios cuja grande maioria da população é pobre, impossibilitando a aplicação da fórmula descrita acima. Nesse cenário se torna, ao menos aparentemente, inviável a concessão dos serviços a entes privados, sendo quase inafastável sua prestação de forma direta pelo ente estatal.

Alternativas à prestação direta pelo ente estatal titular do serviço em questão seriam a prestação por um consórcio público, mediante contrato de programa¹⁸ firmado entre o consórcio e o município em questão e contrato de rateio,¹⁹ ou por um particular, sob a forma de uma concessão administrativa, no âmbito das Parcerias Público-Privadas, sob o manto da disciplina da Lei federal nº 11.079/04.²⁰

¹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade...** p. 94-95.

¹⁸ Conforme dispõe o artigo 13 da Lei federal nº 11.107/05: “Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.”

¹⁹ Conforme dispõe o artigo 8º da Lei federal nº 11.107/05: “Art. 8º-Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.”

²⁰ Conforme dispõe o artigo 2º, §2º, da Lei federal nº 11.079/04: “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Limpeza urbana: possibilidade de *unbundling*

Cenário diverso é aquele dos serviços públicos de saneamento básico concernentes à limpeza urbana.

Os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos compreendem, nos termos do disposto no artigo 3º, inciso I, alínea “c”, o “conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas”. É importante ressaltar que as atividades descritas pelo dispositivo legal podem ser prestadas diretamente pela municipalidade, por consórcio público ou por entes privados, mediante delegação do seu titular.

Merece especial atenção a prestação por pessoas jurídicas de direito privado. Dadas a diversidade e independência das atividades elencadas, faz-se possível o desmembramento dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, com sua execução por mais de um particular. É possível pensar, até mesmo, a possibilidade de competição entre particulares aos quais seja concedida a prestação dos serviços, visando à melhoria de sua execução.

Tem-se aqui uma possibilidade de *unbundling* ou desagregação vertical, mecanismo descrito por Alexandre Wagner Néster como

a separação das atividades potencialmente competitivas e das não competitivas em um determinado setor, a fim de estabelecer a concorrência somente entre as primeiras.

Assim, o regulador desmembra as atividades relativas a cada uma das fases ou segmentos do setor, tais como produção, transporte, distribuição, importação, exportação, etc., para possibilitar que algumas delas (aquelas em que a criação da concorrência seja viável) sejam prestadas por mais de um agente em regime competitivo.

Em termos práticos, a desagregação vertical implica a segmentação dos elementos que compõem um determinada rede.²¹

²¹ NÉSTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência: compartilhamento de estruturas e redes**. São Paulo: Dialética, 2006. p. 56.

Assim, é possível dissociar as atividades de varrição e limpeza de logradouros dos serviços de transporte do lixo até os aterros sanitários.

A atividade de coleta do lixo também pode ser dissociada – e aqui é possível a inclusão de uma função social à prestação do serviço, dada a possibilidade de participação de cooperativas de catadores em sua execução.

Ainda, o tratamento do lixo urbano, bem como sua disposição final, poderá ser realizado por entes diversos dos responsáveis pelos demais serviços. Nessa égide, abre-se um espectro significativo de oportunidades para os agentes econômicos, dadas as possibilidades de aproveitamento econômico dos resíduos em questão, inclusive a de geração de energia a partir desse material.

A diversidade de atividades inerentes à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos torna viável a competitividade entre prestadores.

A hipótese de competição entre potenciais prestadores no que diz respeito aos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos poderá se dar em dois momentos distintos: (i) em sua entrada no mercado, no momento da licitação; (ii) durante a vigência do contrato com o ente administrativo, na hipótese de a prestação de uma mesma atividade ter sido concedido ou delegada a mais de um prestador.

Nessa segunda hipótese é necessário que o valor cobrado pela prestação dos serviços por ambos os prestadores seja o mesmo, especialmente se a remuneração destes é realizada diretamente pelos usuários, ante o inafastável tratamento isonômico que deve ser despendido a todos os utentes. Assim, nesse cenário, a concorrência entre prestadores traria menores benefícios aos usuários no âmbito do preço dos serviços, e benefícios mais significativos no aspecto qualitativo. Os particulares competiriam entre si com o objetivo de superar o outro na qualidade dos serviços prestados à população, almejando obterem melhores avaliações e, conseqüentemente, mais chances de auferirem novos contratos futuramente.

Considerando a possibilidade de aproveitamento do potencial energético dos resíduos dispostos em aterros sanitários, é possível aventar que o ente municipal realize licitação com a finalidade de escolher um particular capaz de executar o processo de transformação dos resíduos em energia, que deverá ser fornecida ao município. Na decisão no certame o

administrador poderá utilizar como critério, além dos usuais, o valor pelo qual o particular pretende lhe vender a energia produzida a partir do lixo. A competição, aqui, é instrumento para a realização do interesse público. Isso porque a possibilidade de adquirir energia elétrica a partir de fontes alternativas e optando por aquela cujo custo-benefício demonstre-se o mais interessante ao ente público, engendra economia ao erário municipal, e, eventualmente, possibilita a redução do valor pago pelo uso da energia elétrica pelos munícipes.

As externalidades positivas e negativas no âmbito dos serviços de saneamento básico e sua regulação

As externalidades no âmbito dos serviços de saneamento básico, produzidas no ciclo das operações do setor, compreendidas como falhas de mercado ao originarem consequências não previstas *a priori* pelos atores envolvidos, são de ordem positiva e negativa. Incidem principalmente sobre o meio ambiente, os recursos hídricos e a saúde pública.

Usa-se denominar a administração e a regulação dessas externalidades de “regulação técnica”.²²

Dada a própria natureza dos serviços públicos de saneamento básico, os aspectos concernentes à regulação técnica costumam ter abrangência territorial superior aos limites geográficos da atuação do poder concedente e do respectivo órgão regulador.

Se pensarmos, por exemplo, nos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, esse tem início com a retirada da água de seu ciclo natural e finda com a sua devolução ao meio ambiente, em condições que deverão lhe causar o menor impacto possível. Entre esses dois

²² OHIRA, Thelma; TUROLLA, Frederico. Economia e regulação do setor de saneamento básico. In: XVI Congresso Brasileiro de Economistas, 2005, Florianópolis. XVI Congresso Brasileiro de Economistas, 2005, Políticas Públicas e Desenvolvimento: a armadilha do endividamento interno e externo, 2005.

extremos há, ainda, a interface com o sistema de recursos hídricos (o qual não é objeto da disciplina da Lei federal nº 11.445/07, conforme dispõe expressamente o seu artigo 4º).

Tanto o volume de água retirado quanto a quantidade e a qualidade da água devolvida aos rios afetam os usos alternativos dos recursos hídricos e a sua disponibilidade aos usuários do mesmo sistema, incluindo os sistemas de saneamento a jusante de um mesmo rio.

Ante a complexidade dessa estrutura, e a possibilidade de envolvimento de diversos entes reguladores municipais, especialmente caso a prestação do serviço não esteja organizada de modo consorciado ou a atividade regulatória não tenha sido delegada a outro ente regulador situado no mesmo Estado (conforme permite o artigo 23, § 1º da Lei federal nº 11.445/07), a responsabilidade pela regulação técnica desses setores vem gerando polêmica quanto à atribuição de sua titularidade. A compreensão de que esta deveria ser de ordem federal possui significativo respaldo – principalmente sob o argumento de que os cursos de água não costumam “respeitar” as fronteiras municipais e estaduais. Discute-se então se a competência regulatória caberia a Agência Nacional de Águas (ANA), responsável pela coordenação do sistema hídrico, nos termos da Lei federal nº 9.433/97, ou à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), dados os aspectos relativos à qualidade da água distribuída para consumo humano e questões de saúde pública envolvidas, ou ainda a outro órgão com capacidade técnica específica.

Os serviços de saneamento básico também estão associados a aspectos sociais, como inclusão e promoção do desenvolvimento humano e econômico. As consequências mais comuns da falta de redes de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário se manifestam na forma de proliferação de doenças e mortalidade infantil, incorrendo em custos adicionais com saúde pública.

Por outro lado, a expansão das redes de saneamento produz externalidades positivas cujos benefícios incidem, principalmente, sobre os

segmentos carentes e pobres da população. Dentre os benefícios, tem-se a valorização dos imóveis localizados nas áreas que recebem as redes de infraestrutura. Outro potencial efeito positivo interessante decorrente da oferta de redes de serviços de saneamento é o estímulo ao desenvolvimento econômico das comunidades, que tendem a desenvolver pequenos estabelecimentos comerciais, alterando o perfil socioeconômico da região. Ademais, áreas que seriam atraentes a atividades como o turismo passam a poder ser melhor explorados nesse sentido, uma vez presentes as redes de saneamento básico.

Ainda pensando na disponibilização de tais serviços públicos em municípios pobres e onde a infraestrutura de saneamento básico abrange área reduzida, é interessante atentarmos para a possibilidade da execução de tais atividades de forma consorciada, nos moldes da Lei federal nº 11.107/05 (Lei dos Consórcios Públicos). Conforme a lei, os municípios reunidos em consórcio podem tanto prestar os serviços pelo próprio consórcio, como podem, por meio desse, contratar terceiros para fazê-lo. A atuação consorciada potencializa o alcance de economias de escala, fornecendo os serviços a um maior plexo de pessoas e, conseqüentemente, disponibilizando serviços eficientes a um custo inferior. Importante atentar, todavia, que a prestação de quaisquer serviços públicos de modo consorciado demanda um arcabouço jurídico bem estruturado, com a rígida observância da disciplina legal, definindo de modo claro as obrigações e direitos de cada partícipe – especialmente no que diz respeito a seus compromissos para com o consórcio.

A figura do contrato como instrumento regulatório e de cooperação

Os serviços públicos de saneamento básico e sua prestação direta por particulares tem como consequência inarredável a formalização de contrato entre o ente da Administração Pública titular do serviço em questão (em geral, o município) e o ente privado que o executará.

Nesse contexto, emerge a necessidade de que se faça presente o princípio cooperativo, com vistas à colaboração entre o ente público e o ente privado prestador para que os objetivos do serviço em questão sejam atingidos do modo mais amplo possível e satisfatório, com sua adequada prestação, tendência à universalização, tarifas justas e bom atendimento dos usuários.

Todavia não é possível obrigar o particular prestador do serviço, que contrata com a Administração Pública, a perseguir exclusivamente interesses públicos, alheios ou antagônicos em relação a seu interesse próprio.

Tal situação demanda que o contrato administrativo (contrato de direito público) formalizador da relação sofra uma mudança paradigmática. Nesse diapasão, faz-se necessária a superação de sua concepção clássica, segundo a qual a Administração Pública se encontra numa posição de poder em relação ao particular, devendo adequá-lo à necessidade de colaboração entre as partes para a consecução do interesse público.²³ Conforme assevera Calixto Salomão Filho,

a submissão hierárquica desses contratos à Administração Pública, instrumento tradicional da doutrina administrativista para tratar dos contratos com a Administração Pública, mostrou-se insuficiente e inconveniente. De um lado, a submissão não se mostrou capaz de transformar a natureza do agente, de modo a torná-lo um persecutor do interesse público. De outro, a relação hierárquica criada, não permeada por princípios claros de direito material, reforça a primazia da tutela hierárquica de interesses sobre a tutela jurídico-ética, o que dificultou ainda mais a aplicação e boa execução desse tipo de contrato.²⁴

Como mecanismo para viabilizar essa cooperação, é que contemporaneamente vem sendo repensada e reformulada a figura do contrato. Nesse sentido, afirma Gustavo Justino de Oliveira que “é a

²³ Nesse sentido, Gustavo Justino de OLIVEIRA afirma que “para manter a coordenação e promover a integração entre órgãos e entidades em uma Administração Pública fragmentada e policêntrica, os procedimentos e as inter-relações próprios do modelo legal-racional burocrático fundado na hierarquia parecem não mais ser suficientes”. (In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 61.)

²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade...**, p. 197.

expansão do consensualismo administrativo que confere novos usos à categoria jurídica do *contrato* no setor público”.²⁵

Tem-se, portanto, que a figura do contrato administrativo adquire novos contornos no século XXI, consoantes a esse modelo de Administração Pública em que não mais cabe a supremacia absoluta do ente administrativo. Segundo a análise de Marçal Justen Filho,

a contratualização assegura a flexibilidade da atuação administrativa, permite a participação dos diversos agentes sociais e amplia a responsabilidade dos diversos sujeitos envolvidos. É instrumento de coordenação, para evitar que a pluralidade de instâncias administrativas se traduza numa atividade contraditória e desordenada.²⁶

Essa compreensão é comungada por Jaques Chevallier, que entende que, “de um modo geral, a contratualização implica a substituição das relações baseadas na imposição e na autoridade por relações fundadas sobre o diálogo e na busca do consenso. (...) O termo ‘contrato’ não remete a uma realidade jurídica precisa, e sim evoca um novo estilo de gestão pública, baseado na negociação e não mais na autoridade”.²⁷

Nessa égide, Jean-Pierre Gaudin cunha a expressão “administrar por contratos”, compreendida como a difusão de métodos consensuais de atuação da Administração, identificados com formas de participação e consulta pública e de interação com instituições que participam da ação pública,²⁸ abarcando situações previamente alcançadas unicamente pelo ato administrativo.

²⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 46.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 48.

²⁷ CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.). **La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980**. Paris: L'Harmattan, 1999. p. 397-414. p. 403-404.

²⁸ GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat. L'action publique em question**. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999. p. 28-29.

Assim, conforme bem apreende Marçal Justen Filho,

a aplicação do instituto do contrato comporta, em decorrência, usos e variações que não necessariamente se relacionam com os conceitos desenvolvidos pelo pensamento pandectístico que dominou a teoria geral do direito. Sob inúmeros ângulos, o conceito de contrato se encontra em aberto, admitindo informações cujo limite se encontra nos princípios fundamentais do direito. Mais precisamente e especialmente no âmbito do direito administrativo, trata-se de conjugar a figura do contrato com o postulado do Estado de Direito Democrático. Duas decorrências fundamentais derivarão dessa conjugação. A primeira reside na constatação de que se reserva ao contrato uma utilização cada vez mais intensa e efetiva. A idéia de um Estado de Direito Democrático tende a reduzir a utilização dos instrumentos jurídicos autoritativos, substituídos por uma atuação de natureza cooperacional. Por outro lado, a utilização e a interpretação dos contratos administrativos se sujeita ao princípio da razoabilidade e de sua instrumentalidade ao fim do Direito. Nenhuma conduta de órgão estatal pode escapar ao controle da sociedade. Mais ainda, nenhuma prática estatal pode realizar valores distintos daqueles consagrados na ordem jurídica.²⁹

Sob essa perspectiva, o contrato passa a ser pensado como instrumento adicional de regulação, como bem observa Calixto Salomão Filho. Segundo ele, “o contrato poderá, então, versar sobre aqueles elementos em que é possível e aconselhável que as partes venham a cooperar em torno dos objetivos contratuais”.³⁰ Assim, torna-se possível pensar o contrato como instrumento organizatório, como um meio de planejamento das atividades a serem executada pelas partes.

O autor faz uma ressalva, todavia, suscitando a possibilidade de três ordens de problemas passíveis de incidir sobre os contratos públicos, quais sejam: (i) a questão da definição do interesse público; (ii) a questão da assimetria de informação; e (iii) o problema da figura do não usuário.

Ao trazer tais problemáticas para o estudo do contrato como instrumento possível de regulação dos serviços de saneamento básico, as

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, a. 3, n. 10, p. 688-699, jul./set. 1996, p. 689.

³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade...**, p. 192.

soluções não parecem ser demasiado complexas, ao menos ante uma primeira aproximação.

A prestação dos serviços de saneamento básico está diretamente relacionada à saúde pública. A saúde, por sua vez, é direito fundamental de todo o cidadão, conforme o artigo 6º da Constituição da República, e “dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, nos termos do disposto no artigo 196 do diploma constitucional. Os serviços em questão também estão associados à preservação e garantia de um meio ambiente equilibrado, direito garantido pelo artigo 225 do texto constitucional. Assim, resta superada a questão da definição do interesse público.

O problema do não usuário, por sua vez, é solucionado por duas vias não excludentes entre si. A primeira delas refere-se, novamente, à questão da garantia da saúde pública e a relação dessa com a saúde de cada administrado. O dever do Estado em garantir o direito fundamental à saúde o impede de aceitar argumentações por parte de administrados no sentido de que não desejam utilizar tais serviços e a consequente recusa no pagamento de tarifas. Assim, caberia ao ente administrativo compelir o administrado usuário a adimplir sua obrigação pela disponibilização do serviço. A segunda via de solução do problema se encontra no imperativo de universalização dos serviços de saneamento básico imposto pela Lei federal nº 11.445/07 em seu artigo 2º.

Quanto à dificuldade da assimetria de informação, esta se resolve pelos deveres de “disclosure” impostos pela Lei de Saneamento Básico no capítulo destinado à regulação. A lei determina o dever de os prestadores dos serviços fornecerem informações à entidade reguladora e aos usuários, bem como a obrigação de o órgão regulador dar publicidade aos relatórios, estudos, decisões e demais instrumentos referentes à regulação, à fiscalização e aos direitos dos usuários dos serviços e dos fornecedores. Assim, a ampla publicidade, como imposição legal, garantiria informações adequadas à coletividade, viabilizando o funcionamento adequado do mercado.

Conclusão

O presente artigo buscou pensar o serviço público de saneamento básico e a respectiva regulação, partindo de seu recente marco regulatório – a Lei federal nº 11.445/07.

O referido diploma legal, ao disciplinar o tema, traz uma série de disposições referentes à regulação, impondo-a ao setor e afirmando a independência do órgão criado para tal finalidade. A disciplina explícita referente à regulação, no texto legal, demonstra uma forte preocupação do legislador com o dever de transparência e de publicidade do ente incumbido da prestação dos serviços perante o órgão regulador e a população, bem como do órgão regulador com a coletividade. Trata-se de aspecto bastante importante, uma vez que reduz a possibilidade de assimetria de informação, tornando o mercado o mais hígido possível. Esse fator adquire especial importância se pensarmos em algumas empresas públicas ou sociedades de economia mista cujo objeto social constitui a prestação de determinados serviços de saneamento básico, possuem capital aberto (como por exemplo a SABESP, no Estado de São Paulo) e suas participações acionárias são comercializadas em bolsas de valores – situação em que a ausência de assimetria de informação é de grande importância para que investidores sejam atraídos, principalmente se pensarmos no mercado internacional de ações.

É também nítida na lei a preocupação com a universalização dos serviços, sobretudo ante a sua relevância para a população e sua estreita relação com a realização e garantia do direito fundamental a saúde. Certo é que políticas de universalização, para que se concretizem e logrem êxito, demandam uma base regulatória sólida.

Como grande parte dos serviços públicos, a tendência às atividades compreendidas no conceito de saneamento básico se tornarem um monopólio natural é bastante forte. Isso se deve ao fato de as infraestruturas de saneamento básico serem de custo bastante elevado, existindo uma impossibilidade de serem reproduzidas. Isso demanda uma postura do

agente regulador no sentido de que o particular detentor da posse de uma determinada infraestrutura não obstaculize a atuação de outros prestadores de serviços públicos de saneamento que demandem a utilização conjunta de tal estrutura. Aqui se faz oportuno, quiçá essencial, aplicarmos aos bens em questão o conceito de função social e franquear o seu uso em situações específicas nas quais isso se fizer necessário.

A possibilidade de externalidades também é significativa no âmbito do serviços ora analisados – tanto de âmbito positivo quanto de âmbito negativo. O agente regulador deverá buscar em seu ofício a maximização das externalidades positivas e a minimização das negativas. Quanto às últimas, merecem especial atenção aquelas que exercem impacto sobre o meio ambiente.

A diversidade de tipos de prestações abarcadas pelo conceito de saneamento básico torna possível que determinados serviços – como a coleta de lixo e o manejo de resíduos sólidos – admitam a competição entre prestadores, o que pode trazer benefícios aos usuários, reduzindo o valor das tarifas.

Por fim, tem-se que em se tratando de um serviço prestado eminentemente em regime de concessão, o contrato se torna um instrumento interessante à regulação. Porém ele deve ser pensado de forma moderna, como um instrumento organizatório das relações existentes entre as partes – poder concedente e concessionário, e não segundo os moldes do contrato administrativo tradicional, em que o ente administrativo exerce uma posição de supremacia em relação ao particular a quem o serviço foi concedido.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho publico económico: modelo de estado, gestión publica, regulación económica**. 3. ed. Granada: Comares, 2004.

- CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.). **La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980**. Paris: L'Harmattan, 1999. p. 397-414.
- DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat. L'action publique em question**. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, a. 3, n. 10, p. 688-699, jul./set. 1996.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos**. Universidade de São Paulo. Tese. São Paulo. 2008.
- MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NÉSTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência: compartilhamento de estruturas e redes**. São Paulo: Dialética, 2006.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5. ed., 2008.
- OHIRA, Thelma; TUROLLA, Frederico. Economia e regulação do setor de saneamento básico. In: **XVI Congresso Brasileiro de Economistas, 2005, Florianópolis**. XVI Congresso Brasileiro de Economistas, 2005, Políticas Públicas e Desenvolvimento: a armadilha do endividamento interno e externo, 2005.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

POSNER, Richard. Theories of economic regulation. **The bell journal of economuics and management science**, v. 5, n. 2, 1974.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RANDALL, A. **Resource economics: na approach to natural resource and enviromental policy**. 2. ed. New York: John Wiley and sons, 1987.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência: estudos e pareceres**. Malheiros: São Paulo, 2002.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economic and Management Science**, v. 2., University of Chicago, p. 3-21.

TUROLLA, F. A. **Política de saneamento básico: avanços recentes e opções futuras de políticas públicas**. Brasília: IPEA, dez. 2002, 26p.

JURISPRUDÊNCIA

2012



Jurisprudência Comentada

A orientação jurisprudencial derradeira sobre a (in) constitucionalidade da Lei Complementar nº 118/2005 e o prazo prescricional para repetir tributos autolancados.

Fernando Merini¹

Recurso extraordinário nº 566.621/RS

EMENTA: “DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de

¹ Procurador do Estado do Paraná.

transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido”. (RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273)

No recurso extraordinário nº 566.621/RS – de reconhecida *repercussão geral* – o Supremo Tribunal Federal apreciou, *incidenter tantum*, a constitucionalidade dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar Federal nº 118/2005. Investigou se referido diploma *afirma* ou simplesmente *confirma* que o *pagamento antecipado*, e não a *homologação tácita*, é que inaugura o lustro prescricional² do direito de repetir o quanto pago, indevidamente, a título de tributo *lançado via homologação tácita*.³ Utilizou, como parâmetro, o princípio da *segurança jurídica*; descortinou a *eficácia temporal da norma*.

Não se objetiva discutir o acerto do acórdão. A questão está em esclarecer seu *conteúdo*, sua *importância* e sua *força*.

Primeiro, o *conteúdo* – não sem antes contextualizar toda a controvérsia.

² Há muita discussão sobre tratar-se de prazo *prescricional* ou *decadencial*. Será utilizado, sem maiores considerações, o termo *prescrição*, tal qual adotado pelo precedente em análise.

³ A controvérsia doutrinária e jurisprudencial aqui analisada circunscreve-se, perfeitamente, aos casos de homologação *tácita*, e não *expressa*.

Antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005, a doutrina dividia-se. O artigo 168, inciso I, Código Tributário Nacional, estabelecia (e ainda estabelece) que o “*direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados (...) da data da extinção do crédito tributário*”. Mas – e essa era a questão polêmica –, quando se operava a “*extinção do crédito tributário*” nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (tácita)?

Para uma primeira corrente,⁴ o lustro contava-se do dia do *pagamento antecipado*, na exata medida em que esse pagamento, nos termos do artigo 150, §1º, Código Tributário Nacional, “*extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do pagamento*”. Um segundo entendimento⁵ defendia a tese de que o *dies a quo* do prazo fatal correspondia ao momento da homologação tácita – ocorrida ao cabo do lapso de “5 (cinco) anos, a contar do ocorrência do fato gerador” – porque só então “*considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito*” (art. 150, §4º, CTN) – a famigerada tese dos “5+5”. Na prática, a primeira interpretação franqueava ao contribuinte o prazo de 5 (cinco) anos, contados do pagamento antecipado, para pleitear a restituição; a segunda, o prazo de 10 (dez) anos, contados da ocorrência do fato gerador.

O Superior Tribunal de Justiça, após um período de maturação, acabou por adotar a solução mais favorável ao contribuinte.⁶ Popularizou-

⁴ Nesse sentido: AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; CUNHA, Ricardo Almagro Vitoriano. “A posição do STJ quanto à decadência relativa aos tributos lançados por homologação e a sua inaplicabilidade à restituição e compensação tributárias”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 30. São Paulo: Dialética, mar/98; CARNEIRO, Daniel Zanetto Marques. “A Lei Complementar n.º 118 e a prescrição da pretensão de restituição do indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jun./2005.

⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002; MACHADO, Hugo de Britto. **Curso de Direito Tributário**, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “A aplicação da Lei Complementar n.º 118/05 no tempo: o problema das lei interpretativas no Direito Tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 116. São Paulo: Dialética, maio/2005.

⁶ EREsp 435.835/SC, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 04/06/2007; EREsp 421.727/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 07/06/2004; REsp 221.073/SC, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins,

se e consolidou-se, a partir de então, a jurisprudência no sentido de que, “nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, caso esta não ocorra de modo expresse, o prazo para haver a restituição é de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos da data da homologação tácita”.⁷

Esse o contexto em que foi aprovada a Lei Complementar nº 118/2005. Seu artigo 3º, autoproclamando-se como meramente *interpretativo*, acolheu o primeiro entendimento:

“Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei”.

E, como norma *interpretativa*, pretendeu retroagir, via artigo 4º:

“Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;
(...)”

Essa lei – considerada por muitos como uma investida dos entes tributantes contra a jurisprudência consolidada⁸ – incendiou a controvérsia.

Primeira Seção, DJ 02/08/2004; EREsp 289.398/DF, Rel. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção, DJ 02/08/2004; EREsp 48.089/SC, Rel. Ministro Garcia Vieira, Rel. p/ Acórdão Ministro Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, DJ 18/09/1995; EREsp 44.260/PR, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes De Barros, Primeira Seção, DJ 22/05/1995.

⁷ EREsp 479.728/MG, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Primeira Seção, DJ 04/10/2004.

⁸ Nas palavras amenas do Ministro Marco Aurélio Mello, “o surgimento dessa lei (...), já anunciei, foi uma tentativa de afastar do cenário jurídico a óptica do Superior Tribunal de Justiça”. (RE n.º 566.621, p. 303). Mais incisivo, Hugo de Britto Machado: “com ela [LCI 118/05] foram feitas alterações que na verdade nada tiveram a ver com esse objetivo, valendo-se o governo de obter do Congresso nacional a aprovação de dispositivos que se destinaram a modificar entendimentos jurisprudenciais desfavoráveis à Fazenda Pública” (A questão da lei interpretativa na Lei Complementar n.º 118/2005: prazo para repetição de indébito. **Revista Dialética de Direito Tributário** I 16. São Paulo: maio/2005).

Se não bastasse a questão de fundo, tributária e espinhosa, a discussão passou a ser permeada por outros institutos jurídicos de difícil assimilação prática, próprios do direito intertemporal: irretroatividade das normas e princípio da segurança jurídica. Se, antes da Lei Complementar nº 118/2005, dois eram os entendimentos, após, surgiram três.⁹

Uma primeira corrente,¹⁰ *pró-fisco*, sustenta que o prazo para repetir sempre foi de 5 (cinco) anos (art. 168, I, CTN), sempre contado do dia do pagamento indevido (art. 150, §1º, CTN). A norma do artigo 3º, Lei Complementar nº 118/2005, representa, de fato, simples *interpretação autêntica*; apenas *confirmou* o já estatuído pelo Código Tributário Nacional. Deve, por isso mesmo, *retroagir* para alcançar todos os litígios – tenha ou não havido o pagamento antecipado; levados ou não levados ao Poder Judiciário. De forma que a regra do artigo 4º, estatuidora de eficácia *retroativa*, é plenamente constitucional.

O segundo e o terceiro entendimento partem de pressupostos comuns: o prazo para repetir era, antes da Lei Complementar nº 118/2005, de 10 (dez) anos, contados do fato gerador – de acordo com a jurisprudência consolidada pela exegese dos artigos 150, §4º, e 168, inciso I, Código Tributário Nacional. A norma do artigo 3º, Lei Complementar nº 118/2005,

⁹ Três eram os entendimentos *mais* defendidos. Outros haviam, tal como o que apregoava a inconstitucionalidade do artigo 3º, Lei Complementar nº 118/2005, que, ao pretender, via “interpretação”, reduzir prazo prescricional, violara o princípio da separação dos poderes (MACHADO, Hugo de Brito. “A questão da lei interpretativa na Lei Complementar nº 118/2005: prazo para repetição de indébito”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 116. São Paulo: maio/2005; GARCIA, Plínio Gustavo Prado. “Insubsistência da ‘norma interpretativa’ do art. 3º da Lei Complementar nº 118/2008 e o lançamento por homologação”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 118. São Paulo, jul./2005); ou o que defendia a total inocuidade das normas em discussão: “se o referido art. 3º é vazio de normatividade e a interpretação que dita não tem prevalência no Judiciário, não pode valer quanto ao passado, o presente e o futuro” (COELHO, Sacha Calmon Navarro; LOBATO, Valter. “Reflexões sobre o art. 3º da Lei Complementar nº 118. Segurança Jurídica e a boa-fé como valores constitucionais. As leis interpretativas no Direito brasileiro”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jul./2005, p. 123).

¹⁰ Nesse sentido: CARNEIRO, Daniel Zanetto Marques. “A Lei Complementar nº 118 e a prescrição da pretensão de restituição do indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jun./2005.

por isso mesmo, não é meramente interpretativa e não pode, pois, *retroagir* – de modo que a regra do artigo 4º, *in fine*, é inconstitucional. As doutrinas diferem quanto ao alcance temporal do novo prazo de 5 (cinco) anos: para uma delas, *intermediária*,¹¹ o novo prazo se aplica às ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005 (em 09 de junho de 2005); para uma última corrente,¹² *pró-contribuinte*, o novo prazo rege apenas os pagamentos antecipados efetuados após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005.

A controvérsia alcançou, novamente, o Poder Judiciário. No que interessa, chegou ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário amparado na alínea “b”, do artigo 102, inciso III, Constituição Federal. Impugnação da União Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, amparado em incidente de declaração de inconstitucionalidade, adotara o segundo entendimento recém enunciado, segundo o qual, é bom frisar, o *novo* prazo de 5 (cinco) anos rege todas *ações ajuizadas* após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria.¹³ E, numa escalada de conclusões, estabeleceu: (a) a norma do

¹¹ REsp 741272/PE, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 21/03/2006.

¹² Com algumas variantes, adotam esse entendimento: CUNHA, Ricardo Almagro Vitoriano. “Leis interpretativas e o prazo para repetição do indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 147. São Paulo: Dialética, dez./2007; MELO, Omar Augusto Leite. “A LC 118/05 e a contagem inicial do prazo para pleitear a restituição e compensação de indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jun./2005; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “A aplicação da Lei Complementar n.º 118/05 no tempo: o problema das lei interpretativas no Direito Tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 116. São Paulo: Dialética, maio/2005; MACHADO, Hugo de Britto. “A questão da lei interpretativa na Lei Complementar n.º 118/2005: prazo para repetição de indébito”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 116. São Paulo, maio/2005.

¹³ A repercussão geral, a bem da verdade, fora reconhecida no RE n.º 561.908-7: “surge com repercussão geral controvérsia sobre a inconstitucionalidade, declarada na origem, da expressão ‘observado, quanto ao artigo 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional’, constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar n.º 118/2005”. (RE 561908 RG, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe-157, publicado em 07.12.2007)

artigo 3º, Lei Complementar, ao investir pesadamente contra a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, não é meramente interpretativa; inovou no sistema jurídico ao *afirmar*, pela primeira vez, que o prazo para repetição é de 5 (cinco) anos, contados do pagamento indevido;¹⁴ (b) em respeito ao *princípio da segurança jurídica* (art. 5º, XXXV, CF) – nos conteúdos implícitos da *confiança no tráfego jurídico* e do *acesso à Justiça* –, referida norma, porque nova, não pode *retroagir*, nem, igualmente, ser *imediatamente* aplicada;¹⁵ (c) o artigo 4º, segunda parte, que previa a *retroação*, é, pois, inconstitucional;¹⁶ (d) de todo o modo, a nova norma deve ter aplicação prospectiva tão logo seja possível;¹⁷ (e) o prazo de *vacatio legis* de 120 dias, tal qual previsto no artigo 4º, primeira parte, é razoável e plenamente compatível com o princípio da segurança jurídica (art. 5º,

¹⁴ Do voto da relatora, Ministra Ellen Gracie: “dos repertórios de jurisprudência, extraem-se aleatoriamente as referências que confirmam que não se tratava de um ou outro precedente, mas de jurisprudência pacífica, no sentido mais denso de consolidação de um entendimento mediante a reiteração de precedentes em determinado sentido (...) assim, considerando-se que o STJ havia consolidado entendimento no sentido de que o CTN fixara o prazo para repetição ou compensação de indébito tributário em 10 anos contados do fato gerador quando se tratasse de tributo sujeito a lançamento por homologação, é preciso reconhecer que a interpretação imposta pela LC 118/05 implicou redução do prazo, de 10 para 5 anos. Impõe-se considerar a LC 118/05, pois, como lei nova e, assim, analisá-la” (pp. 285; 287-288)

¹⁵ Do voto da relatora, Ministra Ellen Gracie: “é certo que a alteração de prazo, indubitavelmente, não ofende direito adquirido, porquanto inexistente direito adquirido a regime jurídico (...) isso não quer dizer, contudo, que a redução de prazo possa retroagir para fulminar, de imediato, pretensões que ainda poderiam ser deduzidas no prazo vigente quando da modificação legislativa (...). É que isto, ainda que não viole estritamente ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada, atenta contra outros conteúdos do princípio da segurança (...). Há, efetivamente, conteúdos do princípio da segurança jurídica que se encontram implícitos no texto constitucional (...). O julgamento de preliminar de prescrição relativamente a ações já ajuizadas, tendo como referência novo prazo reduzido por lei posterior, sem qualquer regra de transição, atentaria, indiscutivelmente, contra, ao menos, dois destes conteúdos, quais sejam: a confiança no tráfego jurídico e o acesso à justiça” (pp. 292-294).

¹⁶ “reconheço, pois, a inconstitucionalidade da aplicação retroativa da redução do prazo que alcance prazos já interrompidos, bem como da aplicação, imediatamente após a publicação da lei, às novas ações ajuizadas, sem assegurar aos contribuintes nenhum prazo para que, deduzindo suas pretensões em Juízo, pudessem evitar o perecimento do seu direito, considerando violado pelo art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, o princípio da segurança jurídica nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, que repousam implícita e expressamente nos arts. 5º, inciso XXXV, da Constituição”. (p. 295)

¹⁷ “diante da inconstitucionalidade reconhecida, cabe, ainda, verificar a partir de quando e com que efeito o novo prazo pode ser validamente aplicado.” (p.295)

XXXV, CF);¹⁸ (f) é “*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*” (p. 301).

Adotou o entendimento *intermediário*, acima apontado.

Interessante notar que o resultado do julgamento foi obtido por *maioria*. Acompanharam a relatora – a Ministra Ellen Gracie – os Ministros Ricardo Lewandowsky, Ayres Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso e Luiz Fux. Os Ministros Marco Aurélio,¹⁹ Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, vencidos, entendiam que a norma do artigo 3º, porque, de fato, meramente interpretativa, deveria, sim, ter aplicação retroativa; que o artigo 4º, *in fine*, ao pretender a retroação, não se inquinaria de inconstitucionalidade alguma.

O julgado é paradigmático. De *importância* ímpar. Marca um ponto de inflexão da jurisprudência.

É que o Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial representativo da controvérsia nº 1.002.932/SP,²⁰ havia firmado posição diversa. Fixara, também, a inconstitucionalidade do artigo 4º, *in fine*, Lei Complementar nº

¹⁸ “Este Supremo Tribunal, conforme destacado no julgado do TRF da 4.ª Região, já considerou válida a aplicação de lei que reduziu o prazo às prescrições em curso quando da sua vigência nos processos a partir de então ajuizados, conforme o enunciado 445 da Súmula deste Tribunal, que transcrevo: ‘A Lei n.º 2.437, de 07.03.1955, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (01.01.56), salvo quanto aos processos então pendentes’. (...) considerou, ademais, o Tribunal como regra de transição suficiente, a observância da alargada vacatio legis, permitindo a aplicação irrestrita da lei nova a todas as ações posteriores ao início da vigência do prazo reduzido. A solução do presente caso deve ser a mesma. (...) Se, de um lado, como já afirmado, a aplicação retroativa e a aplicação imediata às ações ajuizadas em seguida à sua publicação implicariam violação à segurança jurídica, de outro, é certo que não há direito adquirido a regime jurídico e que, como visto no caso da súmula 445, não ofende a Constituição a aplicação do prazo reduzido às pretensões pendentes nas ações ajuizadas após a vacatio legis”. (pp. 297-299)

¹⁹ De seu voto: “o artigo 3.º reafirmou – e com toda vênio do Superior Tribunal de Justiça, conhecia o dom da multiplicação, não da dobre de prazo prescricional –, buscou redirecionar esse jurisprudência, no que – volto a frisar – criativos tributaristas chegaram à tese de que não são cinco anos para o ajuizamento da ação, mas são dez anos, afastando o tratamento igualitário contemplado no Código de 1966, presente Fazenda e contribuinte. Então, continuo, para ressaltar que não houve inovação normativa alguma”.

²⁰ Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18/12/2009.

118/2005. Mas – e é aí que reside o descompasso – estabelecera que o novel prazo de 5 (anos) deveria reger os casos de *pagamento indevido* posteriores a 09 de junho de 2005 – adotara, pois, o terceiro entendimento, mais favorável ao tributado.

A reviravolta é patente. O Superior Tribunal de Justiça entendia que o divisor de águas deveria ser o momento do *pagamento antecipado*; o Supremo Tribunal Federal firmou como marco divisório a data do *ajuizamento da ação*. Ganharam os entes tributantes, perderam os sujeitos tributados.²¹

E a mudança jurisprudencial é acentuada porque a *força* do *precedente*²² em análise é vultosa. O recurso extraordinário em comento foi julgado segundo o regime dos artigos 543-A e 543-B, Código de Processo Civil; o Supremo Tribunal Federal reconheceu a *repercussão geral* da questão e adotou o procedimento dos recursos *representativos de controvérsia*. Tanto que, é bom lembrar, o próprio Superior Tribunal de Justiça se rendeu ao entendimento da Corte Constitucional: “a Primeira Seção deliberou, no dia 24.8.2011, pela imediata adoção da jurisprudência do STF”^{23 24}.

²¹ Para ilustrar: aqueles que anteciparam indevidamente o pagamento nos anos de 1997, 1998, 1999 e 2000 e ingressaram com ação de repetição de indébito apenas em 2006 são, de acordo com o STF, alcançados pela prescrição; segundo o STJ, não o são.

²² A palavra precedente tem sentido preciso: “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 4. ed. Bahia, JusPODIVM, 2009, p. 381). Difere *quantita* e *qualitativamente* da jurisprudência: o precedente é dotado, *individualmente*, de autoridade, ao passo que a jurisprudência depende de uma *pluralidade* de decisões; os *atos* a respeito dos quais se forma o *precedente* são mais valorizados do que os *atos* que originam a jurisprudência. Para maiores esclarecimentos a respeito da diferença entre precedente e jurisprudência: TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência”. **Revista de Processo** 199. São Paulo: RT, set./2011.

²³ EDcl no AgRg no AREsp 6.327/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/03/2012.

²⁴ Apesar do Superior Tribunal de Justiça ter passado a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o acórdão proferido no recurso especial representativo da controvérsia nº 1.002.932/SP – que coroava a doutrina *pró-contribuinte* – não foi, nem está sendo, objeto de reforma. O recurso extraordinário contra ele interposto foi, curiosamente, julgado prejudicado: “o acórdão recorrido está em conformidade com o entendimento firmado pela e. Corte Suprema, razão pela qual julgo prejudicado o recurso extraordinário” (DJe de 14.05.2012).

O sistema jurídico pátrio, assim como outros sistemas de *civil law*, caminha ao encontro de algumas figuras da *common law*.²⁵ O *precedente* judicial brasileiro tem ganhado bastante corpo. O *fundamento necessário* de julgados do órgão pleno do Supremo Tribunal Federal, como que enunciativo de uma regra apta a ser universalizada,²⁶ vem sendo comparado, segundo o seu papel, à *ratio decidendi* dos precedentes norte-americanos e ingleses. A *teoria do precedente* está sendo, aos poucos, assimilada pelos operadores do direito.

Nesse inaugural momento de reflexão, parece indesejável *classificar* o *precedente* em questão – e todos os proferidos, da mesma forma, pelo pleno do Supremo Tribunal Federal em julgamento de recurso extraordinário representativo de controvérsia. Enquadrá-lo como *vinculante*, *obstativo de recursos* ou *meramente persuasivo*, seria pouco conclusivo. Ou até enganoso – os conceitos ainda são muito controvertidos.²⁷

²⁵ Apontando o fenômeno global, Michele Taruffo anota: “*pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos da common law, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo de civil law*” (TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência”. **Revista de Processo** 199. São Paulo: RT, set./2011, p. 140). Nesse sentido: THEODORO JR. Humberto. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*”. **Revista de Processo** 189. São Paulo: RT, nov./2010. Lembrando o papel do constitucionalismo, Luiz Guilherme Marinoni esclarece: “*a evolução do civil law, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à common law e, bem mais claramente ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. **Revista de Processo** 172. São Paulo: RT, jun./2009). Indicando, especificamente, o *writ of certiorari* norte-americano como a inspiração do recurso extraordinário julgado segundo a sistemática dos artigos 543-A e 543-B, Código de Processo Civil: RAMOS, Carlos Henrique; CUNHA, Paulo Eduardo Ramos Mendes da. “Perspectivas atuais acerca da repercussão geral no recurso extraordinário”. **Revista Dialética de Direito Processual** 102. São Paulo: Dialética, set./2011.

²⁶ Anotando que “*ser universalizável*” é da essência do *precedente*, ou de sua *ratio decidendi*: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009. pp. 381-384; TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência”. **Revista de Processo** 199. São Paulo: RT, set./2011. p. 141.

²⁷ Há doutrinadores que classificam o *precedente* representativo da controvérsia como *vinculante* (ARAÚJO, José Henrique Mouta. “O julgamento de recursos especiais por amostragem:

Melhor situar a *força*²⁸ do precedente em questão, representativo de controvérsia, entre a de outros mecanismos decisórios do Supremo Tribunal Federal a que o legislador atribuiu o papel de *uniformizar* e *acelerar* a tutela jurisdicional.

No topo da cadeia, a *súmula vinculante* e o *precedente resultante do controle concentrado de constitucionalidade*.²⁹ Os mais fortes. O procedimento abstrato que lhes é comum legitimou o legislador a expressamente estatuir a sua eficácia *vinculante*. Sem entrar no mérito de qualquer discussão terminológica, fato é que a Constituição Federal (arts. 102, §2º e 103-A) expressamente impõe, a todos administradores e demais magistrados, o *dever* de observar o precedente. E o controle de subordinação é severo e concentrado: realizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, via reclamação (arts. 102, I, I, e 103-A, §3º).

notas sobre o art. 543-C, do CPC”. **Revista Dialética de Direito Processual 65**. São Paulo: Dialética, ago./2008; RAATZ, Igor. “Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law”. **Revista de Processo 199**. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2011; SABINO, Marco Antônio da Costa. “O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil”. **Revista Dialética de Direito Processual 85**. São Paulo: Dialética, abril/2010; há os o consideram não-vinculante (DECOMAIN, Pedro Roberto. “O recurso especial representativo de controvérsia e a súmula vinculante do STJ”. **Revista Dialética de Direito Processual 101**. São Paulo: Dialética, ago./2011; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. “Recursos especiais repetitivos – recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça”. **Revista de Processo 191**. São Paulo: RT, jan./2011). É sobretudo a fluida definição de *vinculação* que opõe doutrinadores: num extremo, há quem considere não-vinculante a própria súmula vinculante (FERREIRA NETO, Osly da Silva; FREITAS, Petruska Canal. “Súmula Vinculante: limitações e possibilidade”. **Revista Dialética de Direito Processual 70**. São Paulo: Dialética, jan./2009); noutro, há quem veja vinculação nas súmulas não-vinculantes (SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. “Breve estudo sobre as decisões de efeito vinculante no sistema processual brasileiro”. **Revista de Processo 160**. São Paulo: RT, jun./2008).

²⁸ Seguindo, aliás, a lição de Michele Taruffo: “*parece bem mais apropriado falar de força do precedente para indicar o grau ou a intensidade com o qual ele consegue influir sobre decisões sucessivas*” (TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência”. **Revista de Processo 199**. São Paulo: RT, set./2011, p. 146).

²⁹ Sem questionar a respeitável doutrina que tem apontado, com razão, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Na base, *a súmula não-vinculante*. O *mais fraco* dos mecanismos. Fruto da *jurisprudência* consolidada, pode³⁰ ser contrariada pelos magistrados.³¹ Por determinação legal,³² apenas facilita a entrega *célere* e *uniforme* da tutela jurisdicional – permite a improcedência liminar da demanda (art. 285-A, CPC); dispensa do reexame necessário (art. 475, §3º, CPC); não-recebimento da apelação (art. 518, §1º, CPC); resolução monocrática do recurso (arts. 544 e 557, *caput* e §1º-A, CPC). Não goza de mecanismo próprio e direto de controle de aplicação.

Nem tão *forte*, nem tão *fraco*, eis o precedente representativo da controvérsia. Goza das mesmas aptidões da *súmula não-vinculante* – que permitem a *celeridade* e a *uniformidade* da tutela (arts. 475, §3º, 518, §1º, 544 e 557, *caput* e 1º-A, CPC) – e, a elas, soma a qualidade de obstar a admissão dos recursos de estrito direito: o recurso especial ou extraordinário que investir contra a *ratio decidendi* de precedente desse jaez será, pela presidência do órgão *a quo*, julgado prejudicado (arts. 543-B, §3º, e 543-C, §7º, I, CPC) – por decisão, segundo a jurisprudência atual, impugnável

³⁰ A contrariedade, contudo, é extremamente indesejável e requer veemente repreensão: “precisamos perceber e estabelecer bases científicas para a mixagem brasileira (convergência), com a construção de uma teoria dos precedentes que compreenda e critique a tendência dos Tribunais, especialmente superiores, de produzir decisões ‘em grau zero’, como se o próprio direito, tradição e história de aplicação do instituto jurídico sob comento ou aplicação, no caso concreto, pudessem ser desprezados pelo voluntarismo (decisionismo) do julgador” (THEODORO JR. Humberto. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo** 189. São Paulo: RT, nov./2010). Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. **Revista de Processo** 172. São Paulo: RT, jun/2009; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo** 172. São Paulo: RT, jun./2009.

³¹ Salvo pelos magistrados do tribunal de autoria da súmula, que normalmente são compelidos, pelo regimento interno, a observá-la (SABINO, Marco Antônio da Costa. “O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil”. **Revista Dialética de Direito Processual** 85. São Paulo: Dialética, abril/2010).

³² Interpretação *a contrario sensu* do artigo 8.º da Emenda Constitucional n.º 45/2004: “as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”.

apenas via agravo regimental.³³ Por outro lado, o precedente representativo de controvérsia não goza da *imperatividade* da *súmula vinculante*. A lei não impõe, aos magistrados, o dever de observância; os Tribunais e as Turmas Recursais podem decidir – embora não seja nada recomendável nem lógico – contra o *precedente* do Supremo Tribunal Federal e, uma vez interposto o recurso extraordinário, o órgão *a quo* tem liberdade para manter o resultado de julgamento (arts. 543-B, §3º e 543-C, §§7º, II, e 8º, CPC).³⁴ E o Supremo Tribunal Federal não admite, não até o momento, o uso da reclamação constitucional para fazer valer a *ratio decidendi* do precedente representativo da controvérsia.³⁵

Já se denota a autoridade do precedente em questão. Resulta de recurso extraordinário representativo de controvérsia, instituto do direito

³³ “EMENTA: Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. 1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem” (AI 760358 QO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-027, publicado em 12.02.2010). Nas Reclamações n.º 11.408 e n.º 11.427, os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal estão questionado esse entendimento.

³⁴ Vide, mais uma vez, AI 760358 QO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-027, publicado em 12.02.2010.

³⁵ O precedente representativo de controvérsia interfere sobretudo nos poderes dos jurisdicionados, não na (relativa) liberdade do julgador. Sua superação – ou *overruling* – só pode ser “provocada” pelo próprio Poder Judiciário, não pelas partes. É que, se, de um lado, o recurso extraordinário contrário ao precedente está fadado à negativa de seguimento (arts. 543-B, §3º, e 543-C, §7º, I, CPC) – daí a *impotência* das partes –, por outro, o Poder Judiciário pode “questioná-lo” via negativa de retratação (arts. 543-B, §3º e 543-C, §§7º, II, e 8º, CPC) – eis o “poder” dos magistrados. Mesmo a restrição do alcance de sua *ratio decidendi* – ou *restrictive distinguishing* – depende da boa atuação da presidência da Corte *a quo* (já que é ela quem tem, segundo a atual jurisprudência, o controle último de adequação do caso concreto à orientação firmada no julgamento do representativo de controvérsia).

pátrio que, talvez, mais se aproxime do *precedente* da anglo-saxônica doutrina do *stare decisis*; que goza de mais força do que as súmulas não-vinculantes e alcança a tutela *homogênea* mais *celeremente* do que os mecanismos da súmula vinculante. E, para realçar sua força, foi proferido em sede de controle difuso de constitucionalidade – cujo procedimento, segundo abalizada doutrina, autoriza que a *eficácia* da decisão seja equiparada à da exarada em controle concentrado.³⁶

Feito esse breve apanhado, não é leviano concluir que o Supremo Tribunal Federal extirpou, das contendas judiciais, maiores elucubrações sobre o assunto. Abordando a questão via recurso extraordinário representativo de controvérsia, decidiu que todas as demandas judiciais propostas a partir de 09 de junho de 2005 se submetem ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos, contados do pagamento indevido; se submetem, pois, à regra do artigo 3º, Lei Complementar nº 118/2005. Infirmou, com isso, o entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça – e o próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu esse fato. A força do precedente do Supremo Tribunal Federal recomenda que as pretensões que lhe sejam contrárias se submetam: (i) à improcedência liminar da demanda (art. 285-A, CPC); (ii) ao não recebimento da apelação (art. 518, §1º, CPC); (iii) à resolução monocrática dos recursos ordinários (557, *caput* e §1º-A, CPC) e (iv) à negativa de seguimento dos recursos de estrito direito (arts. 543-B, §3º, e 543-C, §7º, I, CPC).

Esse é o conteúdo e esses são os mecanismos processuais para o resguardo de uma tutela jurisdicional *célere* e *homogênea* a respeito da questão de direito tributário em comento.

³⁶ “Perante o pleno do STF, são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concentrado e difuso, não havendo qualquer razão para discriminar os efeitos das decisões tomadas no controle concentrado”. (MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. **Revista de Processo** 172. São Paulo: RT, jun./2009, pp.: 221-22). Nesse mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*”. **Revista de Processo** 172. São Paulo: RT, jun./2009.

Referências

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta Araújo. “O julgamento de recursos especiais por amostragem: notas sobre o art. 543-C, do CPC”. **Revista Dialética de Direito Processual** 65. São Paulo:, Dialética, ago./2008.
- CARNEIRO, Daniel Zanetto Marques. “A Lei Complementar nº 118 e a prescrição da pretensão de restituição do indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jun./2005.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; LOBATO, Valter. “Reflexões sobre o art. 3º da Lei Complementar nº 118. Segurança Jurídica e a boa-fé como valores constitucionais. As leis interpretativas no Direito brasileiro”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jul./2005.
- CUNHA, Ricardo Almagro Vitoriano. “Leis interpretativas e o prazo para repetição do indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 147. São Paulo: Dialética, dez/2007.
- CUNHA, Ricardo Almagro Vitoriano. “A posição do STJ quanto à decadência relativa aos tributos lançados por homologação e a sua inaplicabilidade à restituição e compensação tributárias”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 30. São Paulo: Dialética, mar./98.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. “O recurso especial representativo de controvérsia e a súmula vinculante do STJ”. **Revista Dialética de Direito Processual** 101. São Paulo: Dialética, ago./2011.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009.
- FERREIRA NETO, Osly da Silva; FREITAS, Petruska Canal. “Súmula Vinculante: limitações e possibilidade”. **Revista Dialética de Direito Processual** 70. São Paulo:, Dialética, jan./2009.
- MACHADO, Hugo de Britto. **Curso de Direito Tributário**, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO, Hugo de Britto. “A questão da lei interpretativa na Lei Complementar nº 118/2005: prazo para repetição de indébito”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 116. São Paulo: maio/2005.

MELO, Omar Augusto Leite. “A LC 118/05 e a contagem inicial do prazo para pleitear a restituição e compensação de indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jun./2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. **Revista de Processo** 172. São Paulo: RT, jun./2009.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “A aplicação da Lei Complementar nº 118/05 no tempo: o problema das lei interpretativas no Direito Tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 116. São Paulo: Dialética, maio/2005.

RAATZ, Igor. “Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*”. **Revista de Processo** 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2011.

RAMOS, Carlos Henrique; CUNHA, Paulo Eduardo Ramos Mendes da. “Perspectivas atuais acerca da repercussão geral no recurso extraordinário”. **Revista Dialética de Direito Processual** 102. São Paulo: Dialética, set./2011.

SABINO, Marco Antônio da Costa. “O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil”. **Revista Dialética de Direito Processual** 85. São Paulo: Dialética, abril/2010.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. “Breve estudo sobre as decisões de efeito vinculante no sistema processual brasileiro”. **Revista de Processo** 160. São Paulo: RT, jun./2008.

TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência”. **Revista de Processo** 199. São Paulo: RT, set./2011.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. “Recursos especiais repetitivos – recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça”. **Revista de Processo** 191. São Paulo: RT, jan./2011.

THEODORO JR. Humberto. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*”. **Revista de Processo** 189. São Paulo: RT, nov./2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*”. **Revista de Processo** 172. São Paulo: RT, jun/2009.

PARECER

2012



Parecer

INFORMAÇÃO Nº XXX/2012 – AT/GAB/PGE

SPI N. XXXXXXXXXX

INTERESSADO: CETRAN/PR

**ASSUNTO: MULTAS DE TRÂNSITO EM FASE RECURSAL.
SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. LICENCIAMENTO. CONTORNOS
JURÍDICOS. ORIENTAÇÃO AO DETRAN/PR.**

Marisa Zandonai

Senhora Chefe de Gabinete:

I – DO RELATÓRIO

O CETRAN – CONSELHO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO PARANÁ, através do ofício nº 284/2012, enviado a esta Procuradoria do Estado, relata que o DETRAN/PR, por meio do protocolo nº 11.389.868-2 solicitou do órgão entendimento acerca do efeito suspensivo para autos de infração com recursos pendentes de julgamento, haja vista os efeitos daí advindos, a exemplo do pagamento do licenciamento do veículo mesmo com pendência de multa de trânsito.

Juntamente com o ofício em epígrafe, encaminha cópias do recurso sob nº 11.173.720-7, protocolado no próprio CETRAN, no qual o recorrente solicita a separação da multa de trânsito do licenciamento do veículo, bem como cópias da Resolução nº 09/2000, do CETRAN/RJ.

Solicita pronunciamento da Procuradoria Geral do Estado, acerca da matéria jurídica, a fim de orientar o DETRAN/PR.

É o relatório.

II – DAS CONSIDERAÇÕES

II. CONTORNOS INICIAIS

A legislação sobre trânsito é de competência privativa da União, a teor do disposto no art. 22, XI da Constituição Federal, de modo que ela, por meio de normas federais, dita as regras uniformes em todo o território nacional.

Por esse vetor constitucional, o trânsito no Brasil, encontra-se disciplinado no Código de Trânsito Brasileiro, Lei Federal nº 9.503 de 23 de setembro de 1997, cujo texto criou o SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO, que tem, no seu art. 5º, a definição precisa do seu escopo:

“O Sistema Nacional de Trânsito é o conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **que tem por finalidade o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos**, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicações de penalidades.”

Dentre os objetivos básicos do Sistema Nacional de Trânsito, dispostos no art. 6º, encontra-se, no seu inciso II: *“Fixar, mediante normas e procedimentos, a padronização de critérios técnicos, financeiros e administrativos para a execução das atividades de trânsito.”*

Essa previsão é de fundamental importância, haja vista que a normatização **permite que todos os órgãos de trânsito caminhem numa só direção**¹. *“A gestão financeira desses órgãos é a mais importante porque é através da arrecadação dos impostos, taxas e tarifas públicas, concernente ao trânsito que sobrevive o Sistema Nacional de Trânsito socorrendo os órgãos inferiores.”*

Na sequência, na Seção II do Código, houve o traçado da composição e competência do Sistema Nacional de Trânsito, por meio de diversos órgãos e entidades, todas descritas, nos incisos do art. 7º. Como órgão

¹ Franco, Paulo Alves, Código de Trânsito Anotado, Leme: J.H.Mizuno, 2004.

máximo, seja normativo ou consultivo, encontra-se o CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito, cuja estrutura de composição está descrita no art. 10.

As suas competências encontram-se dispostas no art. 12, dentre elas – que nos interessa aqui – a do inciso “**X – normatizar os procedimentos sobre aprendizagem, habilitação, expedição de documentos de condutores, e registro e licenciamento de veículos.**”

ARNALDO RIZZARDO, em Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, 5ª ed., Rev. Dos Tribunais, ao comentar este artigo expõe:

“Diante da clara previsão, pelo art. 12, das competências e atribuições do CONTRAN, todas as resoluções, Portarias e Circulares que emite, terão força de lei, obrigando não apenas as partes diretamente atingidas, mas à sociedade em geral.”

E por certo, as resoluções, portarias e circulares do CONTRAN ou de órgãos e entidades de hierarquia menores, não poderão exceder os limites traçados no próprio CTB, norma federal que traça toda a normativa de trânsito, de maneira uniforme em todo o território nacional, ante a competência privativa da União em legislar sobre trânsito. Poderão os CONTRANS regulamentar as normas em branco, mas não, alterar as definições expressas do Código de Trânsito Brasileiro.

Esta introdução da matéria é necessária, para melhor equação da problemática trazida para estudo e da conclusão que será lançada.

III – DA DISCIPLINA DO LICENCIAMENTO NO CTB

O Capítulo XVIII do CTB, trata do PROCESSO ADMINISTRATIVO, processo instaurado a partir da ocorrência da infração de trânsito, com a lavratura do auto de infração.

O Código, quanto disciplina a apresentação do recurso contra a imposição de multa, os efeitos do seu recebimento e encaminhamento, EXPRESSAMENTE prevê, no seu art. 285:

“Art. 285. O recurso previsto no art. 283 será interposto perante a autoridade que impôs a penalidade, a qual remetê-lo-á à JARI, que deverá julgá-lo em até trinta dias.

§ 1º O recurso não terá efeito suspensivo.

§ 2º A autoridade que impôs a penalidade remeterá o recurso ao órgão julgador, dentro dos dez dias úteis subseqüentes à sua apresentação, e, se o entender intempestivo, assinalará o fato no despacho de encaminhamento.

§ 3º Se, por motivo de força maior, o recurso não for julgado dentro do prazo previsto neste artigo, a autoridade que impôs a penalidade, de ofício, ou por solicitação do recorrente, poderá conceder-lhe efeito suspensivo.”

“Art. 286. O recurso contra a imposição de multa poderá ser interposto no prazo legal, sem o recolhimento do seu valor.

§ 1º No caso de não provimento do recurso, aplicar-se-á o estabelecido no parágrafo único do art. 284.

§ 2º Se o infrator recolher o valor da multa e apresentar recurso, se julgada improcedente a penalidade, ser-lhe-á devolvida a importância paga, atualizada em UFIR ou por índice legal de correção dos débitos fiscais.”

Claro está, portanto, que a regra é a inexistência de efeito suspensivo a recurso interposto. A hipótese de concessão está descrita na norma. Apenas e tão somente quando há o desbordamento do prazo de julgamento do recurso, pelo órgão competente, é que poderá, de ofício, ou a requerimento da parte, haver a concessão do efeito suspensivo ao recurso, pela própria autoridade que impôs a penalidade.

Esse é o comando, que não enseja nenhum outro tipo de interpretação. É certo que a Constituição da República contém os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), princípios respeitados pelo Código de Trânsito Brasileiro, o qual possui capítulo próprio acerca do processo Administrativo de imposição de penalidades, prevendo em seu bojo a possibilidade de recursos, bem como as hipóteses em que tais recursos poderão ter efeitos suspensivos.

A título apenas de argumentação, temos a Lei nº 9.784/99, que regulamenta o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e que dispõe no seu art. 61: “*Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo*”.

É certo também que a Constituição Federal elege como um dos princípios fundamentais da Administração Pública, o princípio da LEGALIDADE, previsto no art. 37 da Constituição Federal.

“É pacífico no ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito o imperativo dos princípios constitucionais que orientam a gestão pública, dentre eles o da legalidade estrita, de modo que à Administração Pública apenas é permitido agir dentro do espaço permitido, através de meios e formas, previstos pela Lei. Todo ato praticado por autoridade pública, qualificado como ato administrativo, deve estar conforme às prescrições legais, sendo vedado ao administrador público inovar a ordem jurídica ou conferir critérios ampliativos de interpretação. Trata-se de um paradigma fundamental do Estado Democrático de Direito que não admite restrições por parte do administrador público, já que adstrito e limitado pelos parâmetros normativos.”

Celso Antônio Bandeira de Mello³ nos dá relevante lição sobre o tema e sua contextualização política em cada perfil do Estado de Direito:

“Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que além de não poder atuar contra legem ou praeter legem, a Administração só pode agir secundum legem. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza.”

“Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se, em lei, já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.”

E termina com a seguinte conclusão:

“O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.”

² Parecer emitido no SID N. 10.804.990-1/PGE, da lavra da Dr.^a Carolina Lucena Schussel.

³ (em **Curso de Direito Administrativo**, 8. ed., Ed. Malheiros, 1996)

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições.”

Vejamos então o que o mesmo Código de Trânsito Brasileiro disciplina acerca do licenciamento do veículo (normatização dentro de sua esfera de competência material):

“Art. 130. **Todo veículo automotor**, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, **para transitar na via, deverá ser licenciado anualmente pelo órgão executivo de trânsito do Estado**, ou do Distrito Federal, onde estiver registrado o veículo.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica a veículo de uso bélico.

§ 2º No caso de transferência de residência ou domicílio, é válido, durante o exercício, o licenciamento de origem.

Art. 131. O Certificado de Licenciamento Anual será expedido ao veículo licenciado, vinculado ao Certificado de Registro, no modelo e especificações estabelecidos pelo CONTRAN.

§ 1º O primeiro licenciamento será feito simultaneamente ao registro.

§ 2º O veículo somente será considerado licenciado estando quitados os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais, vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas.

§ 3º Ao licenciar o veículo, o proprietário deverá comprovar sua aprovação nas inspeções de segurança veicular e de controle de emissões de gases poluentes e de ruído, conforme disposto no art. 104.”

Mais uma vez, não parece haver dubiedade de interpretação. O Código de Trânsito Brasileiro estabelece um comando uniforme em todo o território nacional, no sentido de que apenas poderão ser expedidos certificados de licenciamento, dentre outras hipóteses, se *as multas de trânsito estiverem quitadas*.

Da leitura sistêmica do § 2º do art. 131 e do § 2º do art. 286, c/c o art. 285, § 2º e 3º do CTB (todos transcritos), conclui-se que, *em não havendo declaração de suspensão de exigibilidade da multa, de ofício, ou a pedido da parte interessada, ocorrendo a necessidade de licenciamento do veículo, encontrando-se pendente multa de trânsito lançada, notificada no prazo legal e*

não recolhida, deverá haver o seu recolhimento, com direito a restituição, em caso de procedência dos recursos interpostos.

Essa a interpretação possível, respeitado o princípio da legalidade. O Superior Tribunal de Justiça, a quem compete dar a palavra final em se tratando de interpretação de lei federal, nos julgados mais recentes, aponta na mesma direção. A preocupação daquele sodalício, já em decisão sob o rito de recurso repetitivo, é não permitir a exigência do imediato pagamento da multa *quando não tiver sido expedido a regular notificação do infrator, dentro dos prazos que a lei determina* (art. 281, II CTB). É o que se vê na leitura do julgamento do REsp 1092154/RS, rel. Ministro Castro Meira, S1, j. 12/08/2009.

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008. AUTO DE INFRAÇÃO. NOTIFICAÇÃO. PRAZO. ART. 281, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO CTB. NULIDADE. RENOVAÇÃO DE PRAZO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS. SÚMULA 7/STJ.

1. O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) prevê uma primeira notificação de autuação, para apresentação de defesa (art. 280), e uma segunda notificação, posteriormente, informando do prosseguimento do processo, para que se defenda o apenado da sanção aplicada (art. 281).

2. A sanção é ilegal, por cerceamento de defesa, quando inobservados os prazos estabelecidos.

3. O art. 281, parágrafo único, II, do CTB prevê que será arquivado o auto de infração e julgado insubsistente o respectivo registro se não for expedida a notificação da autuação dentro de 30 dias. Por isso, não havendo a notificação do infrator para defesa no prazo de trinta dias, opera-se a decadência do direito de punir do Estado, não havendo que se falar em reinício do procedimento administrativo.

4. Descabe a aplicação analógica dos arts. 219 e 220 do CPC para admitir seja renovada a notificação, no prazo de trinta dias do trânsito em julgado da decisão que anulou parcialmente o procedimento administrativo.

5. O exame da alegada violação do art. 20, § 4º, do CPC esbarra no óbice sumular nº 07/STJ, já que os honorários de R\$ 500,00 não se mostram irrisórios para causas dessa natureza, em que se discute multa de trânsito, de modo a não poder ser revisado em recurso especial. Ressaltou o acórdão recorrido esse montante remunera “dignamente os procuradores, tendo em vista a repetitividade da matéria debatida e sua pouca complexidade”.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ nº 08/2008.

Esta conclusão já se depreendia da **Súmula 312 do próprio STJ**:
“No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.”

E mais específico com a matéria tratada, a **Súmula 127 também do STJ**:

“É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.”

Portanto, em tendo havido o correto procedimento administrativo, com a lavratura do auto de infração, a devida notificação do infrator para exercer o contraditório e ampla defesa, o CTB prevê expressamente – balizado pela Corte de Justiça a quem compete interpretar a aplicação do direito infraconstitucional – o condicionamento do licenciamento ao pagamento das multas pendentes (desde que, como se disse, não haja sido dado o efeito suspensivo previsto na própria lei).

O Min. LUIZ FUX, quando ainda Ministro do STJ, foi relator do REsp 664.689/RJ, decisão publ. em 20/06/2005, na qual aquele sodalício concluiu no seguinte sentido:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. EMISSÃO DO CERTIFICADO DE LICENCIAMENTO DO VEÍCULO. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS REFERENTES AO IPVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. É cediço em sede doutrinária que “na licença, cabe à autoridade tão somente verificar em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais exigidos para determinada outorga administrativa e, em caso afirmativo, expedir o ato, sem possibilidade de recusa; é o que se verifica na licença para construir e para dirigir veículos” (Maria Sylvia Zanella di Pietro in Direito Administrativo, 13. ed., p.212)

2. A licença é ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade.

3. Havendo prévia notificação da infração, não há como exonerar-se do pagamento das multas para obter o licenciamento, posto que o § 2º do art. 131 da Lei nº 9.503/97 condiciona a renovação da licença de veículo ao pagamento de tributos, encargos e multas de trânsito a ele vinculados.

4. Nesse sentido, dispõe o art. 131, § 2º do CTB: Art; 131 – O Certificado de Licenciamento anual será expedido ao veículo licenciado, vinculado ao Certificado de Registro, no modelo e especificações estabelecidos pelo CONTRAN.

(...)

§ 2º – O veículo somente será considerado licenciado estando quitados os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais, vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas.”

5. Recurso especial provido.”

Mais recentemente, a Min. Eliana Calmon, como relatora, no julgamento do REsp 1.075.622 – RJ, decisão publicada em 21/08/2009:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – LICENCIAMENTO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – CONDICIONAMENTO AO PAGAMENTO DE MULTAS DE TRÂNSITO – VERIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO – SÚMULA 127/STJ – ACÓRDÃO – OMISSÃO: NÃO-OCORRÊNCIA – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. Admite-se o prequestionamento implícito da questão federal controvertida para viabilizar o conhecimento do recurso especial.

2. Abstraído no acórdão hostilizado que a recorrida exerceu seu direito de defesa contra as exigências administrativas, é legal a exigência prevista no art. 131, § 2º, do CTB, nos termos da Súmula 127/STJ.

3. Divergência jurisprudencial não conhecida porque ausente fundamentação específica.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.”

O CONTRAN expediu a Resolução n. 363 de 28/10/2010. Esta Resolução, em princípio, vigoraria em 360 (trezentos e sessenta dias), conforme o seu art. 26. Entretanto, houve a expedição da Deliberação n. 115, de 28 de setembro de 2011, cujo objeto foi apenas a alteração do art. 26, determinando a entrada em vigor da Resolução n. 363/2010 em 1º de julho de 2012. Até esta data, em vigor a Resolução n. 149/2003.

A nova e recente Resolução, assim como a que está em vigor ainda, dispõe sobre a padronização dos procedimentos administrativos na lavratura de auto de infração, na expedição de notificação de autuação e

de notificação de penalidade de multa e de advertência. Pelos termos da nova Resolução, já se percebe a tentativa de adequação de texto, à interpretação jurisprudencial que trata da Notificação da Infração e de seus prazos, decidida sob o rito do recurso repetitivo (transcrita em sua ementa). Também contempla, o dispositivo, a impossibilidade de restrição ao licenciamento do veículo, em caso de existir recurso da penalidade administrativa, recebido no efeito suspensivo. O seu art. 12 revela:

“Art. 12. Até a data de vencimento expressa na Notificação da Penalidade de Multa ou enquanto permanecer o efeito suspensivo decorrente do recurso interposto na JARI, não incidirá qualquer restrição, inclusive para fins de licenciamento e transferência, nos arquivos do órgão ou entidade executivo de trânsito responsável pelo registro do veículo.”

E não se diga que o CONTRAN no art. 12, estabelece que o recurso à JARI sempre terá efeito suspensivo. O CONTRAN, por certo, não pode alterar a lei (arts. 285 §§ 1º e 3º do CTB), de maneira que a única interpretação possível do comando inserto no art. 12, é a de que não poderá haver restrições para fins de licenciamento de veículo em duas hipóteses: i) se após a notificação da Penalidade de multa, ainda existir prazo para interposição de recurso ou ii) se uma vez interposto recurso à JARI, este tiver sido recebido no seu efeito suspensivo (de ofício ou a requerimento da parte).

Quanto a esta matéria, não há julgamento no STJ, em rito de recurso repetitivo. Há decisões neste mesmo Tribunal, que reconhecem ser o licenciamento um ato administrativo vinculado aos requisitos legais (dentre eles o pagamento das multas de trânsito).

Não é demais lembrar que as normas impositivas do Código de Trânsito Brasileiro – no sentido de vincular o licenciamento do veículo ao pagamento das multas de trânsito – não foram objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Não reconhecida – em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – a inconstitucionalidade material de tais dispositivos legais, tais normas são

válidas, eficazes e produzem efeitos no mundo jurídico, devendo serem aplicadas pela Administração Pública, em face do Princípio da Legalidade.

A despeito da presente manifestação opinativa, o art. 12 do CTB confere competência ao CONTRAN para: “VI – *zelar pela uniformidade e cumprimento das normas contidas neste Código e nas resoluções complementares; IX – responder às consultas que lhe forem formuladas, relativas à aplicação da legislação de trânsito.*”

Na iminência da entrada em vigor de uma nova Resolução do CONTRAN que deixa dúvidas quanto à sua redação e alcance, em caso de restrições ao licenciamento dos veículos, é aconselhável que haja um vetor uniforme em todos os Estados da Federação, que deverá partir do CONTRAN, sob pena de haver entendimentos conflitantes entre os CETRANS Estaduais.

IV – CONCLUSÃO

1. O Código de Trânsito Brasileiro e as Resoluções do CONTRAN preveem expressamente a vinculação do licenciamento do veículo ao pagamento das multas de trânsito, excetuando-se os casos nos próprios textos delimitados: i) *quando as defesas administrativas das multas de trânsito são recebidas com efeito suspensivo; ii) quando não houver a correta notificação do infrator da penalidade aplicada, dentro dos prazos legais;*

2. O Administrador Público deve obediência ao Princípio da Legalidade inserto no art. 37 da Constituição Federal;

3. As normas restritivas, que exigem o pagamento das multas para obtenção do licenciamento do veículo, são válidas, eficazes e produzem efeitos no mundo jurídico, vinculando o administrador público. O licenciamento é ato administrativo vinculado, obrigatoriamente concedido, quando cumpridos os requisitos legais;

4. As Resoluções do CONTRAN não poderão disciplinar condutas, em desacordo com o contido no CTB, cabendo a elas complementar normas em branco, ou dar-lhes interpretação nos limites da lei federal;

5. A jurisprudência sobre o assunto não é pacífica, de forma que o administrador, neste momento, deve privilegiar o cumprimento da lei;

6. É recomendado que os CETRANS uniformizem interpretação e aplicação da norma, a partir de orientações do CONTRAN, cumprindo a lei federal e evitando-se tratamentos diferenciados nos Estados da Federação.

É a informação.

Curitiba, 25 de abril de 2012.

Marisa Zandonai
Procuradora do Estado
Assessoria Técnica GAB/PGE

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2012
