



Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

81
janeiro/junho 2015

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

81

JANEIRO/JUNHO 2015



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado

Mariângela Sarrubbo Fragata

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 0102-8065

**CENTRO DE ESTUDOS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 – 10º andar – Jardim Paulista
CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil
Tel. (11) 3286-6997/6998
Homepage: www.pge.sp.gov.br
e-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck, Joyce Sayuri Saito e Mirian Kiyoko Murakawa

Comissão Editorial

Mariângela Sarrubbo Fragata (Presidente), Joyce Sayuri Saito, Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Daniel Smolentzov, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Márcia Formoso Delsin, Rafael Carvalho de Fassio, Renata Capasso

Revista

Coordenação editorial desta edição: Joyce Sayuri Saito.

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

Tiragem: 850 exemplares.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971-(semestral)

1971-2010 (1-72)
1998 (n. especial)
2003 (n. especial)

CDD-340.05
CDU-34(05)

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
INOVAÇÕES NA CÂMARA DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO E O FUNDO ESPECIAL DE DESPESA PARA A PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE E DOS RECURSOS NATURAIS	1
Felipe de Andréa Gomes	
ADVOCACIA DE ESTADO E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ	23
Danilo Barth Pires	
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	61
Luísa Baran de Mello Alvarenga	
O DANO MORAL COLETIVO E A PROTEÇÃO ÀS COLETIVIDADES NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	85
Paulo Braga Neder	
OS DESAFIOS DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS CONTRA PRÁTICAS DE CRUELDADE: HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	109
Carolina Ferraz Passos	
A PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES CIVIS DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DECORRENTES DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: OLHAR RENOVADO SOBRE O ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	145
Gisele Novack Diana	

A PRESIDENCIALIZAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO E A
PARLAMENTARIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO NO BRASIL 157
Derly Barreto e Silva Filho

ASPECTOS PRÁTICOS E TEÓRICOS PARA UM DESENHO
METODOLÓGICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, A PARTIR DA
ANÁLISE DE UM CASO (DIREITO À SAÚDE), NA ATUAÇÃO
DA ADVOCACIA PÚBLICA CONTENCIOSA, E SEGUNDO
DUAS MATRIZES TEÓRICAS: O NEOINSTITUCIONALISMO
HISTÓRICO E O POSITIVISMO JURÍDICO HARTIANO 219
Haroldo Pereira

ÔNUS DA PROVA E DIREITO AMBIENTAL. FAZENDA PÚBLICA
E INVERSÃO DO ÔNUS. ASPECTOS NO CPC/1973
E NO CPC/2015 233
Paulo Roberto Fernandes de Andrade

OS PROCEDIMENTOS JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL
DA USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS NO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL: INOVAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS
À FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO 279
Camila Pintarelli

Apresentação

Ao leitor,

A Revista da PGE constitui um importante instrumento de doutrina da advocacia pública, pois veicula opiniões de excelência, capazes de alterar o rumo das atividades jurídicas. Trata-se do melhor e mais precioso material reunido na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e, tradicionalmente, contribui, também, para uma maior publicidade das atividades da Instituição.

Se juntos formamos um exército sólido e atento à proteção do interesse público, separados, cada indivíduo se dedica ao aperfeiçoamento intelectual e à produção científica.

O trabalho árduo, somado à criteriosa análise de nossa Comissão Editorial, resultou na produção de mais este número, que traz artigos relativos a matérias variadas, como Direito Constitucional, Civil, Processual Civil e Ambiental, reflexo da própria versatilidade de atuação da PGE.

Na iminência da entrada em vigor do Novo CPC, a Comissão Editorial selecionou artigo que, com muita propriedade, abordou as consequências que as alterações legislativas acarretarão ao contencioso administrativo e judicial imobiliário da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Há também trabalho sobre a prescrição nas ações de ressarcimento decorrentes de danos ao erário, provocados por atos de impropriedade administrativa, além de artigo sobre o dano moral coletivo no ordenamento brasileiro.

Outro interessante texto se refere à teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, com o estudo da evolução jurisprudencial sobre o tema.

A tormentosa questão da litigância de má-fé dos advogados públicos também foi abordada, tendo sido analisadas a legislação correlata, lições da doutrina e aplicações práticas.

Os trabalhos relativos ao Direito Ambiental tratam, em suma, tanto dos aspectos processuais, como ônus da prova e respectivas implicações à Fazenda Pública, quanto dos aspectos materiais, relacionados aos desafios para a preservação do meio ambiente em harmonia com o desenvolvimento econômico estatal. A crueldade contra os animais foi também tema de artigo que a analisou ante os valores constitucionalmente garantidos.

Engrandece, ainda, a nossa Revista estudo que nos faz refletir sobre a efetiva autonomia do Poder Legislativo, com a análise do perfil de seus regimentos internos e da garantia da liberdade necessária ao cumprimento de sua missão constitucional. Nesta seara reflexiva, consta outro artigo que nos remete ao pensamento sobre o papel do direito nas políticas públicas, a partir da teoria neoinstitucional e o positivismo jurídico de Herberto Hart.

Esta edição certamente enriquecerá o conhecimento de nossos leitores.

Boa leitura!

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

Inovações na Câmara de Compensação Ambiental do Estado de São Paulo e o Fundo Especial de Despesa para a Proteção da Biodiversidade e dos Recursos Naturais

Felipe de Andréa Gomes¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Breves considerações sobre a compensação ambiental; 3 – A compensação ambiental da “Lei do SNUC”; 3.1 – A valoração econômica e destinação da compensação ambiental; 4 – Fundo Especial de Despesas para a Preservação da Biodiversidade e dos Recursos Naturais; 5 – Câmara de Compensação Ambiental; 5.1 – Inovações na Câmara de Compensação Ambiental do Estado de São Paulo; 6 – Conclusões; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O conflito decorrente do desenvolvimento econômico versus preservação ambiental está posto em nossa sociedade² tendo em vista que

1 Advogado. Gestor público formado pela Escola de Governo/USP; especialista em Governo e Poder Legislativo, pela UNESP, e em Direito Ambiental, pela ESPGE, Turma 2010/2011. Foi membro da Câmara Técnica Jurídica do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA); do Conselho Municipal do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Cidade de São Paulo; do Conselho Superior de Meio Ambiente da FIESP; do Conselho Estadual de Petróleo e Gás Natural do Estado de São Paulo; e do Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONSEMA). Atualmente é Diretor Administrativo e Financeiro da Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo, órgão vinculado à Secretaria de Estado do Meio Ambiente.

2 “The limits to growth” ou Relatório Meadows, elaborado por uma comissão de cientistas do

os benefícios resultantes de empreendimentos econômicos – geração de energia, produção alimentícia, transportes públicos, atividade minerária, entre outros – são tão imprescindíveis quanto o meio ambiente ecologicamente equilibrado. É indiscutível, por exemplo, a importância da energia elétrica para nossa qualidade de vida. Contudo, nas condições tecnológicas atuais, a implantação da atividade geradora de energia elétrica (usinas hidrelétricas) é causadora de severos danos ambientais. O mesmo ocorre nos mais diversos setores econômicos.

Assim, diante da necessidade de se propiciar o desenvolvimento econômico da sociedade de maneira sustentável, foram criados no Brasil instrumentos com o intuito de se mitigar, amenizar, *compensar* os danos ambientais inerentes ao desenvolvimento. Isto se dá, pois nosso ordenamento jurídico permite licenciar até mesmo empreendimentos potencial e/ou comprovadamente prejudiciais ao meio ambiente. A compensação ambiental constitui um instrumento jurídico e político criado, justamente, com a finalidade de mitigar ao máximo as perdas ambientais resultantes da ação humana sobre o ambiente. Não se trata de uma saída ofertada ao empreendedor para compra de um direito de usar, degradar, impactar ou poluir. Ao contrário disso, a compensação é uma maneira de se buscar o equilíbrio entre o impacto a ser causado ao meio ambiente pelo empreendimento que se realizará.

Ainda neste momento introdutório do texto, vale mencionar que para lidar com esse conflito existente os princípios norteadores do Direito tornam-se indispensáveis. Portanto, sem qualquer pretensão de exaurir o assunto, antes de entrar na compensação ambiental não há como deixar de lado o princípio do usuário-pagador, por exemplo, para entendermos que a compensação ambiental não concede ao empreendedor o direito de degradar. Com efeito, trata-se de cobranças financeiras por danos ambientais, reitera-se, ainda que não haja poluição. Ou seja, exige-se o pagamento do custo tão somente pela utilização dos bens naturais, independente e antecipadamente de haver eventual degradação ambiental. Essa é, portan-

Instituto de Tecnologia de Massachusetts, posteriormente encaminhado para o Clube de Roma, bem como utilizado como base das discussões da Conferência de Estocolmo sobre Meio Ambiente, em 1972 (Estocolmo/72); Relatório Brundtland, em 1983; Declaração Rio de Janeiro, em 1992 (ECO/92); Documento RIO+20, em 2012.

to, a diferença para o princípio do poluidor-pagador posto que ao usuário poluidor exige-se o pagamento das despesas decorrentes da prevenção dos danos, bem como a respectiva reparação dos danos causados. Importante, também, afastar qualquer possibilidade de se associar o princípio em estudo a uma modalidade punitiva, pois ele opera ainda que não haja ilicitude na ação empreendedora de seu pagador.

Resumidamente, esse é o “pano de fundo” que permeará este artigo e ao se afastar dele corre-se o risco de se deixar levar por paixões, como sói ocorrer na seara ambiental, seja porque as questões voltadas à preservação e proteção da biodiversidade e dos recursos naturais previstas no ordenamento jurídico brasileiro são recentes quando comparadas às outras áreas das ciências jurídicas ou porque diante do dinamismo do desenvolvimento econômico e tecnológico, a tutela ambiental é tida, por vezes, como obstáculo ao desenvolvimento. Agora, tendo situado o leitor na abrangência do assunto e feita a cautela sobre a paixão despertada pelas questões ambientais, veremos sobre a compensação ambiental, sua base legal e como ela é realizada no âmbito federal e estadual, dando-se enfoque nas recentes inovações trazidas pela Câmara de Compensação Ambiental em São Paulo.

2. Breves considerações sobre a compensação ambiental

Etimologicamente, o vocábulo *compensação* é derivado do latim “*compensatione*” (ato ou efeito de compensar) que, por sua vez, deriva do verbo latino “*compensare*” que é traduzido pela língua portuguesa por estabelecer equilíbrio entre; contrabalançar, equilibrar, contrapesar; reparar o dano, o incômodo resultante de. O mesmo termo latino é traduzido pela língua inglesa como “*compensation*” significando “*something given or received as an equivalent of as reparation for a loss, service or debt; a recompense; as indemnity*” e o verbo “*compensate*” traduzido por “*to provide (someone or something) with a balancing effect for some loss or something lacking*”. Vamos, portanto, tratar-se de estabelecer ou de restabelecer o equilíbrio entre duas coisas que se complementam ou que são antagônicas.

Na seara ambiental, a compensação pode se dar de diversas formas: plantação de mudas, realização de programas de educação ambiental, Reserva Florestal Legal, obrigações atribuídas ao empreendedor que podem decorrer de eventuais termos de ajustes de condutas firmados, por exemplo.

Cada uma delas tem sua própria natureza jurídica, seus procedimentos e seu arcabouço legal próprio. Portanto, torna-se necessário destacar ao leitor sobre qual dessas modalidades compensatórias que este artigo se refere. A Lei nº 9.985/2000³, especificamente em seu artigo 36, obriga o empreendedor a apoiar a implantação e a manutenção de unidade de conservação⁴ do Grupo de Proteção Integral, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, além de determinar que o montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade deve ser fixado pelo órgão ambiental licenciador, frise-se, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

Tem-se, assim, como uma condicionante existente em licenças prévias, licenças de instalação, licenças de operação. Desta forma, pode-se dizer que a compensação ambiental em estudo é uma reparação de danos antecipada. No que tange à sua natureza jurídica a doutrina se divide, basicamente, em três correntes: a primeira, ao qual se filiam Edis Milaré e Priscila Santos Artigas, Sérgio Guerra e Ricardo Berzosa Saliba, dentre outros, reputa ser a compensação ambiental um tributo (inconstitucional, diga-se de passagem, por desrespeitar os princípios e regras da criação e cobrança dos tributos); a segunda, ao que nos parece, minoritária, endossada por Ricardo Carneiro, diz ser a compensação ambiental um preço público, i.e, retribuição paga pelo empreendedor pelo uso dos recursos ambientais; a terceira, apoiada por Paulo Affonso Leme Machado, Marcelo Abelha Rodrigues, Mariana Oliveira Pinto e Marília Passos Torres de Almeida, dentre outros, enxerga a compensação ambiental como uma reparação de danos – antecipada, é verdade, visto que ela se dá antes mesmo da ocorrência dos danos que se quer reparar⁵.

Assim, tendo passado brevemente em revista o pano de fundo (desenvolvimento econômico *versus* preservação ambiental), bem como do que se trata o assunto ora estudado (compensação ambiental prevista na Lei do SNUC), passamos a conhecer os aspectos práticos e também polêmicos.

3 Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – “SNUC”.

4 Ver definição no Art. 2º, I, da Lei do SNUC.

5 BECHARA, Erika. A compensação ambiental para a implantação de empreendimentos sujeitos ao epia/rima e para empreendimentos dispensados do epia/rima. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org/download/a-compensacao-ambiental-para-implantacao-de-empreendimentos.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2012

3. A compensação ambiental da “Lei do SNUC”

Conforme mencionado alhures, a modalidade compensatória trata-se neste estudo decorre da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, Lei do SNUC, especificamente o seu artigo 36, que obriga o empreendedor a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental – por unidade de conservação entende-se determinada área dotada de relevantes recursos naturais, legalmente instituída pelo Poder Público, com regime especial de administração. Tais unidades são divididas em dois grupos, o de uso sustentável e o de proteção integral, sendo que o primeiro tem por objetivo compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais e o segundo, preservar a natureza permitindo-se o uso indireto dos seus recursos naturais. Além das discussões acerca da classificação da obrigação (de fazer ou de pagar) atribuída ao empreendedor, atualmente, a questão que vem sendo discutida em nossos tribunais é sobre o valor a ser destinado pelo empreendedor para tal finalidade.

Mencionado diploma legal determina que o montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor é de, no mínimo, meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento. Além de fixar este limite mínimo, estabelece que o percentual será estipulado pelo órgão ambiental competente pelo respectivo licenciamento, levando-se em conta o grau de impacto ambiental causado. Quanto a este valor compensatório duas questões podem ser levantadas, uma em relação à fixação do percentual (lembrando-se que o *caput* do artigo estipulou o mínimo de meio por cento do valor total do custo do empreendimento) e outra quanto à metodologia do cálculo do grau de impacto ambiental a ser realizado pelo órgão ambiental licenciador competente. Para regulamentar a maneira de calcular o valor da compensação ambiental existem duas normas, quais sejam, Resolução CONAMA nº 371, de 5 de abril de 2006, e Decreto nº 6.848/2009.

Além da resolução acima, há a disposição constitucional (artigo 225, § 1º, IV) de que a licença ambiental (ato vinculado do órgão ambiental que permite a ampliação ou instalação de atividades utilizadoras de recursos ou espaço ambientais que possam causar degradação (ou

impacto ambiental negativo)⁶ deve ser precedida de aprovação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), que se constitui em importante instrumento de prevenção para se avaliar o impacto ambiental causado pelo projeto da obra e oferecer ao administrador público e ao interessado, várias alternativas para a sua implementação e, ainda, propor medidas mitigadoras para evitar ou minorar os prejuízos causados pelo empreendimento ao meio ambiente. Nota-se, portanto, que a legislação não proibiu obras de impacto ambiental negativo.

Ou seja, a legislação permite que licenças sejam concedidas mesmo na presença de danos ambientais previstos e não evitáveis. Contudo, estabeleceu-se a possibilidade de programação, planejamento e autorização dos danos, feitos na forma de licença ambiental, incluindo-se medidas condicionantes mitigadoras e compensatórias dos danos que não puderam ser evitados, sem que se configure nem um “direito de degradar”, mediante o pagamento de uma compensação, nem um entreve ao desenvolvimento econômico.

3.1 A valoração econômica e destinação da compensação ambiental

O Decreto regulamentador mencionado no item acima estipula a fórmula a ser utilizada para o cálculo do impacto ambiental, trazendo em seu anexo à metodologia de cálculo do grau de impacto ambiental da seguinte maneira: $GI = ISB + CAP + IUC$, onde: ISB = Impacto sobre a Biodiversidade; CAP = Comprometimento de Área Prioritária; e IUC = Influência em Unidades de Conservação.

Conforme o decreto, o ISB tem como objetivo contabilizar os impactos do empreendimento diretamente sobre a biodiversidade na sua área de influência direta e indireta e é calculado da seguinte maneira: $ISB = IM \times IB (IA+IT)$, onde: IM = Índice Magnitude; IB = Índice Biodiversidade; IA = Índice Abrangência; e IT = Índice Temporalidade. O IUC pode variar de 0 a 0,15%, avaliando a influência do empreendimento sobre as unidades de conservação ou suas zonas de amortecimento, sendo que os valores podem ser considerados cumulativamente até o valor

6 Definição extraída da Resolução CONAMA nº 237/97

máximo de 0,15%, da seguinte forma: G1 refere-se a parque (nacional, estadual e municipal), reserva biológica, estação ecológica, refúgio de vida silvestre e monumento natural = 0,15%; G2, a florestas (nacionais e estaduais) e reserva de fauna = 0,10%; G3 a reserva extrativista e reserva de desenvolvimento sustentável = 0,10%; G4 a área de proteção ambiental, área de relevante interesse ecológico e reservas particulares do patrimônio natural = 0,10%; e G5 a zonas de amortecimento de unidades de conservação = 0,05%. O IT (Índice Temporalidade) varia de 1 a 4 e se refere à resiliência do ambiente ou bioma em que se insere o empreendimento. Avalia a persistência dos impactos negativos do empreendimento e o ICAP (Índice Comprometimento de Áreas Prioritárias) varia de 0 a 3, avaliando o comprometimento sobre a integridade de fração significativa da área prioritária impactada pela implantação do empreendimento, conforme mapeamento oficial de áreas prioritárias aprovado mediante ato do Ministro de Estado do Meio Ambiente. Já o IM (Índice Magnitude) varia de 0 a 3, avaliando a existência e a relevância dos impactos ambientais concomitantemente significativos negativos sobre os diversos aspectos ambientais associados ao empreendimento, analisados de forma integrada e o IB (Índice Biodiversidade) varia de 0 a 3, avaliando o estado da biodiversidade previamente à implantação do empreendimento. Finalmente, o Índice Abrangência (IA) varia de 1 a 4, avaliando a extensão espacial de impactos negativos sobre os recursos ambientais. Em casos de empreendimentos lineares, o IA será avaliado em cada microbacia separadamente, ainda que o trecho submetido ao processo de licenciamento ultrapasse os limites de cada microbacia.

A Resolução CONAMA nº 371/2006, por sua vez, estabelece diretrizes para cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos financeiros advindos da compensação ambiental, determinando ao órgão ambiental licenciador estabelecer o grau de impacto ambiental causado pela implantação de cada empreendimento, fundamentado em base técnica específica que possa avaliar os impactos negativos e não mitigáveis aos recursos ambientais identificados no processo de licenciamento. Fixa o valor da compensação ambiental em meio por cento dos custos previstos para a implantação do empreendimento até que o órgão ambiental estabeleça e publique metodologia para definição do grau de impacto ambiental e que o percentual estabelecido para a compensação ambiental de novos empreendimentos deverá ser definido

no processo de licenciamento, no momento da emissão da Licença Prévia, ou quando esta não for exigível, da Licença de Instalação.

Ou seja, a fixação do montante da compensação ambiental e a celebração do termo de compromisso correspondente deverão ocorrer no momento da emissão da Licença de Instalação. A questão trazida tanto pelo Decreto nº 6.848/2009 quanto pela Resolução CONAMA nº 371/2006 continua sendo objeto de discussões técnicas, doutrinária e judiciais. No que tange ao cálculo, a Lei do SNUC, seu artigo 36, § 1º, estabelece o dever legal de o empreendedor pagar a quantia não inferior a 0,5% do custo total do empreendimento, a título de compensação ambiental, para apoiar a implantação e a manutenção de unidades de conservação de proteção integral. Tal diploma legal não fixa o percentual máximo, atribuindo ao órgão ambiental o poder a possibilidade de fixá-lo de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento, nos termos de seu decreto regulamentador (Decreto federal nº 4.340, de 22 de agosto de 2002) que estabeleceu as diretrizes que devem ser observadas pelo órgão ambiental para o pagamento da compensação. Essa e outras questões concernentes ao cálculo de compensação ambiental estão em discussão em nossos tribunais superiores⁷.

Quanto à destinação de recursos da compensação ambiental para as unidades de conservação selecionadas, citada resolução determina que somente será efetivada após aprovação pela câmara de compensação ambiental ficando sob supervisão do órgão ambiental competente, o programa de trabalho elaborado pelas respectivas entidades ou órgãos gestores, contendo as atividades, estudos e projetos a serem executados e os respectivos custos.

Além disso, o Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, em seu artigo 33, determina a ordem de prioridade para aplicação dos recursos em unidades de conservação da natureza, existentes ou a serem criadas, da seguinte maneira: regularização fundiária e demarcação de terras com a prioridade máxima seguida, sequencialmente, pela elaboração, revisão ou implantação de planos de manejo; aquisição de bens ou serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da

7 ADI nº 3.378-6, de 2008

unidade, compreendendo sua área de amortecimento; desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e suas áreas de amortecimento. Como se vê, o rol taxativo acima descreve, além da prioridade, as ações que podem ser custeadas pela modalidade compensatória disposta no artigo 36 da Lei do SNUC. Caso fosse pretendido elaborar estudo exaustivo sobre essa modalidade de compensação ambiental, a destinação de recursos seria, conseqüentemente, aprofundada. No entanto, por tratar este texto de abordar determinados aspectos da câmara de compensação ambiental, recomenda-se aos interessados que se aprofundem nas inesgotáveis abordagens acerca de cada uma das ações acima mencionadas.

4. Fundo Especial de Despesas para a Preservação da Biodiversidade e dos Recursos Naturais

A questão orçamentária está diretamente ligada ao desenvolvimento de políticas públicas. No que concerne ao meio ambiente essa questão é a mesma, ou seja, o orçamento público é tão necessário quanto eventuais receitas extraorçamentárias. A título de exemplo, a Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo, também conhecida por Fundação Florestal, responsável pela gestão de mais de 90 Unidades de Conservação da Natureza e cerca de 4,6 milhões de hectares sob sua gestão e tendo em consideração que o orçamento público estadual deve contemplar todas as áreas do governo (Saúde, Educação, Transporte, Segurança Pública etc.), os recursos extraorçamentários oriundos de prestação de serviços e venda de produtos florestais (que constituem os recursos próprios), convênios, termos de ajustes de conduta, e compensação ambiental (termos de compromisso de compensação ambiental) passa a ter especial relevância. Além do aspecto financeiro, no que tange à compensação ambiental, vale destacar que seus recursos são caros ao meio ambiente, tendo em vista resultarem do licenciamento de empreendimentos causadores de significativo impacto ambiental.

Portanto, quer por necessidade orçamentária para gestão das unidades de conservação, quer pelo caráter reparatório do dano ambiental causado pelo desenvolvimento econômico, a compensação prevista na norma que instituiu o Sistema Nacional das Unidades de Conservação

é, por vezes, tida como imprescindível para o desenvolvimento de políticas públicas tanto em observância ao desenvolvimento sustentável quanto para a proteção e a preservação da biodiversidade. Prova disso é a quantidade de recursos fomentadores de políticas públicas ambientais, aqui demonstrados pelos seguintes fundos públicos: Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado para promover o desenvolvimento sustentável e da ampla melhoria da qualidade ambiental; Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal, instituído para fomentar desenvolvimento de atividades sustentáveis de base florestal e promoção de inovação tecnológica do setor; Fundo da Amazônia, destinado a angariar recursos de doações, via BNDES, para políticas ambientais daquela localidade; Fundo de Restauração do Bioma Mata Atlântica, criado para financiar projetos de restauração ambiental e de pesquisa científica no referido Bioma; Fundo de Compensações Ambientais, criado para auxiliar na gestão dos recursos da compensação ambiental do SNUC na esfera federal; e, finalmente, o Fundo Especial de Despesa para Preservação da Biodiversidade e dos Recursos Naturais, instituído no âmbito do Estado de São Paulo, conforme melhor detalhado abaixo.

Instituído no âmbito do Estado de São Paulo com a finalidade de obter e assegurar recursos complementares destinados ao desenvolvimento das atividades de preservação de recursos naturais, o Fundo Especial de Despesa originou-se com o Decreto nº 27.143, de 30 de junho de 1987. Passadas mais de duas décadas, o Decreto nº 57.547, de 29 de novembro de 2011, modificou o Fundo Especial de Despesa, alterando sua denominação – que de Fundo Especial de Despesa passou a ser Fundo Especial de Despesa para Preservação da Biodiversidade e dos Recursos Naturais (FPBRN) –, bem como sua fonte de receitas e, nesse caso especificamente, os recursos decorrentes de compensação ambiental, nos termos da Lei federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, passaram a também constituir receita do Fundo (art. 4º, inc. XII).

Quanto à receita, além da compensação ambiental, também constitui o Fundo: i) contribuições e doações diversas; ii) venda de publicações e outros materiais institucionais; iii) extração de cópias reprográficas; iv) pagamentos de natureza não tributária decorrentes da prestação de serviços técnicos; v) recolhimentos relativos a laudos de vistoria e pagamento de Preço de Análise; vi) convênios, acordos, termos de cumprimento de

exigência ambiental e termos de ajustamento de conduta, quando tenham por objeto o desenvolvimento de atividades de preservação de recursos naturais, incluídas sua conservação, recuperação e proteção; vii) leilões de materiais apreendidos; viii) multas por infringência à legislação ambiental, aplicadas no âmbito do órgão a que se vincula o Fundo; garantias retidas em contratos administrativos e multas contratuais, quando decorrentes de ajustes celebrados com recursos próprios; indenizações e restituições de seguros diversos, cujo objeto tenha sido custeado com recursos próprios; aplicações financeiras de recursos próprios; e receitas provenientes da arrecadação da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental do Estado de São Paulo. Por ora, vale ficar registrado que tais inovações, além de dar maior transparência na gestão dos recursos, também procuram garantir que o recurso compensatório seja integralmente destinado à proteção da biodiversidade, nos exatos ditames legais.

Com efeito, o suprarreferido Decreto resguarda os recursos provenientes da compensação ambiental do SNUC destinação diversa à sua legislação específica, ainda que destinadas ao fundo constituído por demais receitas, pois permanecem mantidas em rubricas ou contas próprias, com gestão e prestação de contas independente e individualizada (artigo 4º, § 2º). No que concerne à transparência do FPBRN, a Lei nº 14.626, de 29 de novembro de 2011, tornou a Secretaria do Meio Ambiente obrigada a encaminhar ao Poder Legislativo estadual o relatório anual relativo ao exercício anterior, detalhando as fontes de receitas e a aplicação dos recursos do Fundo. Vale notar que o fato do relatório anual vir a ser encaminhado ao Poder Legislativo, cuja uma de suas funções é a de fiscalizar o Poder Executivo, poderá propiciar tanto sua fiscalização no cumprimento de seus objetivos quanto poderá ser objeto de discussões pelos parlamentares, legítimos representantes da sociedade eleitos para elaboração de políticas públicas.

Vale a pena, neste momento, uma comparação do Fundo de Compensação Ambiental, criado na esfera federal da administração pública com finalidade análoga ao Fundo Especial de Despesa, que passou a ser Fundo Especial de Despesa para Preservação da Biodiversidade e dos Recursos Naturais.

O fundo federal caracteriza-se na forma de uma determinada modalidade de conta escriturária da Caixa Econômica Federal que, em par-

ceria com o IBAMA e o ICMBio, criou tal mecanismo com escopo de facilitar o pagamento das compensações ambientais previstas na Lei do SNUC. Tem-se, aí, a primeira distinção com o fundo estadual, tendo em vista que o fundo federal não foi criado por lei, mas sim por meio de um acordo de cooperação entre o órgão ambiental e a instituição financeira. Inexiste, portanto, decreto regulamentador.

Além disso, em 2009, tal modalidade de administrar os recursos federais da compensação ambiental foi posta em cheque por força da recomendação do Tribunal de Contas da União⁸. Segundo relatório da referida decisão, até 2007, os recursos atinentes à compensação ambiental na esfera federal foram estimados em R\$ 700 milhões. O referido órgão fiscalizatório aponta que a destinação dos recursos não obedece à ordem prioritária prevista em lei e anteriormente mencionada pelo presente estudo, tendo em vista a cobrança realizada pelo órgão financeiro a título de tarifa administrativa. Nesse sentido, o Acórdão menciona também que os custos concernentes à taxa de administração cobrada pela CAIXA, com exceção da parte tributária que é legalmente estipulada, não há como ser inferida. Pelas características acima trazidas, no que diz respeito ao Fundo de Compensações Ambiental, implementado na esfera pública federal, pode-se dizer que além de não garantir a transparência na prestação de contas, não há como inferir se os encargos financeiros são compatíveis com os cobrados por fundos similares.

5. Câmara de Compensação Ambiental

Conforme visto acima, para a execução dos recursos provenientes da compensação ambiental prevista na Lei do SNUC é necessário deliberar sobre a destinação dos recursos. Assim, o Governo Federal criou⁹, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, a Câmara Federal de Compensação Ambiental (CFCA) também para atender ao disposto no artigo 32 do Decreto 4.340/2002, com redação dada pelo Decreto nº 6.848/2009, no entanto, com caráter supervisor e com o objetivo de orientar o cum-

8 Acórdão TCU nº 2.650/2009

9 Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/camara-federal-de-compensacao-ambiental>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

primento da legislação referente à compensação ambiental oriunda do licenciamento ambiental federal. Composta por membros dos setores público e privado, da academia e da sociedade civil, cabe a ela estabelecer prioridades e diretrizes para aplicação da compensação ambiental federal, para tornar mais ágil a regularização fundiária das unidades de conservação, e para a elaboração e implantação dos planos de manejo.

Vimos, ao tratar dos aspectos polêmicos relacionados ao Fundo de Compensação Ambiental, algumas questões que poderiam ser levantadas tanto no que tange à transparência na prestação de contas da utilização dos recursos quanto à destinação dos recursos. Agora, vale verificar as consequências práticas dessas questões. Com efeito, a destinação dos recursos originários da compensação federal não é feita pela CFCA, mas pelo Comitê de Compensação Ambiental Federal – CCAF, órgão colegiado criado no âmbito do IBAMA, instituído pela Portaria Conjunta nº 225, de 30 de junho de 2011. O CCAF é presidido pelo IBAMA, órgão licenciador federal, e conta com membros indicados pelo MMA e ICMBio. A principal atribuição do CCAF é deliberar sobre a divisão e a finalidade dos recursos oriundos da compensação ambiental federal para as unidades de conservação beneficiadas ou a serem criadas. Entretanto, não obstante os esforços da estrutura federal mencionada, um dos jornais de maior circulação do País noticiou¹⁰ que entre os anos de 2007 e 2011 apenas dois empreendimentos pagaram o valor destinado à CCAF. Segundo relatado, “em meio à tentativa de aceleração do licenciamento de obras, o governo mantém estagnado o mecanismo que destina um valor das obras a unidades de conservação que elas afetam”. O IBAMA estima que haja 300 empreendimentos que precisariam fazer a destinação de valores para a compensação. A suspensão dos pagamentos aconteceu em 2007, após a divisão do IBAMA e a criação do ICMBio (Instituto Chico Mendes), órgão que cuida das áreas protegidas. Ainda segundo a reportagem, ninguém sabe nem mesmo o valor que deixou de ser pago e estima-se que só as hidrelétricas de Santo Antônio, Jirau e Belo Monte têm cerca de R\$ 200 milhões a pagar. É mais do que todo o orçamento do ICMBio para custeio e investimentos em 2011 (R\$ 155 milhões)”.

10 ANGELO, Claudio. *Sem regra, empresas deixam de destinar recurso a área ambiental*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0111201117.htm>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

O mesmo não tem ocorrido no âmbito do Estado de São Paulo, por exemplo, visto que o depósito do montante destinado à compensação ambiental é requisito condicionante para a expedição da licença ambiental. Ou seja, sem a comprovação do depósito do valor destinado à compensação ambiental o órgão licenciador não emite a respectiva licença e, conseqüentemente, as obras do empreendimento não podem sequer iniciar.

Com efeito, em observância ao Decreto Federal n. 4.340/2002, que em seu artigo 32 estabeleceu a criação da câmara de compensação ambiental, no âmbito do órgão licenciador, com a finalidade de analisar e propor a aplicação da compensação ambiental, para a aprovação da autoridade competente, de acordo com os estudos ambientais realizados e percentuais previamente definidos, a Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo criou sua Câmara de Compensação Ambiental por meio da Resolução SMA nº 18, de 03 de março de 2004. Desde sua criação, a CCA-SP é vinculada ao gabinete do Secretário e coordenada pelo Secretário Adjunto, sua composição original previa todos os representantes do Sistema Estadual de Administração da Qualidade Ambiental, Proteção, Controle e Desenvolvimento do Meio ambiente e Uso Adequado dos Recursos Naturais, o SEAQUA, designados pelo Secretário e, na ocasião de sua criação, ficou estipulado (art. 2º da Res. SMA n. 18/2004) que o montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor como compensação ambiental, que não poderia ser inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento ou atividade, observado o grau de impacto a partir dos estudos ambientais realizados e dos impactos negativos não mitigáveis. No que tange ao montante de recursos para deliberação da CCA-SP, a discussão permanece *sub judice* no Supremo Tribunal conforme detalhado no item que abordou a ação direta de inconstitucionalidade movida pela Confederação Nacional das Indústrias.

Até o último trimestre de 2011, atendendo ao requisito condicionante para a emissão da licença ambiental, o empreendedor depositava o montante dos recursos destinados à compensação ambiental em conta bancária de sua titularidade especialmente aberta para esta finalidade. A CCA-SP já havia necessariamente se reunido e aprovado qual seria a destinação desse montante. Assim, com a ata da reunião da CCA-SP detalhando a deliberação da destinação do recurso acompanhada do

comprovante do depósito e do plano de trabalho igualmente aprovado pela câmara, o Termo de Compromisso da Câmara de Compensação Ambiental (TCCA) era firmado pelo empreendedor, pela agência ambiental licenciadora (CETESB) e pelo órgão interveniente (destinatário do recurso). Passo seguinte é criada a comissão executora do recurso, constituída por dois representantes do empreendedor e outros dois do órgão interveniente. Sequencialmente, os recursos são executados conforme o plano de trabalho devidamente aprovado pela CCA-SP. Nota-se que o plano de trabalho contém o cronograma físico-financeiro do projeto, ou seja, é no plano de trabalho que, a rigor, se determina como e quando o recurso será utilizado.

A então composição da CCA-SP contemplava os representantes do SEAQUA e esses próprios representantes – membros da Câmara – apresentavam e aprovavam os projetos a serem contemplados. Ou seja, quem pleiteava recurso era quem deliberava acerca de sua destinação e quem apresentava os planos de trabalho eram os mesmos quem os aprovava. Nesse sentido, planos de trabalho com valores que correspondiam ao valor devido da compensação eram apresentados, ou seja, os pleitos eram elaborados com “conta de chegada” que nem sempre refletiam a realidade das necessidades do SEAQUA. É de se mencionar, também, que a celeridade da CCA-SP em deliberar a destinação dos recursos, bem como a elaboração e a assinatura do TCCA, teria de ocorrer de sorte a não protelar a emissão da licença ambiental. Lembrando-se que a compensação ambiental não é e não deve ser um entrave burocrático ao desenvolvimento.

Nota-se, também, que depósito realizado pelo empreendedor em conta bancária, frise-se, de sua própria titularidade e aberta especificamente para tal finalidade, traz aspectos positivos, pois desvincula a obrigatoriedade da aplicação da Lei nº 8.666/93 na execução dos recursos, propiciando maior agilidade na contratação e realização de despesas, além, é claro, de vincular o empreendedor na obrigação de fazer, e a prestação de contas se dá diretamente à CCA-SP pelo órgão contemplado com a destinação de recursos. Ocorre que, se o órgão beneficiado não fosse vinculado ao SEAQUA, a prestação de contas poderia restar prejudicada. Por exemplo: caso uma prefeitura fosse destinatária de recursos, o TCCA seria firmado entre o empreendedor, a prefeitura e o órgão licenciador. A comissão executora é criada com dois representantes do empreendedor e outros

dois da prefeitura. A prefeitura, por sua vez, presta contas ao respectivo Tribunal de Contas, de tal sorte que a Câmara de Compensação pouco poderia acompanhar a aplicação dos recursos.

Além disso, se o empreendedor for empresa pública, por exemplo, estaria vinculado à Lei das Licitações para execução dos recursos. Assim, a maior agilidade na contratação e realização das despesas restaria prejudicada não só pela obrigatoriedade licitatória, mas pelo fato de que o empreendedor nem sempre priorizará a realização do certame licitatório da compensação ambiental em detrimento aos demais certames de sua própria finalidade. Ou seja, se adotarmos a Petrobras apenas como hipotético exemplo, suponhamos que seu departamento responsável por suas licitações estivesse localizado em outro estado da Federação e que o número de funcionários fosse exatamente o necessário, ou menor, para o atendimento das demandas licitatórias de todas as obras, contratações e compras em todo o território nacional. Nesse caso hipotético, será que, por exemplo, o certame licitatório de compensação ambiental destinado à contratação de empresa para construção da base de observação de aves em determinada unidade de conservação ou para elaboração do plano de manejo para erradicação de espécies exóticas, por exemplo, será tratado com a mesma agilidade que os processos licitatórios relacionados às obras destinadas ao Pré-sal? Diante disso, TCCAs podem se arrastar por anos a fio, fazendo com que a agilidade e dinamismo na aplicação dos recursos obtivessem, ao final, um resultado inverso.

Outra questão que vale ser levantada, também de forma hipotética, é: o que acontecerá com a execução do plano de trabalho caso o empreendedor – titular da conta bancária onde o montante destinado à compensação ambiental fora depositado – por algum motivo (fiscal, trabalhista, recuperação judicial etc.) venha a ter suas contas bancárias judicialmente penhoradas? Portanto, ao menos três pontos passíveis de aperfeiçoamento sem tornar os procedimentos administrativos da compensação ambiental fator protelatório do licenciamento: a possibilidade do empreendedor se desvincular da contratação dos bens ou serviços sem se desvincular da obrigação compensatória; evitar que o demandante de recursos seja também quem delibere acerca de sua destinação; maior efetividade na prestação de contas e, finalmente, a garantir que o valor compensatório seja efetivamente destinado às hipóteses legalmente previstas e não ao pagamento das demais obrigações do empreendedor.

5.1 Inovações na Câmara de Compensação Ambiental do Estado de São Paulo

As questões acima foram recentemente enfrentadas no âmbito da esfera paulista da administração pública. Com a publicação da Resolução SMA n° 24, de 17 de abril de 2012, a Câmara de Compensação Ambiental de São Paulo (CCA-SP) recebeu significativas alterações, entre elas, sua composição. Anteriormente era tida pelos órgãos do SEAQUA, passou a ser de apenas seis membros, entre eles o Secretário Adjunto do Meio Ambiente, na figura de coordenador, um representante da companhia ambiental (CETESB) e um indicado pelo CONSEMA. Os outros três membros são indicados pelo Secretário de Estado do Meio Ambiente, denominados “relatores”. Assim, no âmbito do Estado de São Paulo, as propostas de aplicação de recursos provenientes da compensação ambiental de empreendimentos e atividades cujo licenciamento esteja condicionado à apresentação e aprovação de EIA/RIMA passaram a ser recebidas e analisadas pela Câmara de Compensação Ambiental da seguinte maneira: a CETESB encaminha à Secretaria Executiva da CCA a ficha do empreendimento, acompanhada da memória de cálculo e do capítulo referente à compensação ambiental do EIA/RIMA em até 5 (cinco) dias após o pedido da Licença de Instalação (LI) formulado pelo empreendedor. Tais documentos são autuados pela Secretaria Executiva da CCA, distribuídos a um dos relatores e, após a deliberação da CCA, a decisão sobre a destinação dos recursos é encaminhada à CETESB, acompanhada da minuta do Termo de Compromisso de Compensação Ambiental. Com esta alteração na composição e no procedimento, os pleitos elaborados tanto pelos órgãos do SEAQUA quanto por demais interessados continuarão sendo apreciados e recebidos pela CCA-SP.

Contudo, a análise e a deliberação será realizada no âmbito do gabinete do titular da pasta de sorte a aplicar os recursos provenientes da compensação ambiental de maneira otimizada com os recursos orçamentários na gestão e proteção da biodiversidade. Ademais, vale ressaltar que antes desta resolução, quem pleiteava os recursos era quem elaborava os planos de trabalho, deliberava sobre a destinação e aplicação dos recursos e também acompanhava a execução dos planos de trabalho.

Ou seja, com a nova norma, quem pleiteia não delibera sobre a destinação e quem delibera também acompanha a execução dos recursos

de acordo com o plano de trabalho analisado. Acresce-se, ainda, que o artigo 11 da Resolução em tela determinou aos gestores dos TCCAs firmados o envio dos respectivos extratos bancários atualizados podendo-se avaliar o andamento das execuções de cada TCCA e até propor a elaboração de novo plano de trabalho no sentido de eventualmente readequar a execução em virtude do lapso temporal havido entre o início da execução e o atual momento. Tal resolução determinou, em seu artigo 12, o encaminhamento pela CCA-SP à Corregedoria Geral da Administração, cópia de cada TCCA para análise e, havendo necessidade, auditoria. Ainda que em um primeiro momento as medidas acima narradas possam ter sido alvo de críticas, hoje a situação já foi compreendida e assimilada pelo SEAQUA. A CCA-SP passou a ter outro dinamismo e as deliberações entraram em sintonia com as prioridades da gestão ambiental no Estado de São Paulo.

6. Conclusões

Vimos que a necessidade de se buscar um meio ambiente ecologicamente equilibrado é tão imprescindível para a qualidade de vida quanto os benefícios resultantes de empreendimentos econômicos, como aponta o artigo 225 da nossa Constituição Federal.

Vimos, também, que nas atuais condições tecnológicas, contudo, nosso ordenamento jurídico permite licenciar até mesmo empreendimentos potencial e/ou comprovadamente prejudiciais ao meio ambiente. A compensação ambiental constitui um instrumento jurídico e político criado, justamente, com a finalidade de mitigar ao máximo as perdas ambientais resultantes da ação humana sobre o ambiente. Em hipótese alguma tal reordenação deveria ser confundida com a possibilidade de “pagar para ter o direito de degradar”.

De outro turno, a compensação ambiental não deveria se constituir em um entrave burocrático colocado ao licenciamento ambiental, assim como não se deveria perder de vista que os valores provenientes dessa modalidade compensatória são inestimáveis para a gestão das áreas ambientalmente protegidas. Juridicamente, o entendimento da natureza jurídica da compensação ambiental ainda não está consolidado, assim como a metodologia de como se deve calcular a compensação devida pelo empreendedor. Essas e outras questões aqui abordadas estão em

discussão no Supremo Tribunal Federal e permanecem à espera de uma solução. Não obstante a pendência judicial travada pelo setor industrial, pode-se afirmar que a compensação ambiental não deve ser revestida em mero empecilho burocrático ao licenciamento. Ao contrário disso, a questão compensatória poderia ser vista pelo empreendedor como um custo planejado para o necessário apoio ao mundialmente almejado desenvolvimento sustentável.

Sob o aspecto da administração pública, que pode ter este recurso em alta importância, seu aproveitamento poderia ser otimizado de forma a ser integralmente revertido na gestão e criação de Unidades de Conservação da Natureza, especialmente no que tange à regularização fundiária e, nessa questão, seja para equacionar o passivo fundiário já existente, seja para a aquisição de novas áreas sem novos passivos.

Outro ponto importante de ser observado é a transparência na execução dos recursos provenientes da compensação ambiental. Nesse quesito a prestação de contas poderia ser aprimorada a ponto de servir como incentivo à iniciativa privada a apoiar cada vez mais os instrumentos compensatórios. Pois, afinal, o resultado da política pública desenvolvida pela compensação ambiental, como medida de apoio ao desenvolvimento sustentável, poderia integrar o portfólio do empreendedor de sorte a agregar valor atribuído pela “sustentabilidade”. Ainda na órbita da administração pública, a otimização dos recursos financeiros e humanos entre as esferas federal, estadual e municipal do Poder Público poderia resultar em ganhos ainda maiores à preservação e proteção do meio ambiente nacional. Já no que tange à Câmara de Compensação Ambiental do Estado de São Paulo, as modificações trazidas nesse estudo, ainda que recentes, poderiam trazer resultados quer na aquisição de novas áreas para ampliar Unidades de Conservação, quer para criar corredores ecológicos, para solucionar o passivo existente na regularização fundiária, quer para a manutenção e gestão das Unidades de Conservação já existentes. Contudo, acredita-se que a destinação de recursos ao FPBRN mudará o paradigma da compensação ambiental.

Se antes da alteração estrutural da CCA-SP a compensação ambiental ficava diluída em inúmeras contas bancárias de titularidade dos empreendedores e os projetos captadores dos recursos eram ana-

lisados, aprovados e sua execução era acompanhada por quem os elaborava, agora, quem pleiteia recursos elabora o projeto e o executa. A deliberação e o acompanhamento são realizados pelos relatores da CCA-SP. Além disso, o relatório financeiro anual a ser enviado à Assembleia Legislativa levará a discussão do desenvolvimento sustentável para dentro do parlamento. Com isso, acredita-se que o povo, por meio de seus legítimos representantes democraticamente escolhidos por meio do sufrágio universal, possa conhecer este importante instrumento viabilizador de políticas públicas, fiscalizar a aplicação do recurso realizada pelo Poder Executivo e propor a formulação de novas políticas públicas voltadas ao meio ambiente.

Pelo exposto no decorrer do estudo, espera-se que esta visão de que o meio ambiente é um entrave ao desenvolvimento possa ser posta de lado – se é que já não foi – na medida em que a biodiversidade e os recursos naturais são indispensáveis inclusive ao próprio desenvolvimento sustentável. Da mesma forma, os instrumentos normativos também não deveriam ser utilizados para o desenvolvimento econômico “a qualquer custo” levando ao comprometimento das presentes e futuras gerações. Espera-se, assim, que o equilíbrio entre meio ambiente e desenvolvimento seja almejado não somente pelo legislador, operadores do direito e agentes públicos, mas também por ambientalistas e empreendedores. Nesse sentido, a Constituição Federal expõe que, para a qualidade de vida saudável, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é tão imprescindível quanto o resultado de empreendimentos econômicos que proporcionam benefícios à vida humana – geração de energia, produção alimentícia, meios de transporte, entre outros. Portanto, nas condições tecnológicas atuais, o nosso ordenamento jurídico permite licenciar determinados empreendimentos, ainda que venham a degradar o meio ambiente. Nesses casos, a compensação ambiental é prevista para mitigar ao máximo as perdas ambientais e em hipótese alguma se confunde com a possibilidade de “pagar para ter o direito de degradar”.

Por fim, o presente artigo pretendeu trazer ao leitor algumas das principais alterações trazidas pelo Decreto Estadual nº 57.547, de 29 de novembro de 2011, em relação à câmara de compensação ambiental no âmbito do Estado de São Paulo, tecendo comparações com as práticas realizadas no âmbito federal.

Referências bibliográficas

BECHARA, Erika. A compensação ambiental para a implantação de empreendimentos sujeitos ao epia/rima e para empreendimentos dispensados do epia/rima. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org/download/a-compensacao-ambiental-para-implantacao-de-empresendimentos.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 737, n. 22, p. 18, mar. 1997.

COSTA, Sildaléia Silva. *Compensação ambiental: uma alternativa de recursos para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC)*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 59.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEME, Taciana Neto; SOTERO, João Paulo. Reflexões sobre o sistema de financiamento ambiental no Brasil. In: LEME, Taciana Neto; TAGIBA, Fernando C. P. (Coords.). *Fonte de recursos financeiros para a gestão ambiental pública: cenários e estratégias de captação para o funcionamento de fundos socioambientais*. Brasília: Rede Brasileira de Fundos Socioambientais, 2008.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 5. ed. refor. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Pagamento por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012.

ORÉFICE, Cíntia. Ação de desapropriação (direta) para a criação de espaços protegidos. Aspectos polêmicos. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coords.). *Direito ambiental e as funções essenciais à justiça: o papel da advocacia de estado e da defensoria pública na proteção do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 410-435.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003. 60.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Medidas compensatórias para a reparação do dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 42-57, out./dez. 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o Orçamento na Constituição*. 2. ed., v. 5. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.

Advocacia de Estado e a litigância de má-fé

Danilo Barth Pires¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A problemática enfrentada pelos advogados de estado; 3 – Evolução legislativa; 4 – Evolução doutrinária; 4.1 – Natureza jurídica da condenação nas penas por litigância de má-fé – teoria da responsabilidade civil subjetiva; 4.2 – Outra corrente doutrinária – teoria do abuso de direito; 5 – Evolução jurisprudencial; 5.1 – O art. 14, parágrafo único do Código de Processo Civil e a Adin 2652/03; 5.2 – A responsabilidade pessoal do advogado e a correta interpretação dos arts. 17 e 18 do Código de Processo Civil; 5.3 – Jurisprudência – requisitos positivos e negativos; 6 – Análise do Novo Código de Processo civil; 7 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O tema proposto no presente estudo – Advocacia de Estado e a litigância de má-fé – tem grande relevo atual nas bancas de contencioso da advocacia pública brasileira.

Isso em razão da existência de ações em que os Advogados de Estado² ainda são pessoalmente responsabilizados e condenados nas penas por litigância de má-fé.

1 Procurador do Estado de São Paulo, classificado na Procuradoria Fiscal, mestrando em Direito Constitucional e Processual Tributário pela PUC/SP, especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Diretor de Prerrogativas da APESP - biênio 2014-2015.

2 São considerados advogados de Estado para efeitos do presente trabalho os Procuradores dos Estados, dos Municípios e os membros da Advocacia-Geral da União, tais como os Procuradores Federais, os Advogados da União e os Procuradores da Fazenda Nacional.

A interposição de recursos tidos como protelatórios ou o descumprimento de ordens judiciais ainda são por vezes repreendidos pelo Poder Judiciário com penas impostas aos Advogados de Estado³.

O presente trabalho tem por objetivo perquirir a possibilidade do Advogado de Estado, no desenvolvimento de suas atividades regulares, ser pessoalmente condenado nas penas por litigância de má-fé.

A par do embasamento legal e doutrinário, será dado também um enfoque jurisprudencial sobre o tema proposto, de forma a permitir uma completa compreensão das situações vivenciadas pelos Advogados de Estado.

O Novo Código de Processo Civil também merecerá a devida atenção, pois traz avanços específicos sobre o tema da litigância de má-fe e sua relação com a advocacia de Estado.

2. A problemática enfrentada pelos advogados de Estado

As particularidades da advocacia de Estado infelizmente não são de conhecimento de todos os que militam na área jurídica, especialmente dos juízes de primeira instância e dos desembargadores.

Não se sabe como e em quais circunstâncias o trabalho é desenvolvido e os prazos são cumpridos. Existe apenas um mundo ideal imaginado pelos julgadores, bem distante da realidade.

3 A nomenclatura Advocacia de Estado é mais técnica do que Advocacia Pública, esta mais genérica e relativa também à Defensoria Pública e ao Ministério Público. Nesse sentido são os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, expostos no artigo *A responsabilidade do advogado de Estado*: “[...] Assim é que se distingue a (1) advocacia privada, como a sua manifestação genérica à qual cabe a defesa de todos os tipos de interesses, salvo os reservados privativamente às suas manifestações estatais, que é a (2) advocacia pública, aqui tomada em sentido pleno e geral, subdividida no Texto Magno em três manifestações funcionais específicas. Essas três espécies orgânico-funcionais de criação constitucional de advocacia pública caracterizam, respectivamente, os diferentes ministérios públicos constitucionalizados da advocacia, distinguidos, bem como as suas respectivas carreiras, conforme as específicas tutelas de interesses que lhes são cometidas: *primo*, a advocacia da sociedade, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, configurando o Ministério Público, expressão empregada agora com maiúsculas, em seu sentido estrito; *secundo*, a advocacia das entidades públicas, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos entes estatais, políticos ou administrativos, constituindo, por isso, os diversos ramos da Advocacia de Estado, e, *tertio*, a advocacia dos hipossuficientes, cujas funções se dirigem à defesa dos interesses dos necessitados, cometida à Defensoria Pública, em seus próprios ramos.” (*Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009, p. 112).

O cerne dessas equivocadas decisões está na Justiça local, que, no afã de ver imediatamente cumpridas suas decisões, inibindo a interposição de novos recursos, acaba por penalizar pessoalmente os advogados de Estado.

Os Ministros dos Tribunais Superiores e também do Supremo Tribunal Federal costumam sopesar melhor os fatos e a aplicação do direito, no mais das vezes afastando a aplicação das penas por litigância de má-fé impostas nas instâncias inferiores.

Talvez não exista maior constrangimento no exercício da advocacia de Estado do que ver o seu próprio nome ou de algum colega pessoalmente inserido em decisão judicial como litigante de má-fé.

Apenas de forma a ilustrar a problemática ora apresentada, a título de exemplos, vejamos os seguintes julgados:

O voto é pelo desprovemento do agravo interno, condenada a [...] e o advogado Dr. [...], OAB/SP nº [...], solidariamente, pela litigância de má-fé, com base nos art.14 III e IV, 17, VIII e 18 do CPC e art. 32 § único da LF nº 8.906/94, a pagar às autoras indenização que fixo em 20% do valor corrigido da causa, multa de 1% do mesmo valor, e honorários advocatícios de R\$ 500,00 para cada autora, em acréscimo àqueles fixados na sentença. Oficie-se ao DD. Procurador Geral do Estado, com cópia da inicial, de fls. 49/55, 96/103, 132/134 e do acórdão, para conhecimento e para as providências que possa merecer.

Agravo Interno nº 746.548-5/0-01, Décima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Desembargador Torres de Carvalho

Disponível em: www.tjsp.jus.br, acessado em 15-06-2014 (grifo nosso)

Determino a intimação pessoal do INSS, na pessoa de seu Procurador, para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, cumpra a decisão de fls. 215 e implante o benefício do autor.

Decorrido o prazo acima, fica determinado à Secretaria que expeça ofício à Seção de Recursos Humanos, ou setor equivalente, para que passe a descontar diretamente dos proventos do Procurador Federal que receber a intimação acima a multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), ficando o valor do desconto limitado a 30% (trinta por cento) dos vencimentos líquidos.

Autos nº 0000112-58.2005.4.05.8102, 16ª Vara Federal, Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte/CE

Disponível em: www.jfce.jus.br, acessado em 15-06-2014 (grifo nosso)

[...] determino que no prazo de 24h, a partir da intimação, o INSS, na pessoa de seu procurador federal, pessoa física, proceda ao cumprimento da ordem sob pena de multa diária de R\$ 100,00, incidente sobre seu próprio patrimônio [...]

Autos nº 014.2006.00915-6, 3ª Vara Cível da Comarca de Vilhena/RO, decisão referida na Reclamação Constitucional nº 5746/RO

Disponível em: www.stf.jus.br, acessado em 15-06-2014 (grifo nosso)

Cabível, portanto, a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único do CPC. **E a multa é devida não pela parte (que é, em última análise, o contribuinte), mas sim pela Procuradora do Estado.** Trata-se de conduta imputável ao operador do Direito, a quem incumbe postular em juízo na defesa de seu cliente – aqui, a CBPM –, mas sempre observando o dever de lealdade e boa-fé expresso no inciso II do art. 14 do Estatuto Processual.

[...]

Nestes termos, voto pela rejeição dos embargos e, com fundamento no art. 538, parágrafo único, **condeno a subscritora a pagar aos embargados multa de 1% do valor da causa atualizado**, tendo em conta o caráter visivelmente protelatório do recurso.

Autos nº 0019502-48.2009.8.26.0053, 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Angelo Malanga
Disponível em: www.tjsp.jus.br, acessado em 15-06-2014 (grifo nosso)

Nos capítulos seguintes demonstraremos o desacerto desses julgados que tanto desprestigiam o exercício da advocacia de Estado. O equívoco dessas decisões será evidenciado com embasamento legal, doutrinário e jurisprudencial.

3. Evolução legislativa

A responsabilidade pelos danos processuais já estava prevista no Código de Processo Civil de 1939⁴:

Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.

4 Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.

Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.

[...]

Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

O Código de Processo Civil atual, na redação original da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1.973, previa o seguinte:

Art. 14. Compete às partes e **aos seus procuradores**:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. (grifo nosso)

Note-se desde logo que a redação original do referido dispositivo fazia expressa menção aos “procuradores” das partes. Mas essa ênfase não está mais vigente.

A Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, alterou o *caput* do referido artigo, suprimindo a expressão “aos seus procuradores”, acrescentando também o inciso V e o parágrafo único.

Vejamos então a redação atual do dispositivo:

Art. 14. São deveres das partes e **de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo**:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (grifo nosso)

A redação atual do dispositivo faz referência aos deveres das partes e de “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”. Com a ressalva prevista no parágrafo único, em tese teriam de observar tais deveres todos aqueles que efetivamente participam do processo.

A responsabilização pelo descumprimento dos deveres elencados no art. 14 do Código de Processo Civil encontra-se prevista nos arts. 16 e seguintes. Na redação original da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, a disciplina era a seguinte:

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer;

II – alterar intencionalmente a verdade dos fatos;

III – omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa;

IV – usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal;

V – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

VI – provocar incidentes manifestamente infundados.

Art. 18. O litigante de má-fé indenizará à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Não tendo elementos para declarar, desde logo, o valor da indenização, o juiz mandará liquidá-la por arbitramento na execução.

A Lei nº 6.771, de 27 de março de 1980, trouxe então nova redação ao já referido art. 17 do Código de Processo Civil:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

A Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, alterou a redação do art. 18 e respectivo § 2º do Código de Processo Civil:

Art. 18. O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou.

[...]

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

E, finalmente, a Lei nº 9.668, de 23 de junho de 1998, acrescentou o inciso VII no art. 17 e novamente alterou a redação do art. 18 do Código de Processo Civil:

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

A questão que se coloca é saber se tais dispositivos do Código Processo Civil podem ser aplicados aos advogados de Estado, ou seja, se é possível aplicar o art. 14, parágrafo único, e se a prática das condutas descritas no art. 17 podem responsabilizá-los, pessoalmente, consoante o disposto no art. 18.

4. Evolução doutrinária

4.1. Natureza jurídica da condenação nas penas por litigância de má-fé – teoria da responsabilidade civil subjetiva

Antes de analisar a jurisprudência a respeito do tema, o que será desenvolvido no capítulo seguinte, é importante verificar os fundamentos da condenação nas penas por litigância de má-fé, ou seja, qual a teoria da responsabilidade civil que mais se amolda a essa específica forma de indenização.

A doutrina de Arnaldo Rizzardo é esclarecedora e bastante didática sobre as espécies de responsabilidade civil⁵:

Pela teoria da responsabilidade subjetiva, só é imputável, a título de culpa, aquele que praticou o fato culposos passível de ser evitado. Não há responsabilidade quando o agente não pretendeu e nem podia prever, tendo agido com a necessária cautela.

[...]

A par da responsabilidade por ato ilícito, há a responsabilidade desvinculada do pressuposto da conduta antijurídica, não se questionando a respeito da culpa. É a responsabilidade objetiva, pela qual a obrigação de reparar o dano emerge da prática ou da ocorrência do fato.

A simples leitura do Código de Processo Civil aponta a resposta à indagação antes referida, ou seja, sobre que espécie de responsabilidade civil deve ser enquadrada a litigância de má-fé.

O presente tema está inserto no Livro I, “Do Processo de Conhecimento”, Título II, “Das Partes e dos Procuradores”, Capítulo II, “Das Partes e de seus Procuradores”.

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25.

O referido Capítulo II compreende a Seção I, “Dos deveres”, a Seção II, “Da responsabilidade das partes por dano processual”, e a Seção III, “Das despesas e das multas”.

A responsabilidade civil prevista nas Seções I e II é subjetiva, pois a prática das condutas descritas no art. 17 do Código de Processo Civil depende de culpa ou dolo da parte, sendo o elemento volitivo ínsito aos verbos referidos no dispositivo legal.

Aquele que, por exemplo, altera a verdade dos fatos ou deduz pretensão contra texto exposto de lei o faz com dolo ou no mínimo culpa, sendo necessária a presença desse elemento para caracterização do dever de indenizar.

O raciocínio é o mesmo para todas as condutas descritas no art. 17 do Código de Processo Civil:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto exposto de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
- VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Vejamos a lição de Alexandre Freitas Câmara⁶:

A existência de deveres das partes tem, como corolário lógico, a existência de uma responsabilidade das mesmas, a que se poderia chamar responsabilidade processual civil. Esta pode ser dividida em duas partes: a responsabilidade por dano processual e a responsabilidade por despesas processuais. Quanto à primeira, dispõe o art. 16 do Código de Processo Civil que “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé, como autor, réu ou interveniente”. Estabelece a lei processual, assim, uma responsabilidade subjetiva [...].

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – Volume I*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 181-182.

[...]

Além da responsabilidade processual civil por dano, existe a responsabilidade pelas despesas processuais. [...] Verifica-se, pela leitura do dispositivo, que a responsabilidade processual civil, nesse caso, é objetiva, sendo responsável aquele que tiver restado sucumbente, pouco importando o elemento volitivo na fixação da responsabilidade.

Por outro lado, a responsabilidade civil prevista na Seção III, que trata “Das despesas e da multa”, é objetiva, pois dispensa o elemento volitivo. Aplica-se o que a doutrina denomina de princípio da sucumbência, ou seja, a parte que perder a causa deve pagar as custas judiciais e os honorários advocatícios. Trata-se de uma mera consequência do desfecho final do processo, independentemente de dolo ou culpa da parte autora ou ré.

O importante a deixar assentado é que as penas por litigância de má-fé estão no âmbito da responsabilidade subjetiva, ou seja, é imprescindível a existência de dolo ou culpa para que esteja configurado o dever de indenizar.

4.2. Outra corrente doutrinária – teoria do abuso de direito

Existem alguns doutrinadores que defendem a tese de que a teoria do abuso de direito é a que melhor fundamenta o dever de indenizar do litigante de má-fé. Para essa teoria, a litigância de má-fé não tem origem em um ilícito civil, clássico, mas sim no abuso do exercício de um direito.

Essa teoria está atualmente estruturada a partir do seguinte dispositivo do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

É possível mesmo verificar que todas as condutas descritas no art. 17 do Código de Processo Civil compreendem inicialmente um exercício regular de um direito que, praticado com abuso, com um desvio de finalidade, acaba gerando o dever de indenizar.

Por exemplo, aquele que deduz pretensão em juízo está no exercício de um direito, mas se tal pretensão for deduzida contra texto expresso de lei estaria configurado o abuso.

Da mesma forma, aquele que provoca incidentes no processo está no exercício regular de um direito. Passa a abusar de seu direito quando provoca incidentes despidos de fundamentos.

Vejam os a lição de Helena Najjar Abdo a respeito da relação entre ato abusivo e litigância de má-fé⁷:

Ato abusivo e ato ilícito distinguem-se fundamentalmente. Está consolidado o entendimento, entre a maior parte da doutrina atual, de que ato ilícito é somente aquele que viola frontalmente a lei. Além disso, o ato ilícito não pressupõe a existência de qualquer direito do agente.

O ato abusivo, por sua vez, pressupõe a existência de um direito subjetivo ou de uma situação jurídica subjetiva, de titularidade do agente, exercidos de maneira anormal, com desvio de finalidade. [...]

A análise de cada uma das previsões do art. 17 do CPC permite concluir que todas elas constituem casos de abuso do processo. Essa conclusão é reconhecida como válida por significativa parcela da doutrina e até mesmo pela jurisprudência do STF.

Mariana Pretel e Pretel caminha no mesmo sentido⁸:

A teoria do abuso de direito se relaciona ao tema da litigância de má-fé e encontra assento nos artigos 16 e 17 do Código de Processo Civil.

[...]

Os limites estabelecidos para o exercício dos direitos de ação e de defesa se caracterizam como a correlação existente entre a teoria do abuso de direito e a litigância de má-fé (responsabilidade por danos processuais). O descumprimento dos limites impostos ocasiona a existência da litigância de má-fé.

A teoria do abuso do direito é uma corrente doutrinária que não pode ser desprezada, pois já está sendo utilizada por alguns estudiosos do direito e sem dúvida contribui para uma melhor compreensão do tema.

7 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007, p. 103 e 156.

8 PRETEL, Mariana Pretel e. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 122 e 125.

5. Evolução jurisprudencial

5.1. O art. 14, parágrafo único do Código de Processo Civil e a ADIN 2652/03

Vejam os que dispõe o referido dispositivo:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. **Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB**, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (grifo nosso)

A interpretação literal deste dispositivo dava a entender que a ressalva era devida somente para os advogados privados, pois somente estes “se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”.

Os advogados públicos, aí incluídos os advogados de Estado, poderiam ser responsabilizados por violar o referido inciso V com aplicação da pena de multa, pois, além dos estatutos da OAB, eles também estão sujeitos às respectivas leis orgânicas e suas corregedorias.

O referido dispositivo foi objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2652/03, ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE perante o Supremo Tribunal Federal.

O pedido na referida ação foi julgado procedente nos seguintes termos:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓ-

DIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen.

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos.

Disponível em: www.stf.jus.br, acessado em 18-06-2014 (grifo nosso)

O voto do então Ministro Maurício Corrêa é esclarecedor:

[...] A expressão é, portanto, explicativa, e para que atinja tal finalidade, sem pairar dúvida, deveria estar entre vírgulas, em termos tais como, ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente ao Estatuto da OAB, a violação ao [...]. A ausência de pontuação, porém, deu ao texto uma aceção restritiva de modo a permitir a compreensão objeto da preocupação da inicial, de que apenas os advogados de particulares, é que se sujeitam ao Estatuto da OAB, e que, por isso mesmo, estariam excluídos da penalidade.

[...]

Ante essas circunstâncias, julgo procedente a ação para conferir interpretação conforme a Constituição Federal, sem redução de texto, ao parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001, para ficar claro que a ressalva contida na parte inicial do dispositivo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos.

Disponível em: www.stf.jus.br, acessado em 18-06-2014 (grifo nosso)

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal julgou o pedido procedente para, sem redução de texto, determinar que a ressalva constante do parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil é aplicável a todos os advogados, sejam públicos, aí incluídos os advogados de Estado, ou particulares.

Apesar do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário⁹, ainda existem juízes e Desembargadores aplicando o referido dispositivo a advogados de Estado.

O ajuizamento de reclamações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado suficiente para prevalecer o referido entendimento e assim afastar as decisões das instâncias inferiores.

Vejamos os seguintes julgados a título de exemplos:

Vistos etc.

Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de liminar, fundada nos arts. 102, I, “1”, da Constituição Federal; 13 da Lei nº 8.038/1990; e 156 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ajuizada pela União contra decisão do Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais (2498-33.2012.4.01.3800), a qual, supostamente, teria contrariado o entendimento firmado por esta Corte no julgamento da ADI 2.652.

A reclamante sustenta que a decisão reclamada determinou o fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de Cinthya Marra de Resende Lage, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 200,00 a ser suportada pelo próprio Advogado da União.

Cita diversos precedentes desta Suprema Corte nos quais foram concedidas as liminares requeridas.

É o relatório.

⁹ Lei nº 9.868/99: Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (grifo nosso)

Decido.

A reclamação foi ajuizada com alegação de descumprimento de acórdão desta Corte com efeito vinculante. [...]

Embora na decisão reclamada não tenha sido citado nenhum dispositivo legal, este Supremo Tribunal Federal tem decidido que a fixação de multa a advogado público desrespeita a decisão proferida no julgamento da ADI 2.652, em face da aplicação transversa do art. 14, parágrafo único, do CPC. [...]

Ante o exposto, com fundamento no art. 161, parágrafo único, do RISTF, julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão reclamada, na parte que fixou multa pessoal ao advogado da União.

Publique-se.

Brasília, 14 de novembro de 2012.

Ministra Rosa Weber

Relatora

Reclamação 14875/MG

Disponível em: www.stf.jus.br, acessado em 01-07-2014 (grifo nosso)

Vistos.

Cuida-se de reclamação constitucional, com pedido de liminar, do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS em face do JUIZO DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE VILHENA/RO, cuja decisão teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia do que decidido na ADI nº 2.652/DF. [...]

A) A DECISÃO RECLAMADA

O Juízo de Direito, em Carta Precatória, intimou o INSS, na pessoa de seu Procurador Federal, para no prazo de 24h (vinte e quatro horas) proceder ao cumprimento da sentença mandamental.

Transcrevo passagem do despacho, a fim de ilustrar o ponto de saliência da demanda:

“[...] determino que no prazo de 24h, a partir da intimação, o INSS, na pessoa de seu procurador federal, pessoa física, proceda ao cumprimento da ordem sob pena de multa diária de R\$ 100,00, incidente sobre seu próprio patrimônio [...]” (fl. 36).

É nítido que o ponto central da reclamação coincide o que decidido no paradigma apontado, a saber, a aplicabilidade de multa ao advogado público, por aparente violação de deveres de lealdade processual e de respeito à Corte.

B) A INTERPRETAÇÃO DO STF E DA DOGMÁTICA SOBRE O ART.14, CPC

O Pretório Excelso, no julgamento da ADI no 2.652/DF, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 14/11/2003, p. 12, resolveu um grave problema hermenêutico ao corrigir o *lapsus calami* do legislador na Reforma do Código de Processo Civil, que pareceu instituir pena processual diretamente aos advogados. A redação da ementa da ação direta é explicativa quanto a essa correção: [...]

O Juízo reclamado aplicou a multa prevista no citado parágrafo único do art. 14 do CPC à pessoa do Advogado da União, sob o argumento de que ‘aos 02/03/2009, a União, através da petição de fl. 230 (AO), apresentou em juízo o documento de fls. 232/245 (AO) firmado pelo Advogado da União Dr. José Affonso de Albuquerque Netto, na condição de Assessor Jurídico do Ministério da Saúde, no qual informa o CNPJ do Fundo Nacional de Saúde para a realização do bloqueio de verbas. É imperioso esclarecer que o Advogado da União José de Albuquerque Netto não atuou ou atua na Ação Ordinária em referência a esse título. Sua atuação deu-se no âmbito administrativo, pois, na condição de Assessor Jurídico lotado na Consultoria Jurídica do Ministério informou o CNPJ ao Advogado da União Nilson Pimenta Naves, este sim atuante no feito nessa condição e lotado na Procuradoria da União do Estado de Goiás’. [...]

D) DISPOSITIVO

Ante o exposto, **julgo procedente a reclamação e declaro nula a parte da decisão que impôs ao procurador federal a pena processual por *contempt of court*, em desrespeito à autoridade de decisão do STF.**

Publique-se.

Brasília, 2 de maio de 2011.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

Reclamação 5746/RO

Disponível em: www.stf.jus.br, acessado em 01-07-2014 (grifo nosso)

RECLAMAÇÃO. MULTA PROCESSUAL. PROCURADOR DO ESTADO. CONDENAÇÃO PESSOAL. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DO QUE DECIDIDO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.652. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Decisão: Cuida-se de Reclamação, com pedido de liminar, ajuizada por ..., Procuradora do Estado de São Paulo, contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos dos Embargos de Declaração n. 0019502-48.2009.8.26.0053, que teria afrontado a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.652, Rel. o Min. Maurício Corrêa, DJ de 14/11/2003.

O acórdão reclamado, ao aplicar a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC, assentou: Cabível, portanto, a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único do CPC. E a multa é devida não pela parte (que é, em última análise, o contribuinte), mas sim pela Procuradora do Estado. Trata-se de conduta imputável ao operador do Direito, a quem incumbe postular em juízo na defesa de seu cliente – aqui, a CBPM –, mas sempre observando o dever de lealdade e boa-fé expresso no inciso II do art. 14 do Estatuto Processual. (grifei)

Sustenta a reclamante, em síntese, que o ato reclamado desrespeita a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 2.652, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14/11/2003, cuja ementa tem o seguinte teor: ...

É o relatório. Decido.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 2.652, julgou procedente a ação para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos. [...]

O acórdão reclamado defendeu a tese de que “a multa é devida não pela parte (que é, em última análise, o contribuinte), mas sim pela Procuradora do Estado. Trata-se de conduta imputável ao operador do Direito, a quem incumbe postular em juízo na defesa de seu cliente – aqui, a CBPM –, mas sempre observando o dever de lealdade e boa-fé expresso no inciso II do art. 14 do Estatuto Processual.”

Restou claro que a decisão reclamada desrespeitou a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, revestida, portanto, de caráter vinculante. [...]

Ex positis, na linha da jurisprudência desta Corte, julgo procedente a presente reclamação, para cassar o acórdão reclamado na parte em que condena pessoalmente o Procurador do Estado de São Paulo ao pagamento de multa processual (RISTF, artigo 161, p.u.).

Publique-se. Int..

Brasília, 31 de outubro de 2012.

Ministro Luiz Fux

Relator

Reclamação 11946/SP

Disponível em: www.stf.jus.br, acessado em 01-07-2014 (grifo nosso)

A procedência dos pedidos nessas reclamações constitucionais já deveria ser suficiente para coibir esse tipo de decisão judicial dos órgãos jurisdicionais inferiores.

A gravidade do desrespeito às decisões do Supremo Tribunal Federal é bem pontuada por Cândido Rangel Dinamarco¹⁰:

As hipóteses de admissibilidade da reclamação, ditadas na Constituição Federal, mostram que, quando acolhida esta, o tribunal cuja autoridade fora de algum modo molestada pela decisão inferior condena o ato à ineficácia total, sem reformá-lo e mesmo sem anulá-lo, para que outro seja proferido. A procedência da reclamação contra ato judicial importa negação do poder do órgão inferior para realizá-lo – poder que ele não tem, porque a competência é de um tribunal de nível superior ao do órgão prolator, ou porque a matéria já fora superiormente decidida pelo tribunal competente.

A lição sempre presente de Leonardo Carneiro da Cunha é suficiente para encerrar a questão¹¹:

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 207.

11 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 163, g.n.

O STF julgou procedente a ADIn 2.652 ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE, conferindo ao dispositivo interpretação conforme a Constituição para deixar assente que a ressalva do dispositivo alcança não somente os advogados privados, mas também os advogados públicos. Diante disso, não é possível a qualquer juiz impor essa multa do parágrafo único do art. 14 do CPC a um advogado público que esteja no exercício de sua função de atuar em favor da Fazenda Pública. Se houver a imposição dessa multa contra um advogado público, este, ou o ente público, poderá ajuizar reclamação constitucional no STF, que deverá cassar a imposição da multa. (grifo nosso)

5.2. A responsabilidade pessoal do advogado e a correta interpretação dos arts. 17 e 18 do Código de Processo Civil

Apenas novamente a título ilustrativo, vejamos o que atualmente dispõe o Código de Processo Civil:

Seção II

Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. (grifo nosso)

E a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que trata do Estatuto da Advocacia, prevê expressamente o seguinte:

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

O referido dispositivo prevê a responsabilização do advogado pelos danos que causar no exercício da sua atividade profissional, mediante dolo ou culpa. E também está prevista a solidariedade com o cliente, em caso de ajuizamento de lide temerária.

Vejamos os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano¹²:

A prestação de serviços advocatícios é, em regra, uma obrigação de meio, uma vez que o profissional não tem como assegurar o resultado da atividade ao seu cliente. [...]

O importante é perceber, todavia, que embora exercendo uma atividade com potencial risco de dano, a responsabilidade civil será sempre subjetiva (CDC, art 14, § 4º, e Lei n. 8.904/94 – Estatuto da Advocacia – art. 32), distribuindo-se o ônus da prova do elemento culpa em função da natureza da obrigação avençada e geradora do dano [...]

Existe, pois, um específico dispositivo legal disciplinando a responsabilidade do advogado pelos danos causados. Essa responsabilidade é subjetiva, pois depende do elemento volitivo para sua configuração, qual seja, o dolo ou a culpa.

12 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257.

Nesse sentido também é a lição de Celso Augusto Coccaro Filho¹³:

A responsabilidade civil dos advogados é subjetiva (art. 32 da Lei 8.906/94). Uma vez que os advogados públicos exercem atividade de advocacia, subordinando-se às normas gerais do Estatuto, é de se concluir que a norma também a eles se aplica.

E, obviamente, a aplicação do referido dispositivo demanda o ajuizamento de ação própria contra o advogado, que será réu em demanda indenizatória, com observância de todas as garantias constitucionais e processuais.

Contraditório e ampla defesa, para ficarmos nas mais basilares garantias processuais que normalmente são suprimidas nas decisões que condenam os advogados nas penas por litigância de má-fé.

Tudo caminha, pois, para a impossibilidade de condenar o advogado, de Estado ou particular, nas penas por litigância de má-fé com supedâneo nos dispositivos do Código de Processo Civil.

Superada a questão da aplicabilidade do art. 14, parágrafo único, conforme visto no capítulo anterior, verificamos que os arts. 17 e 18 do Código de Processo Civil estão insertos no Livro I, “Do Processo de Conhecimento”, Título II, “Das Partes e dos Procuradores”, Capítulo II, “Das Partes e de seus Procuradores”, Seção II expressamente denominada “Da responsabilidade das *partes* por dano processual” .

O advogado, de Estado ou particular, não é a parte, mas tão somente representa esta em Juízo. Todos os atos processuais são praticados ou omitidos pelas próprias partes, devidamente representadas pelos seus advogados, de Estado ou particulares.

Assim, quem pode ser reputado litigante de má-fé, na linguagem utilizada pelo próprio Código de Processo Civil, é a parte e não o advogado.

O advogado deverá ser responsabilizado em ação própria, se tiver causado dano por dolo ou culpa, e não surpreendido nos próprios autos, em que a responsabilidade apenas da parte deve ser sumariamente verificada.

13 COCCARO FILHO, Celso Augusto. *Responsabilidade do Advogado Público. Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009, p. 87.

Vejamos o escólio de Nelson Nery Junior¹⁴:

[...] quando o advogado pratica ato no exercício de representação da parte, havendo algum embaraço ao cumprimento de provimento jurisdicional, quem está ali praticando o ato não é o advogado, mas a parte por intermédio do advogado seu representante. Assim, o juiz pode impor as sanções decorrentes do *contempt of court* à parte. Caso a parte entenda que o advogado excedeu os poderes do mandato, pode voltar-se em regresso contra o advogado por ela constituído, que tem a obrigação de indenizar os danos que, nessa qualidade, causar ao direito de seu constituinte.

Comentando especificamente o art. 17 do Código de Processo Civil, o renomado jurista ensina o seguinte¹⁵:

Advogado. A norma não sanciona o advogado da parte, de modo que se esta for reputada litigante de má-fé por conduta de seu advogado, terá de indenizar a parte contrária, podendo exercer o direito de regresso contra o advogado.

Nos próprios autos então quem responde civilmente é a própria parte. O advogado pode responder pelos danos causados por seus atos em ação autônoma, se os tiver praticado mediante dolo ou culpa.

Renata Soltanovich, que em tese de mestrado se debruçou especificamente sobre esse tema, chegou a essa mesma conclusão¹⁶:

Em nenhum momento fugiremos do aspecto da responsabilidade processual do advogado. No entanto, apenas entendemos que esta apuração deverá ser feita em ação própria, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e não sob o manto da responsabilidade solidária.

A tese ora defendida no mais das vezes não chega a ser sequer enfrentada pelos juízes e tribunais, que passam ao largo dessa discussão e buscam atingir diretamente o patrimônio dos advogados de Estado para fazer valer suas decisões.

14 NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 257.

15 *Op. cit.*, p. 262.

16 SOLTANOVITCH, Renata. *Responsabilidade processual*. 1ª reimpressão. São Paulo: Scortecci, 2010, p. 132.

Apesar de minoritária, essa tese começa a ganhar corpo no Superior Tribunal de Justiça, tribunal competente para dirimir em última instância as controvérsias a respeito da aplicabilidade e da correta interpretação das leis federais, a exemplo do Código de Processo Civil e do Estatuto da Advocacia.

Vejamos então os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. É vedada a esta Corte apreciar violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
2. Inviável o conhecimento do recurso especial no que concerne ao alegado julgamento “ultra petita”, pois, nas razões do apelo excepcional, não há indicação de qualquer dispositivo infraconstitucional pretensamente violado. Súmula nº 284/STF.
3. Revisar a decisão que reconheceu a má-fé do recorrente somente seria possível mediante incursão indevida nas provas produzidas nas instâncias ordinárias, o que é defeso em sede de recurso especial. Incidência da súmula nº 07/STJ.
4. Responde por litigância de má-fé (arts. 17 e 18) quem causar dano com sua conduta processual. Contudo, nos termos do art. 16, somente as partes, assim entendidas como autor, réu ou interveniente, em sentido amplo, podem praticar o ato. Com efeito, todos que de qualquer forma participam do processo têm o dever de agir com lealdade e boa-fé (art. 14, do CPC). Em caso de má-fé, somente os litigantes estarão sujeitos à multa e indenização a que se refere o art. 18, do CPC.
5. Os danos eventualmente causados pela conduta do advogado deverão ser aferidos em ação própria para esta finalidade, sendo vedado ao magistrado, nos próprios autos do processo em que fora praticada a alegada conduta de má-fé ou temerária, condenar o patrono da parte nas penas a que se refere o art. 18, do Código de Processo Civil.
6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

REsp 1173848 / RS

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

Data do julgamento: 20/04/2010

Disponível em: www.stj.jus.br, acessado em 02-07-2014 (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE. OMISSÃO QUANTO À CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO ADVOGADO AO PAGAMENTO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NAS HIPÓTESES EM QUE A MODIFICAÇÃO DO JULGADO FOR CONSEQUÊNCIA DIRETA DO SUPRIMENTO DA OMISSÃO.

1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração quando não há, no julgamento impugnado, omissão ou contradição acerca da alegada ocorrência de prescrição da pretensão executiva, já que o recurso que deu origem aos declaratórios foi sumariamente rejeitado por outros fundamentos.

2. O STJ não possui competência para o exame de questões constitucionais suscitadas em sede de embargos de declaração, ainda que com o intuito de prequestioná-las para eventual interposição de recurso extraordinário. Precedentes.

3. A responsabilização solidária do advogado, nas hipóteses de lide temerária, ocorrerá somente após a verificação da existência de conluio entre o cliente e seu patrono, a ser apurada em ação própria. A condenação ao pagamento da multa por litigância de má-fé deve ser limitada às partes, pois o profissional da advocacia está sujeito exclusivamente ao controle disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil. Precedente.

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com modificação do julgado.

EDcl no RMS 31708 / RS

Ministra NANCY ANDRIGHI

Data do julgamento: 10/08/2010

Disponível em: www.stj.jus.br, acessado em 07-07-2014 (grifo nosso)

Mas não é só. Existe ainda um outro bom argumento calçado na teoria do abuso de direito, que neste ponto é importante repisar.

Segundo a já referida Helena Najjar Abdo, somente aqueles que são sujeitos da relação jurídica processual podem abusar do direito no processo. E, portanto, somente os sujeitos da relação jurídica é que podem ser condenados nas penas por litigância de má-fé.

O advogado, de Estado ou particular, por óbvio, não é sujeito da relação jurídica processual¹⁷:

Os sujeitos do abuso do processo são, naturalmente, os sujeitos da relação jurídica processual. Ou melhor: os sujeitos de qualquer relação jurídica processual, não importando se tal relação insere-se em um processo de conhecimento, de execução ou mesmo se segue um procedimento de jurisdição voluntária. [...]

De acordo com as premissas postas no presente trabalho, o advogado não pode cometer abuso no processo porque não é sujeito da relação jurídica processual, exceto nos casos em que postula em causa própria (CPC, art. 36).

A referida autora excepciona essa assertiva apenas na hipótese do advogado que está postulando em causa própria. Na verdade, não se trata exatamente de uma exceção, pois nesse específico caso o advogado é a própria parte.

Como se vê, a teoria do abuso do direito também ratifica a impossibilidade de o advogado de Estado ser condenado nas penas por litigância de má-fé.

Quem pode ser condenado é a parte, que apenas é representada em Juízo pelo advogado. Quem está em Juízo, litigando, eventualmente de má-fé, é a parte e não o advogado.

Trata-se, assim, de mais um bom argumento para que os advogados de Estado sejam poupados dessas vexatórias decisões judiciais.

5.3. Jurisprudência – requisitos positivos e negativos

Creemos ter demonstrado uma nova visão a respeito da litigância de má-fé, que aos poucos está ganhando relevo no Superior Tribunal

17 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48 e 175.

de Justiça, no sentido da inaplicabilidade dos dispositivos do Código de Processo Civil aos advogados de Estado.

Mas também temos ciência de que essa é uma tese nova que ainda não encontra completa guarida na jurisprudência, especialmente nos tribunais locais e nos juízos de primeira instância.

Bem por isso, a partir do presente capítulo, passaremos a analisar os requisitos positivos e negativos que a jurisprudência tem exigido para tipificar o advogado de Estado como litigante de má-fé.

A primeira constatação é que estamos diante de uma responsabilidade subjetiva, em que se exige o dolo para que esteja configurado o dever de indenizar. O agente deve demonstrar inequívoca intenção de praticar as condutas descritas no art. 17 do Código de Processo Civil.

Tão somente culpa, consubstanciada na falta de um dever objetivo de cuidado, não se mostra suficiente. Aqui é possível enquadrar diversas situações vivenciadas pelos advogados de Estado, tais como a falta de estrutura de trabalho cumulada com exacerbado volume de processos.

É importante que nos recursos apresentados contra as decisões que fixam as penas por litigância de má-fé a ausência de dolo seja bem explorada. Esse detalhe mostra-se por vezes suficiente para a reforma dessas decisões.

Nesse sentido vejamos os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO.

1. As hipóteses de litigância de má-fé estão enumeradas, taxativamente (*numerus clausus*), no art. 17 do Código de Processo Civil.
2. Não se verificou, *in casu*, a litigância de má-fé do Município embargante, pois ausente o dolo.
3. [...]

2008.001.46529 - APELAÇÃO CÍVEL - 1ª Ementa

DES. JOSÉ CARLOS PAES - Julgamento: 22/08/2008

DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL

Disponível em: www.tjrj.jus.br, acessado em 02-07-2014 (grifo nosso)

FAZENDA PÚBLICA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA GRAVE – PENALIDADE AFASTADA – AGRAVO PROVIDO.

“Constatando-se que a Fazenda do Estado, ao arguir indevidamente a prescrição intercorrente, não obrou com dolo ou culpa grave, com a intenção deliberada de prejudicar o credor, não se sustenta a sua condenação por litigância de má-fé”.

AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 0099863-51.2008.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Desembargador Thales do Amaral

Disponível em: www.tjsp.jus.br, acessado em 02-07-2014 (grifo nosso)

Em segundo lugar, é importante notar que no mais das vezes o advogado de Estado não tem disponibilidade recursal, ou seja, não lhe é dado decidir *sponte propria* sobre a interposição ou não do recurso processual.

Falta ao advogado de Estado a independência funcional prevista por exemplo para os membros do Ministério Público. A decisão de interpor ou não um recurso não é tomada pessoalmente pelo advogado de Estado, mas por agentes públicos de hierarquia superior, sempre tendo em vista o interesse público defendido em Juízo.

Vejamos a precisa lição de Leonardo Carneiro da Cunha¹⁸:

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. [...]

Demais disso, enquanto um advogado particular pode selecionar suas causas, recusando aquelas que não lhe convêm, o advogado público não pode declinar de sua função, deixando de proceder à defesa da Fazenda Pública.

18 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 33, g.n.

Por essa razão, o advogado de Estado não pode ser considerado litigante de má-fé e sofrer as respectivas sanções quando simplesmente interpõe recursos ou pratica atos processuais por dever de ofício.

Nesse sentido também existem diversos julgados, a exemplo dos seguintes:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DE MULTA PREVISTA NOS ARTS. 16, 17, IV e VII, 18 E 557, § 2º DO CPC. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 9.494/97. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. [...]

4. A multa prevista nos arts. 16, 17, IV e VII e 18 da Lei Adjetiva presuppõe má-fé do litigante, circunstância inexistente quando o Procurador da parte recorre por dever de ofício. [...]"

AgRg no Ag 570545/RJ

Ministro JOSÉ DELGADO

DJ 06.12.2004 p. 203

Disponível em: www.stj.jus.br, acessado em 03-07-2014 (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VALOR DA CAUSA. NÃO INDICAÇÃO. IRREGULARIDADE INSUSCETÍVEL DE PROVOCAR A EXTINÇÃO DO FEITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA.

1. A execução dos honorários advocatícios resultantes da sucumbência pode ser promovida tanto pelo advogado como pela parte por ele representada.

2. Em se tratando de embargos à execução, a falta de indicação do valor a ser atribuído à causa não constituiu irregularidade passível de ensejar a extinção do processo sem resolução de mérito.

3. O ajuizamento de embargos à execução não pode ser tido, só por si, como conduta abusiva, de modo a autorizar a aplicação da penalidade prevista no art. 17, VI, do CPC, mormente em hipóteses como a dos autos, em que o procurador age por dever de ofício.

4. Recurso especial parcialmente provido.

REsp 910226 / SP

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Data do julgamento: 02/09/2010

Disponível em: www.stj.jus.br, acessado em 03-07-2014 (grifo nosso)

Pelo mesmo motivo, a defesa de teses improcedentes não pode configurar a litigância de má-fé. Não é porque uma tese não encontra respaldo na jurisprudência que ela não pode ser defendida, o que, por vezes, ocasiona até mesmo a modificação do seu entendimento¹⁹.

Não são poucos os casos em que a jurisprudência muda radicalmente, seja pela alteração do entendimento sobre a matéria ou então da composição de determinada câmara ou turma de tribunal.

E mais, normalmente as regras de conduta impostas aos servidores públicos não são alteradas com a velocidade ideal e desejada, comumente vistas para aqueles que trabalham na iniciativa privada.

Quando uma determinada orientação jurisprudencial é pacificada em um determinado sentido, são necessários meses ou até anos para que seja editada uma norma regulamentar formal de dispensa de interposição de recursos.

Aqui podemos verificar um misto dos requisitos anteriores, ou seja, ausência de dolo e falta de disponibilidade recursal.

Vejamos os seguintes julgados:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. Pedido de pagamento de complementação da indenização de seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre – DPVAT. Sentença que julgou procedente o pedido. [...]

4. Defesa de teses improcedentes não configura litigância de má-fé, eis que não se amolda a qualquer das hipóteses previstas no art. 17 do CPC.

5. Recurso manifestamente improcedente ao qual se nega seguimento.”

¹⁹ Ressalva feita às súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal e também às matérias decididas consoante o rito dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça.

DES. FERNANDO FOCH LEMOS - Julgamento: 13/08/2008

2008.001.37913 - APELAÇÃO CÍVEL - 1ª Ementa

Disponível em: www.tjrj.jus.br, acessado em 03-07-2014 (grifo nosso)

Embargos à execução fiscal. ICMS – Certidão da dívida ativa em ordem e com todos os seus requisitos legais presentes. Exigibilidade do crédito tributário que se perfez pela declaração da embargante, o que torna desnecessário lançamento de ofício supletivo por parte da Fazenda. Multa devida – Taxa SELIC. Possibilidade da sua incidência. **Litigância de má-fé afastada** – Sentença de improcedência.

Recurso parcialmente provido. [...]

Por fim, afasto a pena de litigância de má-fé, uma vez que a embargante adotou postura compatível com a defesa de seus interesses, procedendo de forma regular na sustentação de um direito que também julga ter.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para afastar a pena de litigância de má-fé.

Apelação nº 0145308-92.2008.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Relator Ferreira Rodrigues

Disponível em: www.tjsp.jus.br, acessado em 03-07-2014 (grifo nosso)

Frise-se ainda a necessidade de que o ato praticado pelo advogado de Estado deva necessariamente ter causado um dano à parte contrária. A tão somente contribuição para a demora do término do processo não é um argumento válido.

Isso em razão da possibilidade de concessão de cautelares, liminares ou antecipações de tutela, bem como a contínua incidência de juros moratórios e de índices de correção dos valores discutidos em Juízo.

Como estamos tratando de responsabilidade processual civil, na nomenclatura utilizada por Alexandre Freitas Câmara²⁰ antes referida, não há mesmo que se falar em indenização sem a existência de um de seus elementos, qual seja, o dano.

20 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil - Volume I*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 181/182.

Vejamos os seguintes julgados que bem ilustram o referido requisito:

AUSÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INDENIZAÇÃO DO ART. 18, § 2º, DO CPC. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO E DOS PREJUÍZOS. NULIDADE DE INTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. LIMITES DA LIDE. COISA JULGADA. ART. 610 DO CPC. [...]

2. A condenação prevista no Art. 18, § 2º, do CPC, pressupõe dolo da parte que litiga de má-fé, além de demonstração inequívoca do prejuízo causado à parte contrária. [...]

REsp 756885 / RJ

RECURSO ESPECIAL 2005/0075774-2

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS

DJ 17.09.2007 p. 255

Disponível em: www.stj.jus.br, acessado em 04-07-2014 (grifo nosso)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESCISÃO CONTRATUAL. INÉRCIA. PRECLUSÃO DA PROVA PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVEM AS ALEGAÇÕES DO AUTOR. APLICAÇÃO DO ART. 333, I, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 20, PARÁGRAFO 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ADMISSIBILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Nos termos do disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, é ônus probatório do autor a demonstração dos fatos alegados como fundamento do direito pretendido.

2. A verba honorária sucumbencial foi fixada equitativamente, como faculta o §4º, do art. 20, do Código de Processo Civil, que se sobrepõe aos critérios objetivos delimitados no caput do §3º.

3. Para a caracterização do “improbus litigator” exige-se prova irrefragável do dolo e demonstração de dano processual à parte contrária.

4. Agravos retidos não conhecidos, recursos improvidos.

Apelação nº 0005599- 39.2011.8.26.0161, 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Relator Artur Marques

Disponível em: www.tjsp.jus.br, acessado em 04-07-2014 (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO FISCAL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - NÃO CONFIGURAÇÃO - EXECUÇÃO SUSPensa - EMBARGOS RECEBIDOS NO DUPLO EFEITO - ART. 791, I, DO CPC - REAVALIAÇÃO DO BEM PENHORADO - IMPOSSIBILIDADE - ATO NÃO URGENTE - ART. 793, DO CPC - AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A caracterização da litigância de má-fé não decorre automaticamente da prática de determinado ato processual, mas depende da análise de elemento subjetivo e da constatação do dolo ou culpa grave necessários para afastar a presunção de boa-fé que norteia o comportamento das partes no desenvolvimento da relação processual. (AC 1999.38.00.017321-0/MG, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Conv. Juiz Federal Cleber José Rocha (conv.), Oitava Turma, e-DJF1 p. 2210 de 17/12/2010). [...] “Para a aplicação da multa por litigância de má-fé, necessária se faz a demonstração que tenha havido má-fé por parte da embargante e prejuízo por parte dos embargados. (AC 2004.38.00.015349-7/MG, Rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, 7ª Turma Suplementar, e-DJF1 p. 340 de

13/07/2011).” [...] (AC 2008.34.00.034075-5/DF, Rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, 7ª Turma do TRF1, DJF 09.12.2011) [...]

Agravo nº 200601000338508, Tribunal Regional da Primeira Região, Relator Silvio Coimbra Mourthé, e-DJF1 de 14/03/2012

Disponível em: www.jf.jus.br, acessado em 04-07-2014 (grifo nosso)

Como se vê, não é qualquer conduta que pode ensejar a condenação nas penas por litigância de má-fé. O dolo deve estar presente e a conduta deve causar um prejuízo à parte contrária. A interposição de recurso por dever de ofício e a defesa de teses improcedentes não podem dar ensejo à condenação.

Enfim, requisitos que devem estar presentes em toda e qualquer decisão judicial a respeito da litigância de má-fé.

6. Análise do novo Código de Processo Civil

Nos capítulos anteriores defendemos a posição de que os advogados de Estado não podem ser pessoalmente penalizados por litigar de má-fé consoante os dispositivos do Código de Processo Civil vigente.

A responsabilização dos advogados de Estado deve assim ser apurada em seus respectivos órgãos disciplinares, a exemplo das corregedorias, ou, ainda, nos Tribunais de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, ou, ainda, em ações próprias, autônomas e distintas, observadas as mais basilares garantias processuais.

Todo esse raciocínio jurídico encontra respaldo no Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. A *vacatio legis* do Novo Código de Processo Civil é de 1 (um) ano, ou seja, a entrada em vigor será em 17 de março de 2016, quando então será sedimentado o entendimento ora defendido sobre esse tema²¹.

Vejam, pois, como a matéria está disciplinada no Novo Código de Processo Civil:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

- I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
- II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;
- III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;
- IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;
- V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva.
- VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso;

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no *caput* de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

21 Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data da sua publicação oficial.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa referida no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo.

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

§ 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir a decisão em seu lugar. (grifo nosso)

Nos termos do dispositivo acima referido, a responsabilidade do advogado de Estado deverá ser apurada em regime disciplinar, perante a respectiva corregedoria, ou, então, perante o Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, se o caso.

Vejamos a já presente lição de Cassio Scarpinella Bueno²²:

22 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93.

A disciplina dos §§ 2º a 5º, é o que consta do § 6º, não se aplica aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público. Sua responsabilidade disciplinar deve ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, cabendo ao magistrado oficiá-la nesse sentido e para esse fim. A regra representa a adequada interpretação do parágrafo único do art. 14 do CPC atual, aplicando-se a diretriz nele estabelecida a todos os detentores de capacidade postulatória, iniciativa que sequer o STF havia alcançado na ADI 2.652/DF, que dera interpretação ampliativa àquele dispositivo para albergar advogados privados e *públicos*.

Eventual dever pessoal de indenizar poderá ser discutido apenas e tão somente em ação própria, distinta daquela em que a conduta tida como irregular foi praticada, sempre observadas as garantias processuais.

Será então a positivação do raciocínio jurídico que entendemos possível, correto e defensável já nos dias de hoje, nos termos do Código de Processo Civil ainda vigente, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1.973, tudo conforme procuramos demonstrar no presente trabalho.

7. Conclusão

1. O tema proposto no presente trabalho tem grande relevo nas bancas da advocacia de Estado, pois ainda são comuns as decisões judiciais que penalizam pessoalmente os advogados por litigância de má-fé.

2. As penas por litigância de má-fé estão no âmbito da responsabilidade subjetiva, ou seja, é imprescindível a existência de dolo ou culpa para a sua correta configuração.

3. Outra importante corrente doutrinária que se relaciona com o tema é a teoria do abuso do direito, fundada no art. 187 do Código Civil.

4. Os artigos 14, 17 e 18 do Código de Processo Civil são aplicáveis somente às partes, e não aos advogados de Estado. Estes devem responder por seus atos perante as respectivas corregedorias, perante os Tribunais de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil ou ainda em ações indenizatórias autônomas.

5. Ainda que assim não se entenda, a jurisprudência enumera requisitos positivos e negativos para que o advogado de Estado seja

condenado por litigância de má-fé: a) deve estar presente o dolo; b) a prática do ato não pode ter como razão o cumprimento do dever de ofício; c) a simples defesa de teses improcedentes é insuficiente para a condenação; d) o ato deve ter causado um efetivo prejuízo à parte contrária.

6. O Novo Código de Processo Civil vai sedimentar o entendimento sobre a impossibilidade de condenação dos advogados de Estado nas penas por litigância de má-fé, pois existe dispositivo expresso no sentido de que a responsabilidade do advogado deva ser apurada de forma disciplinar, e não no mesmo processo em que praticada eventual irregularidade na atuação profissional.

Referências bibliográficas

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – Volume I*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COCCARO FILHO, Celso Augusto. *Responsabilidade do Advogado Público. Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Responsabilidade do Advogado de Estado. Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRETEL, Mariana Pretel e. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOLTANOVITCH, Renata. *Responsabilidade processual*. 1ª reimpressão. São Paulo: Scortecci, 2010.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance e sua aplicação no Direito brasileiro

Luísa Baran de Mello Alvarenga¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Linhas gerais sobre a teoria da perda de uma chance; 3 – Aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil. Análise jurisprudencial; 3.1 – Chances sérias e reais; 3.2 – A reparação das chances perdidas como danos materiais e/ou danos morais; 3.3 – Quantificação do dano; 4 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A base do pensamento jurídico europeu do século XIX foi fortemente influenciada pelos ideais burgueses da Revolução Francesa, consagrando o liberalismo jurídico, corrente ideológica calcada no indivíduo e na propriedade. Esse movimento teve assento no Código de Napoleão, cuja principal preocupação era preservar a autonomia da vontade patrimonial, de maneira a garantir juridicamente um sistema de livre contratação e circulação de riquezas, a salvo de qualquer forma de interferência estatal.

Partindo destas premissas, foi concebido um modelo de responsabilidade civil fundado no “mau uso da liberdade individual”², atrelado à noção de culpa, de modo que, sem a comprovação da conduta culposa do agente, não haveria reparação do dano. Neste contexto, os holofotes

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestranda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

2 SCHREIBER, Anderson. “Novos paradigmas da responsabilidade civil”. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 12.

da responsabilidade civil pairavam sobre o agente que cometeu o ato ilícito, com a constante necessidade de buscar um culpado para o dano, consagrando-se a ideia de “*pas de responsabilité sans faute*”.

No final do século XIX e início do século XX, porém, a intensificação das lutas sociais decorrentes do processo de industrialização e principalmente a Primeira Guerra Mundial levaram à necessidade de uma maior intervenção estatal na economia. Foi à ruína o Estado Liberal, com seus ideais individualistas, passando as Constituições a buscar a justiça e o bem-estar social.

A par deste novo cenário, os avanços tecnológicos e científicos trazidos pela Revolução Industrial impulsionaram a mudança do paradigma da responsabilidade civil. A mecanização, a produção em massa e a expansão da comercialização criaram riscos antes não concebidos e provocaram a causação de danos anônimos, despersonalizados³, em que, exigir da vítima a comprovação da culpa, era o mesmo que não responsabilizar o agente ofensor⁴.

Diante desta perspectiva, a necessidade de demonstração da culpa em todos os casos de responsabilidade civil tornou-se tarefa extremamente árdua, ensejando casos de extrema injustiça. A responsabilização calcada na ideia de culpa passou a ser insuficiente para certos tipos de danos, em que a comprovação da conduta culposa era praticamente impossível.

Assim, tomou força a doutrina da teoria do risco, encabeçada por Raymond Saleilles e Josserand, consagrando a responsabilidade civil objetiva, cuja constatação depende apenas da demonstração da conduta, nexos causal e dano, alheia à perquirição de qualquer elemento subjetivo do agente. Assim, aquele que se dispõe a exercer determinada atividade em sociedade, gerando riscos, responde pelos danos deles decorrentes.

Concretizada estava, portanto, a quebra do paradigma da responsabilidade civil baseada exclusivamente na culpa: o foco principal que

3 SERPA LOPES, Miguel Maria de. “Curso de Direito Civil”. Volume 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 158-159.

4 MORAES, Maria Celina Bodin; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. “Código Civil interpretado conforme a Constituição da República”. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 804.

pairava sobre o agente ofensor e a busca pela de sua conduta culposa foi alterado para a preocupação com a vítima e a reparação integral dos prejuízos. Apesar de a responsabilidade subjetiva não ter sido abandonada, a objetivação ganhou força em quase todos os ordenamentos jurídicos.

Este fenômeno foi refletido no Brasil, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, com a edição de diversas leis especiais que adotaram a teoria em setores específicos⁵.

Foi, contudo, com a Constituição Federal de 1988 que o modelo brasileiro de responsabilidade civil objetiva foi definitivamente consagrado. A previsão da dignidade da pessoa humana, do princípio da solidariedade social e a valorização do trabalho e da livre iniciativa sustentam a base axiológica do sistema constitucional, permitindo uma maior preocupação com a reparação integral da vítima.

Seguindo a principiologia constitucional, o Código Civil de 2002 introduziu importantes mudanças no âmbito da responsabilidade civil, consagrando em seu artigo 927 a cláusula geral do dever de reparar: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Diante deste novo cenário e tendo como pedra de toque o princípio da reparação integral, positivado no artigo 944 do Código Civil, verificou-se uma constante ampliação do conceito de dano reparável. Sob a influência do paradigma solidarista, a principal preocupação do sistema se voltou para a indenização dos danos sofridos pela vítima, sendo necessário conceber o ressarcimento de danos que antes ficavam aquém da esfera da responsabilidade civil.

Ademais, além da culpa e do dano, o nexo de causalidade também foi atingido por esta mudança de eixo da responsabilidade civil na pós-modernidade. O foco central na integral reparação da vítima ensejou a necessidade de, em muitos casos, relativizar a demonstração de causa e efeito entre a conduta do agente ofensor e o dano.⁶

5 Decreto 2.681/1912; Lei 6.338/76; Lei 6.453/77; Lei 6.938/91; Lei 8.078/90.

6 “Na esteira das transformações pelas quais atravessa a responsabilidade civil, observa-se tendência a mitigar o rigor na avaliação do nexo causal com objetivo de garantir reparação integral à vítima”. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. “Responsabilidade civil”. Atualizado por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012. p. 117).

Com a reformulação do cenário da responsabilidade civil, foi aberto espaço para a criação e desenvolvimento de novas teorias acerca do tema, que encontravam óbices na rigidez dos filtros da reparação civil.

2. Linhas gerais sobre a teoria da perda de uma chance

Diante da mudança paradigmática da responsabilidade civil e do processo de adequação dos seus pressupostos à nova realidade social, com a relativização da constatação do nexo de causalidade e ampliação do conceito de dano reparável, foi concebida a teoria da perda de uma chance.

O objetivo desta teoria é conferir reparação pela perda da possibilidade de obter uma vantagem futura esperada ou de evitar um prejuízo. A vítima se encontra em um processo aleatório, esperando auferir um ganho final, mas por um ato do agente ofensor, há a interrupção deste processo, com a frustração das chances de vir a ocorrer tal evento favorável no futuro.

Em decorrência deste caráter aleatório, nunca será possível afirmar com certeza que a vítima alcançaria uma vantagem final se não fosse o ato danoso, tendo em vista a potencial influência de diversas causas externas. Não obstante, é inegável que o ofendido teve ceifada uma chance de obter esta vantagem futura, o que configura, por si só, um dano certo, dotado de valor econômico⁷.

É importante observar que a aplicação da teoria da perda de uma chance não está apartada dos requisitos básicos da responsabilidade civil, sendo necessário que a vítima comprove a conduta do agente ofensor, a culpa (em caso de responsabilidade subjetiva), nexo de causalidade e o dano.

No tocante ao requisito da culpa, frise-se que a indenização pela chance perdida não está restrita apenas aos casos de responsabilidade civil subjetiva, sendo possível a sua incidência nos casos em que a lei admite a aplicação da teoria do risco, quando a reparação prescindirá

⁷ “A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Essa probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza”. (SILVA, Rafael Peteffi. Op. cit. p. 13 e 14)

da comprovação da culpa, como nas relações de consumo e no âmbito da Administração Pública.⁸

Em relação aonexo causal, há uma peculiaridade na teoria da perda de uma chance. Estando em curso um processo aleatório, em que há interferência de diversos fatores externos, não é possível estabelecer o nexode causalidade entre o dano final e o ato ilícito praticado. Assim, a relação de causalidade é firmada entre a conduta perpetrada pelo agente ofensor e a perda da possibilidade de obtenção da vantagem futura esperada pela vítima.

Por exemplo, no caso de perda de um prazo para interposição de recurso de sentença desfavorável por culpa do advogado, não se pode estabelecer um nexode causalidade entre a conduta negligente e a derrota no processo judicial, tendo em vista que, mesmo se o recurso tivesse sido interposto tempestivamente, o Tribunal poderia ter negado-lhe provimento. Contudo, é possível demonstrar a relação causal entre a conduta culposa do advogado e a frustração da possibilidade de obtenção de êxito naquela demanda, o que enseja a reparação pela chance perdida.

8 ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE EQUIVOCADAMENTE CONCLUIU PELA INACUMULABILIDADE DOS CARGOS JÁ EXERCIDOS. NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HIPÓTESE EM QUE OS CARGOS PÚBLICOS JÁ ESTAVAM OCUPADOS PELOS RECORRENTES. EVENTO CERTO SOBRE O QUAL NÃO RESTA DÚVIDAS. NOVA MENSURAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO.

1. A teoria da perda de uma chance tem sido admitida no ordenamento jurídico brasileiro como sendo uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Esta modalidade de reparação do dano tem como fundamento a probabilidade e uma certeza, que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Precedente do STJ.
2. Essencialmente, esta construção teórica implica um novo critério de mensuração do dano causado. Isso porque o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo que “há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo”. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. 3. Esta teoria tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas *stricto sensu*, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado. Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é certo que o ente público também está obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício. (...). (STJ. 2ª Turma. REsp 1308719. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 25/06/2013).

Ressalte-se ainda que, nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance, não se indeniza o dano final, ou seja, a perda da vantagem esperada pela vítima. Havendo um processo aleatório em curso, interrompido pela conduta do ofensor, não é possível afirmar com certeza que o evento futuro favorável ocorreria, configurando-se situação meramente hipotética, não indenizável.

Desta forma, o objeto da reparação é exatamente a perda da possibilidade de obtenção desta vantagem futura, que, sendo real e séria, enquadra-se na categoria de dano certo e, portanto, reparável. Assim, não se indeniza a vítima pelo que ela deixou de ganhar, mas pelo prejuízo decorrente da perda da possibilidade de obter tal resultado esperado.

De berço francês, a teoria foi intensamente debatida pela doutrina e jurisprudência deste país, havendo grande divergência em relação à sua natureza jurídica.

A grande maioria da doutrina francesa, seguida por autores integrantes do sistema da *common law*, diferencia a natureza jurídica do instituto a depender da sua aplicação prática: hipóteses clássicas de perda de uma chance e perda de uma chance aplicada à seara médica.

No Brasil, apesar de ser um tema ainda recente, que necessita de aprofundamento doutrinário e jurisprudencial, existem valiosos trabalhos jurídicos que tratam especificamente da questão.

No tocante à sistematização da natureza jurídica da perda de uma chance, merece destaque a lição de Fernando Noronha⁹, que a divide nas seguintes categorias: a) “frustração da chance de obter uma vantagem futura ou evitar um prejuízo futuro”, vinculada aos casos clássicos de perda de uma chance estudados pela doutrina francesa; b) “frustração da chance de evitar um dano que aconteceu”, que se subdivide em “perda da chance de evitar que outrem sofresse prejuízo” e “perda de uma chance por falta de informação”.

O presente estudo busca analisar somente os casos clássicos de responsabilidade civil pela perda de uma chance, em que há a perda da

9 NORONHA, Fernando. “Responsabilidade civil por perdas de chances”. Revista de Direito Privado. Volume 23. Julho 2005.

possibilidade de se obter uma vantagem futura ou de evitar um prejuízo, quando o processo aleatório não chegou ao seu final por ato imputável ao agente ofensor, com ênfase na análise dos casos julgados pelos Tribunais brasileiros.

3. Aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil. Análise jurisprudencial

Embora já bastante desenvolvida na França e nos países da *commonlaw*, a teoria da perda de uma chance ainda se encontra em fase inicial de desenvolvimento no Brasil. Contudo, ao longo das últimas décadas, algumas decisões judiciais conferiram notoriedade e popularidade à responsabilidade civil pela perda de uma chance, que ganhou maior destaque no cenário jurídico brasileiro.

Apesar de haver valiosos trabalhos específicos sobre o tema, ainda não existe uma doutrina consolidada acerca da teoria. Há, porém, uma forte convicção dentre os autores brasileiros: não existem óbices para a recepção e aplicação da perda de uma chance no ordenamento jurídico nacional¹⁰.

Faz-se necessário, portanto, um maior desenvolvimento da matéria, buscando a sistematização dos seus requisitos e condições de aplicação, além do estabelecimento de critérios de quantificação do dano e de classificação das chances perdidas.

A partir da análise das decisões judiciais que enfrentaram a matéria, é possível verificar a grande evolução da jurisprudência nas últimas décadas, com a pacificação do entendimento quanto aos pressupostos para a concessão da reparação pelas chances perdidas. Contudo, existe, ainda, um longo caminho pela frente, principalmente no tocante à fixação do *quantum debeat* e ao enquadramento das chances perdidas nas categorias de dano material e extrapatrimonial.

10 Tratando de casos típicos de incidência da teoria, como a perda do prazo por advogado, autores brasileiros clássicos já admitiam a reparação das chances perdidas, mesmo antes da popularização da teoria. ALVIM, Agostinho. “Da inexecução das obrigações e suas consequências”. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária. 1965; SERPA LOPES, Miguel Maria. “Curso de direito civil”. Vol. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995; PEREIRA, Caio Mario da Silva. “Responsabilidade civil”. 10. ed. Atualizada por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Editora GZ; AGUIAR DIAS, José de. “Da responsabilidade civil”. Vol. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

3.1. Chances sérias e reais

A partir da interpretação do artigo 403 do Código Civil de 2002, depreende-se que, para fins de reparação civil, o dano deve ser certo, sendo afastada a indenização de danos meramente hipotéticos.

Transferindo o raciocínio para o âmbito de aplicação da teoria da perda de uma chance, verifica-se que, para a satisfação do requisito de certeza do dano, é necessária a comprovação da seriedade e da realidade das chances perdidas, características que as distinguem das meras expectativas, de natureza hipotética, e, portanto, não indenizáveis.¹¹

Assim, para a categorização das chances em potenciais e prováveis, cuja perda enseja um dano certo e reparável, é necessário recorrer à ciência estatística, de forma a analisar, objetivamente, qual a real probabilidade que a vítima teria de obter a vantagem final esperada e quantificar o valor da perda desta chance para fins de indenização.¹² Não basta, portanto, que a chance perdida seja uma mera expectativa ou esperança subjetiva de obtenção de uma posição jurídica de vantagem, sendo imprescindível que haja uma probabilidade considerável de ocorrência do evento favorável, o que será verificado a partir de uma análise estatística.

Neste contexto, poder-se-ia vislumbrar um óbice para a aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do caráter de incerteza do dano futuro. Considerando que o processo aleatório foi interrompido, nunca será possível afirmar peremptoriamente que a vantagem seria obtida pela vítima se não fosse o ato do agente ofensor. Contudo, como o objeto da reparação são as chances perdidas, que, quando sérias e reais, configuram, por si só, um dano certo, satisfeito estará o requisito do artigo 403 do Código Civil.

11 “Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por estes motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar”. (MARTINS-COSTA, Judith. “Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações”. Volume V, Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2003. p. 362).

12 SILVA, Rafael Peteffi. Op. cit. p. 238.

São inúmeras as decisões do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça Estaduais¹³ que elencam os requisitos da seriedade e realidade para a concessão de indenização pela perda de uma chance.

Por exemplo, nos casos de perda de prazo por advogado, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que não basta a mera atitude negligente do patrono da vítima para a reparação da chance perdida, sendo imprescindível verificar as reais probabilidades de êxito do recurso intempestivo. Assim, se for o caso de recurso manifestamente incabível ou com baixa probabilidade de provimento, não haverá uma chance digna de reparação, tendo em vista a ausência de demonstração da perda de chances sérias e reais de obtenção de uma vantagem futura.¹⁴

13 A título de exemplo, confira-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que afastou a indenização pela perda de uma chance de vencer uma licitação. No caso concreto, a empresa-autora ajuizou a ação alegando ter sido impedida de participar em procedimento licitatório e, consequentemente, de ganhar a concorrência, em virtude de atraso da transportadora responsável pela entrega dos documentos necessários para a habilitação. Neste caso, o Tribunal entendeu que a autora não havia comprovado que sua proposta tinha chances sérias e reais de ser a vencedora do certame e, portanto, não acolheu a pretensão indenizatória (TJRJ. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0052490-16.2008.8.19.0001. Julgado em 10/08/2012). No mesmo sentido, empregando o critério da seriedade e realidade das chances perdidas como balizador da aplicação da teoria da perda de uma chance, são as seguintes decisões: TJRJ. 22ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0444316-79.2010.8.19.0001. Relator Desembargador Marcelo Lima Buhatem. Julgado em 01/10/2013; TJRS. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70042095711. Relatora Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebut. Julgado em 13/03/2014; TJSP. 4ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº. 0008748-89.2011.8.26.0566. Relatora Desembargadora Ana Liarte. Julgado em 03/02/2014.

14 “RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE. 1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da “perda de uma chance” devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes. 3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso – como no caso em apreço –, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade – que se supõe real – que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida. 4. No caso em julgamento, contratado o recorrido para a interposição de recurso especial na

No mesmo sentido, o STJ julgou um caso de candidato reprovado em concurso público, em exame psicotécnico, que pleiteava a indenização por danos materiais e morais pela frustração da possibilidade de ser aprovado, sustentado ter havido irregularidades na realização de tal exame. Analisando as particularidades do caso concreto, o Tribunal constatou que o autor fora reprovado na segunda fase do certame, restando ainda outras quatro fases seguintes, das quais ele sequer chegou a participar. Assim, não havendo chances sérias e reais de que o candidato seria aprovado ao final do concurso e classificado dentro do número de vagas, foi afastada a aplicação da teoria da perda de uma chance, por se tratar de uma situação meramente hipotética.¹⁵

demanda anterior, verifica-se que, não obstante a perda do prazo, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que motivaram a inadmissibilidade do primeiro, consoante se desseu da decisão de fls. 130-134, corroborada pelo acórdão recorrido (fl. 235), o que tem o condão de descaracterizar a perda da possibilidade de apreciação do recurso pelo Tribunal Superior. 5. Recurso especial não provido”. (STJ, 4ª Turma. REsp 993936. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado em 23/04/2012).

- 15 “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INDENIZATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDÃO A QUO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ. 1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual pretende o agravante ser indenizado pela União, em face dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da sua reprovação no exame psicotécnico, com a conseqüente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal. 2. O agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento. Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, compreendendo os seguintes exames: psicotécnico (considerando a inexistência de resultado válido), médicos, capacidade física e motricidade; e, ainda, a segunda etapa, de caráter eliminatório - Curso de Formação. 3. A pretensão não encontra amparo na “teoria da perda de uma chance” (perte d’une chance) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: “se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada” (Programa de Responsabilidade Civil, 4. ed. São Paulo: Malheiros. p. 92). 4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos. 5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente “nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego” (CAVALIERI

Buscando estabelecer um critério objetivo para verificação da seriedade e realidade das chances perdidas, Sérgio Savi, influenciado pela doutrina italiana, entende que este pressuposto somente restará atendido quando for possível comprovar uma probabilidade de no mínimo 50% de obtenção da vantagem futura esperada pela vítima. Caso contrário, as chances perdidas não serão consideradas sérias e reais, afastando a possibilidade de reparação dos danos.¹⁶

Este entendimento, contudo, não é seguido pela maioria da doutrina e da jurisprudência brasileiras, havendo diversas decisões judiciais¹⁷ que aplicam a teoria da perda de uma chance mesmo quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada pela vítima é inferior a 50%, desde que verificado certo grau de certeza na ocorrência de tal resultado.

Isto porque, conforme afirma Rafael Peteffi da Silva:

“[...] existem inúmeros casos em que se pode identificar, com razoável grau de certeza, que a vítima tenha perdido, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo. Nessas hipóteses, não teríamos nenhum argumento sólido para negar o provimento dessas ações de indenização com a utilização da teoria da perda de uma chance”.¹⁸

Em alguns casos, especialmente na aplicação da teoria para a indenização de danos futuros, a jurisprudência tem se valido de um critério

FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 91-92), dentre outras. 6. Indevida indenização por dano moral, à míngua de efetiva comprovação, eis que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba. 7. Agravo regimental não provido”. (grifamos) (STJ. 2ª Turma. **AgRg no REsp 1.220.911-RS**, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 17/3/2011)

16 SAVI, Sergio. “Responsabilidade civil pela perda de uma chance”. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 65.

17 É o caso, por exemplo, do famoso julgado do programa “Show do Milhão”, no qual foi concedida indenização à participante que perdeu a chance de receber o prêmio de R\$ 1 milhão, por não ter sido oferecida, pela produção do programa, uma opção correta de resposta para a pergunta final. Apesar de a vítima ter menos de 50% de chances de obtenção da vantagem esperada, houve a reparação pelas chances perdidas. (STJ. 4ª Turma. REsp 788459. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 08/11/2005).

18 SILVA, Rafael Peteffi. “Responsabilidade civil pela perda de uma chance”. In: Responsabilidade civil contemporânea: Estudos em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. Coord.: Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha. São Paulo: Editora Atlas. 2011. p. 156.

temporal para a verificação deste requisito. Assim, quanto maior o lapso temporal transcorrido entre o evento danoso e o momento em que as chances perdidas seriam aproveitadas pela vítima, maior é a possibilidade de influência de outras causas externas, o que leva a uma grande abstrativização do dano, diminuindo a seriedade das chances¹⁹.

Partindo desse critério, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul analisou caso em que uma vítima de acidente de trânsito pleiteava indenização pela perda da chance de ter um futuro profissional e pessoal promissor, alegando que, em decorrência das sequelas do acidente, abandonara a faculdade e desfizera seu casamento. O Tribunal afastou a pretensão autoral, por não haver nos autos dados concretos de que, se não fosse o acidente, o autor concluiria o curso superior e manteria um próspero casamento. Assim, como havia meras expectativas subjetivas de concretização desta situação futura, a concessão da indenização seria pautada em juízo especulativo, o que não se admite à luz da aplicação da teoria da perda de uma chance.²⁰

Diante da análise das diversas decisões judiciais que tratam do tema, verifica-se uma grande evolução da jurisprudência brasileira acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Contudo, os Tribunais ainda encontram muita dificuldade na aplicação prática da teoria, principalmente no tocante à classificação das chances perdidas e à quantificação do dano. O presente estudo pretende, portanto, a partir das lições doutrinárias, analisar os equívocos jurisprudenciais mais comuns, elucidando as questões mais tormentosas sobre a reparação pela perda de chances.

3.2. A reparação das chances perdidas como danos materiais e/ou danos morais

Uma das problemáticas encontradas na jurisprudência que trata da perda de uma chance é a definição de sua natureza jurídica, ou melhor, o seu enquadramento na categoria de danos materiais ou extrapatrimoniais.

19 Idem. p. 154.

20 TJRS. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70042095711. Relatora Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout. Julgado em 13/03/2014. No mesmo sentido: TJRS. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70035958719. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 29/09/2011; TJRS. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70048963995. Relator Desembargador Mário Crespo Brum. Julgado em 30/08/2012.

Como anteriormente já afirmado, a teoria da perda de uma chance busca reparar aquele que, diante de uma conduta imputável ao agente ofensor, perdeu a possibilidade de obter uma vantagem futura. Assim, no momento da interrupção do processo aleatório, a chance já se encontra individualizada no patrimônio da vítima, dotada de valor econômico próprio, independentemente da realização do resultado final. Retirada a possibilidade de realização desta chance, nasce para o ofendido a pretensão indenizatória pelos prejuízos dela decorrentes.

Diversos precedentes jurisprudenciais limitam a perda de uma chance à categoria de indenização por danos morais²¹, mesmo em casos

21 Neste sentido é o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que restou consignado expressamente que a perda de uma chance admite apenas a indenização por danos extrapatrimoniais: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE TRANSPORTE. ENTREGA DE DOCUMENTOS FORA DO PRAZO CONTRATADO. Não obstante a especialidade do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia, esta não subsiste em face da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que tem raiz constitucional expressa como garantia fundamental no art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988. Incidentes tais normas no caso dos autos, uma vez que o contrato de transporte de mercadoria firmado entre a autora e a ré caracteriza-se como relação de consumo. Constatada falha na prestação do serviço, a responsabilidade do transportador passa a ser objetiva, nos termos do art. 14 do referido diploma legal, somente podendo ser afastada ante a comprovação de ocorrência de uma das excludentes, que, ausente, impõe o dever de ressarcimento dos prejuízos suportados pela demandante em decorrência de não ter a ré entregue no local e hora estipulada os documentos enviados para participação da autora em processo licitatório. Tal fato não autoriza, contudo, a concessão de indenização no valor do lucro que obteria a demandante se tivesse logrado firmar o contrato objeto do certame. Trata-se a situação dos autos de hipótese de perda de uma chance que, por se relacionar a fato futuro e incerto, admite, apenas, o deferimento de indenização por danos morais que vai fixada conforme a efetiva chance que tinha a vítima de obter êxito no seu intuito, com vista nos elementos contidos nos autos. Indeferido o ressarcimento por danos morais decorrentes do abalo moral que alega ter sofrido a autora, por não haver prova de tal ocorrência e por não ser ela presumível. Inexistente comprovação específica dos prejuízos que teria despendido a demandante com a elaboração da proposta para apresentação no processo licitatório, não há como se deferir a respectiva indenização pretendida. Ação julgada parcialmente procedente. Configurada a hipótese do artigo 70, III do CPC, julga-se procedente a denunciação da lide oferecida pelo réu e também a denunciação oposta pela denunciada ao Instituto de Resseguros do Brasil S/A. APELO PROVIDO EM PARTE”. (TJRS. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70016094211. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Julgado em 30/11/2006). (grifamos). No mesmo sentido: TJSP. 36ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº. 0003478-19.2009.8.26.0481. Relator Desembargor Alexandre Bucci. Julgado em 24/04/2014; TJRJ. 3ª Câmara Cível. Processo nº. 0030482-21.2003.8.19.0001. Relator Desembargador Murilo Andrade de Carvalho. Julgado em 13/01/2005; TJRJ. 14ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 200300119138. Relator Desembargador FERDINALDO DO NASCIMENTO. Julgado em 07/10/2003; TJRS. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70.003.003.845. Relator Desembargador Antonio Correa Palmeiro da Fontoura. Julgado em 29/05/2002.

de manifesta diminuição patrimonial da vítima pela frustração da oportunidade de obter a vantagem esperada. Para Sergio Savi, tais julgados partem do equivocado entendimento de que “a frustração de uma oportunidade séria e real de um incremento no patrimônio de alguém deve ser considerada, exclusivamente, como mais um fator, “um agregador” do dano moral”.²²

Por outro lado, no âmbito doutrinário, os autores que se aprofundaram no estudo do tema concordam que a natureza jurídica das chances perdidas não se limita à esfera do dano moral, sendo plenamente plausível o seu enquadramento como espécie de dano material²³. Assim, quando da aplicação da teoria da perda de uma chance, não há que se limitar a indenização aos danos imateriais suportados pela vítima, devendo ser analisados os prejuízos patrimoniais decorrentes da frustração desta oportunidade.

Neste sentido, foi aprovado o Enunciado n.º. 444 na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em novembro de 2011:

“Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”.

Este entendimento vai ao encontro da posição jurisprudencial consolidada na Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, que admite a possibilidade de cumulação de indenização por danos materiais e danos morais.

Não obstante o grande número de julgados que restringem a perda de uma chance à categoria de danos extrapatrimoniais, uma análise da jurisprudência mais recente indica que os Tribunais vêm absorvendo a posição defendida pela doutrina, com a concessão de indenização por

22 SAVI, Sergio. Op. cit. p. 56

23 SILVA, Rafael Peteffi. SILVA. “Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro”. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013; SAVI, Sergio. “Responsabilidade civil pela perda de uma chance”. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012; CAVALIERI FILHO, Sergio. “Programa de responsabilidade civil”. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014; ROCHA, Nunos Santos. “A perda de uma chance como uma nova espécie de dano”. Editora Almedina, 2011.

danos materiais nos casos em que a frustração de uma oportunidade ensejou diminuição no patrimônio da vítima.²⁴

24 Importante destacar julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que constou expressamente a possibilidade de reparação por danos materiais e morais nos casos de perda de uma chance: “PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. - A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido”. (grifamos) (STJ. 3ª Turma. REsp 1079185. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Publicado em 04/08/2009).

Partindo do mesmo entendimento, são os julgados a seguir transcritos: “APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PERDA DE UMA CHANCE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. A perda de uma chance para ser objeto de reparação deve caracterizar prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado esperado seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. No caso dos autos, não restou demonstrado que a autora restou, efetivamente, impedida de trabalhar na empresa para qual concorria a vaga de emprego em virtude da inscrição indevida. Sentença de parcial procedência mantida. APELOS DESPROVIDOS”. (TJRS. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70055300826. Relator: Giovanni. Julgado em 20/03/2014). (grifamos).

“ACIDENTE DE CONSUMO. COLISÃO ENVOLVENDO ÔNIBUS E CAMINHÃO PARADO EM ACOSTAMENTO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA CHANCE. Trata-se de pleito de indenização pela perda da chance como modalidade de dano a se reparar, cumulada a pretensão de reparação material e compensação moral, derivados de acidente de consumo. No entanto, assevera a doutrina e jurisprudência que a responsabilidade civil pautada na perda da chance é aquela orientada na prova de dano real, atual e certo, que seja hábil a frustração de reais chances de êxito para o exercício de uma determinada atividade ou gozo de um fato, originando danos materiais e/ou morais. Desta forma, como não há prova neste sentido e a inversão “ope legis” do ônus da prova, para a hipótese de acidente de consumo, consoante a regra do art. 14, § 3º do CPDC, apenas milita em prol das alegações naquele particular, falta prova do fato constitutivo do direito do autor - art. 333, I do CPC. Assim, como não há demonstração da perda real das chances de êxito na vida laborativa e recreativa do apelante, não há falar na aplicação da tese. DESPROVIMENTO DO RECURSO”. (TJRJ. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0035583-28.2009.8.19.0066. Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgado em 06/11/2013). (grifamos)

Frise-se, contudo, que o deferimento de indenização por danos materiais em decorrência da perda de uma oportunidade de obter uma vantagem futura depende da constatação da seriedade e realidade das chances perdidas, não sendo admitida reparação de danos meramente hipotéticos. Conforme entendimento jurisprudencial anteriormente mencionado, a necessidade de demonstração da perda de chances sérias e reais é pressuposto inafastável para a concessão de indenização, seja ela a título de danos materiais ou danos morais.

Assim, dependendo do bem jurídico violado em decorrência da perda da chance, de natureza patrimonial ou existencial, poderá ser deferida indenização por danos materiais ou morais à vítima que teve frustrada a oportunidade de obter uma vantagem futura, desde que preenchidos os demais pressupostos da responsabilidade civil.

Superada a discussão acerca da possibilidade de enquadramento da perda de uma chance na categoria de danos patrimoniais, subsiste uma questão: a indenização pelos danos materiais decorrentes da perda da oportunidade é deferida a título de danos emergentes ou lucros cessantes?

De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a perda de uma chance se classifica como uma terceira espécie autônoma de dano²⁵, distinta dos danos emergentes e dos lucros cessan-

No mesmo sentido: TJSP. 35ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº. 0007615-74.2006.8.26.0408. Relator Desembargador José Malerbi. Publicado em 24/02/2014; TJRJ. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0032359-41.2009.8.19.0209. Relator Desembargador CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ. Julgado em 28/03/2014; TJRS. 17ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70055903918. Relator Desembargador Liege Puricelli Pires. Julgado em 12/09/2013; TJMG. 11ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 1.0040.05.037125-7/001. Relator Desembargador Marcelo Rodrigues. Julgado em 03/10/2007.

- 25 RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética – é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por

tes, por considerar como objeto da indenização não o que a vítima efetivamente perdeu ou razoavelmente deixou de lucrar, mas a frustração da oportunidade de obtenção de posição jurídica mais vantajosa.²⁶

A questão ainda é bastante divergente nos Tribunais brasileiros, havendo diversos julgados que qualificam a perda de uma chance como espécie de lucros cessantes.²⁷

condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da “perda de uma chance” devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da “perda de uma chance”, condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (grifamos) (STJ. 4ª Turma. REsp 1190180. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado em 22/11/2010).

- 26 A jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul compartilha deste entendimento: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. RESCISÃO DE CONTRATO E DEVOLUÇÃO DE VALORES. SENTENÇA EXTRA PETITA. A sentença que soluciona o feito nos limites do pedido na peça inicial não constitui decisão extra petita capaz de gerar sua nulidade. LUCROS CESSANTES. PERDA DE UMA CHANCE. O direito à indenização por lucros cessantes não tem por base o lucro imaginário ou hipotético que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito, mas o ressarcimento do que o lesado perdeu ou razoavelmente deixou de ganhar em atividade real e lesão em concreto. A teoria da perda de uma chance busca responsabilizar o causador por um dano diferente daqueles previstos no art. 403 do CC, emergente e lucro cessante, construindo modalidade sui generis pela frustração de uma posição pessoal mais vantajosa que poderia ser alcançada não fosse o ato ilícito do terceiro. (...) (TJRS. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70056447188. Relator: João Moreno Pomar, Julgado em 27/02/2014). No mesmo sentido: TJRS. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70056447188. Relator Desembargador João Moreno Pomar. Julgado em 27/02/2014. TJRS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70051404028. Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 11/09/2013; TJRS. 16ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70032019275. Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 17/12/2009; TJMG. 14ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 1.0024.12.097473-8/001. Relator Desembargador Marco Aurelio Ferenzini. Julgado em 27/03/2014; TJMG. 10ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 1.0024.11.214842-4/001. Relator Desembargador Cabral da Silva. Julgado em 09/07/2013.
- 27 TJRJ. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0010705-71.2004.8.19.0209. Relatora Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Julgado em 26/09/2007; TJMG. 15ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 2.0000.00.510958-4/000. Relator Desembargador José Affonso da Costa Côrtes. Julgado em 01/09/2005; TJRS. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70010982049. Relatora Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 23/03/2005

A doutrina majoritária critica este posicionamento, sustentando que a perda de uma chance e os lucros cessantes são dois conceitos excludentes. Se, de um lado, a reparação pelas chances perdidas é devida quando não for possível estabelecer uma relação de causalidade entre o ato imputável e o dano final, na indenização pelos lucros cessantes, a conduta do agente ofensor é uma condição *sine qua non* para o aparecimento do resultado danoso, restando configurado o nexu causal.²⁸

Assim, se fosse possível estabelecer uma relação de causa e efeito entre ação e o dano final, não seria necessário se socorrer à aplicação da teoria da perda de uma chance, sendo o caso de reparação civil comum.

Ressalte-se, ainda, a posição de Sergio Savi, que enquadra a indenização pela perda de uma chance como uma subcategoria de dano emergente, por entender que as chances já existem no patrimônio do ofendido no momento da interrupção do processo aleatório e, portanto, a sua frustração se encaixa perfeitamente na definição de tudo o que a vítima efetivamente perdeu.

Nas palavras do autor:

“A perda de uma chance, como visto, ao contrário do afirmado por alguns doutrinadores, pode, dependendo do caso concreto, dar origem a duas espécies de danos – patrimoniais e extrapatrimoniais –, cumulados ou não. No primeiro caso, o dano decorrente da perda da chance deve ser considerado, em nosso ordenamento, um dano emergente e não lucro cessante”.²⁹

28 “Como visto ao longo deste livro, se fosse possível produzir esta prova, estaríamos diante de um típico caso de lucro cessante e, por este motivo, o advogado teria que ser condenado ao pagamento de tudo aquilo que o cliente razoavelmente teria direito se o recurso fosse provido (SAVI, Sergio. Op.cit. p. 40).

No mesmo sentido, Rafael Peteffi da Silva: “Em tais casos, a perda de uma chance não é utilizada, tendo em vista a possibilidade da indenização do dano final. Vale lembrar que, nas hipóteses de perda de uma chance, a conduta do réu não é condição necessária para o aparecimento do dano final, mas apenas para a perda da chance de auferir a vantagem esperada”. (SILVA, Rafael Peteffi. Op. cit. p. 225).

29 Este entendimento é compartilhado por Nuno Santos Rocha: “À luz do que foi dito, e considerando a chance como entidade dotada de autonomia que fazia já parte do patrimônio do lesado, a sua destruição só poderá ser juridicamente qualificada como um verdadeiro dano emergente, pois só dessa forma será possível justificar a sua indemnização” (ROCHA, Nuno Santos. Op.cit. p. 71).

A questão do enquadramento da perda de chances nas categorias de danos indenizáveis (danos morais, danos materiais, danos emergentes e lucros cessantes) assume importância em decorrência do seu possível reflexo na quantificação do dano. Independentemente da posição adotada, não se pode confundir a indenização pelas chances perdidas com a reparação do dano final, equívoco muito cometido pelos Tribunais brasileiros.

3.3. Quantificação do dano

A questão referente à quantificação do dano decorrente da frustração de uma chance é bastante tormentosa na jurisprudência brasileira, seja por haver confusão com a indenização pela própria vantagem perdida, seja por não haver critérios objetivos preestabelecidos para a fixação do *quantum debeat*.

Inicialmente, destaque-se que, como não se pode ter certeza acerca da ocorrência do resultado futuro favorável, por se tratar de um processo aleatório, com influência de causas exteriores, não se admite a quantificação da indenização com base no valor da vantagem esperada. Havendo nexos de causalidade apenas entre a conduta do agente e as chances perdidas, somente este prejuízo poderá ser reparado.

Assim, o objeto da indenização é a chance perdida, cujo valor nunca poderá ser equivalente à integralidade do dano final, visto que se está a reparar a probabilidade de um resultado e não o próprio resultado.

No momento da interrupção do processo aleatório, a chance já se encontra no patrimônio da vítima, tendo, portanto, valor econômico objetivamente apreciável. Portanto, para a fixação do *quantum debeat*, é necessário aferir o valor econômico da chance, partindo-se do dano final e fazendo incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.³⁰

A título de exemplo, no caso de perda de prazo recursal por advogado, se o julgamento favorável da demanda traria para a vítima uma vantagem econômica de R\$ 10.000 (dez mil reais), e ela tivesse 30% (trinta por cento) de chance de reverter sentença de improcedência, a indenização pela perda da chance deverá ser de R\$ 3.000 (três mil reais).³¹

30 SAVI, Sergio. Op. cit. p. 68.

31 SILVA, Rafael Peteffi. “Responsabilidade civil contemporânea”. Op. cit. p.157.

Importante frisar que, apesar de a indenização pelas chances perdidas ser calculada em função do dano final, não há que se falar em exceção ao princípio da reparação integral do dano, previsto no artigo 944 do Código Civil. Sendo a chance perdida um dano autônomo, a sua indenização será *in totum*, abrangendo todos os prejuízos dela decorrentes. Apenas não haverá reparação pelo dano final, em virtude de sua natureza hipotética.

Apesar do grande número de julgados que, no momento da quantificação do dano, confundem a indenização pela perda da chance com o valor total da vantagem esperada³², a jurisprudência brasileira vem gradativamente se conformando com o entendimento doutrinário, através da limitação do *quantum debeatur* ao valor da chance perdida.³³

32 “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. MANDATO. DECISIVA CONTRIBUIÇÃO PARA O INSUCESSO EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória. Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do CCB/1916. APELO DESPROVIDO (TJRS. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº. 70005473061. Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgado em 10/12/2003).

33 “Ação de indenização - Eleição ao cargo de vereador - Duplicidade de candidatos com o mesmo nome e filiados ao mesmo partido político - Notícia da cassação da candidatura de um deles veiculada em rádio - Confusão entre os dois - Não eleição por poucos votos do candidato que na verdade não teve sua candidatura cassada - Danos morais - Caracterização - Quantum indenizatório - Alegação de caracterização de danos materiais decorrentes da não eleição - Perda da chance - Possibilidade de indenizar em virtude da perda da chance de ser eleito em virtude da conduta ilícita de outrem - Impossibilidade de ressarcimento pelos gastos da campanha, visto que patrocinada por doações de terceiros - Direito da vítima de receber os proventos referentes ao cargo que era candidata de forma proporcional à probabilidade de eleição. - A cassação de uma candidatura ocorre quando o aspirante ao cargo político pratica ato contrário à legislação eleitoral, ou seja, ato ilícito. - Se emissora de rádio, erroneamente, noticia que a candidatura de aspirante ao cargo de vereador foi cassada, sendo que, na verdade, a campanha cassada foi de outro que possui o mesmo prenome e é filiado ao mesmo partido político, possibilitou que a população da região atribuisse ao primeiro a prática de conduta ilícita, causando-lhe constrangimento que pode ser caracterizado como dano moral. - O valor da indenização deve ser fixado de forma razoável, de modo a evitar enriquecimento indevido. - Apesar de a eleição de uma pessoa não ser fato certo, ela pode buscar indenização pelos danos materiais que alega ter sofrido em razão da não concretização deste fato, com fundamento na perda da chance de ser eleita em função da conduta ilícita de outrem. - Só se é possível falar em indenização com fundamento na perda da chance se a parte apresenta elementos que demonstram, de forma objetiva, a grande probabilidade de ocorrência do

Um bom exemplo é o emblemático caso do “Show do Milhão”, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, responsável pela popularização da teoria no Brasil³⁴. Tratava-se de um programa de perguntas e respostas em que, a cada resposta correta, o participante ia acumulando uma certa quantia em dinheiro, até atingir o valor total de um milhão de reais, sendo que, no caso de erro, perdia toda a quantia já conquistada.

Na situação concreta apreciada pelo STJ, uma participante chegou à última pergunta do programa, cujo prêmio é de um milhão de reais, mas deixou de respondê-la por entender que não havia sido oferecida pela produção do programa uma opção correta de resposta. Assim, em virtude da desistência, recebeu o prêmio intermediário de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Posteriormente, ajuizou ação de reparação de danos pela perda de uma chance de ganhar um milhão de reais, em decorrência da má formulação da pergunta final. A sentença de 1º grau, mantida pelo Tribunal de Justiça da Bahia, julgou procedente a ação, fixando o valor da indenização em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), quantia equivalente ao que a autora receberia se tivesse sido oferecida uma opção correta de resposta e ela tivesse respondido acertadamente.

evento, que não se concretizou apenas em razão da conduta ilícita praticada. - O candidato só pode ser ressarcido pelos gastos da campanha se estes foram feitos com recursos próprios. - O candidato que perdeu a chance de ser eleito tem direito ao recebimento dos proventos que deixou de perceber, mas de forma proporcional à probabilidade de sua eleição”. (grifamos) (TJMG. Apelação Cível nº. 4545908-21.2000.8.13.0000. 9ª Câmara Cível. Relator Desembargador Pedro Bernardes. Julgamento em 19/04/2005).

No mesmo sentido: TJSP. 11ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº. 7219871900. Relator Desembargador Moura Ribeiro. Julgado em 27/11/2008; TJRS. 11ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70052467289. Relator Desembargador Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. Julgado em 19/03/2014; TJPR 10ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0502092-6. Relator Desembargador Ronald Schulman. Julgado em 21/08/2008.

- 34 STJ. 4ª Turma. REsp 788459. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 08/11/2005. Importante transcrever trechos do voto do relator: “Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, **pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva – do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.** (...) A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens – reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida”. (grifamos)

A questão foi submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, que deu parcial provimento ao Recurso Especial n.º 788.459, apenas para reduzir o *quantum debeat*. Na hipótese, o Tribunal entendeu que, em se tratando de responsabilidade pela perda de uma chance, o valor da indenização deferida nunca poderia ser equivalente ao valor da vantagem final esperada pela autora.

Para a correta quantificação do dano, a Corte partiu para uma análise estatística, buscando o percentual de probabilidade de acerto da autora caso a pergunta tivesse sido formulada corretamente. Considerando que havia quatro alternativas de resposta para cada pergunta formulada no programa, a probabilidade objetiva de acerto é de 25% (vinte e cinco por cento). Assim, fazendo incidir este percentual sobre o valor total da vantagem esperada pela vítima, o STJ fixou a indenização em R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Conclui-se, portanto, que, diante da incerteza da obtenção da vantagem esperada pela vítima, por se tratar de um processo aleatório, e não havendo nexos causal certo e direto entre a conduta e o dano final, o *quantum debeat* da indenização pela perda de uma chance deverá sempre levar em consideração o valor econômico desta chance que se perdeu, não se confundindo com o valor do resultado final favorável esperado pela vítima.

4. Conclusão

A teoria da perda de uma chance encontrou terreno fértil para desenvolvimento no Brasil, principalmente após a mudança de paradigma da responsabilidade civil, com a adoção de um modelo solidarista, influenciado pelos princípios previstos na Constituição Federal de 1988.

Apesar do tímido desenvolvimento inicial da teoria, a matéria hoje se encontra bastante difundida no cenário jurídico brasileiro, havendo valiosos trabalhos doutrinários específicos sobre o tema, além de inúmeras decisões judiciais que analisaram casos de indenização pelas oportunidades perdidas.

Por ser um tema ainda recente no Direito brasileiro, carece de maturação e aprofundamento. Algumas questões práticas e equívocos conceituais constituem óbice para a correta aplicação da teoria pelos Tribunais brasilei-

ros, como a categorização da perda de uma chance como mero “agregador de dano moral” e a questão referente à quantificação dos danos.

Não obstante, a jurisprudência teve considerável grau de evolução em relação à matéria nas últimas décadas, principalmente após a popularização da teoria no Brasil. Já se encontra pacificada a questão referente aos pressupostos de sua aplicação, somente sendo admitida a indenização pela perda de uma chance quando restar demonstrada a seriedade e realidade da oportunidade perdida. Assim, satisfeito está o requisito da certeza do dano, afastando-se a reparação por meros danos hipotéticos.

Foi absorvida também a ideia de que o objeto da indenização são as chances perdidas, devendo ser configurado o nexo de causalidade entre a conduta do agente ofensor e a frustração da possibilidade de a vítima obter uma vantagem futura. Desta forma, a jurisprudência vem se inclinando para quantificar o dano de acordo com o valor econômico da chance frustrada, equivalente à probabilidade de obtenção do resultado favorável.

Há, contudo, um longo caminho para o desenvolvimento e para a concretização da teoria da perda de uma chance no Brasil, o que dependerá de um maior debate doutrinário, com foco nas peculiaridades do sistema brasileiro de responsabilidade civil, e da absorção da correta aplicação da teoria pela jurisprudência.

Referências bibliográficas

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. vol. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

GONDIN, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance*. Revista dos Tribunais. vol. 840, ano 94, outubro de 2005.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: Presunções, Perda de uma Chance, Cargas Probatórias Dinâmicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. vol. V, tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, He-loisa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Responsabilidade civil por perdas de chances. *Revista de Direito Privado*. vol. 23, julho 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012.

ROCHA, Nunos Santos. *A perda de uma chance como uma nova espécie de dano*. Editora Almedina, 2011.

SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. vol. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

_____. “Responsabilidade civil pela perda de uma chance”. In: *Responsabilidade civil contemporânea: estudos em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha (Coord.). São Paulo: Editora Atlas, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. “Notas sobre o nexos de causalidade”. In: *Temas de Direito Civil*. tomo II. Gustavo Tepedino (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O dano moral coletivo e a proteção às coletividades no contexto do Estado Democrático de Direito

Paulo Braga Neder¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Dano moral na tutela individual e o dano moral sofrido por pessoa jurídica; 3 – O dano moral coletivo por ofensa a valores de uma coletividade; 4 – Dano moral coletivo como instituto de natureza *sui generis* e de finalidade eminentemente punitiva; 5 – Danos morais coletivos decorrentes de violação a direitos da personalidade dos indivíduos. A tristeza coletiva; 6 – Os agrupamentos sociais e sua efetiva proteção na ordem constitucional; 7 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O fenômeno da sociedade de massa, com crescente aumento da complexidade nas relações sociais ao longo do século XX, teve consequências no campo do direito, que foi paulatinamente desenvolvendo maneiras de melhor tutelar interesses cujas características relativizavam a tradicional dicotomia interesses públicos/privados, usualmente utilizada em sede doutrinária². Estes interesses, que transcendem ao âmbito meramente individual e não são passíveis de apropriação singular e que,

1 Procurador do Estado de São Paulo e mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo.

2 Sobre a relação entre os interesses metaindividuais e a dicotomia “público – privado” vide, dentre outros, Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO. *Interesses Difusos. Conceito e legitimidade para agir*. São Paulo: revista dos Tribunais. 2011. p. 47 e seg.)

ao mesmo tempo, não se confundem com o interesse público, receberam o nome de metaindividuais ou transindividuais, justamente por dizerem respeito a todo um grupo de pessoas.^{3 4}

Os direitos afetos à coletividade e de interesse desta passam compor o núcleo cuja proteção é dever do Estado, dada sua essencial relevância para o ser humano sob diversos aspectos, incluída a própria sobrevivência, como no caso do meio ambiente. Na sociedade atual, caracterizada pela produção e consumo intensos e massificados, o impacto da atuação humana sobre o meio é significativo. A necessidade de proteção ambiental é considerada direito fundamental e humano⁵, pertencente não apenas às atuais como também às futuras gerações, estando ligada, até mesmo, à necessidade de manutenção das condições de sobrevivência da raça humana.

Da mesma forma, a preservação do patrimônio histórico e cultural, das tradições e do conhecimento são essenciais objetivos do atual Estado de Direito. Some-se a isso a tutela do patrimônio público em sentido amplo, do erário e até mesmo da moralidade na administração e gestão da coisa pública, além de inúmeros outros interesses que, relevantes para a coletividade, não podem ser afastados da esfera de proteção jurisdicional no contexto atual. Por serem valores de grande relevância em nossa sociedade, foram abraçados pelo ordenamento jurídico a nível legal e constitucional e elencados como de especial importância no ordenamento constitucional, com o conseqüente reconhecimento da necessidade de sua proteção pelo Estado no exercício de suas funções, incluída a jurisdicional.

3 COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: *Quartier Latin*. 2009. Pág 45.

4 A doutrina observa que os interesses metaindividuais sempre existiram, remontando às antigas civilizações. São novidades sua tutela e proteção através da jurisdição, característica de vários ordenamentos modernos, inclusive o brasileiro. Nesse sentido, dentre outros: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3. ed. 2013. p. 31 e seg. O autor aponta que, já em Roma, a ação popular, exercida pelo cidadão romano, funcionava como mecanismo de defesa de interesses de natureza coletiva em sentido lato, tendo esta caráter predominantemente penal (p. 39 e seg).

5 Sobre a inclusão do direito ambiental ao rol dos direitos humanos vide, entre inúmeros outros: SILVA: José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009. 7. ed. e ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2012. 14. ed.

Foram editadas, assim, várias Leis com desiderato de possibilitar a proteção dos direitos supraindividuais. Destacam-se dentre outros Diplomas, dado seu papel protagonista, a Lei de Ação Popular (nº 4.717/65), a Lei de Civil Pública (nº 7.347/5), a Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/92) e o Código de Defesa do Consumidor (nº 8.078/90). Este último teve por inegável mérito a sistematização e conceituação dos interesses metaindividuais, classificando-os em difusos⁶, coletivos em sentido estrito⁷ e individuais homogêneos.

Neste contexto, a questão referente à possibilidade de configuração dos chamados danos morais coletivos tem ganhado importância. Sua existência tem sido admitida em sede de doutrina e jurisprudência, ao fundamento de que determinadas condutas lesivas a direitos e interesses transindividuais se traduziriam num prejuízo imaterial à coletividade, ou seja, de que haveria um prejuízo moral causado não a pessoas, mas a grupos, classes, ou categorias de indivíduos⁸.

Em firme crítica à admissão da existência dos danos morais transindividuais, posicionam-se doutrinadores que repudiam tal possibilidade, ao fundamento de que a lesão extrapatrimonial (ou de natureza moral)

6 Esta linha, Ricardo de Barros Leonel afirma sobre os interesses difusos que “sua titularidade é de pessoas indeterminadas e indetermináveis, que não podem ser indicadas precisamente; são unidas por uma simples circunstância de fato ou contingencial extremamente mutável, o fato de residirem em determinado local ou região; o objeto do seu interesse é indivisível, pois não se pode repartir o proveito, e tampouco o prejuízo, visto que a lesão atinge a todos indiscriminadamente, assim como a preservação a todos aproveita; não há vínculo jurídico preciso entre os titulares” (*Manual do Processo Coletivo*. 3. ed. Op. Cit. p. 93).

7 Os interesses coletivos em sentido estrito, que também são também caracterizados pela indivisibilidade, distinguem-se da categoria anterior pela existência de vínculo jurídico entre os titulares ou entre estes e a parte contrária. Luiz Wambier explica que os interesses coletivos em sentido estrito são mais facilmente identificáveis que os interesses difusos, já que “enquanto nestes a titularidade se perde na indefinição subjetiva, naqueles há condições perfeitas de se identificarem os titulares, em razão do necessário vínculo associativo ou corporativo que os prende”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da sentença civil – Individual e Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed. 2009. p. 255).

8 À guisa de exemplo na jurisprudência, trazemos julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

0236786-50.2009.8.26.0000 *Apelação*
Relator(a): *Manoel Justino Bezerra Filho*
Comarca: *Ribeirão Preto*
Órgão julgador: *35ª Câmara de Direito Privado*
Data do julgamento: *17/10/2011*
Data de registro: *18/10/2011*
Outros números: *9870225700*

somente pode ser referente ao indivíduo e a seus direitos da personalidade, sendo incabível sua dimensionalização coletiva.

Nesse sentido, Teori Albino Zavasky afirma a impossibilidade da ocorrência de danos morais coletivos, sustentando que:

“não há dúvida que a lesão a um direito de natureza difusa, como, por exemplo, um dano ao meio ambiente natural ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral. Assim, a destruição de um conjunto florestal plantado por antepassado de determinado indivíduo, para quem as plantas teriam, por esta razão, grande valor afetivo, certamente pode ensejar a configuração de duplo dano: ambiental e moral. Da mesma forma, a destruição de um patrimônio artístico ou cultural ou a ofensa a outros direitos transindividuais são eventos que, teoricamente, podem desencadear danos de diversa natureza, inclusive moral. Todavia, isso não significa que o dano moral, ele próprio, nesses casos, assumam natureza transindividual. Com efeito, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]. Assim, não se mostra compatível com dano moral a ideia de transindividualidade (= da indeterminabilidade individual do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão e do lesado⁹”.

Em vista das contrastantes posições sobre o tema, este trabalho, dentro de suas limitações, busca examinar a questão da possibilidade de admissão da existência do dano moral coletivo no ordenamento brasileiro, bem como, em caso positivo, quais são as circunstâncias que ensejam sua ocorrência.

2. Dano moral na tutela individual e o dano moral sofrido por pessoa jurídica

A Constituição da República de 1988 veio a reconhecer de forma expressa a plena indenizabilidade do dano na esfera civil, ainda que ex-

⁹ ZAVASKY, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5. ed. 2005. p. 41.

clusivamente moral.¹⁰ A responsabilidade civil por dano moral ocorre em situações em que, pela prática de ato ilícito contratual ou extracontratual, gera-se no sujeito vitimado situação causadora de transtorno de ordem psíquica, a exemplo de dor, vexame, humilhação ou outro sentimento atentatório à dignidade humana.

Na obra de Sílvio Rodrigues, em que este se ampara parcialmente na definição cunhada por Wilson Melo da Silva, encontramos que os danos morais consistem “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”. Prossegue o ilustre civilista afirmando que dano extrapatrimonial “é a dor, a mágoa, a tristeza injustamente infligida a outrem”¹¹.

De forma a ampliar a perspectiva subjetivista dos danos morais, que condiciona o reconhecimento dos danos morais somente a situações em que se verifica efetivo sofrimento por parte do indivíduo lesado, a doutrina civilista passou também a considerar possível a configuração dano moral ainda quando não se constate o sofrimento do indivíduo, mas se verifique alguma violação sensível a direitos da personalidade de que este é titular¹². Esta orientação foi reforçada pela Constituição de

10 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

11 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Volume 4 – Responsabilidade civil*. São Paulo, Saraiva. 19. ed. 2002. p. 189/190.

12 Neste contexto, Arnaldo Wald e Bruno Giancoli manifestam posição de que “nessa nova perspectiva, o dano extrapatrimonial não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima, que pode sofrer ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame ou sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, mas não causas. Com essa ideia abre-se espaço para o reconhecimento do dano extrapatrimonial em relação a várias situações nas quais as vítimas não têm consciência do efeito da lesão, como se dá, por exemplo, com os incapazes em geral” (WALD, Arnaldo; GIANCOLI, Bruno Pandori. *Direito Civil. Vol. 7. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 94.)

1988, que garantiu especial proteção aos direitos inerentes à pessoa humana, aí incluídos o nome, a honra, a intimidade, privacidade, liberdade e outros mais.¹³

Esta corrente de pensamento possibilitou o reconhecimento da configuração do dano moral (e conseqüentemente sua indenizabilidade) em favor das pessoas jurídicas, tese que atualmente encontra grande aceitação em sede jurisprudencial¹⁴ e doutrinária.

Com efeito, muito embora a pessoa jurídica seja impassível de experimentar sentimentos próprios da personalidade humana, como dor, vexame e humilhação, é certo que possui atributos inerentes à personalidade que lhe são concedidas pelo sistema jurídico constitucional e legal¹⁵, dentre os quais se pode incluir, com alguma segurança, a imagem e o nome. Estes atributos, conferidos à pessoa jurídica por força da legislação pertinente, gozam de proteção constitucional¹⁶. Assim, a ofensa direcionada à pessoa jurídica, capaz ao mesmo tempo de abalar sua imagem e reputação e causar-lhe dano patrimonial, como o abalo de crédito e a perda de oportunidades negociais, ensejaria responsabilidade civil por danos materiais (patrimoniais) e morais¹⁷, de forma cumulada.

13 Sérgio Cavalieri Filho considera que “após a Constituição de 1988 a noção de dano moral não mais se restringe a dor, sofrimento, tristeza, etc., como se depreende do seu art. 5, X, ao estender a sua abrangência a qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa física ou jurídica, com vista a resguardar sua credibilidade e respeitabilidade”. (CAVALIERI FILHO. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros. 6. ed. 2005. p. 119). Defendendo posição semelhante, em obra sobre o tema, também Humberto Theodoro Júnior sustenta que “hoje, então, está assentada a ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima. Há de indenizar o ofendido todo aquele que cause um mal injusto a outrem, pouco importando a natureza da lesão”. (THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Dano Moral*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 5. ed. 2007. p. 5 e 6).

14 STJ Súmula nº 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.” DJ 20.10.1999.

15 Vale lembrar que o art. 52 do Código Civil de 2002 dispõe que “*aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção aos direitos da personalidade*”.

16 Bem por isso, preceitua Carlos Roberto Gonçalves que a pessoa jurídica tem aptidão para sofrer dano moral decorrente de violação a sua honra objetiva. “Malgrado não tenha direito à reparação do dano moral subjetivo, por não possuir capacidade afetiva, poderá sofrer dano moral objetivo, por ter atributos sujeitos à valoração extrapatrimonial da sociedade, como o conceito e o bom nome, o crédito, a probidade comercial, a boa reputação etc.” (GONÇALVES. Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva. 11. ed. 2009. p. 614/615). No mesmo sentido, como visto, Sérgio Cavalieri Filho. Op. cit. p. 119.

17 No sentido da possibilidade de cumulação: Sérgio Cavalieri Filho. Op. cit. p. 99 e Carlos Roberto Gonçalves. Op. cit. p. 615.

Parte da corrente doutrinária que admite a configuração de danos morais em desfavor das pessoas jurídicas, inclusive, sequer vincula a ocorrência do prejuízo extrapatrimonial ao aspecto econômico decorrente do prejuízo causado pela ofensa direcionada. Bastaria, assim, a ocorrência de um prejuízo ao nome ou imagem da pessoa não natural, independentemente de ser afetado seu crédito ou sua visibilidade no aspecto negocial. Partindo-se da premissa de que a Constituição da República conferiu também proteção aos direitos inerentes à personalidade jurídica concedida a estas pessoas, admite-se que, uma vez constatada a violação destes, conclua-se pela configuração dos danos morais¹⁸.

Este mesmo raciocínio, aliás, permite o reconhecimento da ocorrência de danos de ordem moral independentemente da condição subjetiva do indivíduo, tornando sujeito passivo de sofrer tais danos aquele que, por alguma patologia psíquica, não é capaz de sequer entender a ofensa injusta que lhe é dirigida¹⁹.

Do exposto, conclui-se que, inobstante a divergência de notórios estudiosos²⁰, em geral se tem admitido a ocorrência do dano de ordem

18 Irreparável, no ponto, a lição de Rui Stoco, cuja transcrição não poderia ser subtraída: “a Constituição Federal, ao garantir indenização por dano moral, não fez qualquer distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, não se podendo deslembrar da parêmia de que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir. E mais, deixou a Carta Magna palmar no art. 5, V e X que a ofensa moral está intimamente ligada às agressões e danos causados à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas e outras hipóteses. Não se pode negar que a honra e a imagem estão intimamente ligadas ao bom nome das pessoas (sejam físicas ou jurídicas), ao conceito que projetam exteriormente. Do que se conclui que não se protegeu apenas a dor ou os danos da alma” (STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7. ed. p. 1.766.).

19 Muito embora fundado em premissas diversas, Antônio Jeová Santos afirma que “os seres mais insensíveis, ou a criança, um louco ou um demente, incapazes de entender e compreender a dor espiritual que os afeta não estão excluídos da possibilidade de sofrerem dano moral. Mesmo na ausência de sensibilidade e compreensão, há lugar para configuração do desvalor da ação” (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed. 2003. p. 98). Também nesse sentido Wald e Giancoli, em trecho supratranscrito. Advertimos que esta orientação, especificamente no que se refere a pessoas portadoras de patologias de ordem psíquica, nos parece minoritária na doutrina, sendo inúmeros os autores que refutam a possibilidade de estas pessoas sofrerem danos morais. O próprio Antônio Jeová sustenta que muito embora não haja necessidade de compreensão da dor, o incapaz deve ser “afetado” para que se configurem os danos morais.

20 Por exemplo, José Dias de Aguiar, em obra que é referência em matéria de responsabilidade civil, afirma que o abalo de crédito (protesto ilícito, por exemplo), a princípio gera tão somente um dano patrimonial ao comerciante (pessoa física ou jurídica), que sofre limitações em suas possibilidades mercantis. Para ele, o dano moral haverá apenas em casos em que, por conta do abalo de crédito, o comerciante venha a sofrer um abalo psicológico,

moral independente do efetivo sofrimento psicológico do indivíduo lesado, em hipóteses em que o ato ilícito ou antijurídico resulta num dano a um direito da personalidade cuja proteção é assegurada no plano constitucional. Este raciocínio possibilita que se reconheça a ocorrência de dano moral em favor de pessoas jurídicas e de indivíduos que, por serem portadores de enfermidades, não tenham condições de entender o caráter deletério da ofensa contra eles direcionada.

Esta desvinculação entre sofrimento psicológico e configuração do dano moral é efetivamente relevante, como abordaremos adiante, quando se analisa a possibilidade de ocorrência do dano moral coletivo sofrido por agrupamentos de indivíduos.

3. O dano moral coletivo por ofensa a valores de uma coletividade

Conforme anteriormente exposto, concomitantemente ao crescimento da importância da tutela dos interesses metaindividuais no ordenamento brasileiro, instaurou-se celeuma doutrinário relativo à existência dos chamados danos morais coletivos.

Em favor da tese que advoga a possibilidade de configuração dos danos morais de natureza coletiva, argumenta-se, primeiramente que a própria Lei que regulamenta a Ação Civil Pública teria previsto a possibilidade de reparação por danos materiais e morais por violação aos bens jurídicos metaindividuais previstos no art. 1º do Diploma²¹.

consubstanciado num desgosto profissional e até mesmo numa humilhação. Muito embora reconheça que a injusta restrição de crédito possivelmente causará um transtorno psicológico num homem comum que exerça a atividade mercantil, o autor é veemente ao separar as esferas, entendendo que a restrição ao mesmo o abalo ao nome da empresa ou do comerciante na praça geram, a princípio, danos patrimoniais. (DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 11. ed. 2006. p.1.006/1.008

21 Art. 1º *Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).*

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; *(Incluído pela Lei nº 8.078, de 1990)*

V - por infração da ordem econômica; *(Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011)*

VI - à ordem urbanística; *(Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)*

Na doutrina ambientalista, José Rubens Morato Leite, exemplifica situação em que, a seu aviso, estariam configurados os danos morais coletivos:

“instalou-se na região uma indústria poluidora que veio a causar prejuízos à qualidade do meio ambiente, afetando os valores imateriais e materiais de uma coletividade indeterminada, tais como sossego, o ar puro, a saúde dos seus habitantes, e vários elementos fundamentais ao desenvolvimento de todos. A coletividade tem direito de resposta por meio do Poder Judiciário, obrigando o poluidor a reparar os danos morais e materiais sofridos, visando a manter a qualidade de vida e buscando a consecução do direito ambiental do direito fundamental ao meio ambiente²²”.

Também na visão de Xisto Tiago de Medeiros Neto o dano moral coletivo:

“corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses difusos ou direitos titularizados pela coletividade (considerada como um todo ou em qualquer de suas expressões – grupos, classes ou categoriais de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade²³”²⁴.

Observa-se, pois, que dentro desta concepção, os danos morais coletivos seriam considerados existentes em situações em que se restam ofendidos direitos extrapatrimoniais da coletividade (ou de determinado agrupamento de indivíduos), consistentes em valores e bens de natureza imaterial que lhes seriam necessários ou mesmo caros²⁵. Esta é a posição adotada em boa parte dos julgados sobre o tema:

22 LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2003. p. 197.

23 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo: LTr. 2. ed. 2007. p. 137.

24 Semelhante orientação é encontrada na doutrina trabalhista. “Dano moral coletivo é a lesão aos valores culturais de uma sociedade ou a agressão aos valores extrapatrimoniais de uma certa comunidade, como ocorre, por exemplo, com a ofensa aos valores e credos de uma determinada religião e a discriminação de determinada coletividade” (BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho. Identificação e composição dos danos morais trabalhistas*. Rio de Janeiro: Renovar. 3. ed. 2007. p. 165).

25 Nesta linha, Carlos Alberto Bittar Filho considera que “quando se fala em dano moral coletivo, está se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto material” (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. In: Revista do Direito do Consumidor, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 55).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. DANO PATRIMONIAL E DANO MORAL COLETIVO. REPARAÇÃO. PROCEDÊNCIA. 1. A responsabilidade pelos atos que desrespeitam as normas ambientais é objetiva, não perquirindo quanto à culpa (Lei nº 6.938/81). Portanto, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais (morais) causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. 2. O meio ambiente goza de proteção constitucional, ex-vi do art. 225, III e § 3º, da Constituição Federal e legislação inferior, a efetividade da proteção ao meio ambiente, de interesse da coletividade, só é alcançada apenando-se o causador do dano. Assim, em sendo o evento danoso incontroverso, decorrente de degradação ambiental consistente em poluição atmosférica e do solo, como no caso dos autos, a consequência é a procedência do pedido. 3. O advento do novel ordenamento constitucional – no que concerne à proteção ao dano moral – possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade. O meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli*. Dessa forma, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando lesão ao patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido, ensejando a reparação moral ambiental causada a coletividade, ou seja, os moradores daquela comunidade. 4. Sentença reformada. Condenação da requerida/apelada a recuperar e compensar os danos ambientais, socioeconômicos e à saúde pública, bem como em dano moral coletivo. Apelo conhecido e provido (TJGO. 5ª Turma Julgadora da 3ª Câmara Cível – votação unânime. Apelação Cível nº 108156-4/188 (200700552663). Comarca de Itumbiara. Relator Juiz G. Leandro S. Crispim. Julgado em 28 de junho de 2007)".

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. FUNASA. COMUNIDADE INDÍGENA. FORNECIMENTO DE ÁGUA. RESPONSABILIDADE DO ÓRGÃO FEDERAL. INTERESSE DE AGIR. DANOS MORAIS COLETIVOS. MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO. 1. A par da intermitência no fornecimento de água potável, o qual somente restou regularizado em 12/2009, há contestação de mérito da FUNASA restando plenamente caracterizada a resistência à pretensão e, consequentemen-

te, o interesse em promover a ação. 2. A Fundação Nacional de Saúde - FUNASA era responsável, nos termos do art. 2º do seu Estatuto, constante do Anexo I do Decreto nº 4.727/2003, vigente à época do ajuizamento da ação, em promover a inclusão social por meio de ações de saneamento para prevenção e controle de doenças. 3. O nexo entre a omissão da FUNASA e o dano moral coletivo restou comprovado pelos depoimentos testemunhais. 4. Considerando que 44 famílias sofreram durante oito meses com o descaso da ré, o valor fixado a título de indenização pelos danos morais causados à coletividade deve ser mantido. [...] (TRF4, APELREEX 5025999-72.2011.404.7100, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Jorge Antonio Maurique, D.E. 20/06/2012)”

Parece-nos, todavia – e aqui já pedindo *venia* aos ilustres doutrinadores supracitados – que esta perspectiva, ao associar o dano moral coletivo à ocorrência de lesão a valores de uma coletividade ou à depreciação de uma qualidade do meio em que esta está inclusa, considera como dano moral aquilo que já é objeto de proteção através da noção de patrimônio ambiental em suas várias vertentes. E assim porque esta concepção (de patrimônio ambiental), ao que nos parece, é suficientemente ampla para englobar os bens e valores culturais que possam ser relativos a determinado grupo social, além de qualidades do meio em que este vive, como pureza do ar, sossego, qualidade da água etc.

O art. 3º da Lei nº 6.938/81 (instituidora do Sistema Nacional de Proteção ao Meio Ambiente – SISNAMA), define o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Édis Milaré, debruçando-se sobre a questão, ensina que o patrimônio ambiental nacional é dividido (tripartido) em natural, cultural e artificial²⁶. A proteção do bem ambiental, no que se refere a danos aferíveis monetariamente ou não, está incluída na noção de patrimônio ambiental no aspecto natural²⁷.

26 MILARÉ, Édis. *Direito do Meio Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5. ed. 2007. p. 201.

27 Neste mesmo sentido, Marcelo Abelha Rodrigues e Rodrigo Klippel entendem que a expressão “dano moral” utilizada na Lei de Ação Civil Pública (incluída pela Lei 8.884/94)

Sobre o meio ambiente cultural, novamente trazemos à colação o magistério de Édis Milaré, que considera que:

“sob a denominação ‘Patrimônio Cultural’, a atual Constituição abraçou os mais modernos conceitos científicos sobre a matéria. Assim, o patrimônio cultural é brasileiro e não regional ou municipal, incluindo bens tangíveis (edifícios, obras de arte) e intangíveis (conhecimentos técnicos), considerados individualmente e em conjunto; não se trata somente daqueles eruditos ou excepcionais, pois basta que tais bens sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira”^{28 29}.

Assim, diante da amplitude da concepção atual do patrimônio ambiental em seu aspecto material (que incluiu as vertentes natural, artificial e cultural), eventual agressão a bens e valores culturais de uma coletividade seria tutelada mediante a imposição de indenização por violação ao patrimônio ambiental em sua vertente cultural. Da mesma forma, qualidades como sossego, pureza do ar e água ou mesmo degradações ambientais diversas encontram-se inseridos no conceito de patrimônio ambiental em sua vertente natural, por consistirem em qualidades do meio em que vivem os indivíduos.

Nesse contexto, não nos parece seja possível concluir pela existência dos danos morais coletivos em decorrência de depreciações causadas a bens e valores materiais ou imateriais da coletividade, ainda que isto venha a causar prejuízos à qualidade de vida dos indivíduos, uma vez que tais ofensas a interesses metaindividuais são protegidos e tutelados pela noção de patrimônio ambiental no aspecto material. Este patrimônio ambiental é protegido pelo processo coletivo e, quando verificado

revela somente o desejo do legislador de tutelar danos causados a interesses difusos e coletivos que eventualmente não tenham equivalência monetária, como o caso do meio ambiente (RODRIGUES, Marcelo Abelha. KLIPPEL, Rodrigo. *Comentários à Tutela Coletiva*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009. p. 8).

28 Op. cit., p. 252.

29 Também Hugo Nigro Mazzilli considera que incluem não só “a interação do homem com o ambiente, o que compreende não só o urbanismo, o zoneamento, o paisagismo e os monumentos históricos, mas também os demais bens e valores artísticos, estéticos, paisagísticos, históricos, arqueológicos etc.) neste último incluído o próprio meio ambiente do trabalho (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Defesa dos interesses difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva. 23. ed. 2009. p. 154/155).

dano ao mesmo, é consequente a imposição de indenização com base no art. 13 da LACP³⁰.

Se efetivamente existem os danos morais sofridos pela coletividade, a permitir a imposição ao ofensor de indenização suplementar, parece-nos imprescindível que tenha natureza e fundamento diversos dos danos causados ao patrimônio ambiental como ordinariamente concebido ou a outros interesses difusos que usualmente ensejam fixação de indenização revertida ao Fundo de Defesa dos Interesses Difusos por força de Lei.

4. Dano moral coletivo como instituto de natureza sui generis e de finalidade eminentemente punitiva

Na defesa da possibilidade de configuração dos danos morais coletivos, argumenta-se também que o mesmo teria finalidade punitiva, razão pela qual sua existência consistiria num *plus* na tutela dos direitos metaindividuais. Seria possível, portanto, sem que se incorresse em *bis in idem*, a imposição de indenização ao ofensor por, simultaneamente, lesar o interesse coletivo e causar danos morais coletivos.

No ponto, Leonardo Roscoe Bessa, em artigo sobre o tema, conclui que:

“o dano moral coletivo pouco tem a ver com o dano individual. [...] A condenação por dano moral coletivo é sanção pecuniária por violação a direitos coletivos ou difusos. O valor imposto pelo juiz é destinado ao fundo criado pelo art. 13 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). O caráter da condenação é exclusivamente punitivo. Não se objetiva a reparação de dano material, embora seja possível (recomendável) cumular os pedidos reparatório e condenatório por dano moral coletivo³¹.”

Não vemos como aderir a essa linha de argumentação, também aqui pedindo *venia* a seus ilustres defensores. Muito embora seja amplamente aceito que a gravidade da conduta e o desestímulo à prática semelhante

30 Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

31 BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano Moral Coletivo*. In: Revista de Direito do Consumidor n. 59. Ano 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 107/108.

por parte do ofensor sejam parâmetros para fixação do *quantum* da indenização por danos morais, não há previsão no sistema jurídico brasileiro para que a imposição de indenização (cuja natureza é de direito civil) tenha finalidade apenas sancionatória e punitiva.

Bem por isso, em precisa lição, Humberto Theodoro Júnior afirma que esta utilização repressiva da indenização deve ser considerada de *cum grano salis* pelo Juiz, que deve recorrer a este critério de forma secundária e nunca como dado principal e determinante no arbitramento da indenização³².

Este mesmo argumento é utilizado pela corrente que sustenta a inexistência dos danos morais coletivos. Novamente em Teori, encontramos que:

“a indenização por dano moral, como toda indenização, inobstante sua função punitivo-pedagógica, apta a prevenir novas violações, tem natureza eminentemente reparatória e obedece ao sistema normativo da responsabilidade civil. Não pode, portanto, ser confundida com sanções pecuniárias (multas) de caráter administrativo ou penal ao causador do dano, que são manifestações do poder sancionador monopolizado pelo Estado e sujeito a regras e princípios próprios, nomeadamente o da tipicidade e do da legalidade estrita³³”.

Com efeito, o ordenamento brasileiro criou esferas de responsabilização para indivíduos que cometem atos ilícitos, possibilitando a punição de ofensores nas searas penal e administrativa e reservando ao direito civil, em regra, a função de reparar danos causados.

Por tudo isso, parece-nos que uma eventual finalidade punitiva não seria suficiente para demonstrar a existência dos danos morais coletivos ou mesmo para justificar, a princípio, a imposição de indenização adicional em face do réu do processo coletivo. Remanesceria a necessidade de investigar os pressupostos e fundamentos do dano moral coletivo, bem

32 Examinando a existência de outros campos do direito cuja finalidade é repressiva, como o administrativo e penal, sustenta o autor que “urge, pois, respeitar-se a esfera de atuação de cada segmento do direito positivo, sob pena de sujeitar-se o indivíduo a sofrer sanções repetidas e cumuladas por uma única infração. Um dos princípios fundamentais da repressão pública aos delitos é justamente o que repele o *bis in idem*, isto é, a imposição de duas condenações, em processos diferentes, pela mesma conduta ilícita”. Op. cit. Pág. 41.

33 Op. cit. Pág. 40.

como em que eles se diferenciariam dos demais bens coletivos e interesses metaindividuais protegidos pelo processo coletivo.

5. Danos morais coletivos decorrentes de violação a direitos da personalidade dos indivíduos. A tristeza coletiva

Também defendendo a possibilidade de ocorrência dos chamados danos morais coletivos (ou extrapatrimoniais), parte da doutrina também associa a configuração destes danos à violação a direitos da personalidade de titularidade dos indivíduos. Tais direitos da personalidade, como visto, são objeto de ampla e efetiva proteção do ordenamento constitucional brasileiro.

Em obra já citada, José Rubens Morato Leite, defendendo a existência dos danos morais, afirma que:

“ademais, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos bens e valores indispensáveis à personalidade humana, considerado essencial à sadia qualidade de vida, portanto, à dignidade social. Nesta acepção, o direito da personalidade do meio ambiente justificar-se-ia, porque a existência de um meio ambiente salubre e ecologicamente equilibrado representa uma condição especial para um completo desenvolvimento da personalidade humana. Com efeito, se a personalidade humana se desenvolve em formações sociais e dependente do meio ambiente para sua sobrevivência, não há como negar um direito análogo a este³⁴”.

Novamente, ousamos discordar. Ainda que se aceitasse o reconhecimento de um direito da personalidade, de titularidade dos indivíduos, ligado à preservação do meio ambiente e dos bens ambientais (o que, aliás, é extremamente bem pertinente perante a ordem constitucional vigente), violação a este direito não teria cunho coletivo, mas individual.

A violação a este possível direito da personalidade ligado à adequada tutela ambiental, caso reconhecida, poderia, em última instância, ensejar danos morais em cada um dos indivíduos lesados. Isso porque se parte de uma premissa de que os próprios indivíduos são os titulares deste direito da personalidade.

34 Op. cit. Pág. 184.

Da mesma forma, não vemos como deixar de concordar com a posição manifestada por Teori Albino, no sentido da impossibilidade de existência de um dano moral coletivo decorrente de um sentimento de tristeza partilhado por um grupo dos indivíduos, em virtude do caráter individual desta condição psíquica³⁵. Também Rui Stocco considera que *“impróprio, tanto no plano fático como sob aspecto lógico-jurídico, falar em dano moral ao meio ambiente, sendo insustentável a tese de que a degradação do meio ambiente por ação do homem conduza, através da mesma ação judicial, à obrigação de restituí-lo e, ainda, de compor dano moral hipoteticamente suportado por um número indeterminado de pessoas*^{36”}.

Não haveria, portanto, um dano moral ou extrapatrimonial de natureza efetivamente coletiva, dotado de indivisibilidade, mas um conjunto de lesões ao patrimônio moral de cada um dos indivíduos, sendo por isso pertinente a crítica feita por Teori Albino apresentada na introdução do presente trabalho.

6. Os agrupamentos sociais e sua efetiva proteção na ordem constitucional

José Rubens Morato Leite, um dos grandes defensores da possibilidade de configuração dos danos morais coletivos, sustenta também que a personalidade atribuída pelo ordenamento em favor das pessoas jurídicas permitiria o reconhecimento do dano moral em favor de determinada coletividade. Assevera ilustre ambientalista que:

“se a personalidade jurídica pode ser suscetível de dano extrapatrimonial, porque a personalidade em sua acepção difusa não pode ser? A resposta é afirmativa, a partir da desvinculação dos valores morais, que passam de sua ligação restrita aos interesses individuais da pessoa física para uma conotação coletiva^{37”}.

Neste ponto, aderimos ao pensamento do autor. Com efeito, como exposto em tópico anterior, à pessoa jurídica são atribuídas, no que são

35 Op. cit., p. 41/43.

36 Op. cit., p. 897.

37 Op. cit., p. 293.

cabíveis, os direitos da personalidade, aí incluídos o nome, imagem e até mesmo a honra em seu aspecto objetivo. Uma vez atribuídos tais direitos às pessoas não naturais, sua violação em grau substancialmente relevante enseja o reconhecimento do dano de ordem moral, que de sua vez tem como consequência a imposição de indenização em face do ofensor.

Na clássica definição de Caio Mário da Silva Pereira, a personalidade jurídica é atribuída pela Lei a um agrupamento de pessoas e mesmo, em algumas hipóteses, a um determinado conjunto de bens e direitos, de maneira a viabilizar que estes possam adquirir direitos e contrair obrigações como se se tratasse de pessoa natural.³⁸

Ocorre que, no seio da sociedade moderna, existem inúmeros outros agrupamentos de pessoas, que são ligadas seja por circunstâncias de fato, seja por vínculos jurídicos³⁹. A estes grupos, a Lei não atribui personalidade jurídica (de maneira que a eles não é possível contrair obrigações e adquirir direitos em nome próprio), muito embora garanta a proteção de seus interesses quando violados (por serem metaindividuais, das espécies difusos ou coletivos em sentido estrito), mediante os mecanismos processuais do microsistema processual de tutela coletiva, com os inúmeros instrumentos por ele criados para cumprimento de tal desiderato (substituição processual, regime diferenciado de coisa julgada etc.).

Hodiernamente, ainda de forma incipiente na doutrina do processo coletivo, é estudado o chamado processo coletivo passivo, de forma que já se entende que “há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirma-

38 “a complexidade da vida civil e a necessidade de conjugação de esforços de vários indivíduos para consecução de objetivos comuns ou de interesse social [...] sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade de ação aos entes abstratos assim gerados. Surgem, então, as pessoas jurídicas, que se compõem, ora de um conjunto de pessoas, ora de uma destinação patrimonial, com aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações” (PEREIRA, Caio Mario Silva Pereira. Instituições de Direito Civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense. 23. ed. 2009. p. 255).

39 São bem acolhidas na doutrina as definições trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual os interesses difusos são aqueles de titularidade de um grupo de pessoas ligadas por uma circunstância de fato e que os coletivos em sentido estrito são aqueles de titularidade de um grupo de indivíduos ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica.

da na inicial”⁴⁰. Como se observa, tal estudo tem como base o reconhecimento das várias coletividades que podem ser identificadas no seio da sociedade, valendo destacar, no ponto, as considerações de Fredie Didier Jr. e Hermes Zanneti Junior acerca do tema das ações coletivas passivas:

“A demanda é dirigida *contra uma coletividade*, sujeita de uma situação jurídica passiva (um dever ou um estado de sujeição, por exemplo). Da mesma forma que a coletividade pode ser titular de direitos (situação jurídica ativa), ela também pode ser titular de um dever ou de um estado de sujeição (situações jurídicas passivas)”⁴¹ (destaque no original).

E uma vez reconhecida a existência e relevância dos inúmeros agrupamentos sociais (ou coletividades) que compõem a sociedade moderna, conseqüente a conclusão de que, no contexto do Estado Democrático de Direito, não estão de forma alguma alijados, no que lhes é cabível e extensível, da proteção concedida às pessoas jurídicas (apenas não podem, ao contrário destas, adquirir direitos e contrair obrigações em nome próprio).

Exemplificando, consideramos que muito embora uma determinada comunidade indígena ou mesmo o grupo de pessoas identificadas por viver em determinado Estado Federativo (gaúchos ou mineiros) não seja titular – como não poderia mesmo ser – de personalidade jurídica (uma vez que seus interesses comuns ou seu vínculo não são datados de suficiente aglutinação para contrair obrigações e adquirir direitos), a este grupo não pode ser negada pela ordem jurídica a tutela de direitos, como a imagem e honra em sentido objetivo. O mesmo raciocínio vale para grupos ligados por vínculos jurídicos, como nacionais de determinados países ou até mesmo categoriais profissionais.

Uma ofensa que se dirija contra a imagem de um determinado agrupamento de pessoas unidas por um vínculo determinado é capaz de ensejar, em cada um dos indivíduos deste grupo, um sentimento de dor psicológica e humilhação causador de danos morais individuais. Esta violação, entretanto, pela sua repercussão eminentemente individual possibilita que, em tese, cada um dos lesados busque reparação dos danos experimentados, valendo-se dos mecanismos legais que considerar pertinente.

40 DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 4*. Salvador: Juspidvm. 4. ed. 2009. p. 399.

41 Op. cit., p. 400.

De outro lado, uma ofensa direcionada à determinada coletividade pode abalar sua imagem e honra (no aspecto sentido objetivo), isto de forma independente do sentimento de cada um dos indivíduos que integram o grupo ofendido.

Esta é uma conclusão que decorre do amplo sistema protetivo instaurado pela Constituição da República, que, além de vedar que violações a direitos sejam afastadas da proteção do Estado, prioriza o pluralismo e reconhece a proteção aos bens e interesses da coletividade considerada como um todo ou dos agrupamentos sociais (coletividades).

Assim, reconhecendo-se que os agrupamentos de indivíduos identificados na sociedade brasileira têm direito à preservação de seu nome, imagem e honra em sentido objetivo – o que decorre do sistema plural e coletivo instaurado pela Constituição de 1988 – não há razão para que se negue a existência de um dano moral essencialmente coletivo em caso de ofensa injustificada a estes valores.

Neste sentido, aliás, existe julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que, embora o pedido tivesse sido julgado improcedente, discutiu-se a possibilidade de configuração de danos morais coletivos em situações de possível ofensa discriminatória a mulheres:

“9000005-45.2009.8.26.0100 – Apelação

Relator(a): Enio Zuliani

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 26/04/2012

Data de registro: 02/05/2012

Outros números: 90000054520098260100

Ementa: Ação civil pública visando à indenização (dano moral coletivo) em virtude dos efeitos nocivos da campanha publicitária de cerveja (“Musa do Verão 2006”), que empregou a mulher como objeto sexual em conduta discriminatória (modelo de biquíni sendo fabricada em série ou “clonada” para entrega em domicílio de diversos homens). Prescrição do art. 206, § 3º, V, do CC, afastada, em virtude da aplicação do CDC diante de suposto discurso depreciativo (art. 27 e art. 37, § 2º), com rejeição do pedido, ao fundamento de que, mesmo considerando a

hipótese de anúncio de mau gosto e até repulsivo aos intérpretes radicais, não ficou claro ou de maneira subliminar, propósito de ofender ou “mercantilizar” gênero ou grupo social, a ponto de causar dano moral coletivo. Recurso parcialmente provido, para, rejeitando a prescrição, julgar a ação improcedente”.

Em síntese, diante da proteção concedida pelo atual ordenamento jurídico também aos inúmeros grupos sociais existentes (que são reconhecidos como grupos e compostos por indivíduos ligados por circunstâncias de fato ou vínculos jurídicos), parece possível a constatação de danos morais coletivos quando se verificam ofensas a direitos da personalidade que, por extensão, podem ser atribuídos a estes grupos, notadamente a imagem e o bom nome. Os danos morais coletivos, nesse diapasão, independem do eventual efeito psicológico que a ofensa possa provocar em cada um dos indivíduos que compõem este grupo, de forma que tais efeitos podem resultar, a depender do caso, em danos morais individuais.

A conclusão pela existência de danos morais coletivos, na acepção aqui proposta, decorreria do reconhecimento de que nome, imagem e honra objetiva dos grupos sociais representam direitos metaindividuais, cuja proteção é reconhecida pelo ordenamento. Os danos morais coletivos, portanto, seriam verificados em ações civis públicas (com a aplicação subsidiária do CDC), que poderiam ser ajuizadas pelos legitimados constantes do art. 5º da Lei 7.347/85⁴². Proferida eventual sentença de proce-

42 Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 12.966, de 2014)

dência, a destinação do valor indenizatório apurado é o Fundo de Defesa dos Interesses Difusos, nos termos do que determina o art. 13 do Mencionado Diploma, da mesma forma que ocorre com indenizações apuradas em casos de ofensa a outros interesses metaindividuais divisíveis.

7. Conclusão

Conforme o exposto, o presente trabalho buscou de certa forma examinar a possibilidade de configuração dos danos morais coletivos, à luz de parte da doutrina e jurisprudência que hoje existe sobre o tema.

Examinou-se a possibilidade atual, defendida por parte da doutrina civilista, de que configuração de danos morais prescinde do sentimento de sofrimento, angústia e humilhação sofrido pelo indivíduo, bem como o reconhecimento da possibilidade de configuração de danos morais em favor das pessoas jurídicas, decorrentes da violação aos direitos da personalidade que a estas são extensíveis em virtude das normas existentes no ordenamento jurídico.

Em prosseguimento, buscou-se refutar a associação comumente feita por parte da doutrina e jurisprudência sobre o tema, no sentido de que os danos morais coletivos ocorreriam quando lesado um bem ou interesse difuso em seu aspecto extrapatrimonial (não monetário), aí incluídas práticas ou mesmo valores de grande estima para determinadas coletividades ou grupos sociais. Argumentamos, no ponto, que esta proteção seria já inerente à proteção concedida pelo ordenamento constitucional e processual coletivo ao patrimônio ambiental (considerando-se suas vertentes diversas, como a natural e cultural), de forma que não haveria elementos suficientes para identificação e distinção dos danos morais coletivos.

Buscamos ainda afastar a possibilidade de configuração dos danos morais coletivos quando a lesão enseja suposta violação a direitos da personalidade dos indivíduos ligados a ofensas ao meio ambiente, bem como nos casos em que do ato ilícito resulta aquilo que se denomina de tristeza coletiva. Entendemos, na esteira do defendido por Teori Albino Zavascki, que nesta hipótese está se diante de um dano moral de cunho estritamente individual, que não assume dimensão coletiva no aspecto material por estar ligado ao sentimento experimentado por cada um dos indivíduos.

Por derradeiro, consideramos que os grupos existentes na sociedade gozam, por força da interpretação do sistema jurídico-constitucional, de proteção ao seu nome, imagem e honra em sentido objetivo (enquanto grupo). Por essa razão, cogitamos a possibilidade de reconhecimento de um dano moral de caráter coletivo, indivisível e cuja ocorrência não se confunde com o dano moral sofrido pelos indivíduos (de conotação subjetiva), quando nome, honra e imagem destes grupos são ofendidos de forma injusta.

Assim, ocorrendo, à guisa de exemplo, uma ofensa dirigida a uma coletividade composta por indivíduos ligados por determinado vínculo jurídico (advogados, por exemplo) e causadora de lesão à imagem deste grupo, poderia eventualmente causar danos morais coletivos a este grupo. Os danos morais coletivos, decorrentes tão somente da violação da imagem do grupo, não se confundiriam com os danos morais eventualmente sofridos por indivíduos que sofressem substancial dor psíquica ou humilhação com o ocorrido.

Uma vez constatados os danos morais coletivos por conta de ofensa ao nome, imagem ou honra subjetiva de determinados grupos (compostos de pessoas ligadas por vínculos jurídicos ou circunstâncias de fato), a tutela do processo coletivo observaria a usual sistemática para proteção de interesses metaindividuais, com reversão da indenização imposta ao ofensor em favor do Fundo de Interesses de Direito Difuso, a teor do art. 13 da Lei de Ação Civil Pública, dada a indivisibilidade do direito violado.

Referências bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho. Identificação e composição dos danos morais trabalhistas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano Moral Coletivo. In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 59, ano 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. In: *Revista do Direito do Consumidor*. n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2009.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO. *Interesses Difusos. Conceito e legitimidade para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Defesa dos interesses difusos em Juízo*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MILARÉ, Édis. *Direito do Meio Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Caio Mario Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentários à Tutela Coletiva*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Volume 4 – Responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 5. ed. São Paulo: Juares de Oliveira, 2007.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Bruno Pandori. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da sentença civil – Individual e Coletiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAVASKY, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Os desafios da proteção jurídica dos animais contra práticas de crueldade: hermenêutica constitucional

Carolina Ferraz Passos¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Evolução da legislação brasileira na proteção dos animais; 3 – A proteção jurídica dos animais na Constituição Federal; 3.1 – A amplitude do conceito de “Animais” na Constituição Federal; 3.1.1 – A amplitude do conceito “animais” para a doutrina nacional; 3.1.2 – A amplitude do conceito “animais” protegidos na Constituição Federal para o Judiciário; 3.2 – A abrangência do termo “crueldade” contra os animais na Constituição Federal de 1988; 3.3 – A expressão “na forma da lei” e a eficácia normativa da proteção constitucional dos animais contra atos de crueldade; 4 – Proteção dos animais contra atos cruéis na colisão de normas constitucionais; 4.1 – Vedação de práticas cruéis com os animais na perspectiva da estrutura normativa de regras e princípios de Robert Alexy; 4.2 – Solução de conflito entre normas constitucionais; 4.3 – Jurisprudência na vedação de práticas cruéis contra os animais; 4.3.1 – “Farra do Boi”; 4.3.2 – Rinha de aves combativas; 4.3.3 – Rodeios; 5 – Desafios na proteção dos animais contra atos cruéis na legislação brasileira: hermenêutica constitucional e educação; 5.1 – Normas inconstitucionais: tentativa de legalização de atrocidades; 5.2 – Educação e cidadania como mecanismos de proteção de animais; 6 – Considerações finais; Referências bibliográficas.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo (2012). Graduada em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo (2001).

1. Introdução

O meio ambiente é reconhecido como bem de uso comum do povo sob a perspectiva de direito difuso, devendo ser defendido e preservado para as presentes e futuras gerações tanto pela coletividade como pelo poder público (art. 225, caput da CF/88).

Deste modo, para ser alcançado um meio ambiente equilibrado, estabeleceram-se na própria Constituição Federal alguns limites expressos (art. 225, §§ da CF/88).

No caso da proteção da fauna e da flora, dispôs-se expressamente no inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal, cumprir ao poder público: *“proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”*.

É sabido haver as mais variadas formas de exploração dos animais em nosso país, tais como exploração para fins recreativos (rodeios, rinhas, circos, zoológicos), pedagógico (vivissecção), científicos (cobaias), esportivos (atividades equestres), laboral (transporte, proteção patrimonial), religiosos (sacrifícios de animais), econômicos (vestimenta, alimentação, incluindo processos dolorosos de produção, como o caso do patê *foie gras* e da carne COBE), entre outras.

Algumas atividades de exploração de animais já foram reconhecidas como inconstitucionais, no caso a “Farra do Boi”, tão comum no Estado de Santa Catarina (RE 153.531), bem como outras foram expressamente vedadas, como as rinhas e touradas (Decreto Federal 24.645/34 – art. 3º, XXIX) e a utilização de animais em circos, esta última em alguns municípios e Estados.

Recentemente, no Estado de São Paulo, foi proibida a utilização de animais para desenvolvimento, experimento e teste de produtos cosméticos e de higiene pessoal, perfumes e seus componentes (Lei Estadual n.º 15.316, de 23 de janeiro de 2014).

Assim, caberia indagar o alcance da norma constitucional de proibição da submissão dos animais à crueldade.

A vedação constitucional é absoluta ou deverá ser confrontada com as demais normas constitucionais? No caso de sopesamento dos princí-

pios e garantias constitucionais, qual a limitação do exercício de cada um deles no alcance do meio ambiente equilibrado no tocante ao tratamento dos animais? Há justificativa apta a se permitir impingir dor e sofrimento aos animais?

Diante do atual quadro brasileiro, no qual falta congruência de entendimento a respeito do tratamento a ser dispensado aos animais, revela-se a importância de debate do tema ora proposto.

As normas constitucionais revelam a realidade aspirada pelo Estado, justificando e legitimando a política estatal, o fundamento de seus valores e, principalmente, os meios adequados utilizados pelo Estado.

Logo, a proteção dos valores protegidos constitucionalmente exige interpretação permanente de seu conteúdo, merecendo uma releitura constante, mas aqui restrita ao âmbito jurídico, apesar de se tratar de uma matéria a instigar uma compreensão ética e emocional.

2. Evolução da legislação brasileira na proteção dos animais

Após séculos de intensa exploração das riquezas naturais do Brasil, iniciou-se, de forma extremamente lenta e tímida, um processo legislativo de proteção aos animais.

No Brasil, a legislação de proteção aos animais surgiu apenas no século XX. Durante os três séculos em que vigoraram as Ordenações do Reino, a preocupação com a flora e a fauna tinha objetivos meramente patrimoniais. Após a Proclamação da República, tão somente, é que se esboçaram as primeiras iniciativas legislativas no sentido de livrar os animais de atos cruentos a abusivos.²

A vedação da submissão dos animais a atos de crueldade veio a se consolidar na Carta Política de 1988, quando erigida a *status* constitucional. Porém, esparsas leis anteriores à Constituição Federal a tratar da crueldade com os animais podem ser encontradas no País.

2 LEVAI, Laerte Fernando. Abusos e Crueldade para com os animais. Exibições circenses. Bichos cativos. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ano 8, n.º 31, p. 210-211, julho-setembro de 2003.

O primeiro dispositivo legal de vedação a maus-tratos contra os animais a se ter registro é o art. 220 do Código de Posturas³, de 06 de outubro de 1886, do Município de São Paulo, o qual proclamou: “*É proibido a todo e qualquer cocheiro, condutor de carroça, pipa d’agua etc., maltratar os animais com castigos bárbaros e imoderados. Esta disposição é igualmente aplicada aos ferradores*”.

Naquela época, a tração animal era o principal meio de transporte da população. Ante os maus-tratos impostos aos animais de tração por seus condutores, começaram a surgir movimentos contrários ao excesso de castigos, o que resultou na criação da referida norma.

A iniciativa isolada do município de São Paulo, com a edição do art. 220 do Código de Posturas de 1886, antecipou, em muitas décadas, qualquer legislação federal de proteção aos animais.

Na esfera federal, somente cerca de quarenta anos depois, criou-se norma com a finalidade de proteger animais contra maus-tratos: artigo 5º do Decreto Federal n.º 16.590, de 10 de setembro de 1924. Neste isolado dispositivo, vedou-se a concessão de licenças para “*corridas de touros, garraios, novilhos, brigas de galo e canários e quaisquer outras diversões desse gênero que causem sofrimento aos animais*”.

Posteriormente, foi editado o Decreto Federal n.º 24.645, de 10 de julho de 1934, no qual se vedou expressamente a prática de atos cruéis contra os animais, sem limitação de espécies, tornando-a contravenção penal.

Outra inovação jurídica foi trazida no artigo 17 do referido decreto, o qual dispôs “*a palavra animal, da presente lei, compreende todo o ser irracional, quadrúpede ou bípede, doméstico ou selvagem, exceto os daninhos*”.

Nas palavras da estudiosa Helita Custódio: “*Observa-se a manifesta relevância do citado Dec. 24.645, de 10.07.1934, diante de seu notório avanço em prol da proteção dos animais em geral*”⁴.

3 LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. Campos do Jordão, SP: Editora Mantiqueira, 2004, p. 28.

4 CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ano 03, n.º 10, p. 69, abril-junho de 1998.

O referido Decreto Federal n.º 24.645/34 inovou, ainda, ao alterar a posição do Estado no tocante à sua responsabilidade em relação aos animais, pois deixou de ser um mero espectador para se tornar sujeito ativo no papel de proteção e garantia de todos os animais⁵.

Outro avanço significativo na proteção dos animais silvestres foi alcançado através da Lei Federal n.º 5.197, de 03 de janeiro de 1967, denominada Código de Caça, conforme leciona Paulo Santos de Almeida:

Na linha das tradições jurídica e filosófica romano-germânica, nossa legislação considerou por boa parte da nossa trajetória histórico-social os animais silvestres como *res nullum* (coisa de ninguém), mas passíveis de apropriação. O Código de Proteção à Fauna, denominação dada à Lei 5.197/67 (BRASIL, 1967), modificou a natureza jurídica dos animais silvestres e eles deixaram de ser “coisa de ninguém”, passando a bens de propriedade do Estado⁶.

Deste modo, houve relevante modificação da natureza jurídica dos animais silvestres, pois deixaram de ser bens de ninguém, com plena possibilidade de serem apropriados pelo homem, para serem bens de propriedade do Estado, cuja utilização, perseguição, destruição, caça, apanha ou comercialização tornaram-se, a princípio, vedadas.

No mesmo ano, foi disciplinada a pesca no País, através do Decreto-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967, o qual impôs restrições à pesca predatória e medidas protetivas à fauna ictiológica, sem preocupação com o bem-estar dos animais. Posteriormente, foram editadas leis para regular a vivissecação de animais (Lei Federal n.º 6.638/79) e o funcionamento de jardins zoológicos (Lei Federal n.º 7.173/83).

Porém, os dispositivos da Lei n.º 6.638/79 e Lei n.º 7.173/83 buscam garantir apenas a segurança do procedimento, espectadores e visitantes, sem demonstrar preocupação com o bem-estar dos animais.

Deste modo, não é qualquer dispositivo jurídico a impor obrigações no tratamento com animais apto a efetivar proteção contra práticas cruéis.

5 Art. 1º - Todos os animais no País são tutelados do Estado.

6 ALMEIDA, Paulo Santos de. Os Direitos dos Animais: Antropocentrismo, tolerância e reflexão jurídico-ambiental. In: MAGALHÃES, Valéria Barbosa de; RALL, Vânia (org.). *Reflexões sobre a tolerância: direito dos animais*. São Paulo: Humanitas, 2010. p. 82 e 83.

No inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, estipulou-se cumprir ao Poder Público “*proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade*”.

Conforme se verifica pela redação do referido dispositivo, a proteção dos animais, antes realizada de forma acanhada, ganhou contornos claros ao proibir expressamente a crueldade com os animais e impor ao Estado a obrigação de coibi-la.

O Brasil é um dos poucos países do mundo a vedar, na própria Constituição Federal, a prática de crueldade com os animais [...]. A maioria das cartas estaduais, acompanhando aquele mandamento supremo, proíbe a submissão de animais a atos cruéis.⁷

De forma a reafirmar seu compromisso com a proibição expressa na Constituição Federal, diversos Estados, incluindo o Estado de São Paulo⁸, vedaram expressamente a crueldade com animais em suas Constituições.

Em vista da ampla proteção conferida no inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal, há doutrinadores a defender uma possível alteração na concepção antropocêntrica do Direito. Neste sentido, é o posicionamento de Sarlet e Fensterseifer, ao comentar o inciso XX do §1º do artigo 225 Constituição Federal:

Especialmente no que diz com a vedação de práticas cruéis contra os animais, o constituinte revela de forma clara a sua preocupação com

7 LEVAL, Laerte Fernando. Crueldade consentida – Crítica à razão antropocêntrica. In: *Revista de Direito Animal*. Salvador: Ano 01, Número 01, p. 117, jun./dez. 2006. Disponível em: <www.animallaw.info/policy/pobraziljourindex.htm>. Acesso em: 12/12/2011.

8 Cf. artigo 193 - O Estado, mediante lei, criará um sistema de administração da qualidade ambiental, proteção, controle e desenvolvimento do meio ambiente e uso adequado dos recursos naturais, para organizar, coordenar e integrar as ações de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, assegurada a participação da coletividade, com o fim de: [...] X - proteger a flora e a fauna, nesta compreendidos todos os animais silvestres, exóticos e domésticos, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e que provoquem extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, fiscalizando a extração, produção, criação, métodos de abate, transporte, comercialização e consumo de seus espécimes e subprodutos (Constituição Estadual de São Paulo).

o bem-estar dos animais não humanos e a refutação de uma visão meramente instrumental da vida animal. [...] Dessa forma, está a ordem constitucional reconhecendo a vida animal como um fim em si mesmo, de modo a superar o antropocentrismo kantiano⁹.

Em suma, a consolidação jurídica do dever do Poder Público viabilizar medidas para coibir práticas cruéis com os animais realizou-se na Constituição Federal de 1988, bem como o reconhecimento dos animais como bens de uso comum do povo com interesse metaindividual e transindividual.¹⁰

3. A proteção jurídica dos animais na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 “*é um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. [...] um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral*”.¹¹

Entre os vários dispositivos legais inovadores da Carta Política, cumpre, sem dúvida, incluir o inciso VII, do § 1º do art. 225 da Carta Política, por ter ampliado, de forma inédita, a proteção jurídica dos animais no Brasil.¹²

De suma importância, portanto, perquirir o significado dos termos “animais”, “crueldade” e “na forma da lei” insertos no dispositivo constitucional mencionado, a fim de conhecer a amplitude da proteção conferida aos animais pela Carta Política.

9 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador: Ano 02, n.º 03, p. 87 et seq., jul.-dez 2007. Disponível em: <www.animallaw.info/policy/pobraziljourindex.htm>. Acesso em: 12/12/2011.

10 ALMEIDA, Paulo Santos de. Os Direitos dos Animais: Antropocentrismo, tolerância e reflexão jurídico-ambiental. In: MAGALHÃES, Valéria Barbosa de; RALL, Vânia (org.). *Reflexões Sobre a Tolerância: direito dos animais*. São Paulo: Humanitas, 2010. p. 83.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 89.

12 Segundo Levai, a Constituição Brasileira de 1988 é uma das mais avançadas do mundo na proteção da fauna e renovou as esperanças de efetividade na proteção dos animais. LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. Campos do Jordão, SP: Editora Mantiqueira, 2004, p. 28.

3.1. A amplitude do conceito de “animais” na Constituição Federal

Para a efetivação da proteção constitucional, cabe, inicialmente, indagar quem seriam tais animais a serem considerados integrantes do meio ambiente. Seriam somente os animais silvestres? Incluir-se-ia os animais domésticos e exóticos?

3.1.1. A amplitude do conceito “animais” para a doutrina nacional

Segundo o inciso I do art. 3º da Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, entende-se por “*meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*”.

Logo, ao referir-se ao conceito legal de meio ambiente trazido no inciso I do art. 3º da Lei n.º 6.938/81, Hugo Nigro Mazzilli defende ser tão amplo a permitir incluir de forma praticamente ilimitada a proteção de todas as formas de vida e recursos naturais mediante a combinação do art. 225 da Constituição Federal e das Leis n.º 6.938/81 e 7.347/85¹³.

Devido a este amplo conceito de meio ambiente, sem inclusão de termos discriminatórios ou restritivos, Helita Custódio afirma contundentemente:

[...] a vigente Constituição, de forma harmônica com o sistema jurídico brasileiro, previu e adotou, de forma expressa, clara e inconfundível, a correta expressão determinada “os animais”, ou seja, todos os animais são constitucional e legalmente protegidos contra quaisquer tipos de crueldade, na forma da lei (CF, art. 225, §1º, VII)¹⁴.

Deste modo, as diversas categorias de animais – silvestres, domésticos, exóticos ou migratórios – são protegidos constitucionalmente contra práticas cruéis, conforme ensina Custódio:

13 MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 127

14 CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ano 03, n.º 10, p. 69, abril-junho de 1998. p. 65.

[...] torna-se patente que todos os animais, de todas as espécies, correspondendo à genérica palavra fauna conceituada como “toda vida animal” (terrestre e aquática) de uma área, de uma região ou de um país, em suas categorias de fauna silvestre (o conjunto de animais selvagens e livres em seu ambiente natural), fauna doméstica (o conjunto de animais domesticados ou cultivados pelos seres humanos), fauna exótica (o conjunto de animais alienígenas ou originários de outros países) e fauna migratória (o conjunto de animais, especialmente aves migratórias, que atravessam, em qualquer estação do ano, as fronteiras dos países), além dos micro-organismos, todos fazem parte, científica e legalmente, do meio ambiente, uma vez que integram, de forma indispensável, seus recursos ambientais vivos¹⁵.

Neste sentido, convém ressaltar o reconhecimento expresso no inciso X do art. 193 da Constituição do Estado de São Paulo da participação dos animais exóticos e domésticos no conceito de fauna a ser protegida:

[...] proteger a flora e a fauna, nesta compreendidos todos os animais silvestres, exóticos e domésticos, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e que provoquem extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, fiscalizando a extração, produção, criação, métodos de abate, transporte, comercialização e consumo de seus espécimes e subprodutos; (g.n.)

Percebe-se, assim, haver entendimento ampliativo do conceito de fauna constitucionalmente protegida pela doutrina e pela legislação estadual paulista, sem limitar-se apenas aos animais silvestres.

3.1.2. A amplitude do conceito “animais” protegidos na Constituição Federal para o Judiciário

O pleno do Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se manifestar a respeito do conceito de “animais” inserido na Constituição Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.856/RJ, a qual legalizava e regulava a rinha de aves.

Uma das teses de defesa era exatamente indicar como objeto de proteção constitucional a fauna enquanto ecossistema, afastando a pro-

15 Ibidem, p. 64.

teção constitucional dos animais domésticos, domesticados, de cativeiro, de criatórios e de zoológicos particulares devidamente legalizados.

Em sede cautelar e por unanimidade, houve a suspensão liminar da eficácia da legislação fluminense atacada. O Ministro Carlos Velloso defendeu que todos os animais, sem distinção, são protegidos contra práticas de crueldade na Carta Política.

No julgamento, o Ministro relator Celso de Mello manteve o entendimento de Velloso, em sede cautelar, de forma expressa:

Impende assinalar que a proteção conferida aos animais pela parte final do art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição abrange [...] tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto constitucional, em cláusula genérica, vedou qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade¹⁶. (g.n.)

Assim, o pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu como cláusula genérica a vedação do inciso VI, §1º do art. 225 da Constituição Federal, sem limitação quanto ao *habitat* ou à natureza doméstica.

O entendimento da Corte a respeito do amplo conceito de “animais” na Constituição Federal constou expressamente da ementa do julgado:

A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade”. (g.n.)

Além deste julgado, convém observar existir inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo reconhecendo a inclusão dos animais domésticos no âmbito de proteção do inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal¹⁷.

16 STF - ADIN 1856 – acórdão, voto do Ministro Relator Celso de Mello, p. 33

17 Cf. Recurso Especial n.º 1.115.916/MG (relator Humberto Martins, publicado em 18/09/09), Recurso Extraordinário 153.531/SC (relator Francisco Rezek, publicado em 03/06/1997) e Apelação TJ/SP 0009213-57.2008.8.26.0161 (relator Renato Nalini, publicado em 21.07.11).

Em suma, tanto no aspecto doutrinário quanto no jurisprudencial, o termo “animais” tem sido interpretado de forma ampla, “*sem qualquer exclusão ou discriminação de espécies ou de categorias selvagens, domésticas, exóticas, migratórias ou de quaisquer outras classificações*”¹⁸.

3.2. A abrangência do termo “crueldade” contra os animais na Constituição Federal de 1988

Durante muitos séculos, relegou-se aos animais não humanos um papel secundário e instrumental quando comparados aos seres humanos.

Segundo o filósofo René Descartes, os animais não humanos seriam incapazes de raciocinar ou sentir dor, não passando assim de um objeto inanimado:

[...] isso não prova somente que os animais têm menos razão do que os homens, mas que não têm absolutamente nenhuma [...] embora haja muitos animais que demonstram mais engenhosidade do que nós em algumas de suas ações, vê-se, contudo, que os mesmos não demonstram nenhuma em muitas outras; de modo que o que fazem melhor que nós não prova tenham espírito; pois, desta forma, tê-lo-iam mais do que qualquer um de nós, e agiriam com mais acerto em todas as outras coisas; mas, pelo contrário, prova que não o têm, é que é a natureza que neles opera de acordo com a disposição de seus órgãos, assim como se vê que um relógio, composto apenas de rodas e molas, pode contar as horas e medir o tempo com muito mais exatidão que nós, com toda a nossa prudência¹⁹.

Contudo, a ciência tratou de demonstrar o equívoco de tal pensamento. A partir de pesquisas científicas formuladas sob a nova concepção de evolução dos seres vivos desenvolvida por Charles Darwin, comprovou-se a presença de sensações subjetivas múltiplas nos animais não humanos.

18 CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ano 03, n.º 10, p. 66, abril-junho de 1998.

19 DESCARTES, René. *Discurso do método*. GALVÃO, Maria Ermantina (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 65-66.

A presença de sistema nervoso central torna os animais sujeitos a sensações de dor e sofrimento:

Em termos biológicos existe, portanto, uma essência única comum aos seres vivos, apesar de algumas diferenças estruturais na organização funcional do sistema nervoso de cada espécie. O mecanismo da dor, associado a uma ação de causa e efeito e que se relaciona, em regra, à destruição de células ou tecidos do organismo, é semelhante em todas as criaturas. Esse fenômeno também se manifesta no campo psíquico, quando a angústia decorrente do confinamento de um animal livre, pode levá-lo à morte. A dor é universal. Não existe razão de ordem moral para graduá-lo com base na diferença entre espécies²⁰.

Aliás, além da capacidade de sofrer e sentir dor, há inúmeras pesquisas revelando as mais variadas aptidões nos animais, o que serve para revelar a ignorância dos homens a respeito das características subjetivas dos animais não humanos. Já se comprovou haver, inclusive, capacidade de comunicação, de raciocínio e de sentimentos elaborados²¹.

20 LEVAL, Laerte Fernando. Abusos e Crueldade para com os animais. Exibições circenses. Bichos cativos. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ano 8, n.º 31, p. 213, julho-setembro de 2003.

21 A título de ilustração cabe transcrever trecho de reportagem de Eduardo SZKLARZ e Alexandre VERSIGNASSI: “[...] golfinhos aprendem linguagens artificiais, como demonstrou o psicólogo Louis Herman, da Universidade do Havai [...] golfinhos têm uma linguagem interna. Eles se comunicam por assobios e sinais corporais como saltos, tapas na água e fricção da mandíbula. Cada animal em uma modulação única, o que lhe confere uma voz individual [...] poucos animais mostram suas emoções com tanta clareza quanto os elefantes. Eles ficam de luto, por exemplo. Quando reconhecem a ossada de uma membro do grupo, eles gentilmente se reúnem em volta dele. Joyce Poole, que estuda elefantes há mais de 30 anos, acredita que órfãos dessa espécie sofrem de depressão, até filhotes que presenciaram a mãe ser morta acordam gritando. Chimpanzés órfãos também são emotivos: passam horas se despedindo do corpo da mãe. [...] num estudo da Universidade Northwestern, EUA, os macacos precisavam apertar um botão para ganhar comida. Mas sempre que eles faziam isso outros *rhesus* (macacos) levavam choque (de leve, mas um choque). Alguns macacos não se importaram. Mas com outros foi diferente. O psicólogo americano Frans De Wall conta melhor: ‘um macaco parou de apertar o botão por 12 dias depois de ver outro levar choque. Ele estava morrendo de fome para não causar sofrimento aos outros’”. (SZKLARZ, Eduardo e VERSIGNASSI, Alexandre: O que eles pensam. In: *Revista Super Interessante*, São Paulo, 289. ed., p. 46 et seq., mar. 2011)

Como a ciência já provou a capacidade de sofrer dos animais²², cabe, neste momento, indagar o que é a crueldade vedada na Constituição Federal. São somente os atos físicos? E a dor psíquica?

No Brasil, o conceito de crueldade contra os animais pode ser extraído dos incisos do art. 3º do Decreto n.º 24.645, de 10 de julho de 1934.

Da leitura da referida norma, atos cruéis seriam aqueles capazes de impingir dor e desconforto físico e psíquico nos animais dos mais variados modos.

Todavia, não há, na legislação brasileira, um conceito certo e fechado sobre atos cruéis, devendo o referido dispositivo ser interpretado como exemplificativo.

Aliás, o próprio dicionário indica inúmeras acepções para a palavra “crueldade”, tais como “prazer em derramar sangue”, “causar dor”, “atormentar”, “impiedade”, “malevolência”, “indiferença severa”, “hediondez”, “propriedade de causar sofrimento”, entre outras²³.

Deste modo, o único atributo unânime do termo “crueldade” é a capacidade de gerar sofrimento a outro.

Percebe-se, assim, ser pertinente manter o conceito de crueldade aberto, seja para abranger as mais variadas práticas a serem empreendidas pelo homem, seja para abranger condutas que, pelas constantes pesquisas com os animais, revelem-se capazes de causar sofrimento.

3.3. A expressão “na forma da lei” e a eficácia normativa da proteção constitucional dos animais contra atos de crueldade

No caso do inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal, estipulou-se ao Poder Público a atribuição de proteger a “*fauna e a flora, ve-*

22 Cf. o que Laerte Fernando Levai afirma: “ora, se a norma constitucional trata de uma prática correlata à desumanidade – *crudelis* [...] erigindo o dever de proteção aos animais em relevante questão moral, foi porque reconheceu que um ser vivo, longe de constituir mera *res* ou bem de consumo, é capaz de vivenciar dores, aflições, angústias e sofrimentos”. (LEVAI, Laerte Fernando. Abusos e Crueldade para com os animais. Exibições circenses. Bichos cativos. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ano 8, n.º 31, p. 216).

23 CRUELDADE. In: *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa online*. Brasil: Provedor UOL, 2012. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=crueldade&stype>>. Acesso em: 02/01/2012.

dadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem extinção de espécies e submetam os animais a crueldade”.

Desta forma, cumpre indagar qual a espécie de eficácia jurídica do dispositivo constitucional que veda a prática de atos cruéis com os animais, especialmente pela inclusão do termo “na forma da lei” no texto constitucional.

É sabido que a eficácia dos atos normativos decorre do “*grau de potencialidade para a produção de efeitos jurídicos, a concretização desses preceitos, em face da necessidade de solução de questões controversas [...]*”.²⁴

Na clássica lição de José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem dispor de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada²⁵. As normas de eficácia plena e contida produzem efeitos jurídicos imediatos, não dependendo de ato do legislador infraconstitucional, com a diferença de ser possível a restrição, pelo legislador infraconstitucional no caso das normas de eficácia contida. Já as normas constitucionais de eficácia limitada, por sua vez, não são autoaplicáveis, dependem, desde modo, de regulamentação do legislador infraconstitucional para produzir efeitos jurídicos.

Segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais são de eficácia plena quando:

[...] a) contenham vedações ou proibições; b) confirmam isenções e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais, a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.²⁶ (g.n.)

Logo, como o dispositivo constitucional em análise prescreve uma vedação, é possível concebê-lo como de imediata aplicabilidade.

24 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Jurídico: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 188.

25 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 82 e passim.

26 *Ibidem*, p. 101.

Neste sentido, não haveria necessidade de prévia regulamentação infraconstitucional acerca de atividades cruéis com os animais para gerar eficácia normativa ao mandamento constitucional.

Sobre o assunto, o pleno do Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar na Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 1.856-6²⁷, reconhecendo a referida norma como autoaplicável. Neste sentido, cumpre transcrever excerto do voto do Ministro Ayres Brito:

A referência que o inciso VII do §1º do artigo 225 faz à lei é num outro sentido; ela tem uma outra qualidade: não é para que a proibição da crueldade somente se dê a partir da edição da lei. Eu não encaro como uma norma de eficácia limitada, na linguagem de José Afonso da Silva, ou de eficácia complementar na linguagem de Celso Ribeiro Bastos na minha companhia. Se prestarmos bem atenção ao texto, data vênua, vamos perceber que esse dispositivo não vem isolado; ele não veio num piscar de olhos do constituinte, digamos assim, de rompante; ele faz parte de todo um contexto constitucional, que principia com o próprio preâmbulo da nossa Magna Carta, que fala de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. E fraternidade aqui evoca, em nossas mentes, a ideia de algo inconvivível com todo o tipo de crueldade, mormente de ordem física e, até mesmo, na morte do ser torturado. [...] a ausência de lei não pode significar nesse contexto autorização para torturar um ser vivo [...].

No mesmo julgado, o Ministro Celso de Melo consignou sua opinião sobre o assunto:

[...] a cláusula vedatória inscrita no inciso VII do §1º do art. 225 da Lei Fundamental alcança além da União Federal, também os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, considerado o fato de que cláusulas proibitivas qualificam-se como normas impregnadas de eficácia plena e de aplicabilidade direta e imediata. Ou, em outras palavras, o Estado brasileiro [...] tem a incumbência de impedir a prática de crueldade contra animais.

27 ADIN ajuizada contra lei do município do Rio de Janeiro, a qual regulamentou rinhas de galos e outras aves combatentes. No referido julgado, a Lei Estadual n.º 2895/98 foi julgada procedente, tendo sido reconhecida a inconstitucionalidade da lei fluminense em confronto com o inc. VII, §1º do art. 225 da CF/88. (julgado 26.05.11)

Com exceção do Ministro Dias Toffoli, os demais membros da Suprema Corte não apresentaram objeção à posição dos Ministros Ayres Brito e Celso de Melo, no sentido de que o inciso VII do §1º do art. 225 da CF/88 seria norma de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 153.531-8, o ministro Francisco Rezek já tinha apresentado a mesma conclusão a respeito da aplicabilidade do inciso VII, §1º do art. 225 da CF/88, no seguinte excerto:

Atentei de início, na interpretação da regra constitucional, à qualificativa “na forma da lei”. Imaginei uma possível crítica à ação onde se dissesse que da própria Carta da República não se tira diretamente um comando que obrigue a autoridade catarinense a agir como pretendem as instituições recorrentes, porque isso deveria ser feito na forma da lei. Ora, a ação é dirigida ao Estado e, portanto, ao legislador também. Ao Estado como expressão do poder público. O que se quer é que o Estado, se necessário, produza, justamente para honrar esse “na forma da lei”, o regramento normativo capaz de coibir a prática considerada inconsistente com a norma fundamental. Não vi assim nenhuma espécie de falha no encadeamento normativo. Pode-se, efetivamente, invocar o inciso VII do §1º do art. 225 da Carta para, em ação civil pública, compelir o poder público a, legislando ou apenas agindo administrativamente, conforme lhe pareça apropriado, coibir toda a prática que submeta animais a tratamento cruel. (grifos do autor)

Deste modo, não restou condicionada a ato normativo do legislador infraconstitucional a eficácia do referido dispositivo. Pode-se assim concluir, com respaldo na alta Corte do País, restar vedada a crueldade com os animais, independentemente de legislação infraconstitucional, revelando-se, assim, como norma de eficácia plena.

4. Proteção dos animais contra atos cruéis na colisão de normas constitucionais

O dispositivo constitucional de vedação da prática de atos cruéis com os animais convive com outros direitos assegurados na Carta Política.

A fim de melhor compreensão a respeito da proteção conferida aos animais, necessário analisar o referido dispositivo constitucional sob a perspectiva de eventual conflito com os demais direitos e garantias constitucionais.

4.1. Vedação de práticas cruéis com os animais na perspectiva da estrutura normativa de regras e princípios de Robert Alexy

Para solucionar eventuais tensões de normas constitucionais, é necessária a prévia classificação destas como norma-regra ou norma-princípio.²⁸

Enquanto a norma-princípio é mandamento de otimização, em razão de poder ser satisfeita de forma gradual e parcial, a norma-regra é um preceito binário, ou seja, somente poderá ser satisfeita integralmente, nunca de modo gradual ou parcial.

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível²⁹.

Deste modo, de rigor indagar se a vedação constitucional à prática de ato cruel é regra ou princípio.

O preceito constitucional de vedação à prática de ato cruel com os animais permite aplicação direta e imediata do conteúdo normativo. Não há necessidade de perquirir a intenção do constituinte ou desdobrar a diretriz no âmbito fático, pois é possível a plena e imediata satisfação do conteúdo normativo.

Não há como praticar um pouco de crueldade ou um pouco de bem-estar aos animais. Se houver o mínimo de crueldade na prática realizada, o mandamento constitucional foi desrespeitado.

Neste sentido, pode-se constatar que a vedação dos atos de crueldade com os animais é regra suscetível de aplicação direta.

28 Há inúmeros autores a analisar o referido tema, vale a pena conferir Dworkin, Josef Esser, Gilmar Mendes e Robert Alexy.

29 ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91

Aliás, a natureza de regra ao dispositivo da Carta Política que veda a prática de atos cruéis com os animais já foi indicada em julgado do STF, por voto do Ministro Maurício Corrêa, na seguinte assertiva: “*Ora, subverter um preceito constitucional que estabelece a vedação da prática de crueldade a animais – por ser regra geral - [...]*” (g.n.)³⁰.

Pela aplicação imediata e impossibilidade de ser gradual, a vedação do inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal deve ser entendida como norma-regra.

Tomadas estas considerações iniciais, passar-se-á à análise da solução dos conflitos aparentes das normas constitucionais.

4.2. Solução de conflito entre normas constitucionais

No caso de **conflito entre duas regras**, a solução decorrerá da utilização de uma cláusula de exceção ou de regra de precedência por critérios técnico-normativos, excluindo-se as demais³¹.

Na hipótese de **colisão entre dois princípios**, Alexy defende a necessidade de sopesamento de interesses para a solução do caso concreto. O sopesamento poder-se-ia realizar pela máxima da proporcionalidade através de seus desdobramentos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito³².

No caso da solução do **conflito entre princípio constitucional e regra constitucional**, a qual nos interessa no presente estudo, nos ensina Alexy, deve prevalecer a última.

[...] tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por elas estabelecidos são normas constitucionais. Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um

30 STF - REExt 153531-8/SC, Segunda Turma, j. 04.02.97, DJ 13.08.98, p. 411

31 ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95.

32 *Ibidem*, p. 116 et seq.

ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com as regras bastante distintas. Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível de regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios³³.

Deste modo, Alexy não nega o valor normativo dos princípios constitucionais, mas defende a prevalência das regras no caso de tensão³⁴.

Para o autor, as regras têm aplicabilidade direta, não comportando graduação. Logo, quando não são integralmente respeitadas, são, na verdade, negadas e descumpridas. Por outro lado, os princípios admitem acomodações e compatibilizações com as regras, sem caracterizar descumprimento.

Adotando-se a solução teorizada por Alexy para o conflito entre regras e princípios, é possível solucionar inúmeras tensões normativas entre a regra constitucional proibitiva de crueldade com os animais e os demais princípios constitucionais.

4.3. Jurisprudência na vedação de práticas cruéis contra os animais

As práticas mais questionadas judicialmente são a ‘farra do boi’, rinha de aves e rodeios, razão de sua abordagem neste estudo segundo a perspectiva da tensão entre a vedação de atos cruéis com animais e as demais normas constitucionais.

33 ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008. p. 140.

34 Robert Alexy ressalta, entretanto, que poderá haver excepcionalidade na prevalência das regras, no caso de colisão com princípios, quando “as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado”. (ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008. p. 140).

4.3.1. “Farra do Boi”

A Farra do Boi foi “*trazida ao Brasil há mais de duzentos anos pelos imigrantes açorianos, os quais se fixaram em Santa Catarina*”.³⁵

Tal prática ocorre especialmente durante a Semana Santa, conforme melhor explicado pelo antropólogo Eugênio Pascele Lacerda:

São centenas de pessoas aguardando a chegada do animal, anunciada por foguetes e buzinas durante todo o trajeto. A partir daí, passa a ser objeto de brincadeiras pegadas, correrias, lides, procuras, ataques e fugas [...]no sábado de Aleluia, o boi é recolhido. No Domingo de Páscoa, o animal é sacrificado e sua carne repartida entre os sócios da farra.³⁶

Porém, o ritual não é inofensivo, conforme se conclui da descrição de Edna Dias Cardoso:

“Munidos de paus, pedras, açoites e facas, participam da farra homens, mulheres, velhos e crianças. Assim que o boi é solto, a multidão o persegue e o agride incessantemente. O primeiro alvo são os chifres, quebrados a pauladas. Em seguida, os olhos são perfurados. A tortura só termina quando o animal, horas depois, já com vários ossos quebrados, não tem mais força para correr às cegas, sendo definitivamente carneado para o churrasco”.³⁷

Apesar de ser uma prática cruel, os farristas defendem-na com fundamento no direito à livre manifestação cultural. Segundo alegam, trata-se de manifestação da cultura local, trazida pelos imigrantes açorianos no século XVIII.

Todavia, indignadas com a referida prática no Estado de Santa Catarina, quatro associações civis sem fins lucrativos de proteção aos animais³⁸ ajuizaram ação civil pública contra o Estado de Santa Catarina, a fim de coibir tais práticas.

35 LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais: o direito deles e o nosso direito sobre eles*. Campos do Jordão, SP: Mantiqueira, 1998. p. 55.

36 LACERDA, Eugênio Pascele. *Os Usos do Folclore: A propósito da polêmica sobre a farra do boi*. Disponível em: <<http://nea.ufsc.br/artigos/artigos-eugenio/>>. Acesso em: 25/01/2012.

37 DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 206.

38 São elas: “Associação Amigos de Petrópolis – Patrimônio, Proteção aos Animais, Defesa da Ecologia”, “LDZ – Liga de Defesa dos Animais”, “SOZED – Sociedade Zoológica Educativa” e “APA – Associação Protetora dos Animais”.

O Estado de Santa Catarina contestou o petitório inicial, alegando justamente direito à manifestação cultural, bem como não se tratar de prática cruel em si, afirmando, ainda, ter adotado as medidas necessárias para impedir eventuais abusos.

Em primeiro grau, a demanda foi extinta, sem julgamento de mérito, fundada na impossibilidade jurídica do pedido.

Em segunda instância, mediante a interposição de recurso de apelação das autoras, a ação foi julgada improcedente. O Tribunal de Santa Catarina entendeu que a “Farra do Boi” é uma manifestação cultural não necessariamente cruel.

Desta decisão, as apelantes interpuseram Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, cujo julgamento, realizado em 04 de fevereiro de 1997, representou um marco importante na defesa dos animais.

O relator Ministro Francisco Rezek, em brilhante voto, reconheceu ser a “farra do boi” uma prática manifestamente cruel e violenta em si. Logo, não haveria abusos esparsos.

Em que consiste essa prática, o país todo sabe. [...] Há coisas repulsivas aqui narradas por pessoas da sociedade catarinense, narradas por sacerdotes de Santa Catarina e por instituições comprometidas com o primado da Constituição no que se refere à proibição da crueldade com os animais. Não posso ver como juridicamente correta a ideia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com animais, e a Constituição não deseja isso [...] Claros os fatos, como se passam a cada ano, essa prática se caracteriza como ofensiva ao inciso VII do art. 225 da Constituição³⁹.

Nessa linha de entendimento, o relator votou pelo provimento do recurso extraordinário para julgar procedente a ação civil pública.

Em seguida, o Ministro Maurício Corrêa proferiu seu voto, defendendo ser a prática da “farra do boi” uma manifestação popular regional, formadora do “*patrimônio cultural de natureza imaterial do*

39 STF - REExt 153531-8/SC, Segunda Turma, j. 04.02.97, DJ 13.08.98, Voto do Ministro Francisco Rezek, p. 400.

povo e expressa a memória de grupos – os açorianos – formadores da sociedade brasileira”.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio proferiu seu voto, no qual defendeu ser a “farra do boi” prática essencialmente cruel, nos seguintes termos:

Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início do meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo o custo, o próprio sacrifício do animal⁴⁰.

O último voto foi proferido pelo Ministro Néri da Silveira, para quem a prática da “farra do boi” é incompatível com a norma constitucional que veda a prática de atos cruéis com os animais.

Portanto, por três votos favoráveis, o recurso extraordinário n.º 153.531 foi conhecido e provido, para o fim de determinar às autoridades públicas de Santa Catarina as medidas necessárias para coibir a prática da “farra do boi”.

Apesar das diversas fundamentações dos Ministros, prevaleceu o entendimento da Turma no sentido de apesar de a “farra do boi” ser uma manifestação cultural garantida constitucionalmente, tal prática afronta à Constituição Federal por ser essencialmente cruel aos animais⁴¹.

Segundo a maioria dos Ministros, a proteção às manifestações culturais não abrange práticas que contrariem o inc. VII do §1º do art. 225 da Carta da República, inclusive conforme constou expressamente da ementa do referido julgado:

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão

40 STF - REExt 153.531-8/SC, Segunda Turma, j. 04.02.97, DJ 13.08.98, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 414

41 Cumpra ressaltar, apenas, que o Ministro Rezek não reconheceu na “farra do boi” uma manifestação cultural, pois, segundo afirmou, “*manifestação cultural são práticas existentes em outras partes do País, que também envolvem bois submetidos à farra do público, mas de pano, de madeira, de ‘papiermarché’*”.

das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”. (RE 153.351)

Apesar de não ter havido, de forma expressa, o enfrentamento de eventual conflito de normas constitucionais, a decisão do Supremo Tribunal Federal demonstrou a necessidade da regra de vedação de atos cruéis com animais ser observada no exercício da manifestação cultural: “*não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República*”⁴².

Para Robert Alexy, conforme já abordado no presente estudo, em eventual conflito aparente entre regra e princípio, há a prevalência da regra constitucional sobre o princípio constitucional, pois segundo ele “*quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios*”⁴³.

Deste modo, apesar de a questão do conflito aparente de normas constitucionais não ter sido enfrentada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal neste julgado, é possível verificar nitidamente a prevalência da norma-regra (art. 225, §1º, inc. VII da CF/88) sobre a norma-princípio (art. 215 da CF/88) no julgado, assim como teorizado por Alexy.

4.3.2. Rinha de aves combativas

O Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da prática da rinha de galos e aves combativas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 1.856/RJ, 2.514/SC e 3.776/RN.

No caso da Adin n.º 1.856/RJ, defendeu-se a constitucionalidade com fundamento no direito à manifestação cultural. Argumentou-se, ainda, não estarem abrangidos, na vedação constitucional do inciso VII do §1º do art. 225 da CF/88, os animais domésticos.

42 STF - REExt 153531-8/SC, Segunda Turma, j. 04.02.97, DJ 13.08.98, Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 414

43 ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008. p. 140

Apesar da alegação do direito à manifestação cultural, o Min. Celso de Mello afastou expressamente a qualificação da rinha como prática desportiva, cultural ou folclórica.⁴⁴ Assim, restou prejudicada a análise da prática sob a perspectiva do conflito normativo do direito à manifestação cultural.

Contudo, a constitucionalidade da prática da rinha foi analisada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal sob a ótica da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, relevante análise do tema trazida ao plenário do STF:

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente) – Ministro Gilmar Mendes, se Vossa Excelência me permite intervir [...] acho que a regulamentação não está apenas proibida pelo artigo 225; acho que a lei ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano [...] Noutras palavras, a proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivem ações e reações que diminuam o ser humano como tal e ofendam, portanto, a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski – Excelência, é exatamente essa intervenção que eu pretendia fazer, porque há um movimento mundial nesse sentido. [...] Por quê? Porque está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade da pessoa humana⁴⁵. (g.n.)

A Ministra Carmen Lúcia, em seu voto, também reconheceu que o folclore e a cultura devem expressar manifestações em benefício da vida e da dignidade, cumprindo à sociedade, preferencialmente, adequar-se aos limites constitucionais da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, as ações diretas de inconstitucionalidade foram julgadas procedentes, reconhecendo, portanto, não apenas afronta ao inciso VII do §1º do art. 225 da Carta Magna, mas também ao princípio nuclear do sistema constitucional fundado na dignidade da pessoa humana.

44 STF - ADIN n.º 1856/RJ – Tribunal Pleno, j. 25.05.11, DJ 13.10.11, voto do ministro relator Celso de Mello, p. 316.

45 STF - ADIN n.º 1856/RJ – Tribunal Pleno, j. 25.05.11, DJ 13.10.11, voto da ministra Carmen Lúcia, p. 336

4.3.3. Rodeios

A prática dos rodeios surgiu, em 1947, no município de Barretos, por inspiração no modelo americano amplamente divulgado pela indústria cinematográfica norte-americana, sem qualquer origem na cultura nacional.

Deste modo, a prática dos rodeios “*nada tem de cultural, tratando-se de uma cópia do modelo norte-americano, já que os primeiros bovinos criados por aqui [...] são animais pesados [...] sendo impossível sua utilização para fins de rodeios*”.⁴⁶

Portanto, a prática de rodeio não poderá ensejar discussão a respeito de conflito aparente de normas constitucionais, não merecendo agasalho do direito à manifestação cultural⁴⁷. Todavia, cumpre analisar tal prática sob a ótica da constitucionalidade, ante a vedação do inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal.

Segundo estudiosos sobre o assunto, para a realização das provas dos rodeios inevitavelmente é impingido sofrimento físico e psíquico. Isto porque, os bovinos do Brasil são domesticados. Logo, para aparentar serem animais bravos e selvagens, utilizam-se instrumentos capazes de deflagrar dor física e psíquica.⁴⁸

Assim, como compatibilizar estes sofrimentos com a vedação do inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal? Como se explicaria, então, a existência de legislação federal a regular os rodeios (Lei n.º 10.221/01 e n.º 10.519/02)?

No caso da constitucionalidade do rodeio, há extenso número de decisões no Tribunal de Justiça de São Paulo.

As decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo dividem-se, basicamente, em duas correntes: (a.) os rodeios são práticas constitucionais, se cumpridos os requisitos da legislação federal (Lei Federal n.º

46 Parecer elaborado para a associação Mountrar Associação de Proteção Animal. Disponível em: <http://conjectura.com.br/PDF/parecer_rodeios_SA.pdf>. Acesso em: 20/01/2012.

47 Aliás, a ausência de discussão a respeito do direito à manifestação cultural foi analisada no seguinte julgado: TJ/SP – Ap. 99010295583-1 (0006162-86.2009.8.26.0457), julgado em 28.04.11, registrado em 24.05.11).

48 LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais: o direito deles e o nosso direito sobre eles*. Campos do Jordão, SP: Mantiqueira, 1998, p. 56.

10.519/02)⁴⁹; e (b.) a prática de rodeio é lícita desde que não se utilize sedém, peiteiras, laços, cintas, cilhas, barrigueiras, sinos, choques elétricos e mecânicos, espancamento, bem como não sejam realizadas provas com laço, *bulldogging*, *teamroping*, *calfroping*⁵⁰.

Para a primeira corrente, não haveria crueldade com os animais, caso seja cumprida a legislação federal e estadual. Neste aspecto, cumpre observar ser admitido na legislação regulamentadora dos rodeios uso de sedém, cintas, cilhas e as barrigueiras confeccionadas em lã natural, bem como esporas sem rosetas pontiagudas.

Todavia, conforme adverte Levai, as restrições estabelecidas na legislação federal não são suficientes para proteger a incolumidade física e psíquica dos animais:

O sedém é uma cinta de couro que aperta o abdômen e a virilha do animal. Pouco importa seja confeccionada com material macio, porque seu efeito de compressão provoca dor e sofrimento, sem necessariamente causar lesões na pele ou, então, gerar esterilidade. Quanto à espora – instrumento metálico, pontiagudo ou não, preso na bota dos peões – é utilizada para estocar os animais durante a montaria, mediante seguidos golpes que lhes atingem o baixo-ventre, o pescoço e até a cabeça.

A partir da constatação da insuficiência das restrições prescritas na legislação federal para impedir a crueldade com os animais, desenvolveu-se a segunda corrente jurisprudencial.

Para esta corrente jurisprudencial, a prática do rodeio somente é lícita se não utilizar instrumentos capazes de causar sofrimento aos animais, bem como se não forem realizadas determinadas provas consideradas cruéis em si, especialmente as provas com laço, *bulldogging*, *teamroping*, *calf roping* e rodeio mirim.

49 Cf. as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo: Apelação n.º 0007528-59.2009.8.26.0038 (990.10.426675-0) de 10.02.11; Embargos Infringentes n.º 9218021-77.2006.8.26.0000 (994.06.043.664-1) de 23.06.10; Apelação 0173430-86.2006.8.26.0000 (562.319.5/3-00) de 17.12.09; Apelação 0189092-22.2008.8.26.0000 (770.521-5/7-00) de 13.08.09; Apelação n.º 0182019-33.2007.8.26.0000 (649.559.5/1-00) de 22.10.08.

50 Cf. as seguintes decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo: Apelação n.º 9075470-11.2005.8.26.0000 (994.05.024191-0) de 07.10.11, Apelação n.º 990.10.295831-0 (0006162-86.2009.8.26.0457) e 28.04.11, Apelação n.º 990.10.440982-2 (0001471-47.2009.8.26.0160) de 15.03.11, Apelação n.º 373.889-5/0-00 (911.5859-72.2004.8.26.0000) de 15.06.09, Apelação 703.662.5/4-00 (0164600-97.2007.8.26.0000) de 16.07.08.

Segundo este entendimento, a legislação federal poderia ser considerada inconstitucional. Aliás, já há decisão do Tribunal de Justiça Paulista a reconhecer a inconstitucionalidade da legislação federal de forma incidental⁵¹.

Convém observar, ainda, que, apesar do avanço representado por esta segunda corrente ao restringir diversos instrumentos lesivos e provas violentas, a prática do rodeio está intimamente relacionada à dor e ao sofrimento, seja pela violência e agressividade das provas, seja pela estrutura orgânica de equinos e bovinos sujeitos a constantes lesões, conforme ressalta por Vânia Maria Truglio:

Os animais [...] chegam no local do espetáculo muito antes do público em caminhões que lembram os navios negreiros. Assim que chegam ao recinto são “descarregados” para fora do caminhão, não sendo incomum lesões neste recinto. No recinto, ficam confinados em espaços mínimos [...] sendo comum as “brigas” e “choques” entre animais e consequentemente lesões. [...]som altíssimo e as luzes extremamente fortes. [...] chutes e pancadas no lombo e cabeça, as torcidas nos rabos... enfim, a dor, o desespero, a humilhação [...]⁵².

A análise da crueldade impingida aos animais deveria ser realizada sobre todo o processo relativo ao rodeio: treino, condição dos recintos e baias, duração do espetáculo, condição e duração do transporte, periodicidade etc., e não somente nos poucos segundos de prática.

A partir da constatação da crueldade com os animais, mesmo se respeitada a legislação federal ou vedada a utilização de instrumentos ou provas capazes de lesionar os animais, há fundamento suficiente para se reconhecer como inconstitucional não somente a legislação federal e estadual, mas a própria prática do rodeio em razão da vedação da crueldade com os animais inserida na Constituição Federal.

51 TJ/SP – Ap. 99010295583-1 (0006162-86.2009.8.26.0457), julgado em 28.04.11, registrado em 24.05.11.

52 TUGLIO, Vânia Maria. Crueldade contra animais nos rodeios e seus reflexos na Lei 10.519/02. In: *Anais do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*, vários autores. São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2006, volume 01, p. 293 et seq.

5. Desafios na proteção dos animais contra atos cruéis na legislação brasileira: hermenêutica constitucional e educação

5.1. Normas inconstitucionais: tentativa de legalização de atrocidades

É forçoso reconhecer a existência de inúmeras práticas cruéis com animais na atualidade. Contudo, pior do que a própria realidade é a tentativa de legalização destas práticas em absoluta afronta à vedação do inciso VII do §1º do art. 225 da Carta Política.

Conforme analisado anteriormente, inúmeras leis estaduais foram declaradas inconstitucionais por permitir a prática de atos cruéis com os animais, como, por exemplo, Leis Estaduais a regulamentar a rinha de aves combativas e a Lei Federal n.º 10.519/02, no que tange à permissão de certos instrumentos na prática do rodeio, neste caso de forma incidental.

Deste modo, revela-se essencial a discussão no Judiciário em relação a dispositivos legais que afrontem diretamente a vedação constitucional a atos de crueldade com os animais. Aliás, muitas vezes, a única medida possível para reverter uma situação institucionalizada de crueldade, como o caso da “farra do boi” no Estado de Santa Catarina, é socorrer-se ao Judiciário.

[...] a Justiça atende – caso acionada – apenas 1% das situações de crueldade, o que não deixa de representar uma estatística desalentadora. Ignoram-se os maus-tratos suportados pelos animais criados nas fazendas industriais e nas granjas, como se o mercado da carne justificasse os processos de contenção e de engorda impingidos a uma criatura viva que, em pouco tempo, se transformará em mero produto. Desconsidera-se, também, a necessidade da adoção de métodos alternativos à experimentação animal, muito embora a lei assim o preconize, tampouco da formação de comissões de ética realmente éticas nas universidades. Desconhece-se que o fenômeno biológico da dor não se traduz, necessariamente, em lesões físicas, mas em sofrimentos e fadigas decorrentes da compressão, da carga excessiva, dos adestramentos cruéis e de toda forma de tormento psíquico [...] a maioria das pessoas deixa de registrar ocorrência por desconhecimento da lei, indiferença,

medo ou descrédito na Justiça, o que apenas eleva o índice de impunidade nos casos de violência contra animais⁵³.

Neste sentido, a magistrada Tereza Ramos Marques destacou a impossibilidade de ser afastada a crueldade por disposição legal:

Ora, um certo instrumento, ou uma determinada prova, não deixam de ser cruéis simplesmente porque o legislador assim dispôs. Não se desfaz a crueldade por expressa disposição da lei⁵⁴.

Ainda sobre o tema, o desembargador Renato Nalini salientou:

[...] ainda que se invoque a existência de uma legislação federal e estadual permissiva, a única conclusão aceitável é aquela que impede as sessões de tortura pública a que são expostos tantos animais. Primeiro porque a lei não elimina o sofrimento⁵⁵.

Como o Poder Judiciário é inerte, a sociedade e os órgãos públicos legitimados devem se organizar para pleitear o reconhecimento da inconstitucionalidade de leis federais, estaduais ou municipais “legalizadoras” de práticas manifestamente cruéis. Logo, imprescindível a participação popular neste sentido.

[...] é necessário reconhecer que os animais ainda sofrem muito por causa do jugo humano. O uso de animais em espetáculos de diversão, em experiências didáticas e científicas, para consumo humano, para execução de atividades que exigem força, dentre outros, impõe-lhes um sofrimento considerável, enfim, causa-lhes um mal destrutivo ou penoso. E devemos reconhecer que muito desse mal que lhes infligimos ainda é legitimado e legalizado, seja pelas leis que se travestem de benéficas, seja pelas leis manifestamente desfavoráveis⁵⁶.

53 LEVAI, Laerte Fernando. *Crueldade consentida: A violência humana contra os animais e o papel do Ministério Público no combate à tortura institucionalizada*, Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/13/04/2010/crueldade-consentida-a-violencia-humana-contra-os-animais-e-o-papel-do-ministerio-publico-no-combate-a-tortura-institucionalizada>>. Acesso em: 02/02/2012.

54 TJ/SP – Ap. 168.456-5/5-00, 8ª Câmara de Direito Público, julgado em 24 de outubro de 2001.

55 TJ/SP – Ap. 0013772-21.2007.8.26.0152 (990.10.331474-3), Câmara Reservada ao Meio Ambiente, julgado em 31 de março de 2011.

56 RALL, Vânia. Pode o Direito Eliminar a Intolerância? In: MAGALHÃES, Valéria Barbosa de. RALL, Vânia (Orgs.). *Reflexões sobre a tolerância: direitos dos animais*. São Paulo: Humanitas, 2010. p. 100.

Nesse sentido, cumpre, ainda, transcrever a análise de Rogério Gesta Leal sobre o tema:

[...] O Poder Judiciário (ou qualquer outro Poder Estatal) não tem o condão de *makepublicchoices*, mas pode e deve assegurar aquelas escolhas já tomadas por estes veículos, notadamente insertas no Texto Político, demarcadoras dos objetivos e finalidades da República Federativa.⁵⁷

Revela-se, portanto, imprescindível à proteção dos animais contra atos cruéis e contra leis arbitrárias a efetiva participação da sociedade e do Poder Público no intuito de questionar, no Judiciário (ou em outros Poderes Estatais), diplomas normativos contrários à Constituição Federal. Além do mais, a participação popular revela-se essencial para exigir do Poder Público a criação de normas adequadas a realizar a Constituição no tocante à coibição de atos de crueldade com os animais.

5.2. Educação e cidadania como mecanismos de proteção aos animais

O processo de proteção aos animais contra barbáries e maus-tratos exige o aprimoramento da educação e da cidadania.

A ignorância é, muitas vezes, a grande vilã responsável pelos atos cruéis impingidos aos animais. A falta de conhecimento acerca da situação de sofrimento e exploração dos animais não humanos pelo homem viabiliza a continuidade de práticas cruéis.

Logo, a educação ambiental e a conscientização acerca do valor moral dos animais pela sociedade e pelas autoridades públicas seriam grandes armas contra práticas cruéis.

O conhecimento dos problemas existentes possibilitaria a elaboração de legislações lógicas, objetivas e adequadas à solução das situações concretas, reduziria a prevalência de interesses econômicos sobre a crueldade com os animais e casos de impunidade, bem como

⁵⁷ LEAL, Rogério Gesta. O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42.

permitiria o desenvolvimento de uma nova concepção ética pautada no respeito aos animais.

Logo, a educação e a tomada de consciência a respeito do dever de respeito com os animais não humanos contribuiriam para combater a crueldade.

No Estado de São Paulo, em 24 de janeiro de 2014, entrou em vigor a Lei n.º 15.316, na qual proibiu-se a utilização de animais para desenvolvimento, experimento e teste de produtos cosméticos e de higiene pessoal, perfumes e seus componentes. O respectivo projeto de lei decorreu da comoção social gerada após episódio em que ativistas invadiram um instituto que aplicava testes laboratoriais em animais e levaram 178 (cento e setenta e oito) cães mantidos no local. O episódio foi amplamente divulgado em meios de comunicação e redes sociais, o que fomentou manifestações de repúdio a atos de crueldade com os animais, especialmente seu uso em testes, resultando na elaboração e aprovação da referida legislação. Tal episódio demonstra o poder da sociedade na concretização da regra constitucional cujo dever de defender e preservar o meio ambiente coube também à coletividade.

Outro aspecto que demonstra que a conscientização de parte da sociedade a respeito da proteção dos animais pode implementar mudanças é o fato de algumas empresas voluntariamente divulgar que seus produtos não utilizam testes em animais no processo de desenvolvimento e produção, como ferramenta de marketing, permitindo associar uma empresa ou marca a um conceito, identidade e imagem positivas perante certo grupo de consumidores.

Quanto mais pessoas se conscientizarem de que os animais, domésticos ou não, fazem parte de um único e fascinante ecossistema e que possuem o direito a viver sem sofrimentos, cada vez mais nos aproximaremos do tão decantado mundo melhor. Nestes tempos de perplexidade, onde a engenharia genética começa a produzir clones de seres vivos, faz-se de rigor uma atitude ética perante a natureza. É aquilo que costuma dizer a ambientalista Edna Cardozo Dias, ao enfatizar que a harmonia social plena somente será alcançada com a comunhão entre homens, plantas e bichos. Essa interação cósmica do homem com tudo que lhe cerca, permitindo a ele aprender, com humildade, que cada criatura viva é apenas uma peque-

na peça na mágica engrenagem do Universo, parece ser o melhor caminho para o nascimento de uma sociedade pacífica, mais livre e menos injusta⁵⁸.

A importância da educação e do conhecimento para a elaboração de uma legislação efetivamente protetiva aos animais é ressaltada por Custódio no seguinte excerto:

Mediante contínuo processo civilizatório de informações, de formação educacional e cultural, de discussões, instituições, elaborações, pesquisas científico-tecnológicas, conscientização, observa-se a tendência à substituição, de forma progressiva de normas jurídicas insuficientes, superadas ou contraditórias por uma legislação suficiente e compatível com a realidade atual sobre a proteção dos animais em geral⁵⁹.

Deste modo, a educação da sociedade acerca dos valores e princípios éticos e morais na relação homens e animais não humanos é imprescindível na extirpação da crueldade animal e concretização do inc. VII do §1º do art. 225 da Constituição Federal, conforme ressalta Levai:

Daí porque o único jeito de inventar um mundo novo é por uma educação que privilegie valores e princípios morais elevados. Algo que nos faça compreender, desde cedo, o caráter sagrado da existência. Mostrar às pessoas que a natureza e os animais também merecem ser protegidos pelo que eles são, como *valor em si*, não em vista do benefício que nos podem propiciar. As leis, por si só, não têm a capacidade de mudar as pessoas, mesmo porque o equilíbrio social preconizado pelo Direito vigora em meio a fragilidades e a incertezas. Somente a sincera retomada de valores, que depende de uma profunda conscientização humana, poderia livrar os animais de tantos padecimentos⁶⁰.

Os instrumentos jurídicos disponíveis à tutela dos animais exigem, necessariamente, a educação ambiental, a qual viabiliza o exercício da

58 LEVAI, Laerte Fernando. *Ministério Público e Proteção Jurídica dos Animais*, Disponível em: <http://www.forumnacional.com.br/ministerio_publico_e_protecao_juridica_dos_animais.pdf>. Acesso em: 08/01/2015.

59 CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ano 03, n.º 10, p. 72-73, abril-junho de 1998.

60 LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida: Crítica à razão antropocêntrica. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. Ano 1, Número 1, p. 171-205, jun/dez 2006.

cidadania e a articulação da sociedade e do Poder Público no desempenho do seu papel constitucional de defesa e proteção do meio ambiente.

Assim, nas palavras de Sarlet e Fensterseifer, é vital, no processo civilizatório, a circulação de novas ideias a respeito das limitações dos seres humanos e de sua responsabilidade em relação às demais formas de vida, permitindo ao homem encontrar “*na dignidade da pessoa humana e na dignidade da vida um fundamento e um objetivo permanente, ético e jurídico, a respeitar e promover*”.⁶¹

6. Considerações finais

A proteção jurídica dos animais revela-se um dos grandes desafios dos novos tempos. Há uma crescente preocupação da humanidade a respeito dos valores morais e éticos no trato com os animais, em todas as suas espécies e ambientes.

Neste sentido, a defesa dos animais contra atos de crueldade, nos moldes traçados pelo constituinte, exige efetiva participação do Poder Público e da sociedade, conforme prescrito no *caput* do art. 225 da Constituição Federal.

Assim, revela-se essencial a discussão no Judiciário em relação a dispositivos legais que afrontem diretamente a vedação constitucional a atos de crueldade com os animais. Aliás, muitas vezes, é a única medida possível para reverter uma situação institucionalizada de crueldade, como a “*farra do boi*” no Estado de Santa Catarina. O Poder Judiciário é inerte, assim, a sociedade e os órgãos públicos legitimados devem se organizar para pleitear o reconhecimento da inconstitucionalidade de leis federais, estaduais ou municipais “*legalizadoras*” de práticas manifestamente cruéis, caso contrário há a possibilidade de perpetuação de leis inconstitucionais que admitem o sofrimento animal.

Por fim, a garantia derradeira da proteção dos animais contra bárbaries e maus-tratos exige o aprimoramento da educação e da cidadania. A ignorância é, muitas vezes, a grande vilã responsável pelos atos cruéis

61 SARLET, Ingo Wolfgang.Fensterseifer, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. p. 69-94, jul/dez 2007

impingidos aos animais. A falta de conscientização da situação de sofrimento e exploração dos animais não humanos pelo homem impede a difusão do respeito a tais seres.

O processo de proteção dos animais não se sustenta apenas na legislação, mas também na viabilização de medidas administrativas e judiciais.

Logo, a defesa dos animais contra atos de crueldade requer atuação positiva do Poder Público e da sociedade, exatamente na forma sabiamente imposta pelo constituinte no *caput* do art. 225 da Constituição Federal, permitindo, assim, consolidar o processo timidamente iniciado em 1924 e elevado a *status* constitucional, mediante extermínio da crueldade contra toda forma de vida.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Paulo Santos de. Os Direitos dos Animais: Antropocentrismo, tolerância e reflexão jurídico-ambiental. In: MAGALHÃES, Valéria Barbosa de; RALL, Vânia (org.). *Reflexões Sobre a Tolerância: direito dos animais*. São Paulo: Humanitas, 2010.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ano 03, n. 10, p. 60-92, abril-junho de 1998.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

LACERDA, Eugênio Pascele. *Os Usos do Folclore: A propósito da polêmica sobre a farra do boi*. Disponível em: <<http://nea.ufsc.br/artigos/artigos-eugenio/>>. Acesso em: 25/01/2012.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEVAI, Laerte Fernando. Abusos e Crueldade para com os animais. Exibições circenses. Bichos cativos. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ano 8, n. 31, p. 205-221, julho-setembro de 2003.

LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida – Crítica à razão antropocêntrica. In: *Revista de Direito Animal*. Salvador: Ano 01, Número 01, p. 117, jun./dez. 2006. Disponível em: <www.animallaw.info/policy/pobraziljourindex.htm>. Acesso em: 12/12/2011.

LEVAI, Laerte Fernando. *Crueldade consentida: A violência humana contra os animais e o papel do Ministério Público no combate à tortura institucionalizada*, Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/13/04/2010/crueldade-consentida-a-violencia-humana-contra-os-animais-e-o-papel-do-ministerio-publico-no-combate-a-tortura-institucionalizada>>. Acesso em: 02/02/2012.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais: o direito deles e o nosso direito sobre eles*. Campos do Jordão/SP: Mantiqueira, 1998.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. Campos do Jordão/SP: Editora Mantiqueira, 2004.

LEVAI, Laerte Fernando. *Ministério Público e Proteção Jurídica dos Animais*. Disponível em: <http://www.forumnacional.com.br/ministerio_publico_e_protecao_juridica_dos_animais.pdf>. Acesso em: 08/01/2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RALL, Vânia. Pode o Direito Eliminar a Intolerância? In: MAGALHÃES, Valéria Barbosa de. RALL, Vânia (Orgs.). *Reflexões sobre a tolerância: direitos dos animais*. São Paulo: Humanitas, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Jurídico: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador: Ano 02, n. 03, p. 87 et seq., jul.-dez 2007. Disponível em: <www.animallaw.info/policy/pobraziljourindex.htm>. Acesso em: 12/12/2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SZKLARZ, Eduardo; VERSIGNASSI, Alexandre. O que eles pensam. In: *Revista Super Interessante*, São Paulo, 289. ed., p. 46 et seq., mar. 2011.

TUGLIO, Vânia Maria. Crueldade contra animais nos rodeios e seus reflexos na Lei 10.519/02. In: *Anais do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo* (vários autores). vol. 1. São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2006.

A prescrição das ações civis de ressarcimento ao erário decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa: olhar renovado sobre o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal

Gisele Novack Diana¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Prescrição das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade administrativa: doutrina e jurisprudência; 3. Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

Segundo o artigo 37 da Constituição Federal, a “administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Assim deve estar a Administração Pública a serviço da sociedade brasileira e são esses os parâmetros de conduta que os órgãos e entidades, por meio de seus agentes, devem constantemente perseguir.

Visando a coibir práticas em sentido oposto ao delineado pelos princípios constitucionais, foi criada a figura da improbidade administrativa,

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP.

mencionada pelo art. 37, §4º, da CF². E, para concretizar a responsabilização do agente público que atente contra os princípios constitucionais insculpidos no art. 37, foi editada a Lei nº 8.429/92, a qual define os atos de improbidade, tipifica as condutas e comina sanções ao agente ímprobo.

Os atos que importem enriquecimento ilícito encontram-se previstos no art. 9º da Lei 8.429/92. Nesses casos, mesmo que o proveito não saia dos cofres públicos, é possível identificar o enriquecimento ilícito e o dano ao patrimônio público³. Já os atos de improbidade que importem lesão ao erário são tratados no art. 10 da Lei 8.429/92, cuja possibilidade de se admitir a “culpa” do agente público como fundamento da improbidade pode gerar a responsabilidade subsidiária do Poder Público e grande prejuízo ao erário. O legislador considerou, ainda, como atos de improbidade, aqueles que atentam contra os princípios da Administração pública, consoante descrito no art. 11 da Lei 8.429/92. Contudo, neste caso, deve sofrer as consequências severas da lei aquele ato eivado de má-fé, que comprometa princípios éticos a ponto de abalar as instituições, causando prejuízo ao erário.⁴

2. Prescrição das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade administrativa: doutrina e jurisprudência

A Lei 8.429/92 também trata das consequências políticas, administrativas e civis decorrentes dos atos de improbidade, inclusive o ressarcimento do prejuízo ao erário. O artigo 23, especificamente, traz os prazos de prescrição dos pedidos de cunho sancionatório:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

2 CF. Art. 37. [...]

§4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

3 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 179.

4 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Trata-se a prescrição de instituto jurídico responsável por conferir limite temporal à pretensão de se exigir de outrem o cumprimento de um dever, objetivando a estabilidade e a segurança das relações sociais. Consoante se depreende do artigo 189 do Código Civil, a pretensão de reparação de um direito violado (sendo este direito subjetivo patrimonial e disponível) se extingue pela prescrição, após decurso de prazo determinado previsto em lei, o qual se inicia a partir do momento da violação do direito.

Assim, regra geral, o direito de propor ação de improbidade encontra-se limitado aos períodos acima transcritos.

Contudo, o artigo 37, § 5º da Constituição Federal prevê que a lei deverá estabelecer os prazos de prescrição para os ilícitos que causem prejuízos ao erário, “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

A norma constitucional gerou intenso debate acerca da possibilidade de se considerar as ações de ressarcimento, com fundamento em ato de improbidade administrativa, imprescritíveis. Contudo, apesar do tempo decorrido, ainda não se deu a pacificação da matéria.

A maior parte da doutrina abraça a tese de serem essas ações imprescritíveis, com fundamento, sobretudo, na indisponibilidade do interesse público e na moralidade administrativa, conforme trecho representativo abaixo:

Ora, mesmo em interpretação gramatical pura, o texto é claríssimo. Lendo a *contrario sensu* chega-se à seguinte conclusão: *a lei não estabelecerá (não poderá estabelecer) prazos de prescrição para as respectivas ações de ressarcimento*. Vale dizer, o dispositivo reza que a lei deverá dispor de prazos de prescrição para apuração e responsabilização dos agentes públicos que provarem prejuízos ao erário. Porém, essa prescrição não atinge o direito de ressarcimento dos danos civis.

[...]

Hoje se sabe: na agenda internacional dos direitos fundamentais e dos povos democráticos está o combate à corrupção, e a ação de improbi-

dade administrativa é essencial e se tem mostrado eficaz nesse objetivo. Recuperação de capitais/ativos, mesmo que já não seja possível aplicar as demais sanções, é imperativo ético que o Poder Judiciário, obedecendo o devido processo legal, validada a imprescritibilidade constitucional da ação de ressarcimento, decida em definitivo e no mérito sobre as questões que digam respeito a esse tema. Soluções que afastem o exame da má conduta do agente não são bem-vindas. Seria deixar o doente sem medicamento algum.⁵ (grifo do autor)

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça também se tornou majoritária no sentido da imprescritibilidade dessas ações de ressarcimento. Seguem transcrições de acórdãos ilustrativos de ambos os tribunais:

Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÕES. LEI Nº 8.429/97. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] Improbidade administrativa. Alegação de prescrição. Embora imprescritíveis as ações de ressarcimento contra os agentes públicos que ilicitamente causaram lesão ao patrimônio público (art. 37, § 5º, da CF), verifica-se a ocorrência da prescrição no que tange às sanções previstas na Lei nº 8429/92. Ação proposta após o quinquídio do término do exercício do mandato Recurso provido neste ponto. 5. Agravo regimental desprovido. (STF. AI 744973 AgR/SP - SÃO PAULO. AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 25/06/2013. Publicação: 13-08-2013) (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO

5 DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 286/287.

PÚBLICO. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. [...] 2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao erário, manifestada na via da ação civil pública por improbidade administrativa, é imprescritível. Daí porque o art. 23 da Lei n. 8.429/92 tem âmbito de aplicação restrito às demais sanções previstas no corpo do art. 12 do mesmo diploma normativo. [...] 5. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp 1442925/SP. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 2014/0060541-4. Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141). Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 16/09/2014. Data da Publicação/Fonte: DJe 23/09/2014). (grifo nosso)

Contudo, para pequena parcela da doutrina, a prescritibilidade dessas ações se impõe. Segundo Ada Pellegrini Grinover:

Manifestações inflamadas desprovidas de condutas concretas, objetivas, tecnicamente adequadas e tempestivas de nada valem para o Judiciário. As atividades empreendidas pelo Ministério Público, conquanto sabidamente voltadas à defesa do interesse social, não escapam às normas que limitam a atuação do poder do Estado, em qualquer uma de suas manifestações.⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, reviu posicionamento sustentado até o ano de 2010, passando a defender a tese de que as ações de ressarcimento em comento são prescritíveis. Esclarece o ilustre autor:

[...] É certo que aderíamos a tal entendimento com evidente desconforto, por ser óbvio o desacerto de tal solução normativa. Com efeito, em tal caso, os herdeiros de quem estivesse incurso na hipótese poderiam ser acionados pelo Estado mesmo decorridas algumas gerações, o que geraria a mais radical insegurança jurídica. Simplesmente parecia-nos não haver como fugir de tal disparate, ante o teor desatado da linguagem constitucional.

6 GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa. Decadência e Prescrição. In: *Processo civil, aspectos relevantes*: Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Jr. São Paulo: Método, 2007. p. 51.

Já não mais aderimos a tal desabrida intelecção. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irrespondível, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo.⁷

Para o autor, a ressalva contida no artigo 37, § 5º da Constituição Federal leva à conclusão de que os prazos de prescrição das ações de ressarcimento são autônomos em relação aos que a lei estabelece para as responsabilidades administrativa e penal, não havendo espaço para interpretação que leve à imprescritibilidade dessas ações. Sob tal leitura, estaria, assim, resguardado o direito de defesa ao causador do dano ao erário, dada a limitação temporal para a propositura de eventual ação.

A partir da mudança de posicionamento do ilustre doutrinador, renasceu com força a oposição à tese da imprescritibilidade, retomando-se os debates, agora sob novo olhar:

Induidoso que não se extrai com facilidade da simples leitura do §5º do art. 37 da Constituição Federal a instituição da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. No mínimo há que admitir que a parte final do dispositivo é nebulosa e comporta mais de uma possibilidade interpretativa.

Vendo-se o intérprete diante de tal circunstância, deve interpretar a norma em consonância com os princípios constitucionais, que funcionam como “vetores da atividade do intérprete”.

Com efeito, “entre duas soluções plausíveis, deve-se prestigiar a que mais adequadamente realize o princípio federativo, ou a que melhor promova a igualdade ou a que resguarde mais intensamente a liberdade de expressão”. E impende ressaltar que “a eficácia interpretativa poderá operar dentro da própria Constituição: é que cabe aos princípios

7 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1072/1073.

dar unidade e harmonia ao sistema ‘costurando’ as diferentes partes do texto constitucional”.

Fácil ver, diante de tudo o que se expôs, que a imprescritibilidade que se supõe instituída pelo § 5º do art. 37 da CF colide com uma enorme gama de princípios constitucionais, tais quais o da segurança jurídica, o da proibição do excesso (razoabilidade), o do direito de defesa e o da igualdade. E, de outro lado, se harmoniza, unicamente, com interesse patrimonial de ressarcimento do erário.⁸

Como se vê, sob o ponto de vista da segurança jurídica e da garantia ao direito de defesa, a prescrição das ações em comento ganha força e sentido sistemático.

Na lição do próprio Celso Antônio Bandeira de Melo, “a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social”. Em razão disso, o princípio da segurança jurídica é considerado um dos mais importantes dentre os demais princípios gerais do Direito e “coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano”⁹.

Como “um subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material”¹⁰.

Para Maria Sylvia Zanella de Pietro, o princípio da segurança jurídica “informa vários institutos jurídicos, podendo mesmo ser inserido

8 PEÑA, Eduardo Chemale Selistre; BRASIL, Bruno Menezes. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=97047>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

9 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p 118.

10 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 431.

entre os princípios gerais do direito, portanto não específico do direito administrativo. Com efeito, o princípio está na base das normas sobre prescrição e decadência, das que fixam prazo para a Administração rever os próprios atos e até da norma que prevê a súmula vinculante”¹¹.

Nesse cenário, ao se interpretar o artigo 37, § 5º da CF no sentido de serem imprescritíveis as ações de ressarcimento decorrentes de danos ao erário provocados por atos de improbidade administrativa, estaria sendo aberta a possibilidade de que essas ações atinjam, indefinidamente, os sucessores dos agentes causadores do dano, os quais não poderiam exercer de modo razoável o direito de defesa, demonstrando a grave insegurança jurídica a que estarão submetidos.

Sob tal aspecto, importante destacar que o devido processo legal (*due process of law*) está aliado à ideia de “processo justo”, inspirando e tornando “realizável a proporcionalidade e a razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo”¹². Assim, não basta ser formalmente regular, o processo deve exprimir os valores mais ricos para a sociedade, dentre eles o contraditório e a ampla defesa, elevados a direitos fundamentais pelo artigo 5º, LV, da Constituição Federal¹³, os quais somente serão concretizáveis se exercidos dentro de um limite de tempo razoável.

Assim, exigir que agentes públicos¹⁴ mantenham documentos guardados por prazo indeterminado extrapola a razoabilidade e a isonomia processual.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo - Direito Público* - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57926>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

12 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 29.

13 Segundo a teoria que distingue os direitos fundamentais entre “direitos de defesa” (ou direitos de liberdade) e “direitos a prestação” (direitos cívicos), o contraditório e a ampla defesa estariam entre os primeiros, assegurados em sua forma substancial. (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 182).

14 Lei 8.429/92. “Art. 2º. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

Certamente não está em debate a natureza ilícita do ato praticado, que é sempre condenável, mas sim os princípios e aspectos de direito material e processual que são atingidos com a afirmação da imprescritibilidade das ações em comento.

Destaco que, para Maria Sylvia Zanella de Pietro, “o argumento de prejuízo ao direito de defesa parece frágil, quando se pensa que a norma constitucional quis proteger o patrimônio público. A previsão da imprescritibilidade constitui um alerta aos responsáveis de que estarão sujeitos a responder a qualquer tempo pelos prejuízos causados ao erário. O mínimo de prudência recomenda a preservação de provas que auxiliem o direito de defesa.”¹⁵

Certamente, interpretar a norma sob análise no sentido de que sua finalidade é a proteção do patrimônio público atende ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Contudo, interpretá-la no sentido de que a proteção ao patrimônio público¹⁶ se sobrepõe a direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, *data maxima vênia*, extrapola o razoável.

Tal cenário repercutiu recentemente no Supremo Tribunal Federal, em razão da apreciação do Recurso Extraordinário (RE) 669069, que trata do prazo de prescrição das ações de ressarcimento por danos causados ao erário quando o prejuízo não se relaciona com ato de improbidade administrativa. Ao propor tal recurso, a União alegou que a interpretação que se faz ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, referente à imprescritibilidade, tem aplicação também à reparação de danos decorrentes de ilícitos civis.

Por ocasião da análise do pedido de repercussão geral, o relator, Ministro Teori Zavascki, assim se manifestou:

A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 912.

16 Vale destacar a divisão entre interesse público primário, referente à sociedade como um todo, e o interesse público secundário, relacionado aos interesses da entidade estatal personalizada (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006).

imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma. É manifesta, assim, a relevância e a transcendência dessa questão constitucional. (grifos nossos)

O julgamento iniciou em sessão ocorrida em 12/11/2014, tendo o relator proferido voto negando provimento ao recurso, sustentando que “a imprescritibilidade a que se refere o parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos tipificados como improbidade ou ilícitos penais”. Em contraponto, o Ministro Luís Roberto Barroso propôs uma tese de repercussão geral de menor alcance, de modo a considerar “prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”¹⁷. No entanto, encontra-se suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.

Nota-se, assim, a preocupação da Suprema Corte em tratar o assunto com atenção, dadas as divergências interpretativas sobre o tema que ainda convivem no cenário jurídico brasileiro.

3. Conclusão

Assim, em que pesem posições contrárias de juristas de renome, bem como a jurisprudência dos principais tribunais, a interpretação do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal que mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito em que vivemos é a que confere caráter de prescritibilidade às ações de ressarcimento decorrentes de danos ao erário provocados por atos de improbidade administrativa.

Tal posição é a que pessoalmente adotamos, por entender que a prescrição é um instituto jurídico voltado a preservar a estabilidade das relações sociais, além de, no caso sob análise, proporcionar aos envolvidos o direito à ampla defesa e ao contraditório.

¹⁷ Notícia: *Suspensão julgamento sobre prazo prescricional de ação de ressarcimento ao erário*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=279644>>. Acesso em: 19/12/2014.

Referências bibliográficas

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12/01/2015.

BRASIL. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 12/01/2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57926>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa. Decadência e Prescrição. In: *Processo civil, aspectos relevantes: Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Jr*. São Paulo: Método, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre; BRASIL, Bruno Menezes. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97047>>. Acesso em: 12/01/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Suspensão julgamento sobre prazo prescricional de ação de ressarcimento ao erário*. Disponível em: <<http://>

www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=279644>.
Acesso em: 19/12/2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

A Presidencialização do Poder Legislativo e a Parlamentarização do Poder Executivo no Brasil

Derly Barreto e Silva Filho¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Autonomia parlamentar; 3 – As relações entre os Poderes Legislativo e Executivo à luz dos regimentos parlamentares; 3.1 – Organização regimental do Poder Legislativo; 3.2 – Regime regimental da tramitação legislativa; 3.3 – Agenda parlamentar e domínio legislativo do Executivo; 3.4 – Centralização regimental decisória; 3.5 – Disciplina regimental da competência parlamentar de controle; 4 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Carta Política de 1988, diversamente dos ordenamentos constitucionais anteriores², adotou conceito de autonomia parlamentar abrangente das

1 Procurador do Estado de São Paulo, Presidente do SINDIPROESP – Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo (biênio 2015-2016), Conselheiro Eleito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (biênio 2013-2014), Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC-SP, Professor do Curso de Especialização em Direito Público da ESA-OAB/SP, Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB-SP (2013-2015), Diretor do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública e autor do livro intitulado *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário* (Malheiros Editores, 2003).

2 Ao longo da história constitucional brasileira, nem sempre se rendeu respeito à independência parlamentar, embora formalmente declarada. A liberdade de atuação do Legislativo não raras vezes foi coarctada, resultando na infirmação nuclear da tripartição funcional dos Poderes. Interferências do Executivo na esfera de competência administrativa do Legislativo são

prerrogativas que habilitam os órgãos legislativos tanto a regular (autonomia normativa) quanto a gerir (autonomia administrativa), por si mesmos, sem quaisquer interferências externas, as suas atividades constitucionais. Entendeu o constituinte brasileiro que, sem referidas prerrogativas, ficariam comprometidos o exercício das funções de legislação e de controle a cargo do Poder Legislativo e o funcionamento do próprio sistema constitucional, que se lastreia na noção de separação e limitação recíproca dos Poderes do Estado, com divisão e atribuição de funções a órgãos especializados, mas não de forma escalonada, numa relação de hierarquia urdida a partir da primazia de um deles ou de uma de suas funções.

Nesse contexto, cabe observar que as competências parlamentares orgânico-funcionais são privativas e submetem-se diretamente à Constituição, o que evidencia e reforça a importância do predicado da autonomia ao Parlamento como meio apto a salvaguardar a independência e a liberdade das Casas Legislativas, a fim de que possam cumprir adequadamente as suas funções constitucionais típicas e atípicas, livres de ingerências externas dos demais Poderes, *especificamente de um Executivo hostil, despótico, hegemônico*.

O objeto da presente investigação consiste em indagar se, atualmente, no Brasil, os regimentos parlamentares têm se encarregado de assegurar às Casas Legislativas uma atuação autônoma nas relações institucionais que mantêm com o Poder Executivo, órgão com quem compartilham a elevada missão de conduzir politicamente o País, ou se referidos diplomas vêm reduzindo a independência parlamentar, com a finalidade

perceptíveis em quase todas as Constituições. O art. 30 da Carta Política de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969, revelava o caráter autoritário do regime militar inaugurado com o golpe de Estado de 1964. Aludido dispositivo era pródigo em enunciar normas de organização e funcionamento do Poder Legislativo. Embora no *caput* dissesse que as Casas Legislativas podiam elaborar seus regimentos e dispor sobre sua organização, polícia e provimento de cargos de seus serviços, no parágrafo único, limitava-as bastante. Proibia, por exemplo, que elas realizassem mais de uma sessão ordinária por dia e criassem comissão parlamentar de inquérito (CPI) enquanto estivessem funcionando concomitantemente pelo menos cinco, salvo deliberação por parte da maioria da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Por fim, determinava que as CPIs funcionassem na sede do Congresso Nacional, não permitindo despesas com viagens para seus membros. As de 1891 (art. 32) e de 1946 (art. 61) incumbiam o *Vice-Presidente da República* da presidência do Senado Federal. Na de 1937, o denominado Conselho Federal – composto de representantes dos Estados e de *dez membros nomeados pelo Presidente da República* (art. 50, *caput*) – era presidido por um *Ministro de Estado designado pelo Chefe do Poder Executivo* (art. 56).

de conservar incólume a influência que, desde o início do século XX, e mais incisivamente a partir do golpe militar de 31 de março de 1964, a Presidência da República tem exercido no cenário político nacional.

Trata-se de questão que se reveste de manifesta atualidade e relevância jurídico-política em um cenário institucional em que o Legislativo vem sendo acusado de inércia e de subalternidade ante um Executivo supostamente hipertrofiado, não obstante ter a Constituição Federal de 1988 incrementado, qualitativa e quantitativamente, as funções parlamentares típicas e atípicas, visando a, exatamente, assegurar um maior equilíbrio entre os Poderes do Estado.

2. Autonomia parlamentar

Apesar do transcurso de mais de três séculos desde a sua concepção teórica primígena, na Inglaterra³, o predicado da autonomia parlamentar ainda se reveste, na atualidade, de destacada importância jurídico-política.

Karl Loewenstein⁴, por exemplo, assevera, com razão, que não consiste exagero algum dizer que o tipo de governo de um determinado Estado depende do grau de autonomia interna de que efetivamente pode gozar o Parlamento. Da mesma forma, Dmitri-Georges Lavroff⁵, para quem é possível medir o progresso da democracia pelo reconhecimento, às assembleias, da liberdade, maior ou menor, em definir as condições de seu funcionamento.

Desde as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, as instituições representativas, para que possam exercer eficaz contrapeso ao Poder Executivo, devem estar organizadas e operar de tal maneira que seja possível levar a cabo as suas tarefas sem a pressão exterior ou a ingerência de outros detentores do poder ou de forças extraconstitucionais⁶.

Se o Parlamento recebesse as suas regras de organização e funcionamento de órgão exógeno, a sua atuação tenderia a sujeitar-se ao talante

3 O marco histórico aqui adotado é o da Revolução Gloriosa, de 1688.

4 *Teoría de la Constitución*, p. 244.

5 *Le système politique français*, p. 388.

6 Neste sentido, Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, p. 242.

e à disciplina dele, circunstância que conformaria e caracterizaria uma estrutura orgânico-funcional lastreada na ideia de hierarquia e não na de coordenação entre os Poderes do Estado⁷.

O princípio da autonormatividade parlamentar aparece, assim, como consequência fundamental da prerrogativa de as câmaras legislativas governarem-se a si mesmas, e constitui, nessa perspectiva, um dos pilares da teoria da separação dos poderes: a autonomia parlamentar é necessária a fim de assegurar o equilíbrio jurídico e político entre os Poderes do Estado⁸.

Para exercer as suas competências constitucionais, as Casas Legislativas necessitam de meios pessoais, burocráticos e materiais. Devem, pois, regular e dispor de tudo isso autonomamente, sem interferências de outros órgãos constitucionais. Enfim, como resumem Manuel Gonzalo González e Antonio Torres del Moral⁹, dita autonomia é instrumental ao exercício das funções constitucionais parlamentares e tem um limite claro: “tudo que não se revele necessário para o exercício das referidas funções escapa ao seu âmbito”.

Originariamente, explica Vital Moreira¹⁰, autonomia designa a capacidade de um ente jurídico de se autorregular, ou seja, de formar as normas da sua própria conduta. E exemplifica: “A faculdade estatutária de uma associação, regulando a sua própria organização e funcionamento, é uma expressão excelente de autonomia”. Extensivamente, esclarece o autor, autonomia pode indicar toda a faculdade normativa de um ente jurídico, qualquer que seja o objeto das normas. É a chamada autonomia normativa.

Para Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹¹, é a autonomia que confere ao Parlamento o poder genérico de dar-se normas próprias, a capacidade de dotar-se a si mesmo de um ordenamento

7 No mesmo sentido, Gerhard Leibholz, ao afirmar que, no âmbito jurídico-constitucional, não existe entre os órgãos uma relação hierárquica, mas de coordenação (*Problemas fundamentales de la democracia moderna*, p. 164).

8 Neste sentido, Maria João Caramelo Moreira, *A natureza jurídica do regimento parlamentar*, p. 17.

9 *El Parlamento: I. Reglamento de las Cámaras. Organización interna*, p. 366.

10 *Administração autónoma e associações públicas*, p. 69.

11 *Curso de direito administrativo*, p. 252 e 253.

jurídico. No magistério de Renzo Dickmann¹², trata-se de uma particular manifestação da posição, no ordenamento jurídico, de determinados órgãos do Estado – os órgãos constitucionais –, dentre os quais as câmaras legislativas, que serve ao exercício das competências orgânicas e revela-se por meio de expressões de autossuficiência normativa.

Embora constitua uma prerrogativa, a autonomia não é exercida pelos órgãos parlamentares em seu exclusivo interesse, porque tais órgãos integram o Estado e, nessa condição, carecem de interesses próprios e diferenciados dele. A atribuição dessa prerrogativa opera-se, como já observado, a fim de assegurar a sua independência, isto é, o exercício das funções constitucionais que lhes são cometidas sem pressão exterior ou intervenção indevida de outros poderes¹³, razão pela qual é irrenunciável e imprescritível. Em outras palavras, constitui um poder-dever¹⁴.

Para Luis María Díez-Picazo¹⁵, a prerrogativa em questão é um poder *sui generis*, distinto daqueles que a maioria dos órgãos públicos desfruta. Porém, isso não permite assimilá-lo à noção de *privilegio* em sentido estrito nem à de *ius singulare*, já que, em sua opinião, faltam, respectivamente, as notas da desigualdade e da excepcionalidade. Antes, por meio dela, continua, o ordenamento tenciona dar uma solução diferenciada a hipóteses que não são de modo algum comparáveis às ordinárias. A posição constitucional das câmaras, com efeito, não é comparável à da generalidade dos órgãos do Estado. Por isso, não é irrazoável que os órgãos legislativos sejam dotados de poderes diferentes. Consequentemente, Díez-Picazo entende que a prerrogativa da autonomia parlamentar, embora peculiar, constitui direito comum: existe com a finalidade de satisfazer um interesse institucional e permanente do ordenamento estatal¹⁶, qual seja, garantir o desembaraçado exercício das relevantes funções que a Constituição outorgou ao Parlamento, notada-

12 Autonomia e capacità negoziale degli organi costituzionali. L'esperienza delle assemblee parlamentari, p. 399.

13 Neste sentido, Luis María Díez-Picazo, *La autonomía administrativa de las cámaras parlamentarias*, p. 48.

14 Luis María Díez-Picazo, *La autonomía administrativa de las cámaras parlamentarias*, p. 49.

15 *La autonomía administrativa de las cámaras parlamentarias*, p. 49.

16 *La autonomía administrativa de las cámaras parlamentarias*, p. 49.

mente a legislativa e a de freio e contrapeso à atividade desempenhada pelo Poder Executivo.

Em síntese, ao estabelecerem predicado desse gênero, os ordenamentos constitucionais não assentam regalia injustificada ou privilégio injusto ou arbitrário ao Parlamento, atributo que lhe possibilitaria gozar de um regime singular e à margem do direito. Reconhecem, isto sim, repise-se, que os órgãos legislativos têm de estar imunes às possíveis interferências de outros poderes¹⁷. Autonomia, pontua Manuel Fernández-Fontecha Torres¹⁸, não é desvinculação, exceção ou exclusão do ordenamento jurídico, é prerrogativa de atuar só, livre de critérios valorativos externos. Trata-se de uma independência de primeiro grau, de decisão inicial, ou, em outra perspectiva, de ausência de mecanismos de tutela ou fiscalização prévia¹⁹.

Além da autossuficiência normativa, integra o conceito de autonomia parlamentar a noção de independência gerencial ou administrativa, porquanto, se o Executivo, alegando ser titular da função administrativa, tencionasse gerir o Legislativo, não haveria autonomia deste Poder. Não basta, adverte Nicolás Pérez Serrano²⁰, que cada câmara possa regular internamente sua própria vida. Para assegurar a sua independência, é necessário, além disso, que não esteja submetida a nenhum poder alheio no que tange ao domínio de seu recinto e que não dependa de nenhuma outra autoridade no que concerne à ordem e à disciplina do seu edifício e dos que nele se encontrem. Resultariam estéreis as faculdades

17 Bem por isso que G. Balladore Pallieri afirma que, salvo algumas poucas limitações oriundas da Constituição, as câmaras desfrutam, relativamente à própria organização interna e ao modo de exercício de suas funções, de absoluta liberdade, e, em nenhuma hipótese, estão sujeitas aos comandos de outros órgãos (*Diritto Costituzionale*, p. 203).

18 *Derecho Constitucional. La centralidad del Parlamento*, p. 514 e 515. No mesmo sentido, Nicolás Pérez Serrano preleciona: “la esencia de los «privilegios parlamentarios» consiste en constituir garantías que aseguran el normal desenvolvimiento y la libre actuación de las Cámaras, sin temor a injerencias de otros Poderes que vinieron a perturbar su funcionamiento. No se trata, pues, de una *lex privata* que autorice excepcionalmente a persona o clase para gozar de un régimen singular y al margen de la ley; se trata de una normación especial impuesta por la naturaleza de la institución y necesaria para que llene cumplidamente sus fines” (Naturaleza jurídica del reglamento parlamentario, p. 126).

19 Manuel Fernández-Fontecha Torres, *Derecho Constitucional. La centralidad del Parlamento*, p. 518.

20 *Tratado de derecho político*, p. 774.

normativas do Parlamento se ele ficasse subordinado a outros órgãos para tornar efetivas as suas próprias decisões.

Por essa razão, a Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu, nos arts. 48, *caput*, 51, III e IV, 52, XII e XIII, e 57, § 3º, II, que compete à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, em caráter privativo, independentemente da sanção do Presidente da República, dispor sobre sua *organização e funcionamento*, cabendo às respectivas Mesas, compostas por parlamentares eleitos pelos seus pares²¹, *dirigir os trabalhos legislativos e superintender os serviços administrativos* afetos a cada Casa Legislativa.

Trata-se de predicado que adquire fundamental proeminência em um sistema de governo presidencialista, como brasileiro, que cobra a concepção, a institucionalização²² e a atuação de um Parlamento *independente e autônomo* sob os prismas estrutural, orgânico, funcional e, principalmente, normativo em relação ao Poder Executivo. Aliás, na dicção de Pedro Calmon²³, é a independência o *signum specificum* do presidencialismo, tanto assim que “haveria infração do sistema presidencial se as relações de colaboração se transformassem em relação de subalternidade”. Técnica que rege as relações entre os Poderes Legislativo e Executivo no que concerne ao exercício das funções de governo²⁴, o presidencialismo assen-

21 Cf. art. 57, § 4º, da Constituição Federal.

22 Segundo Philip Norton, a capacidade de o Parlamento influir no resultado das políticas é tanto maior quando ele está altamente institucionalizado (*Parlamentos y gobiernos en Europa Occidental*, p. 4). Para o autor, um Legislativo que se reúne em sessão plenária com umas poucas regras e sem práticas ou padrões de conduta desenvolvidos não pode caracterizar-se como institucionalizado; outrossim, um Legislativo que atua segundo regras complexas de procedimento, práticas reconhecíveis e padrões de conduta é um Parlamento institucionalizado. Vários escritores – esclarece – refinaram as características da institucionalização parlamentar. São elas: a autonomia (o Legislativo é uma instituição autônoma), universalismo (as regras são *standards*, aplicando-se a todos), a adaptabilidade (adaptação ao ambiente constitucional e político em que se enquadram) e a complexidade organizativa (formação de comissões, posições de liderança, regras de registro e procedimento) (*idem*, p. 8).

23 *Curso de direito público*, p. 275.

24 Ensina Paulo Bonavides: “Tanto o presidencialismo como o parlamentarismo são métodos, processos ou técnicas da democracia representativa. Não chegam a ser formas de Estado, regimes políticos, instituições ideológicas. A técnica de governo consiste em determinar atribuições de poderes e fixar ou disciplinar as relações dos poderes entre si” (*Ciência política*, p. 310).

ta, segundo Jorge Miranda²⁵, na *independência recíproca* dos órgãos dos referidos Poderes quanto à subsistência de seus titulares: nem o Executivo responde politicamente perante o Legislativo nem este órgão pode ser dissolvido em hipótese alguma. Em resumo, não há hierarquia nem subordinação funcional entre os Poderes do Estado no sistema presidencialista.

Em suma, os regimentos das Casas Legislativas assumem especial relevo no presidencialismo por garantirem às instituições representativas a necessária independência institucional e servirem-lhes como verdadeiras armas contra a ação indevida dos demais Poderes. Trata-se de atributo que se apoia, sobretudo, na cláusula pétrea do art. 2º do Texto Constitucional, segundo o qual: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. De fato, como cogitar-se de independência do Poder Legislativo sem que lhe fosse conferida autonomia para, por si próprio, tratar de sua organização, funcionamento e administração?

3. As relações entre os Poderes Legislativo e Executivo à luz dos regimentos parlamentares

Diante de seu objeto, finalidade e amplitude constitucional, verifica-se que os regimentos parlamentares brasileiros não são apenas instrumentos de ordenação de relações internas das Casas Legislativas com seus componentes – parlamentares e servidores – nem meros mecanismos de definição de órgãos e processos *interna corporis*. Na medida em que disciplinam o modo pelo qual os órgãos legislativos exercitam as suas competências constitucionais típicas e atípicas – que, no Estado Democrático de Direito, não se adstringem a regir assuntos de economia doméstica –, as normas regimentais transpõem a área doméstica das Casas Legislativas, para se

25 *Formas e sistemas de governo*, p. 74 e 75. No sistema parlamentar – esclarece o autor – “há três órgãos políticos o Chefe do Estado (Rei ou Presidente), o Parlamento e o Governo – mas o Chefe do Estado ou é puramente simbólico ou as suas competências são muito reduzidas ou, para se exercerem, carecem de referenda ministerial”. No sistema semiparlamentar, “são três os órgãos políticos activos – não só o Parlamento e o Governo como o Chefe do Estado. Nesta existência de um terceiro centro autónomo de poder está o cerne da categoria do sistema semiparlamentar, ainda que o conteúdo desse poder varie bastante: pode suceder que o Governo seja tanto responsável politicamente perante o Chefe do Estado como perante o Parlamento, e pode suceder que a intervenção do Chefe do Estado seja mais na linha do ‘Poder Moderador’” (*Formas e sistemas de governo*, p. 75).

projetarem pela sociedade e por outros órgãos constitucionais. Presentemente, portanto, os estatutos regimentais prestam-se a dinamizar, integrar e aperfeiçoar o funcionamento do sistema político e, particularmente, a conformar as relações orgânicas entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Apesar da incontestável revitalização do Parlamento brasileiro, permaneceram incólumes, no estatuto constitucional, muitas das *competências legislativas atípicas* que o regime autoritário anterior reservava ao Poder Executivo.

A Constituição revogada, por exemplo, dotava o Presidente da República das prerrogativas legislativas de: 1) enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais, se o solicitasse, deveriam ser apreciados dentro de quarenta e cinco dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal (art. 51, *caput*)²⁶; 2) solicitar, se julgasse urgente o projeto, que a sua apreciação fosse feita em sessão conjunta do Congresso Nacional, dentro do prazo de quarenta dias (art. 51, § 2º)²⁷; 3) em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não houvesse aumento de despesa, expedir decretos-leis sobre segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos (art. 55, I, II e III)²⁸; 4) iniciar, com exclusividade, o processo legislativo de leis que dispusessem sobre matéria financeira; criassem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentassem vencimentos ou a despesa pública; fixassem ou modificassem os efetivos das forças armadas; dispusessem sobre organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração do Distrito Federal, bem como sobre

26 Referida solicitação poderia ser feita depois da remessa do projeto ou em qualquer fase de seu andamento (art. 51, § 1º).

27 Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos (quarenta e cinco dias em cada Casa Legislativa ou quarenta dias em sessão conjunta), o projeto de iniciativa do Poder Executivo deveria ser incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subsequentes em dias sucessivos; se, ao final dessas, não fosse apreciado, considerar-se-ia definitivamente aprovado (art. 51, § 3º). A apreciação das emendas do Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, far-se-ia no prazo de dez dias, findos os quais, não tendo havido deliberação, seria aplicável o disposto no § 3º do art. 51 (art. 51, § 4º).

28 Uma vez publicado o texto, que tinha vigência imediata, o decreto-lei deveria ser submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovaria ou rejeitaria, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, vedada qualquer emenda; se, nesse prazo, não houvesse deliberação, aplicar-se-ia o disposto no citado § 3º do art. 51.

organização judiciária, administrativa e matéria tributária dos Territórios; dispusessem sobre servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimento de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis, reforma e transferência de militares para a inatividade; ou concedessem anistia relativa a crimes políticos, ouvido o Conselho de Segurança Nacional²⁹ (art. 57); e 5) iniciar o processo legislativo das leis orçamentárias e das que abrissem créditos, fixassem vencimentos e vantagens dos servidores públicos, concedessem subvenção ou auxílio ou, de qualquer modo, autorizassem, criassem ou aumentassem a despesa pública (art. 65, *caput*)³⁰.

Na ordem constitucional vigente, o Poder Executivo inter-relaciona-se com o Poder Legislativo e interfere em suas atividades típicas quando o Presidente da República: 1) convoca extraordinariamente o Congresso Nacional (art. 57, § 6º, II); 2) propõe emenda à Constituição (art. 60, II); 3) elabora leis delegadas (art. 68); 4) inicia o processo legislativo (art. 84, III), muitas vezes privativamente (art. 61, § 1º³¹); 5) solicita urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa (art. 64, § 1º); 6) sanciona, promulga e faz publicar as leis, bem como expede decretos e regulamentos para sua fiel execução (art. 84, IV); 7) veta projetos de lei, total ou parcialmente (art. 84, V); 8) dispõe, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da ad-

29 O art. 57, parágrafo único, vedava emendas que aumentassem a despesa prevista: a) nos projetos cuja iniciativa fosse da exclusiva competência do Presidente da República; e b) nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos Tribunais Federais.

30 O art. 65, § 1º, proibia que fosse objeto de deliberação a emenda de que decorresse aumento de despesa global ou de cada órgão, fundo, projeto ou programa, ou que visasse a modificar-lhe o montante, a natureza ou o objetivo.

31 O art. 61, § 1º, prescreve que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos, na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI (que prescreve que cabe privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos); e f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

ministração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (art. 84, VI, *a e b*); 9) remete mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias (art. 84, XI); 10) nomeia Ministros do Tribunal de Contas da União (art. 84, XV); e 11) edita medidas provisórias com força de lei (art. 84, XXVI). Além dessas competências, o Poder Executivo ainda pode influenciar o processo parlamentar por meio do comparecimento dos Ministros de Estado ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados ou a qualquer de suas comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério (art. 50, § 1º).

Como se verifica, o Parlamento foi contemplado, em número consideravelmente maior, com competências que interferem nas atividades tipicamente administrativas do Estado. Mas esse *dado numérico*, no entanto, não diminuiu a influência do Executivo sobre as atividades do Legislativo. Apesar do extenso e variado rol constitucional de funções parlamentares atípicas – aspecto que, em tese, asseguraria ao Parlamento posição de certo protagonismo no jogo político –, os regimentos parlamentares têm, *assimetricamente*, desequilibrado as relações entre os Poderes do Estado e favorecido o domínio do Executivo sobre o Legislativo.

Todavia, em um sistema político de *poderes separados reciprocamente limitados*, como é o presidencialista, os diplomas regimentais não deveriam constituir um fator de *desbalanceamento interorgânico* e um *reforço* das prerrogativas presidenciais e de suas competências constitucionais atípicas; deveriam, sim, *coadjuvar* na contenção delas.

Não é destituído de significação, a propósito, o fato de a Constituição Federal de 1988, refletindo o anseio democrático popular e o repúdio à concentração monocrática de poderes, ter colocado o Legislativo numa posição de virtual paridade com o Executivo e procurado restabelecer sua independência e autonomia constitucionais, ao alargar as suas competências³².

32 Narra Luciana Botelho Pacheco que a Subcomissão do Poder Legislativo, uma das três em que se subdividiu a Comissão de Poderes e do Sistema de Governo da Assembleia Nacional Constituinte, teve a peculiaridade de desenvolver os seus trabalhos em um ambiente de

Nesse processo de restauração da dignidade e da importância do Parlamento, é manifesto o robustecimento tanto da função legislativa quanto da função de controle das competências políticas e administrativas confiadas ao Executivo. Assim, se o Poder Executivo tem a competência para iniciar o processo legislativo em determinadas matérias, cabe ao Poder Legislativo examinar e, a seu juízo, aperfeiçoar ou rejeitar a proposição que lhe foi encaminhada, e não simplesmente chancelá-la, como títere, por meio, por exemplo, de um *iter* regimental que suprima, inviabilize, dificulte ou abrevie a discussão parlamentar ou de um *modus operandi* que centralize, em determinados órgãos, *decisões ontologicamente coletivas*.

Ainda que não se tencione, aqui, exaurir o assunto, mas apenas seguir na senda proposta em outro momento³³, quadra perscrutar, agora, em que medida, e sob quais aspectos, os regimentos parlamentares desequilibram as relações entre os Poderes do Estado e favorecem o domínio do Executivo sobre o Legislativo.

3.1. Organização regimental do Poder Legislativo

A organização, a estrutura, a administração e a distribuição interna de competências parlamentares exercem significativo influxo sob a *perspectiva relacional* entre os Poderes Executivo e Legislativo e possibilitam, estrategicamente, que o primeiro goze, em especial na seara legislativa, de primazia sobre o segundo.

O regime jurídico regimental do colégio de líderes, da Câmara dos Deputados, a par de outros institutos, comprova a assertiva.

Embora os arts. 47, 50, §§ 1º e 2º, 51, III e IV, 52, XII e XIII, 53, § 4º, 55, §§ 2º e 3º, 57, §§ 3º, II, 4º e 5º, 58, 60, § 3º, 61, *caput*, 62, § 9º, 71, IV e VII, 72, *caput*, e §§ 1º e 2º, 102, I, *d e q*, 103, II, III e IV, 139, parágrafo único, 140 e 166, §§ 1º, 2º e 5º, da Constituição Federal, refirmam-se a mesas, comis-

poucas disputas ideológicas, porque havia um consenso em relação à tarefa principal que se lhe impunha: “resgatar, para o Legislativo, além das prerrogativas consideradas fundamentais num regime democrático, condições de funcionamento modernas e adequadas para uma atuação relevante na nova ordem institucional que se iria instaurar” (III.a – Subcomissão do Poder Legislativo, p. 177).

33 Cf. Derly Barreto e Silva Filho, O Supremo Tribunal Federal e a tutela das minorias parlamentares nos vinte anos da Constituição Federal, p. 187 a 192.

sões, polícias e serviços administrativos parlamentares e disponham sobre a formação e a competência de cada qual, tais dispositivos não esgotam o assunto: conferem aos órgãos legislativos constituídos competência para *complementar* o Texto Constitucional nessa matéria. Trata-se de prerrogativa peculiar aos Parlamentos que desfrutam de efetiva autonomia institucional.

O trabalho parlamentar necessita da criação e do funcionamento de órgãos internos, como a mesa e as comissões. Se estes órgãos recebessem o seu estatuto do Poder Executivo e se os seus membros fossem nomeados por ele, o governo adquiriria uma considerável ascendência sobre o Parlamento. Por isso, todos os órgãos internos do Parlamento devem ser constituídos pelo próprio Parlamento, que também nomeia os seus membros. Dessa forma, cada câmara delibera, autonomamente, sobre a sua organização interior³⁴.

A Câmara dos Deputados, valendo-se de sua autonomia normativa, criou o *colégio de líderes*, órgão constituído pelos líderes da maioria, da minoria, dos partidos, dos blocos parlamentares e do governo, cujas competências encontram-se espalhadas pelo Regimento Interno daquela Casa. Dentre elas, destacam-se: 1) a de ser ouvido, previamente, pela Mesa, quando da fixação, no início da primeira e da terceira sessões legislativas da legislatura, do número de Deputados por Partido ou Bloco Parlamentar em cada Comissão Permanente e quando da elaboração do projeto de Regulamento Interno das Comissões, que, aprovado pelo Plenário, será parte integrante deste Regimento (art. 15, X e XI); 2) nas sessões da Câmara, a de ser ouvido, pelo Presidente, quando da nomeação de Comissão Especial e da organização da agenda, com a previsão das proposições a serem apreciadas no mês subsequente, para distribuição aos Deputados (art. 17, I, *m e s*); 3) a de ser ouvido, pela Mesa, no início dos trabalhos de cada legislatura, quando da fixação do número de membros efetivos das Comissões Permanentes (art. 25, *caput*); 4) a de reunir-se com os Presidentes das Comissões Permanentes, quando isso lhes pareça conveniente, ou por convocação do Presidente da Câmara, sob a presidência deste, para o exame e assentamento de providências relativas à eficiência do trabalho legislativo (art. 42, *caput*); 5) a de propor, ao Presidente da Câmara, a convocação de períodos de sessões ex-

34 Neste sentido, Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, p. 182 e 183.

traordinárias exclusivamente destinadas à discussão e votação das matérias constantes do ato de convocação (art. 66, § 4º); 6) a de convocar sessão extraordinária, destinada exclusivamente à discussão e votação das matérias constantes da ordem do dia (art. 67, § 1º); 7) a de requerer prorrogação do prazo da duração da sessão, por tempo nunca superior a uma hora, para continuar a discussão e votação da matéria da ordem do dia, audiência de Ministro de Estado e homenagens, observado, neste último caso, o que dispõe o § 1º do art. 68 (art. 72, *caput*); 8) a de prorrogar o tempo reservado à ordem do dia (art. 84); 9) a de convocar sessão secreta, com a indicação precisa de seu objetivo (art. 92, I); e 10) a de solicitar preferência na apreciação de matéria (art. 160, § 4º).

Como se observa, o colégio de líderes é um órgão que, pelas competências que detém e pela posição que ocupa na estrutura parlamentar, exerce enorme influência na organização e no funcionamento da Câmara dos Deputados. Ao manejar os seus proeminentes poderes, tem o condão de *fixar e alterar profundamente o fluxo dos trabalhos legislativos e o seu resultado*.

Também no exercício de sua autonomia, a Câmara dos Deputados institucionalizou as *lideranças* e os *líderes parlamentares*, atribuindo-lhes relevantes funções que igualmente influenciam a organização e o funcionamento dessa Casa.

Segundo o art. 10, I a VI, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o líder, além de outras atribuições regimentais, tem as seguintes prerrogativas: I – fazer uso da palavra; II – inscrever membros da bancada para o horário destinado as Comunicações Parlamentares; III – participar, pessoalmente ou por intermédio dos seus vice-líderes, dos trabalhos de qualquer comissão de que não seja membro, sem direito a voto, mas podendo encaminhar a votação ou requerer verificação desta; IV – encaminhar a votação de qualquer proposição sujeita a deliberação do plenário, para orientar sua bancada, por tempo não superior a um minuto; V – registrar os candidatos do partido ou bloco parlamentar para concorrer aos cargos da mesa; VI – indicar a mesa os membros da bancada para compor as comissões, e, a qualquer tempo, substituí-los³⁵.

35 Além dessas competências, Carlos Alberto Marques Novaes, em análise mais pragmática das funções do líder, lista outras, que não estão *escritas* nos regimentos parlamentares. Diz o autor: “Embora não esteja previsto no regimento, ele é instado a promover o contato de

No Senado Federal, é da competência dos líderes das representações partidárias, além de outras atribuições regimentais, indicar os representantes das respectivas agremiações nas comissões (art. 66, *caput*); fixar a representação numérica dos partidos e dos blocos parlamentares nas comissões permanentes (art. 79); entregar à Mesa as indicações dos titulares das comissões e, em ordem numérica, as dos respectivos suplentes (art. 80, *caput*); pedir, em documento escrito, a substituição, em qualquer circunstância ou oportunidade, de titular ou suplente por ele indicado (art. 81, *caput*). No processo simbólico de votação das matérias legislativas, o voto dos líderes dos partidos representará o de seus liderados presentes à sessão (art. 293, II). No processo nominal de votação, os líderes votam em primeiro lugar, para que os demais parlamentares conheçam o voto da liderança de seu partido (art. 294, III). Após o voto da liderança, votam os demais parlamentares (art. 294, IV).

A interferência do Poder Executivo na organização parlamentar, especificamente no que toca às lideranças, merece nota, eis que: a) o art. 11 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados atribui ao Presidente da República a faculdade de indicar deputados para exercerem a *liderança do governo*, composta de líder e cinco vice-líderes, com as prerrogativas constantes dos incisos I, III e IV do art. 10; e b) o art. 66-A do Regimento Interno do Senado Federal faculta ao Chefe do Poder Executivo a prerrogativa de indicar um senador para exercer a função de *líder do governo* e este líder poderá indicar vice-líderes dentre os integrantes das representações partidárias que apoiem o governo.

Esclareça-se que a Constituição Federal somente alude aos “líderes da maioria e da minoria” da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e aos “líderes partidários”, mas não lhes atribui qualquer papel político-administrativo-parlamentar de relevo. No art. 89, IV e V, prescreve que os líderes da maioria e da minoria da Câmara dos Deputados e do Senado Federal participam do Conselho da República, órgão superior de consulta do Presidente da República, incumbido de pronunciar-se sobre

ministros e governadores com os deputados. Além disso, o líder é procurado pelos prefeitos do seu partido, e, principalmente, do seu estado, que buscam na liderança um monitor para facilitar seu trânsito na labiríntica burocracia de Brasília” (Dinâmica institucional da representação: individualismo e partidos na Câmara dos Deputados, in: *Novos Estudos*, nº 38, março de 1994, p. 133).

intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio e sobre questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas³⁶; no art. 140, estabelece que a Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio, que são, por definição, excepcionais.

3.2. Regime regimental da tramitação legislativa

“Com um mau regimento, um mau trabalho. Com um bom regimento, tem-se a oportunidade de obter um bom trabalho”, sentenciam Joseph Barthélemy e Paul Duez³⁷, esclarecendo que o regimento parlamentar sobreleva em importância quando a Constituição é concisa e que uma boa reforma regimental torna desnecessária uma emenda constitucional. No mesmo sentido, Nicolás Pérez Serrano³⁸ afirma que a correta elaboração das leis e a boa marcha dos debates parlamentares dependem da sabedoria e da prudência das disposições regimentais. Da bondade e adequação aos regimentos – adverte, corretamente, Manuel Martínez Sospedra³⁹ – dependem, não em escassa medida, a qualidade do trabalho parlamentar e a capacidade do Parlamento para responder adequadamente às demandas sociais⁴⁰.

A importância dos diplomas regimentais para o processo legislativo deve realmente ser ressaltada, porque eles têm por objeto complementar seara fundamental da Constituição, qual seja, a da formação

36 Cf. art. 90, I e II, da Constituição Federal.

37 *Traité de droit constitutionnel*, p. 521.

38 *Tratado de derecho político*, p. 772.

39 *Las instituciones del gobierno constitucional: sistemas de gobierno y órganos*, p. 263. Esclarece o autor, ainda, que um regimento adequado pode ter um papel capital na capacidade parlamentar para responder com urgência e prontidão à necessidade de produzir normas ou resolver crises políticas e, sobretudo, tem um papel crucial na capacidade parlamentar para legitimar a legislação em razão do procedimento (*idem*, p. 264).

40 A propósito, Hans Kelsen salienta: “Todo o *procedimento parlamentar* visa a alcançar um caminho intermediário entre interesses opostos, uma resultante das forças sociais antagônicas. Ele prevê as garantias necessárias para que os interesses discordantes dos grupos representados no parlamento tenham a palavra e possam manifestar-se como tais num debate *público*. E, se procurarmos o sentido mais profundo do procedimento especificamente antitético-dialético do parlamento, esse sentido só poderá ser o seguinte: da contraposição de teses e antíteses dos interesses políticos deve nascer de alguma maneira uma síntese, a qual, neste caso, só pode ser um compromisso” (*A democracia*, p. 129).

democrática da vontade normativa estatal. Emendas à Constituição, leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções têm a sua forma de elaboração regrada segundo as normas constitucionais e, especificamente, segundo as normas regimentais, porque, no Brasil, o corpo normativo que trata da elaboração das espécies legislativas está estabelecido tanto na Constituição (cf. arts. 59 a 69) quanto nos regimentos, estes em *complementação necessária* daquela.

Para corroborar essa asserção, basta constatar a inexistência de *disciplina constitucional* a respeito da apreciação das proposições legislativas⁴¹. Questões como apresentação, recebimento, distribuição a comissões, turnos, interstício, regime de tramitação, urgência, prioridade, preferência, destaque, prejudicialidade, retirada, discussão e votação das matérias sujeitas à deliberação parlamentar, só para citar algumas, quedaram-se sem normatização constitucional específica.

Essa função regimental já havia sido captada por A. Esmein⁴², em 1914, quando, tratando dos privilégios e garantias asseguradas aos órgãos parlamentares, averbou que “o regimento de cada câmara é o complemento indispensável da Constituição”. No mesmo sentido, Adolfo Posada⁴³, para quem o regimento “é uma verdadeira prolongação da Constituição”.

Raul Machado Horta⁴⁴ também sustentou que os regimentos parlamentares encerram as normas mais desenvolvidas do processo legislativo, complementando a Constituição⁴⁵.

41 Proposição, segundo o art. 100, *caput*, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, é toda matéria sujeita à deliberação. Consiste, de acordo com o § 1º, do mesmo preceito regimental, em proposta de emenda à Constituição, projeto, emenda, indicação, requerimento, recurso, parecer e proposta de fiscalização e controle.

42 *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, p. 941.

43 *La crisis del Estado y el derecho político*, p. 179.

44 *Direito constitucional*, p. 521.

45 Disse ele: “A «fenomenologia ritualística» dos regimentos incorpora normas materialmente constitucionais, exercendo os textos regimentais a tarefa de complementação dos dispositivos constitucionais da elaboração legislativa. Não perderam os regimentos sua matéria específica, nem se lhes deve recusar a titularidade do princípio da autonormatividade, que é peculiar à elaboração regimental”. “O Regimento perdeu, em alguns casos, a condição de fonte primária da norma, mas continua sendo o texto responsável pelo desdobramento das normas constitucionais, na sua função de relevante fonte do Direito Parlamentar. O Regimento poderá assegurar a eficiência do processo legislativo pela supressão da morosidade, que entorpece e desprestigia as deliberações legislativas. A organização dos

Como visto no tópico antecedente, são os regimentos das Casas Legislativas que tratam dos líderes e lhes conferem competências específicas. Asseverou-se, também, que, ao manejar os seus proeminentes poderes regimentais, os líderes têm o condão de *fixar e alterar profundamente o fluxo dos trabalhos legislativos e o seu resultado* e, por conseguinte, *exercer considerável influência nas relações entre os Poderes Legislativo e Executivo*.

Os arts. 152 a 157, entre outros, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que cuidam do regime de urgência, atestam essa assertiva, motivo pelo qual hão de ser analisados mais detidamente.

Requerimentos de urgência não são objeto de discussão (cf. art. 154, § 1º), e só podem ser submetidos à deliberação do plenário se forem apresentados por dois terços dos membros da Mesa, quando se tratar de matéria da competência desta, por um terço dos membros da Câmara, ou líderes que representem esse número, ou por dois terços dos membros de comissão competente para opinar sobre o mérito da proposição (cf. art. 154, I, II e III). Aprovados os requerimentos de urgência, ficam dispensadas exigências, interstícios e formalidades regimentais, exceto: 1) a publicação e a distribuição, em avulsos ou por cópia, da proposição principal e, se houver, das acessórias; 2) os pareceres das comissões ou de relator designado; e 3) o quórum para deliberação (cf. art. 152, § 1º, I a III).

No âmbito das comissões parlamentares, os trabalhos devem obedecer a uma ordem específica, que pode ser alterada, para tratar de matéria em regime de urgência⁴⁶. Os prazos para as comissões examinarem

trabalhos, mediante programas, calendários e esquemas de trabalhos; a fixação da duração dos discursos – o Regulamento da Câmara dos Deputados da Itália dispõe que a leitura de um discurso não poderá exceder a trinta minutos (art. 39.4) –; o debate limitado; a organização da Ordem do Dia, são soluções regimentais adotadas para preservar a eficiência e o rendimento do Poder Legislativo” (*Direito constitucional*, p. 520 e 521).

46 Primeiro, discute-se e vota-se a ata da reunião anterior. No expediente, realizam-se a sinopse da correspondência e de outros documentos recebidos e da agenda da comissão e a comunicação das matérias distribuídas aos relatores. Na ordem do dia, ocorrem o “conhecimento, exame ou instrução de matéria de natureza legislativa, fiscalizatória ou informativa, ou outros assuntos da alçada da comissão, a “discussão e votação de requerimentos e relatórios em geral”, a “discussão e votação de proposições e respectivos pareceres sujeitos à aprovação do Plenário da Câmara” e a “discussão e votação de projetos de lei e respectivos pareceres que dispensarem a aprovação do Plenário da Câmara” (art. 50, I, II e III). Todavia, essa ordem pode sofrer alteração, a requerimento de qualquer de seus membros, para tratar, entre outros assuntos, de matéria em regime de urgência ou de prioridade (art. 50, § 1º).

as proposições legislativas e sobre elas decidirem são abreviados em função do regime de tramitação⁴⁷. A redação do vencido⁴⁸ e a redação final também são abreviadas conforme o rito⁴⁹.

Adotado especificamente o regime da “urgência urgentíssima”, previsto no art. 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁵⁰, o processo legislativo ganha outro fluxo: a matéria é retirada da comissão e incluída na ordem do dia, para apreciação pelo plenário. Conseqüentemente, os parlamentares, membros das comissões, oposicionistas ou não, sofrem restrição da faculdade de, na condição de *especialistas no assunto*, e antes de a matéria ir à votação final, exporem os seus pontos de vista, fornecendo aos demais membros melhores elementos informativos para a tomada consciente e ponderada de deliberação.

Na discussão e no encaminhamento de votação de proposição em regime de urgência, esclarece o art. 157, § 3º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, só o autor, o relator e deputados inscritos poderão usar da palavra, e por metade do prazo previsto para matérias em tramitação normal, ou seja, dois minutos e meio (art. 174, *caput*, do referido diploma), alternando-se, quanto possível, os oradores favoráveis e contrários. Após falarem seis deputados – prossegue –, encerrar-se-ão,

47 Quando se tratar de matéria em regime de tramitação ordinária, as comissões terão o prazo de quarenta sessões para examinar as proposições e sobre elas decidir (art. 52, III); em regime de urgência, cinco sessões; e em regime de prioridade, dez (art. 52, I e II).

48 No jargão parlamentar, “redação do vencido” é a denominação que se aplica à redação do texto de uma proposição aprovada em primeiro turno sob a forma de substitutivo, ou seja, com emendas que alteram o conteúdo da proposta original. Encerrada a primeira votação, a proposição e suas respectivas emendas são encaminhadas à comissão competente para a redação do vencido, isto é, a elaboração do novo texto – já incluindo as alterações feitas – para ser submetido ao segundo turno de votação, chamado turno suplementar.

49 A redação do vencido ou a redação final deve ser elaborada dentro de cinco sessões para os projetos em regime de prioridade e em uma sessão, prorrogável por outra, excepcionalmente, por deliberação do Plenário, para os projetos em regime de urgência (art. 196). Nos projetos em tramitação ordinária, a redação dá-se dentro de dez sessões.

50 O mencionado art. 155 tem a seguinte redação: “Poderá ser incluída automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada, proposição que verse sobre matéria de relevante e inadiável interesse nacional, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes que representem esse número, aprovado pela maioria absoluta dos Deputados, sem a restrição contida no § 2º do artigo antecedente”. O § 2º do art. 154 diz: “Estando em tramitação duas matérias em regime de urgência, em razão de requerimento aprovado pelo Plenário, não se votará outro”.

a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, *ou de líderes que representem esse número*, a discussão e o encaminhamento da votação. Encerrada a discussão com emendas – preceitua o § 4º do mesmo dispositivo regimental –, serão elas imediatamente distribuídas às Comissões respectivas e mandadas a publicar. As comissões têm prazo de apenas uma sessão a contar do recebimento das emendas para emitir parecer, o qual pode ser dado verbalmente, por motivo justificado.

No regime de urgência, as proposições somente podem receber emendas de comissões subscritas por um quinto dos membros da Câmara ou líderes que representem esse número, e desde que apresentadas em plenário até o início da votação da matéria (art. 120, § 4º), o que reduz bastante as chances de a minoria parlamentar postular modificações textuais.

Essa ordenação regimental do trâmite legislativo aponta para um *alto grau de concentração de poderes* no colégio de líderes e nas lideranças⁵¹, uma forte restrição ao debate parlamentar em vista da celeridade pretendida, uma diminuta influência e uma baixa participação dos parlamentares individualmente considerados nos trabalhos legislativos – não obstante inexista qualquer distinção constitucional⁵² entre os man-

51 Para Christopher Ellis, o grande desafio atual do Direito Parlamentar não é lograr que se façam mais e melhores discursos, mas que se tomem mais decisões nas sessões e menos nos comitês dos partidos ou em centros de reunião estranhos à câmara. Esta circunstância não pode ser ignorada, mas, indubitavelmente, contribui para a degradação das assembleias políticas e para o desprestígio do regime democrático. O Parlamento, como representação da sociedade, é órgão de deliberação e aprovação de decisões políticas e legislativas, que fica debilitado quando essas funções desenvolvem-se fora das câmaras. A intermediação de líderes partidários na decisão parlamentar converte as câmaras não em foros de manifestação do interesse geral, mas em expressão dos interesses de uma oligarquia política minoritária (*apud* León Martínez-Elipe, *Significación del derecho parlamentario*, p. 213 e 214). Na opinião de León Martínez-Elipe, a fundamentalidade do Direito Parlamentar, desde as suas origens, está em defender a autonomia e a independência das câmaras legislativas. A dialética entre Parlamento e Governo, a que se deve a sua origem, pertence, contudo, à história. Atualmente, a independência das funções parlamentares tem que ser protegida, particularmente, do excessivo influxo dos partidos políticos (*Significación del derecho parlamentario*, p. 214).

52 Por definição constitucional, o Poder Legislativo rege-se, no que tange à sua composição, pelo princípio da igualdade. Por isso, nos corpos legislativos, todos os seus integrantes são iguais; todos exercem a representação política da sociedade; todos têm os mesmos direitos, deveres, prerrogativas, vedações, responsabilidades e incompatibilidades. A igualdade constitucional dos parlamentares radica-se, notadamente, no valor do seu voto, que é idêntico ao dos demais e projeta-se na possibilidade de participar dos trabalhos e dos debates, que é imprescindível ao desempenho das atribuições inerentes ao mandato político (Bernardo Bátiz Vázquez, *Teoría del derecho parlamentario*, p. 126). O peso de cada representante nas decisões coletivas

datos eletivos⁵³ nem se cogite, no âmbito parlamentar, da incidência do princípio hierárquico⁵⁴ – e propicia o *domínio da agenda parlamentar pelo Poder Executivo*⁵⁵.

Sob o prisma democrático, a abreviação regimental da tramitação das espécies normativas e a aprovação de medidas ablativas do debate parlamentar (como, por exemplo, o requerimento de encerramento de discussão) limitam sobretudo o *conhecimento público* das razões e das posições do Governo, da base parlamentar que lhe dá sustentação e das diferentes agremiações partidárias relativamente às proposições, aos seus objetivos, efeitos, críticas e alternativas. Na observação de Oscar Alzaga Villaamil⁵⁶, o Governo deve enunciar as suas razões em um

tomadas – asseveram Fernando Limongi e Argelina Figueiredo – é o mesmo, sem importar quantos votos recebeu na última eleição, quantos mandatos já exerceu ou a que partido está afiliado (Liderazgos políticos en la Cámara de Diputados del Brasil, p. 339).

53 Convém frisar, novamente, que a Constituição nada fala sobre o colégio de líderes; dispõe, apenas, sobre as Mesas da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional, cuja incumbência precípua é dirigir os trabalhos legislativos, competindo-lhe, também, superintender os serviços administrativos afetos às Casas Legislativas.

54 Muito embora os órgãos legislativos possuam uma estrutura orgânica assentada sobre as noções da igualdade de mandatos e da colegialidade, que são incompatíveis com o princípio hierárquico, isso não impede, por exemplo, o Presidente de uma Casa Legislativa de adotar medidas disciplinares contra os seus pares, no interesse do colegiado, a fim de manter a ordem dos trabalhos.

55 Tencionando atenuar o domínio da agenda parlamentar somente pela maioria, o Senador Pedro Taques apresentou a Proposta de Emenda Constitucional nº 29, de 2012. Nela, sugere a seguinte redação modificativa do art. 61 da Constituição Federal, que passaria a vigorar acrescido do seguinte § 3º: “Mediante requerimento de, no mínimo, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, qualquer projeto em tramitação entrará em regime de urgência na respectiva Casa, sobrestando todas as demais deliberações legislativas, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação”. Extrai-se, da justificação da proposição, o seguinte excerto, bastante ilustrativo: “Trata-se, aqui, de assegurar à minoria a possibilidade de desengavetar projeto cuja votação não interessa à maioria. Mais ainda, com a aprovação da proposta, diminui-se o poder da Presidência na inclusão, ou não de um projeto na pauta, haja vista que ficarão sobrestadas todas as demais proposições legislativas, com exceção daquelas que possuam prazo constitucional determinado. Fortalece-se o Poder Legislativo e, com ele, o Estado de Direito”. “Certamente, não se propõe, aqui, substituir a maioria pela minoria. Nada impede que a maioria, usando o seu número, rejeite, legitimamente, a proposição. O que se ataca é justamente a atual situação em que projetos bem intencionados, com grande apoio popular, repousem nas instâncias das Casas parlamentares”. “O que se pretende é dar um instrumento político à minoria, permitindo-lhe exigir, de forma similar ao que ocorre em uma CPI, que a maioria se manifeste e não se esconda” (*Diário do Senado Federal*, sexta-feira, 15 de junho de 2012, p. 25932).

56 La publicidad y el diálogo como principios cualificadores de las leyes, p. 141 e ss.

debate público e discuti-las em contraposição com as teses das minorias. As discussões devem ser amplas, durar um tempo razoável e observar os postulados da *contradição* e do *diálogo*. Um bom procedimento legislativo – sustenta – há de propiciar espaços e tempos adequados para a negociação e, se possível, a confluência entre grupos parlamentares confrontantes, pois o Parlamento é uma instituição plural e, por isso, deve estar aberto à composição de interesses.

Paloma Biglino Campos⁵⁷ adverte, a respeito, que o debate, dentro da instituição parlamentar, cumpre um papel nuclear. Por meio dele, explica, expõem-se e definem-se as distintas opções sustentadas no seio parlamentar, com a finalidade de amadurecer a decisão final. O princípio essencial que conduz o desenvolvimento dos debates é a livre discussão, sem o que não há possibilidade de vozes dentro do espectro social. E para que se possa produzir uma livre discussão no Parlamento, conclui, é necessário que se reconheça aos diversos grupos da câmara o direito de fazer parte da discussão e expressar as suas opiniões sem limitações ilegítimas.

No mesmo sentido, Christian Starck⁵⁸ sustenta que a lei é resultado de um procedimento democrático regulado constitucionalmente e distingue-se da “lei como ordem do soberano” pelas notas da argumentação, da publicidade, da razão, do compromisso e da proteção frente ao império incontrastável da maioria. Para ele, o procedimento deve estar configurado a fim de que muitas e competentes reflexões e propostas possam efetivamente influir na determinação do conteúdo da lei. O procedimento há de garantir informações sobre as situações reais que serão reguladas pela lei, além de argumentos e considerações sobre se a lei realmente atende o bem comum. O elemento democrático do procedimento – os órgãos participantes do processo legislativo – oferece certa garantia de que “a legislação não cairá nas mãos dos representantes de uma ideologia determinada” e, nessa medida, pode afiançar “uma certa bondade do conteúdo da lei”.

57 *Los vicios en el procedimiento legislativo*, p. 82 e 83.

58 *El concepto de ley en la Constitución alemana*, p. 239 e 240.

3.3. Agenda parlamentar e domínio legislativo do Executivo

Os Anuários Estatísticos do Processo Legislativo de 2005⁵⁹, 2006⁶⁰, 2007⁶¹ e 2008⁶², editados pela Câmara dos Deputados, evidenciam que aproximadamente 87% dos projetos de lei ordinária ou complementar seguem ou o regime de tramitação regimental da urgência ou o rito, também abreviado, e igualmente de extração regimental, da prioridade⁶³.

Se tomados em consideração indicadores do desempenho do Poder Legislativo a partir da iniciativa legislativa, o domínio do Executivo impressiona, assimilando-se ao verificável em países parlamentaristas, nos quais, por definição, não há uma *separação rígida* entre os poderes políticos. No parlamentarismo, o Parlamento é uma comissão do povo, e o governo, uma comissão do Parlamento⁶⁴. Portanto, no contexto parlamentarista, espera-se que haja uma natural *interdependência* entre os Poderes Legislativo e Executivo, já que, para se manter no poder, o governo depende do apoio da maioria parlamentar.

As contribuições acadêmicas dos cientistas políticos são valiosas à compreensão da formação da agenda parlamentar.

59 Anuário estatístico do processo legislativo 2005, p. 24.

60 Anuário estatístico do processo legislativo 2006, p. 23.

61 Anuário estatístico do processo legislativo 2007, p. 23.

62 Anuário estatístico do processo legislativo 2008, p. 28.

63 Segundo o art. 158 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, prioridade é a dispensa de exigências regimentais para que determinada proposição seja incluída na ordem do dia da sessão seguinte, logo após as proposições em regime de urgência (*caput*). Somente poderá ser admitida a prioridade para a proposição: I – numerada; II – publicada no Diário da Câmara dos Deputados e em avulso; III – distribuída em avulsos, com pareceres sobre a proposição principal e as acessórias, se houver, pelo menos uma sessão antes (§ 1º). O art. 151, II, também do diploma regimental camarário, prescreve que podem seguir o regime de prioridade: a) os projetos de iniciativa do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Mesa, de comissão permanente ou especial, do Senado Federal ou dos cidadãos; b) os projetos: 1 – de leis complementares e ordinárias que se destinem a regulamentar dispositivo constitucional, e suas alterações; 2 – de lei com prazo determinado; 3 – de regulamentação de eleições, e suas alterações; 4 – de alteração ou reforma do regimento interno. Além desses projetos, poderá a prioridade ser proposta ao plenário pela Mesa, por Comissão que houver apreciado a proposição e pelo autor da proposição, apoiado por um décimo dos deputados ou por líderes que representem esse número (art. 158, § 2º).

64 Carl Schmitt, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, p. 70.

Fernando Limongi⁶⁵, por exemplo, refere-se a dois desses indicadores de desempenho legislativo: a taxa de sucesso e a taxa de dominância. A taxa de sucesso das iniciativas do Executivo – define – “nada mais é do que a proporção do que é aprovado sobre o total enviado por este poder”. A taxa de dominância sobre a produção legal – elucida – corresponde à “simples divisão das leis cuja proposição se deve ao Executivo pelo total de leis aprovadas no período”.

Como se verifica, os indicadores de produtividade focados na dominância e no sucesso denotam a preocupação de se identificar quem exerce o controle da agenda legislativa, particularmente em face da participação do Poder Executivo no processo legislativo. São indicadores que fornecem informações notáveis sobre a interação e a dinâmica entre os Poderes do Estado.

Limongi realizou levantamento das iniciativas legislativas entre outubro de 1988 e março de 2006 e detectou o sucesso do Executivo para o período pós-promulgação da Constituição Federal de 1988 da ordem de 70,7%. Esclarece o autor que a definição de sucesso adotada é austera, pois reclama que a matéria seja aprovada ao longo do mandato do Presidente da República que enviou a proposição à Câmara dos Deputados⁶⁶. A taxa de dominância para o mesmo período – informa o cientista político – foi igualmente expressiva: 85,6%⁶⁷.

Outro trabalho que analisa os indicadores do desempenho do Poder Legislativo a partir do impulso legislativo é de autoria do cientista político André Corrêa de Sá Carneiro⁶⁸, que chega a resultados próximos aos

65 Fernando Limongi, *A democracia no Brasil*, p. 21.

66 *A democracia no Brasil*, p. 23.

67 No levantamento que empreende, Fernando Limongi compara esses dados com o período democrático anterior. Revela, assim, que o sucesso do Executivo no período para o qual há dados disponíveis (1949-1964) foi um parco 29,5%. Getúlio Vargas, o mais bem-sucedido Presidente do período, conseguiu aprovar apenas 45% do que enviou ao Congresso Nacional. Quanto às taxas de dominância, aponta Limongi, as diferenças soam igualmente palpáveis. O Poder Executivo foi responsável pela apresentação de 39% das leis aprovadas naquele período. Uma vez mais, o Presidente com a taxa mais alta na primeira experiência democrática está bem inferior àqueles que tiveram piores resultados no período atual, quais sejam, Fernando Collor e José Sarney, com 77%: a diferença que os separa é de 30% (*A democracia no Brasil*, p. 23).

68 *Legislação simbólica e poder de apreciação conclusiva no Congresso Nacional*. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5807/legislacao_simbolica_carneiro.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08/03/2015.

de Fernando Limongi. Perscrutando somente a produção normativa do Executivo e do Legislativo entre 1988 e 2007, Carneiro obteve, respectivamente, 82,7% contra 17,3%.

O cientista político José Álvaro Moisés⁶⁹ também obtém resultados semelhantes aos de Limongi e Carneiro. Das 2.701 proposições levadas pela Presidência da República à Câmara dos Deputados entre 1995 e 2006, Moisés constatou que 85,5% (2.310) delas tiveram origem no Poder Executivo e apenas 14,5% (391), no Poder Legislativo.

Em síntese, pode-se afirmar que o que o Poder Executivo submete ao Poder Legislativo geralmente é aprovado⁷⁰, e isso por *injunção dos líderes partidários*⁷¹, integrantes da base de sustentação parlamentar do Governo, que amiúde requerem que as proposições legislativas de interesse do Presidente da República sigam ritos regimentais abreviados e atuam, investidos de expressivos poderes regimentais, como representantes de suas bancadas, pois os regimentos parlamentares reconhecem a existência dos partidos políticos e adotam o princípio partidário como referência e medida para a distribuição dos cargos diretivos e para a composição das próprias comissões⁷².

Consequentemente, a agenda dos trabalhos das Casas Legislativas fica condicionada e atada, de modo inexorável, às demandas governamentais, das quais a maioria parlamentar atua como porta-voz institucional. Afinal, de acordo com a definição do art. 13, *caput*, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, constitui a maioria o partido ou bloco parlamentar integrado pela maioria absoluta dos membros da Casa, considerando-se a minoria a representação ime-

69 O desempenho do Congresso Nacional na presidencialismo de coalizão (1995-2006), p. 16.

70 Fernando Limongi, A democracia no Brasil, p. 24.

71 “O líder parlamentar – explica Rosineth Monteiro Soares – é o porta-voz do partido. Ele o representa em toda parte e age como intermediador de sua própria força entre os componentes que buscam carreira e posições onde melhor servir seus objetivos políticos. O partido, portanto, o coloca como seu gerente no processo de elaboração legislativa, da instituição partidária e da busca partidária do poder. Seu trabalho inicial é no processo legislativo, mas não apenas nesse, mas em toda a negociação interpartidária na tomada de decisões nacionais. Sua obrigação é elevar o partido e conseguir a implementação de seu programa na Casa onde lidera a bancada” (Liderança parlamentar, p. 336).

72 Fernando Limongi e Argelina Figueiredo, Liderazgos políticos en la Cámara de Diputados del Brasil, p. 341 e 342.

diatamente inferior que, *em relação ao Governo, expresse posição diversa da maioria*⁷³.

Depreende-se, assim, que uma dada disciplina regimental relativa à organização, à estrutura, ao funcionamento e à divisão interna de competências dos órgãos parlamentares tem o condão não só de conformar o processo de formação das leis, como também de interferir agudamente nas *relações entre os Poderes do Estado*, desbalanceando as suas posições institucionais.

73 A primazia legislativa do Poder Executivo é alvo de críticas tanto de deputados governistas quanto de oposicionistas, como se verifica por diversas proposições em tramitação na Câmara dos Deputados. A principal delas, o Projeto de Resolução (PRC) nº 11, de 2011, ao qual se encontram apensados os PRCs nºs 95 e 104, de 2011, e 127, de 2012), sugere seja alterado o art. 86 do Regimento Interno, instituindo-se, por conseguinte, a obrigatoriedade de inserção de uma cota mínima de 30% de proposições de iniciativa parlamentar na ordem do dia das sessões. Deputado pela agremiação partidária do Governo, o Partido dos Trabalhadores, Domingos Dutra assim justifica a sua proposta:

“Pesquisas do Congresso em Foco, da Universidade de São Paulo (USP) e do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (Diap) revelou que, no período de 1995 a 2009, 80% das matérias aprovadas no Congresso Nacional foram oriundas do Poder Executivo Federal e apenas 3% eram do Poder Legislativo.

Levantamento realizado pelo consultor legislativo da Diretoria Legislativa da Câmara, Sr. Luiz Henrique Cascellli de Azevedo, revela que, no período de 1988 até maio de 2007, destaca que o Legislativo apresentou 29.119 proposições, das quais apenas 443 foram convertidas em lei, ou seja, apenas 1,5%.

O projeto de resolução que estamos apresentando visa a corrigir esta deformação, atendendo o anseio generalizado, histórico e justo dos parlamentares por mais espaço e oportunidade de ver suas ideias e projetos discutidos e votados pelo *Plenário*, cuja pauta hoje é praticamente dominada pelas medidas provisórias e demais proposições propostas pelo Poder Executivo Federal.

O projeto prevê que, na organização da Ordem do Dia de cada sessão do Plenário, seja observada a exigência de inserção de *uma cota mínima de pelo menos trinta por cento* de proposições de autoria de deputados e deputadas. Embora o percentual proposto não seja excessivo, já que não abala e nem prejudica a predominância dos projetos de interesse do Executivo Federal, a presente proposição representa um passo importante na valorização das ações dos parlamentares.

A proposição ora apresentada estabelece a nova exigência apenas no tocante à organização da pauta do Plenário, que efetivamente tem deixado de inserir projetos de autoria dos membros da Casa. Nas comissões a situação não tem sido desfavorável às iniciativas dos parlamentares, havendo estudos indicando, inclusive, que quando dependem apenas do seu poder conclusivo, nossos projetos conseguem ser discutidos e votados em tempo razoável nos órgãos técnicos.

O nosso desafio é levar ao Plenário da Câmara Federal proposições que dependam deste espaço institucional para serem apreciados.

Tendo a convicção de que o presente projeto representa o anseio de todos os membros da Câmara Federal independente de posição partidária. Sua aprovação que terá repercussão positiva na autoestima de cada deputado e deputada, elevando a credibilidade do Poder Legislativo, bem como equilibrando os espaços institucionais com os demais poderes da República.

Contamos com o apoio dos ilustres pares para sua transformação em norma regimental” (*sic*).

3.4. Centralização regimental decisória

O *arranjo regimental centralizador* dos trabalhos parlamentares no colégio de líderes, nas lideranças, nas mesas e nas presidências das Casas Legislativas favorece, ostensivamente, o domínio do Executivo sobre o Legislativo e inibe o impulso parlamentar individual que não esteja em conformidade com a pauta presidencial, circunstância que redundando no desvirtuamento do princípio constitucional democrático-representativo, porquanto, alijada a minoria, o grupo majoritário restará monolítica e hegemonicamente representado nos Poderes Executivo e Legislativo⁷⁴.

74 A propósito, é oportuno rememorar a definição de *povo*, de Giovanni Sartori. Diz o cientista político italiano: “O povo [...] não pode consistir literalmente de todo o mundo; mas também não pode ser reduzido à maior parte dos cidadãos. Quando o povo é traduzido por um critério de maioria, o que está apresentando é apenas uma ‘definição operativa’. Isso quer dizer que o povo é dividido em maioria e minoria por um processo de tomada de decisão, e para tomar decisões. Apesar disso, persiste o fato de que o povo se compõe, no seu todo, da maioria *mais* a minoria. Portanto, se o *critério* de maioria é transformado (erroneamente) num *poder* absoluto da maioria, a implicação dessa distorção no mundo real é que uma parte do povo (em geral uma parte bem grande) torna-se não povo, uma parte excluída. Aqui, então, o argumento é que quando a democracia é equiparada ao poder puro e simples da maioria, essa equiparação converte *eo ipso* – uma parcela do demos – em não demos. Inversamente, a democracia concebida como poder da maioria limitado pelos direitos da minoria, corresponde ao povo todo, isto é, à soma da maioria com a minoria. É precisamente porque o poder da maioria é restringido que *todo* o povo (todos aqueles que têm direito de voto) está *sempre* incluído no demos” (*A teoria da democracia revisitada*, p. 54 e 55). Mais adiante, o autor realça os direitos da minoria como condição necessária ao processo democrático nestes termos: “A liberdade de cada um é também a liberdade de todos; e adquire seu significado mais autêntico e concreto quando estamos na minoria. Com o devido respeito pelo *slogan* da democracia enquanto poder majoritário: é o respeito e a salvaguarda dos direitos da minoria que sustentam a dinâmica e a mecânica da democracia. Em resumo, os direitos da minoria são uma condição necessária ao processo democrático. Se estamos comprometidos com esse processo, então também devemos estar com um poder de maioria restringido e limitado pelos direitos da minoria. Manter a democracia como um processo contínuo requer que asseguremos a *todos* os cidadãos (maioria mais minoria) os direitos necessários ao método segundo o qual a democracia funciona” (ob. cit., p. 56). Enfim, como pontifica Hans Kelsen, “o princípio de maioria implica o direito de existência da minoria” (*Teoria geral do direito e do estado*, p. 411). E complementa o autor: “O princípio de maioria em uma democracia é observado apenas se todos os cidadãos tiverem permissão para participar da criação da ordem jurídica, embora o seu conteúdo seja determinado pela vontade da maioria. Não é democrático, por ser contrário ao princípio de maioria, excluir qualquer minoria da criação da ordem jurídica, mesmo se a exclusão for decidida pela maioria”. “Se a minoria não for eliminada do procedimento no qual é criada a ordem social, sempre existe uma possibilidade de que a minoria influencie a vontade da maioria. Assim, é possível impedir, até certo ponto, que o conteúdo da ordem social venha a estar em oposição absoluta aos interesses da minoria. Esse é um elemento característico da democracia” (idem, *ibidem*).

Outrossim, a centralização decisória em certos órgãos das Casas Legislativas limita claramente a autonomia e a participação individual dos congressistas no processo de elaboração das leis, já que são as Mesas e os líderes que, sem consultar os “líderados”, impingem as suas prioridades e pautam o que será discutido e votado.

No entanto, a forma de organização e funcionamento parlamentar plasmada pela Constituição Federal, *ontologicamente colegial*, deveria ser pouco hierarquizada, a fim de possibilitar o livre fluxo de *debates entre pares* em torno de questões consensualmente deliberadas, o que contribuiria sobremaneira para a redução da conflituosidade, inerente às democracias pluralistas e imanente aos trabalhos parlamentares, e de outras mazelas, como as que se refere Nelson Jobim⁷⁵, ao tratar, em 1991, da necessidade de modernização do Poder Legislativo, até hoje não empreendida, a partir da superação de um modelo concentrador de decisões nas lideranças, circunstância que, na sua opinião, afasta os “parlamentares periféricos” do Plenário, e do vezo parlamentar subjacente a esse modelo. Diz ele:

“Controla o poder quem produz a informação e quem a faz circular. Como era controlado o Poder dentro da Câmara nos últimos vinte anos? Por um ato simples, ou seja, pela Ordem do Dia. Como se controla o trabalho de uma Assembleia ou de um Parlamento? Controlando-se sua pauta e inviabilizando-se os mecanismos informadores sobre o seu conteúdo.

A praxe da Câmara dos Deputados é de que a Mesa, sobretudo o Presidente – como em todos os parlamentos do mundo – organize a pauta.

O Regimento Interno faculta ao Presidente ou às lideranças partidárias a discussão da Ordem do Dia. Qual foi o efeito, na Câmara, dessa circunstância? O Presidente levava à pauta aquilo que quisesse. O que ele levasse seria objeto de decisão. Logo, a decisão do Plenário dependia de um ato de fiscalização produzido pela Presidência, e não havia mecanismo capaz de obrigar a Presidência a pôr em pauta matéria que não quisesse. Outro dado é a divulgação de informações sobre as matérias a serem votadas. Muitas vezes, ficávamos conhecendo a pauta minutos antes da Sessão, um pouco antes da Ordem do Dia.

75 A modernização do Legislativo, p. 1.894 e 1.895.

A verdade é que o mecanismo existia não para que o parlamentar participasse do processo decisório, mas para que referendasse o que previamente fora decidido pelas lideranças. A importância que tínhamos – e quando digo *nós* estou me referindo ao parlamentar que está fora do círculo fechado da Mesa e das Lideranças, o parlamentar da “periferia” do Plenário – consistia em fazermos número para a verificação de “quórum”.

[...]

Mas a matéria controvertida só vai a Plenário depois que o colégio de líderes acordou-se. Assim, a matéria chega a Plenário no último minuto. É quando a “periferia” do Plenário pode examiná-la. E a decisão tomada acompanha a liderança. Quantos de nós, em tantos momentos de votação na Câmara, perguntamos o que está sendo votado ou como se vota? Esse é o dado da realidade que nos leva à ineficiência ou ineficácia. A falta do parlamentar ao Plenário não resulta de desídia, mas de um imenso enfado oriundo da constatação de que ele não integra o processo decisório”⁷⁶.

Em vista dessa praxe, a cientista política Argelina Cheibub Figueiredo⁷⁷ considera, com acerto, que a disciplina regimental do funcionamento parlamentar algema o Congresso Nacional. “Num certo sentido – afirma –, o Legislativo é pior do que se imagina, pois as dificuldades são mais profundas, estruturais. O senso comum diz que o Congresso é ruim porque os eleitores votam mal. Mas o problema não está nos eleitores nem nos eleitos. Está na estrutura. Um congressista que chega a Brasília tem pouca chance de agir”. “Se um deputado tivesse uma razão

76 Da mesma opinião é o deputado federal Miro Teixeira. Confira-se o seguinte trecho de sua intervenção em debate promovido pelo Cebrap (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento), em 1994, com o deputado federal Prisco Viana: “Então não se pode admitir que, quando os líderes se reúnem com a Presidência, não se saiba como foi convocado de que maneira, com que antecedência, com que pauta. Só eles sabem. Sou o primeiro vice-líder e já fui líder do meu partido, e sou contra esse tipo de procedimento porque isso deixa no plenário o conjunto dos deputados exatamente como descreveu o deputado Prisco Viana, na expectativa do que vai ser descrito nessa reunião. O deputado entra no plenário e pergunta: O que vai ser votado? E logo em seguida: Como é que nós votamos? Sim ou não? Não se pode, portanto, responsabilizar esse deputado, por que ele é massacrado por uma estrutura na qual ele não participa da deliberação. Ele fica ali apertando o botão do sim, não, abstenção, porque o líder diz no microfone a posição do partido e o deputado vota. Quando o líder tinha que ir para a tribuna sustentar a sua posição, havia um parlamento mais vivo. Mesmo durante o regime militar...” (O processo legislativo: partidos e grupos congressuais, p. 33).

77 Derrubando mitos, in: *Veja*, edição nº 1378, 8 de fevereiro de 1995, p. 8.

para ir ao Congresso, ou soubesse que com sua ausência temas fundamentais não andariam, seria forçado a ir. Ou, pelo menos, teria um estímulo para comparecer às sessões. Mas, como sua presença não modifica nada, para que ir? Existe até interesse em que o parlamentar não vá”⁷⁸.

A centralização de competências nas *Mesas* e nas *Presidências* das Casas Legislativas igualmente coopera para desbalancear as relações entre os Poderes em favor do Executivo.

Dentre as várias atribuições da Mesa, previstas no art. 15 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, destaca-se a de “propor, privativamente, à Câmara projeto de resolução dispondo sobre sua organização, funcionamento, polícia, regime jurídico do pessoal, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções e fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias” (inciso XVII). Trata-se de disposição que manietta a iniciativa legislativa de deputados que não exercem função diretora em matéria de organização e funcionamento parlamentar, que, constitucionalmente, é atribuída à Câmara dos Deputados e não à Mesa. O art. 51, III e IV, da Constituição Federal, por sinal, é inequívoco a esse respeito. Não obstante inconstitucional, mencionado dispositivo, ao tencionar blindar a partilha interna de poderes, sinaliza a vocação centralizadora do Regimento

78 A polêmica em torno do exacerbado poder das lideranças parlamentares na Câmara dos Deputados é anterior à edição do atual Regimento Interno da Câmara dos Deputados, publicado no *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, de 22 de setembro de 1989. Na sessão legislativa de 3 de agosto de 1989, o deputado Messias Gois assim se manifestou: “Sr. Presidente, gostaria que houvesse alguma consideração por parte das lideranças em relação aos demais Deputados Federais, pois ficamos aqui à sua disposição. Se os líderes não concordarem, somos Deputados Federais; se os líderes concordarem, somos meros assistentes, sem direito a voz nem a voto”. “Sr. Presidente, fomos eleitos para exercer um mandato. Mas a ditadura das lideranças faz com que sejamos meros objetos descartáveis. Diria, sem ferir a dignidade do Plenário, que somos como papel higiênico usado”. “É preciso, Sr. Presidente, que os líderes dos partidos nesta Casa tenham a consideração de chamar os seus liderados e dizer qual a posição que tomaram em determinada matéria, principalmente quando se trata de assunto importante como esse, que vai reger a vida desta Casa durante alguns anos”. “Foi com indignação que solicitei a palavra a V.Exa. para reclamar da atitude arbitrária das Lideranças, que não tiveram nenhuma consideração para com os Srs. Deputados. Quem não é líder é produto descartável, bom para desaparecer”. “Sr. Presidente, isso não condiz com a dignidade de um Parlamento. Fomos eleitos, temos um mandato parlamentar para exercer plenamente. Que haja consideração por parte das lideranças partidárias, como um todo, convocando os seus liderados para lhes dar notícia das matérias em discussão. Que haja a consideração de se chamar os Deputados liderados e dizer-lhes o que se está votando” (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 4 de agosto de 1989, p. 6980).

Interno da Câmara dos Deputados⁷⁹, que é roborada por outras previsões, como as já citadas, relativas às competências do colégio de líderes e das lideranças, e outras mais, como a de designação da ordem do dia, atribuição outorgada aos Presidentes das Casas Legislativas⁸⁰.

Sobre o assunto, Maurice Duverger⁸¹, em tópico dedicado à “independência no funcionamento do Parlamento”, leciona que, para os debates serem independentes, o Poder Legislativo há de ter o domínio da ordem do dia. Mas adverte: pode-se temer que a maioria parlamentar imponha a sua pauta de discussão à minoria. Por isso, algumas vezes preveem-se garantias às agremiações minoritárias. Confira-se a lição do autor:

“A ordem do dia é o programa dos debates do Parlamento. Se é fixado pelo Governo, este poderá evitar todos os debates que o incomodem e impedir que se discutam e votem as leis que não lhe agradam. Ao mesmo resultado poder-se-á chegar com o atual sistema francês da «ordem do dia prioritária», que permite ao Governo colocar em primeiro lugar na ordem do dia os temas e os projetos que quer discurtir preferentemente: assim, pode-se adiar indefinidamente os demais. A fixação da ordem do dia é, pois, um problema importante. Geralmente, os Parlamentos ocidentais têm o domínio de sua ordem do dia: portanto, fixam, como querem, a programação de seus trabalhos. Mas, pode temer-se, então, que a maioria imponha sua lei à minoria, o que conduziria a restituir ao Governo o controle sobre a ordem do dia, na medida em que é expressão da maioria. Por isso, algumas vezes preveem-se garantias à minoria”.

Inexistindo previsão regimental que garanta à minoria o direito à determinação da ordem do dia de um certo número de reuniões, a exemplo do disposto no art. 176^o, n^o 3, da Constituição da República Portuguesa⁸², a pauta legislativa, no Brasil, excetuadas as hipóteses cons-

79 No Senado Federal, projeto de resolução de iniciativa de senador que tencione modificar ou reformar o Regimento Interno deve ser enviado à Comissão Diretora, antes de ser discutido e votado em plenário (cf. art. 401, § 2^o, III), procedimento claramente vocacionado a controlar o mérito da proposição veiculada.

80 Vide arts. 17, I, *s e t*, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e 48, VI, do Regimento Interno do Senado Federal.

81 *Instituciones politicas y derecho constitucional*, p. 183 e 184.

82 Prescreve o art. 176, n^o 3, da Constituição da República Portuguesa: “Todos os grupos parlamentares têm direito à determinação da ordem do dia de um certo número de reuniões,

titucionalmente previstas de sobrestamento⁸³, a pauta legislativa fica sob o inteiro controle dos órgãos de cúpula da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que, ademais, exercem influência sobre os trabalhos desenvolvidos no âmbito das comissões parlamentares, dado ser da alçada dos Presidentes, por exemplo, a designação dos seus membros titulares e suplentes, mediante comunicação ou indicação dos líderes⁸⁴.

Essa estrutura orgânico-funcional centralizada, em um contexto de *presidencialismo de coalizão*⁸⁵ – em que “Presidentes minoritários se comportam como os primeiros-ministros de sistemas multipartidários europeus” e, “na ausência de uma maioria automática no Legislativo, se veem obrigados a costurar tal maioria, aproximando-se de outros partidos que não são os seus”⁸⁶ –, assegura ao Chefe do Poder Executivo uma posição estratégica no jogo político-parlamentar.

segundo critério a estabelecer no Regimento, ressaltando-se sempre a posição dos partidos minoritários ou não representados no Governo”.

83 Cf. arts. 62, § 6º (medidas provisórias), 64, § 2º (regime de urgência), e 66, § 6º (vetos), da Constituição Federal.

84 Cf. arts. 17, III, a, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e 78, *caput*, do Regimento Interno do Senado Federal. O cientista político Fabiano Santos esclarece que o problema central das comissões, notadamente das especiais (constituídas, por exemplo, para dar parecer sobre proposta de emenda à Constituição e sobre proposições que versarem acerca de matéria de competência de mais de três comissões que devam pronunciar-se quanto ao mérito), está na sua composição, que pode ser manipulada pelos líderes, responsáveis pela indicação de seus membros, independentemente da *expertise* no tema em apreciação, apenas para dar aquiescência às finalidades do governo. As decisões de uma comissão permanente, contudo, para cuja montagem algum grau de dedicação e especialização nos temas pertinentes é pressuposto de seus membros, não são, segundo o autor, de fácil manejo por parte das lideranças do bloco governista (A reforma do Poder Legislativo no Brasil, p. 36).

85 A expressão *presidencialismo de coalizão* foi alcunhada por Sérgio Henrique Hudson de Abranches. Para ele: “o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, ‘presidencialismo de coalizão’, distinguindo-se dos regimes da Áustria e da Finlândia (e a França gaullista), tecnicamente parlamentares, mas que poderiam ser denominados de ‘presidencialismo de gabinete’ (uma não menos canhestra denominação, formada por analogia com o termo inglês *cabinet government*). Fica evidente que a distinção se faz fundamentalmente entre um ‘presidencialismo imperial’, baseado na independência entre os poderes, se não na hegemonia do Executivo, e que organiza o ministério como amplas coalizões, e um presidencialismo ‘mitigado’ pelo controle parlamentar sobre o gabinete, eventual ou frequentemente, através de grandes coalizões. O Brasil retorna ao conjunto das nações democráticas, sendo o único caso de presidencialismo de coalizão” (Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro, p. 21 e 22).

86 Timothy J. Power, O presidencialismo de coalizão na visão dos parlamentares brasileiros, p. 133.

Para a coalizão de apoio ao governo, afigura-se imprescindível o controle da Presidência, da Mesa e de outros postos-chave (presidências de comissões e relatorias, por exemplo) da Câmara dos Deputados. É nesta Casa Legislativa que se inicia a tramitação dos projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo⁸⁷ e se ultima o processo legislativo, em havendo emenda(s) no Senado Federal⁸⁸. O domínio dos cargos de direção pela coalizão governista, aliado à estipulação de ritos regimentais abreviados, confere, assim, ao Poder Executivo, indiscutível primado em matéria legislativa.

A proeminente posição do Poder Executivo nos processos parlamentares – vale notar – não advém somente da centralização da estrutura orgânico-funcional parlamentar, mas também do *manejo de competências que lhe são próprias*, como a de investidura de deputado ou senador no cargo de ministro de Estado, prevista no art. 56, I, da Constituição Federal, costumeiramente utilizada pelos Presidentes da República para forjar a sua base de sustentação parlamentar.

Bem explicam Fernando Limongi e Argelina Figueiredo⁸⁹:

“Presidentes, se pretendem governar, precisam contar com o apoio da maioria dos legisladores. Nesses termos, presidencialismo e parlamentarismo não são assim tão diferentes quanto normalmente se apregoa. Presidentes formam governos da mesma forma que primeiros-ministros o fazem, isto é, selam acordos com partidos, acordos concretizados pela distribuição de pastas ministeriais. Isto é, um certo número de partidos, usualmente o suficiente para garantir a maioria legislativa, passa a integrar o governo, isto é, a ter participação na definição da política governamental. Feito isso, o destino eleitoral dos partidos que integram a coalizão formada para dar sustentação política ao Executivo passa a estar associado ao desempenho do governo. Logo, o presidente não precisará usar seus poderes de decreto – ou qualquer outro poder legislativo que a Constituição lhe garanta – para fazer com que sua vontade prevaleça sobre a do Legislativo. Esses poderes poderão ser usados em nome da maioria, maioria que está representada no Legislativo e no Executivo”⁹⁰.

87 Cf. art. 64, *caput*, da Constituição Federal.

88 Cf. art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal.

89 Medidas provisórias, p. 279.

90 Em análise de seu governo, o ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso justifica a necessidade da prática da coalizão partidária para governar nestes termos: “O

Vale registrar, à guisa de ilustração, e em breve digressão, que nem sempre as Constituições brasileiras decidiram preservar o mandato de deputado ou senador investido em cargo ministerial.

O art. 50, parágrafo único, da Constituição da República de 1891, decretava a perda do mandato de deputado ou senador que aceitasse ser ministro, proibindo-o, ainda, de disputar nova eleição para a vaga⁹¹. Para o legislador constitucional do século XIX, a investidura de congressista no cargo de ministro rompia o almejado equilíbrio entre os Poderes e representava uma perigosa interferência no desempenho autônomo da atividade legislativa e da função parlamentar de fiscalização e julgamento dos atos do Executivo.

Em seus comentários de 1902 à primeira Carta Republicana, João Barbalho Uchoa Cavalcanti⁹², que foi membro da Assembleia Nacional Constituinte de 1890 e Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1897 e 1906, explicou a razão de ser do disciplinamento da matéria:

“A Constituição fez os ministros agentes da confiança do presidente da República (art. 49), sem responsabilidade política perante as câmaras e fora da ação delas. Com isto conservou-se fiel ao regime por ela preferido e poupou ao País do degradante espetáculo da candidatura ministerial, que punha em jogo todos os recursos oficiais, todos os meios possíveis de utilização no momento, pressão, fraude, corrupção, para a reeleição dos ministros. Para que a nação

maior engano do Presidente (refiro-me simbolicamente, pois não se trata apenas de uma pessoa, mas do grupo vencedor) é imaginar que, sozinho, tudo pode e que o Congresso é um tigre de papel. Já era suficientemente maduro quando assisti às crises de Jânio Quadros (1961) e de João Goulart (1961-1964). Participei, como senador, da *débâcle* do governo Collor. Nesses casos, o menosprezo ao Congresso levou os governos à paralisia e depois à ruína. Por outro lado, se o Presidente “se entrega” ao Congresso, está perdido. É esse o jogo político principal: para realizar o que a sociedade deseja e o que ele prometeu na campanha, o Presidente necessita do Congresso. Constrói, portanto, alianças, de vez que em nosso sistema eleitoral, em uma Federação muito desigual, os partidos são fragmentados e o Presidente apenas com o seu partido não dispõe de maioria. Pode fazer alianças antes (o que é melhor) ou depois do voto. Mas terá de fazê-las para governar” (*A arte da política: a história que vivi*, p. 233).

- 91 O artigo I, Seção VI, 2, da Constituição dos Estados Unidos da América, dispõe, de modo semelhante, que: “Durante o seu mandato nenhum senador ou representante poderá ser nomeado para emprego civil dependente dos Estados Unidos que tenha sido criado ou cuja remuneração tenha sido aumentada nesse período; e ninguém poderá acumular qualquer emprego dependente dos Estados Unidos com as funções de membros de uma das câmaras”.
- 92 *Constituição Federal Brasileira: comentários*, p. 206.

consultada respondesse com franqueza e isenção se o ministro continuava a merecer sua confiança, mais alguns batalhões de guarda nacional se criavam; porção de patentes se expediam; era preciso que houvesse mais coronéis, capitães, etc., dessa milícia; questões *encalhadas* na administração prontamente se revolviam ao sabor dos interesses do momento; demissões de certos cargos se davam para acomodar nas vagas os recomendados dos chefes políticos; comissões, contratos, prorrogações de prazos d'estes, despesas secretas e um sem número de favores se empregavam, ao passo que pairava sobre os funcionários públicos, para avigorar-lhes o fervor ministerialista, a ameaça tremenda de remoção e exoneração dos não entusiastas do governo”⁹³.

93 Na Representação nº 38/2005 ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, o Partido Trabalhista Brasileiro – PTB acusou o então deputado José Dirceu de quebra de decoro parlamentar, eis que, “enquanto licenciado dessa Casa para exercer as funções do cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil do Presidente da República, em conluio com o Secretário de Finanças do Partido dos Trabalhadores – PT, DELÚBIO SOARES, levantou fundos junto ao Banco Rural e Banco de Minas Gerais – BMG, tomados sob a intervenção e responsabilidade de MARCOS VALÉRIO, com a finalidade de pagar parlamentares para que, na Câmara dos Deputados, votasse projetos em favor do Governo”. “Assim agindo, o Representado quebrou o decoro parlamentar, porquanto membro titular de mandato legislativo aí, valeu-se daquela atividade junto ao Poder Executivo, para interferir e fraudar o regular andamento dos trabalhos legislativos, alterando o resultado de deliberações em favor do Governo” (Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/eticaedecoro/representacoes/representacao3805.pdf>>. Acesso em: 08/03/2015). O episódio notabilizou-se como o “escândalo do mensalão” e resultou não só na cassação de mandatos pela Câmara dos Deputados, como na condenação criminal, pelo Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 470), dos deputados envolvidos, acusados da prática de corrupção e outros delitos. Pelo visto, a Constituição de 1988 desprezou a história e as suas lições e decidiu preservar o mandato de deputado ou senador investido em cargo ministerial, abertura que legitimou, inclusive, o retorno de congressistas licenciados à Casa de origem para votarem assuntos do interesse do Presidente da República, como a proposta de emenda constitucional da reeleição. A título de ilustração, em 29 de janeiro de 1997, o jornal Folha de S. Paulo noticiou:

“O ministro Luiz Carlos Santos (Assuntos Políticos) foi exonerado ontem para reassumir seu mandato de deputado federal e votar a favor da emenda constitucional que permite a reeleição do presidente Fernando Henrique Cardoso.

Como deputado, Santos (PMDB-SP) continuou usando assessores do ministério e carro oficial, embora com discricção.

Em vez da placa de bronze, indicando o cargo de ministro, o Tempra preto que Santos usou ontem tinha uma placa comum (JDR-1831, de Brasília). O carro pertence ao Ministério Extraordinário de Assuntos Políticos.

Santos disse que não reassumiu o mandato parlamentar por necessidade de votos favoráveis. ‘Eu quis participar deste momento histórico’, disse.

Mas seu suplente, Pedro Yves (PMDB-SP), que era indeciso, foi surpreendido com a perda repentina do mandato. ‘Fizeram isso sem conversar’, disse” (*Ministro volta a ser deputado por um dia para votar a favor da reeleição*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc290105.htm>>. Acesso em: 08/03/2015).

A atual Constituição, ao prescrever que não perderá o mandato o deputado ou senador investido no cargo de ministro de Estado, estatui exceção à regra da inacumulabilidade, inerente à separação dos poderes e fundamento do sistema presidencialista de governo, interdição cuja justificativa, ensina Anna Cândida da Cunha Ferraz⁹⁴, reside na precaução de concentrar todos os poderes em um mesmo indivíduo ou grupo de indivíduos, a fim de que não derrua a necessária independência entre os órgãos legislativo, executivo e judiciário e não seja colocada em risco a respectiva separação funcional.

Trata-se de previsão que se coaduna, em tese, com o princípio da separação dos poderes estabelecido em uma Constituição presidencialista?

Para Karl Loewenstein⁹⁵, a previsão de incompatibilidade tem uma importância fundamental para a independência funcional do Parlamento e consiste em um meio para afastar a influência governamental indireta sobre os parlamentares. E exemplifica: um funcionário que dispute uma eleição pode ter, desde o primeiro momento, uma vantagem indevida frente aos seus concorrentes; mas, uma vez eleito e estando no exercício do mandato, é compreensível que pouco se incline a opor-se ao governo do qual depende a sua carreira quando regressar à administração pública.

Pontes de Miranda⁹⁶ perfilha o mesmo entendimento, ao prelecionar: “em vez de se prestigiar o povo, através do Parlamento, ou do Congresso Nacional, abriu-se brecha na independência do Poder Legislativo: ‘Vós não podeis governar’, diz o Presidente da República, ‘mas aos que me queiram servir, como ajudantes, eu tirarei daí, e lhes proporcionarei oportunidade de comando governamental, o que vos permitirá torcer o Congresso Nacional’”. E continua: “Diminuiu-se, profundamente, a responsabilidade do Poder Legislativo. Ministro de Estado, que é deputado, ou senador, fica, praticamente, um tanto protegido, politicamente, pelo Poder Legislativo, ao mesmo tempo que se torna intermediário, subalterno, do Presidente da República”.

94 *Conflito entre poderes*, p. 53 e 54.

95 *Teoría de la Constitución*, p. 257.

96 *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda nº 1 de 1969*, p. 43 e 44, t. III.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz⁹⁷, nada justifica a exceção prevista no art. 56, I, da Constituição Federal, pois, “nos sistemas presidencialistas, a missão do deputado ou senador é bem definida: exercer o poder legislativo e fiscalizar a ação governamental do executivo”, de modo que “o exercício de cargos executivos, de alto escalão, por parlamentares, ludibria a vontade popular e é porta aberta para composições de interesse puramente pessoal, deixado completamente à margem o interesse público”⁹⁸.

No presidencialismo de coalizão brasileiro, a citada regra constitucional põe-se a serviço da *concertação político-partidária* e da formação da base de sustentação do Presidente da República no Parlamento. Numerosas são as nomeações de congressistas para o Ministério de Estado⁹⁹ visando a compor a maioria parlamentar e, por conseguinte, obter

97 *Conflito entre poderes*, p. 54 e 55.

98 Na Câmara dos Deputados, encontra-se em tramitação a Proposta de Emenda à Constituição nº 198, de 2012, subscrita por 198 deputados, que alvitra a revogação do art. 56, I, e a inserção de norma que determine, entre outras medidas, que o deputado ou o senador investido no cargo de Ministro de Estado renuncie ao seu mandato. Da justificativa apresentada, extrai-se o seguinte excerto:

“A Proposta de Emenda à Constituição que estamos apresentando tem como propósito corrigir uma das distorções mais importantes em nosso sistema político, a saber, a que viola o princípio da separação dos Poderes ao permitir que um parlamentar, eleito para o exercício do seu mandato nas esferas federal, estadual e municipal, possa ser nomeado para o exercício de cargo no Poder Executivo sem perder seu mandato.

Estamos convencidos de que a regra em vigor desprestigia o trabalho exercido pelo Poder Legislativo em nossa democracia, por quatro razões. Em primeiro lugar, porque os parlamentares nomeados pelo Poder Executivo deixam de contribuir para os debates e a produção legislativa que cabe ao Congresso Nacional, às Assembleias Legislativas e às Câmaras Municipais. Em segundo lugar, porque esse trânsito entre os diferentes Poderes da República dificulta o trabalho de construção de base parlamentar baseada em princípios consistentes, como o apoio programático dirigido aos programas e propostas políticas. Em terceiro lugar, o trânsito entre os Poderes inviabiliza a manifestação clara da opção de carreira política que o parlamentar deseja construir, além de permitir que este seja favorecido pela maior visibilidade conferida pelo exercício de função pública no âmbito do Poder Executivo. Em quarto lugar, o trânsito entre os Poderes viola a vontade do eleitor, que referendou uma campanha política para o Poder Legislativo e, em consequência, gostaria de ver o detentor de seu voto atuando na esfera política na qual se comprometeu durante a campanha eleitoral” (*Diário da Câmara dos Deputados*, sexta-feira, 13 de julho de 2012, p. 26948 e 26949).

99 Até março de 2013, por exemplo, onze eram os parlamentares que integravam o Ministério da Presidenta da República Dilma Rousseff, então composto de trinta e oito pastas: os deputados federais Mendes Ribeiro Filho (PMDB), Aldo Rebelo (PC do B), Gastão Dias Vieira (PMDB), Pepe Vargas (PT), Aguinaldo Ribeiro (PP), Antônio Andrade (PMDB) e Maria do Rosário (PT), e os senadores Gleisi Helena Hoffmann (PT), Marta Suplicy (PT), Garibaldi Alves (PMDB) e Edison Lobão (PMDB).

os principais cargos de comando das Casas Legislativas. Trata-se, enfim, de uma das várias competências presidenciais cujo manejo influi intensamente na dinâmica entre os Poderes Executivo e Legislativo¹⁰⁰.

3.5. Disciplina regimental da competência parlamentar de controle

As disposições regimentais influenciam não só o processo de formação das leis, mas também o modo de exercício da função parlamentar controladora, função que, nos sistemas presidencialistas, ensina Anna Cândida da Cunha Ferraz¹⁰¹, avulta em importância, “seja em razão da partilha constitucional da função de legislar, hoje fato incontestável [...], seja em razão da indiscutível liderança política do Presidente da República que acaba por dividir, com o Poder Legislativo, a tomada das decisões políticas fundamentais, e a direcionar os rumos da ação governamental”.

Relativamente à competência parlamentar de controle dos atos praticados pelo Poder Executivo, os regimentos parlamentares têm por incumbência operacionalizá-la, a fim de que as Casas Legislativas possam exercer, autonomamente, eficaz contrapeso aos órgãos que exercem função administrativa típica. Também nessa região competencial, a concisão das respectivas normas constitucionais evidencia-se, de modo que o exercício da função de controle parlamentar deve ser necessariamente regulado por disposições regimentais. Tão grave essa incumbência se mostra que se pode afirmar que, dependendo da disciplina regimental da matéria, o Parlamento desincumbir-se-á bem ou mal da atividade de controle. Afinal, são os regimentos que efetivamente constituem e aparelham – dotando-os de estrutura, competências, prerrogativas e

100 Clémerson Merlin Clève reporta-se a outras: “O Presidente da República, entre nós, acumula competências que, para citar apenas um exemplo, o estadunidense está longe de possuir. Tem iniciativa de lei e de emenda à Constituição, algumas leis sendo inclusive de sua iniciativa exclusiva, pode editar medidas provisórias e leis delegadas, pode nomear livremente os seus ministros (nos Estados Unidos há necessidade de aprovação do Senado), aliás, em número exagerado, dispõe de milhares de cargos em comissão, pode contingenciar o orçamento que no Brasil, ao contrário de outros países, não é vinculante, inclusive as dotações derivadas de emendas parlamentares, dispondo, ainda, de verbas que distribui para Estados e Municípios em função de critérios políticos e, portanto, pouco racionais ou transparentes (transferências voluntárias)” (Presidencialismo de coalizão e Administração Pública, p. 37).

101 *Conflito entre poderes*, p. 151.

procedimentos apropriados – órgãos fracionários internos (as comissões parlamentares), a fim de desempenhar a contento a função parlamentar de controle¹⁰². Sem essa normatividade regimental, o Poder Legislativo ver-se-ia impossibilitado de levar a efeito o múnus de fiscalização das ações empreendidas pelos órgãos e autoridades do Poder Executivo¹⁰³.

Um sistema político-constitucional em que o controle parlamentar da Administração Pública estivesse a depender da *disciplina legal* da matéria, como o da Constituição militar revogada¹⁰⁴, apontaria para um desbalanceamento entre os Poderes, com perceptível primazia do Executivo. Afinal, diferentemente dos regimentos parlamentares, que são veiculados por meio de *resoluções autônomas* das próprias Casas Legislativas a que se referem, as leis são atos normativos que dependem da *sanção presidencial* para se aperfeiçoarem, sujeitando-se, potencialmente, a *vetos* do Presidente da República.

A propósito, a Lei nº 7.295, de 19 de dezembro de 1984, que regulava o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo e dos da administração indireta, instituiu órgãos parlamentares (as comissões de fiscalização e

102 Além disso, são os regimentos parlamentares que fixam as *regras processuais* que possibilitam o exercício de competências como a de convocação de Ministro de Estado (art. 50), a de tomada de contas do Presidente da República (art. 51, II), a de aprovação da escolha de autoridades (art. 52, III e IV) e a de suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X). A respeito, os Regimentos da Câmara dos Deputados (RICD), do Senado Federal (RISF) e do Congresso Nacional (RCN) têm capítulos e seções dedicados ao tratamento minudente da “tomada de contas do Presidente da República”, da “autorização para instauração de processo criminal contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado”, do “processo nos crimes de responsabilidade do Presidente e do Vice-Presidente da República e de Ministros de Estado”, do “funcionamento como órgão judiciário”, do “comparecimento de Ministro de Estado”, da “suspensão da execução de lei inconstitucional”, do “veto”, da “delegação legislativa”, entre outros assuntos.

103 Em audiência pública realizada pela Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em 19 de setembro de 2007, José Afonso da Silva, indagado pela deputada Ana Perugini, do Partido dos Trabalhadores (agremiação minoritária de oposição ao Governo), acerca da competência do Poder Legislativo para sustar atos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar, esclareceu que “essa competência deveria estar disposta no Regimento Interno da Casa e sugeriu à Deputada que apresentasse tal sugestão à Mesa Diretora” (*Diário Oficial, Poder Legislativo*, 10 de novembro de 2007, p. 16).

104 O art. 45 da Constituição Federal de 1969 dispunha que o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta, seria regulado por lei e não por regimento parlamentar.

controle da Câmara e do Senado) e estabeleceu a sua forma de composição, atribuições e modo de funcionamento, *matérias ontologicamente situadas no âmbito regimental* e sobre as quais os Parlamentos de países democráticos costumam ter plena competência normativa e autonomia para dispor.

Em tese, o Chefe do Poder Executivo poderia ter vetado integralmente o projeto que resultou na referida lei, a fim de livrar-se de qualquer fiscalização exterior que se lhe revelasse inconveniente ou inoportuna. Talvez não o tenha feito porque, como observou percucientemente Odete Medauar¹⁰⁵, o diploma legal afinal aprovado pelo Congresso Nacional preocupou-se, fundamentalmente, com o *controle dos atos que não envolviam escolhas ou diretrizes políticas*, ou seja, atos da rotina administrativa, ante o uso da expressão “atos de gestão administrativa” no art. 2º, *a e b*. Ainda assim, se o Presidente da República tivesse exercido o seu veto¹⁰⁶, romper-se-ia o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), voltado a obter uma atuação equilibrada e harmônica dos três Poderes estatais.

O controle parlamentar constitui, indubitavelmente, uma das formas que o legislador constituinte engendrou para limitar o poder administrativo e evitar a sua concentração nas mãos do Poder Executivo, razão pela qual não pode sujeitar-se a vetos por parte do poder controlado.

Bem andou, pois, a Constituição Federal de 1988, ao atribuir às Casas Legislativas a prerrogativa de regular a matéria *em caráter privativo*, por meio de seus próprios regimentos, e não de leis, para cujo aperfeiçoamento a sanção ou o veto do Chefe do Poder Executivo não têm lugar.

Entretanto, os regimentos parlamentares, longe de assegurarem o equilíbrio jurídico e político entre os Poderes do Estado, por meio de uma estrutura de governo cujas várias partes componentes “possam ser, por suas relações mútuas, instrumentos para a manutenção umas das outras em seus devidos lugares”¹⁰⁷, isto é, de um sistema de freios

105 *Controle da administração pública*, p. 107 e 108.

106 Como o Governo da época tinha ampla maioria parlamentar que o sustentava, dificilmente o seu veto seria derrubado.

107 James Madison, *Os artigos federalistas*, número LI, p. 349.

e contrapesos (*checks and balances*), vêm interferindo, de modo palpável, nas relações interorgânicas dos Poderes do Estado e garantindo ao Executivo, algumas vezes, patente imunidade relativamente a investigações parlamentares.

O tratamento que o Regimento Interno da Câmara dos Deputados empresta às comissões parlamentares de inquérito (CPIs) é exemplo eloquente.

O art. 35, § 4º, prescreve que não será criada CPI enquanto estiverem funcionando pelo menos cinco, salvo mediante projeto de resolução apresentado por um terço dos membros da Câmara dos Deputados.

Trata-se de repetição formal do art. 30, parágrafo único, *e*, da Constituição Federal de 1969, outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, segundo o qual “não será criada Comissão Parlamentar de Inquérito enquanto estiverem funcionando concomitantemente pelo menos cinco, salvo deliberação por parte da maioria da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal”, disciplina agudamente criticada pelo deputado Ulysses Guimarães¹⁰⁸, então Presidente do MDB (Movimento Democrático Brasileiro), no bojo de proposta de reforma constitucional apresentada em 20 de junho de 1975, nestes termos: “As Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 30, letra *e*) compulsoriamente são apoucadas a cinco, absurdo e risco equivalentes a arbitrar em cinco as prisões e inquéritos que um delegado possa efetuar contra criminosos, ladrões e sequestradores”.

Claramente se observa que o dispositivo em referência consignava uma limitação à competência controladora do Poder Legislativo. Na hipótese de já estarem em funcionamento concomitante cinco CPIs, era vedado à oposição constituir outra(s) sem o beneplácito da maioria. Afinal, o projeto de resolução apresentado neste sentido pela minoria devia ser objeto de deliberação majoritária.

Sobre a matéria, a Constituição Federal vigente é bastante translúcida: dispõe, no art. 58, § 3º, que um terço dos membros da Câmara e do Senado, em conjunto ou separadamente, pode requerer a criação de

108 *Rompendo o cerco*, p. 104 e 105.

comissões parlamentares de inquérito, para a apuração de fato determinado e por prazo certo. Nada fala acerca do número máximo de CPIs que podem funcionar simultaneamente.

Visando a superar a apontada contradição, o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PC do B), o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB) ajuizaram, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.635¹⁰⁹.

O Supremo Tribunal Federal, porém, indeferiu a medida liminar¹¹⁰ e, no mérito, julgou improcedente o pedido¹¹¹.

109 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=183034#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial>>. Acesso em: 08/03/2015. Alegaram os autores, fundamentalmente, que: 1) “A criação de qualquer CPI, desde que preenchidos os requisitos constitucionais [...] é um direito e um privilégio da minoria. Mais que isso: é uma prerrogativa-dever de parlamentares que, não se somando ao agrupamento que constitui a maioria, zelam, por meio da função de fiscalização e controle, não apenas pela preservação das competências legislativas, mas pela própria manutenção e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito; pela observância dos fundamentos republicanos; pela guarda, enfim, da Constituição, das leis, das instituições democráticas e do patrimônio público”; 2) “Dessarte, uma vez observados e cumpridos os requisitos exigidos pela Constituição, o simples pedido dos parlamentares solicitantes do inquérito parlamentar constitui direito público subjetivo, constitucionalmente amparado, que gera, em contraposição, um vínculo, o cumprimento de um dever jurídico. Ao poder dos requerentes de exigir da respectiva Mesa da Casa Legislativa (ou de ambas, em caso de CPI mista) a instauração de um inquérito parlamentar corresponde um comportamento compulsório, ou seja, um dever, a obrigação de quem dirige os trabalhos parlamentares (as Mesas Diretoras da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ou do Congresso Nacional) de dar seguimento, levar a efeito o que se pede, o que legitimamente se exige seja satisfeito”; 3) “Ora, se os requisitos para o exercício deste direito da minoria parlamentar [...] são arrolados na Constituição Federal [...], não pode uma norma de hierarquia inferior dispor de outra norma ou de outro modo, criando óbices para o exercício deste direito”; 4) “Da leitura do dispositivo apontado como inconstitucional, exsurge que já existindo na Câmara um mínimo de cinco Comissões Parlamentares de Inquérito em funcionamento, a minoria deverá submeter-se à maioria para a criação de uma CPI, haja vista que tal criação fica dependendo da aprovação, em plenário, de um projeto de resolução que deverá contar com o mesmo quórum de um terço dos membros da Câmara para a sua apresentação”; e 5) “Evidentemente, tal dispositivo regimental afronta a Constituição Federal, pois o art. 58, § 3º desta, apenas apresenta como requisito para a criação de uma CPI aqueles três já apontados: apresentação de requerimento subscrito por um terço dos membros da Casa; fato determinado a ser investigado e prazo certo para ultimar os seus trabalhos”.

110 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347178>>. Acesso em: 08/03/2015.

111 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266707>>. Acesso em: 08/03/2015.

Ex-deputado federal e conhecedor das praxes parlamentares, o Ministro Nelson Jobim¹¹², em seu voto¹¹³, desnudou com clareza uma das finalidades que animaram a estatuição da referida limitação regimental, ao esclarecer que: “a Câmara dos Deputados caminhou, a partir de um determinado momento – e por motivos que aqui não devo explicitar –, no sentido de estabelecer a limitação da criação de comissões parlamentares de inquérito”. “Houve época – continua – em que o requerimento para a criação dessas comissões era utilizado para outros fins – o ex-Senador Maurício Corrêa lembra perfeitamente – que essas acabavam se transformando também em instrumentos de negociações para a não instalação de comissões parlamentares não requeridas”¹¹⁴.

112 Nelson Jobim foi Deputado Federal pelo Rio Grande do Sul, para a 48ª legislatura (1987-1991). Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, foi Relator-Substituto na elaboração do Regimento Interno da ANC; Suplente da Subcomissão do Poder Legislativo; Suplente da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo; membro titular da Comissão de Sistematização; Relator-Adjunto da Comissão de Sistematização. Exerceu as funções de Vice-Líder e, posteriormente, Líder do PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro). Presidiu a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, em 1989. Reeleito deputado federal para a 49ª legislatura (1991-1995), foi Relator da Comissão de Reestruturação da Câmara dos Deputados (1991), Relator da Comissão Especial relativa à denúncia contra o Presidente da República, Sr. Fernando Collor de Mello, pela prática de crime de responsabilidade (1992) e Relator da Revisão Constitucional (1993-1994) (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&cid=34>>. Acesso em: 08/03/2015.).

113 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347178>>. Acesso em: 08/03/2015.

114 Em 1986, o Ministro Maurício Corrêa foi eleito Senador, pelo Distrito Federal, para um mandato de oito anos, iniciado em 1º de fevereiro de 1987, havendo participado dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Apresentou 459 emendas, das quais 144 foram aprovadas. Como Senador Constituinte, participou das Comissões e Subcomissões da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, do Poder Judiciário e do Ministério Público. Posicionou-se contrariamente à criação da Corte Constitucional, defendendo os textos que vieram integrar a Constituição de 1988, relativos aos órgãos do Poder Judiciário, bem assim à composição e competência do Supremo Tribunal Federal. Foi Vice-Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar as denúncias feitas pelo Sr. Pedro Collor contra o Sr. Paulo César Farias. Ainda no âmbito dessa mesma Comissão, participou da Subcomissão que investigou o envolvimento do Sr. Paulo César Farias com empresas empreiteiras. Integrou a Comissão Parlamentar de Inquérito instituída pela Resolução nº 22/88, do Senado Federal, para apurar, em profundidade, as denúncias de irregularidades, inclusive corrupção, na Administração Pública. Exerceu a Vice-Presidência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal durante o biênio 1991/1992. Fez parte, como membro titular, no período de fevereiro de 1987 a outubro de 1992, das Comissões de Assuntos Econômicos; Infraestrutura; Constituição, Justiça e Cidadania; Educação; e, como membro suplente, das Comissões de Assuntos Sociais, Educação e Infraestrutura. Integrou a Comissão do Distrito Federal, extinta com a promulgação da Constituição de 1988. Participou, como titular ou suplente, de diversas Comissões Especiais Mistas destinadas a

O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, ponderou: “Por outro lado, a limitação a número tão restrito permite – e quem conhece a crônica parlamentar, ainda que sem a profundidade dos dois primeiros votos, está cansado de saber disso – que se entregue à maioria o recurso simples de formar CPIs-fantasmas para impedir a formação de CPIs que não deseja se constitua”. E concluiu: “Na verdade, o que se pretende é submeter a CPI à vontade da maioria. E ela é, repito, essencialmente, um instrumento de minoria”. “Peço vênha a todas as negações do Ministro Nelson Jobim, com sua vocação de líder da maioria”¹¹⁵.

O Ministro Nelson Jobim, evidenciando o que tem levado a maioria parlamentar a requerer a criação de CPIs no Brasil, sopesou:

“Tudo seria verdadeiro, e eu concordaria com V.Exa., se, na realidade, as comissões parlamentares fossem requeridas só pela minoria. Na verdade, não são. As comissões parlamentares são requeridas principalmente por veículo de interesse. Se V.Exa. levantar o número de requerimentos sobre comissões parlamentares, vai verificar que essas comissões, a maioria delas, não é requerida pela oposição. São requeridas pelos setores interessados em processo de barganha. Conhece-se muito bem isso. Houve época, em 1989 – eu era o Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara – tínhamos cinquenta pedidos de comissões parlamentares de inquérito, todas setoriais, para examinar assunto aqui e acolá. Sabia-se perfeitamente, na Câmara, qual o mecanismo usado. Então, precisamos ter claramente posto que V.Exa. poderá verificar a quantidade de comissões parlamentares que não são exclusivamente da oposição. Elas são pontuais, visam outro tipo de interesse e nada tem a ver com política de governo”¹¹⁶.

O art. 35, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, não só limita a ação parlamentar controladora dos atos do Poder Exe-

apreciar medidas provisórias e examinar o PLC 118/84, que institui o Código Civil. Fez parte de várias delegações de parlamentares brasileiros em missões internacionais (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=33>>. Acesso em: 08/03/2015).

115 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266707>>. Acesso em: 08/03/2015.

116 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266707>>. Acesso em: 08/03/2015.

cutivo, mas também, de acordo com a praxe parlamentar que se estabeleceu em torno da sua aplicação, dá azo ao cometimento de fraudes e a interpretações casuísticas, como a subjacente à decisão do então Presidente da Câmara dos Deputados, deputado Michel Temer, em questão de ordem assim formulada pelo então deputado Aldo Rebelo¹¹⁷:

“Sr. Presidente, dispõe o parágrafo único do art. 105 do Regimento Interno que a proposição arquivada em virtude do final de uma legislatura poderá ser desarquivada mediante requerimento do autor, ou autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa da legislatura subsequente, retomando a tramitação no estágio em que se encontrava anteriormente.

Com base nesse dispositivo regimental, nos últimos dias foram desarquivados pela Mesa vários requerimentos que objetivavam a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito não levadas a efeito na legislatura anterior.

Ocorre, Sr. Presidente, que a instalação de CPI, de acordo com o § 3º do art. 58 da Constituição Federal, só pode ser efetivada mediante a apresentação de requerimento que conte com a assinatura de, pelo menos, um terço dos membros de cada Casa legislativa, ou seja, no caso da Câmara dos Deputados, 171 parlamentares.

O mesmo procedimento, a nosso ver, deve ser obedecido em caso de desarquivamento, que equivale de fato à reapresentação do requerimento em causa, uma vez que o arquivamento de matéria não apreciada equipara-se, de fato, à sua prejudicialidade.

Nesse sentido, à Mesa caberia autorizar o desarquivamento de matéria objetivando instalação de CPI apenas na circunstância de o respectivo requerimento ter o apoio constitucional citado, não sendo considerados, para qualquer efeito, os signatários que porventura deixaram de ser deputados nesta legislatura.

Nas circunstâncias em que, anuladas as assinaturas não legítimas, as assinaturas remanescentes fossem insuficientes para completar o *quorum* exigido para a apresentação do requerimento, caberia ao autor do

117 *Diário da Câmara dos Deputados*, 25 de março de 1999, p. 11.713 e 11.714.

pedido de desarquivamento buscar coletar novas adesões para o fiel cumprimento dos mandamentos legais”.

Em comunicação de liderança, o deputado José Genoíno¹¹⁸, do Partido dos Trabalhadores, rememorou decisão da Presidência da Câmara dos Deputados em questão análoga e formulou a seguinte questão de ordem conexa:

“Sr. Presidente, quero chamar a atenção desta Casa, uma vez que encontrei uma decisão da Presidência da Câmara dos Deputados, do dia 12 de junho de 1996, assinada pelo então Presidente Luís Eduardo, que, respondendo a uma questão de ordem e a um requerimento do Deputado Padre Roque, da bancada do PT, sobre a Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a adoção e o tráfico de crianças brasileiras [...], despacha, em 1996, para a Liderança da bancada, o seguinte Ato da Presidência:

Torna insubsistente o Ato da Presidência de 25 de abril de 1995, que designou e convocou membros da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a adoção e o tráfico de crianças, instituída pela Resolução nº 6.694, tendo em vista tratar-se de Comissão Temporária, criada em legislatura anterior, extinta, portanto, no seu final, por força do disposto no art. 22, inciso II, e com base no art. 5º da Lei nº 1.579.

[...]

Portanto, quero dizer aos nobres colegas que, acompanhando a questão de ordem do Deputado Aldo Rebelo, temos que exigir um tratamento isonômico na Casa.

[...]

Sr. Presidente, continuo na expectativa da decisão de V.Exa. Ressalto a questão do ponto de vista regimental e do ponto de vista político. Existe um problema fundamental na Casa, que é a perenidade das regras e das normas, seja para prejudicar a minoria, seja para prejudicar a maioria. Não podemos aceitar uma interpretação para prejudicar a minoria e outra, oposta, para favorecer a maioria, pois assim as regras e as normas desta Casa passariam a ter dois pesos e duas medidas”.

118 *Diário da Câmara dos Deputados*, 16 de abril de 1999, p. 16.036 e 16.037.

Não obstante as razões alinhavadas pelos deputados Aldo Rebelo e José Genoíno, o Presidente da Câmara dos Deputados, deputado Michel Temer, indeferiu as questões de ordem e decidiu que era regimentalmente correto o desarquivamento de requerimentos de criação de CPI apresentados em legislatura encerrada¹¹⁹.

Inconformado, o deputado Aloizio Mercadante¹²⁰ interveio e indagou a base governista acerca da relevância de se desarquivar requerimentos de CPI para investigar fatos irrelevantes e ultrapassados. O deputado José Genoíno¹²¹, por sua vez, salientou que a decisão exarada pela Presidência transformava a Câmara dos Deputados “no armazém dos esqueletos de CPIs não instaladas” e, nesse depósito, estariam “Proer, reeleição, ENCOL, BANESPA”. E esbravejou:

“Sr. Presidente, o Governo impede a Minoria de criar CPI, manda desarquivar CPIs sem significado. Recorremos à Mesa, citamos decisão da Presidência, e recebemos resposta contrária. Quem é que está sendo intransigente? Quem é que está aplicando o rolo compressor? Quem é que não quer

119 Para o parlamentar, “a instituição Câmara dos Deputados é permanente; sua função fiscalizadora é igualmente permanente. O fato determinado também não se extingue. Em outras palavras, a Câmara não subsiste em função dos seus mandatários, daqueles que estão circunstancialmente, durante quatro anos, ocupando uma função, porque a atividade legislativa é contínua. Descontínuo é o mandato; mas a atividade legislativa é permanente e contínua”. “O que não é permanente, voltamos a dizer, neste caso, é o órgão que dá cumprimento a essa função, ou seja, a Comissão qualificada pelo Regimento como temporária. Esta deverá ser recriada na nova legislatura, se houver pleito de desarquivamento, seja de proposta de emenda à Constituição, por exemplo, seja de requerimento para apurar fato determinado, já que seus membros poderão não ter sido reeleitos e a proporcionalidade partidária pode não ser mais a mesma. Daí a razão da criação de novas Comissões” (*Diário da Câmara dos Deputados*, 16 de abril de 1999, p. 16038 e 16039).

120 Disse o deputado: “Pergunto ao Governo: por que priorizar, neste momento da história do País, a CPI sobre a crise do setor produtivo da borracha natural de reflexo na política governamental do setor, de 1993? Pergunto a esta Casa e ao Governo, que ontem aqui falava da importância do vigor das instituições políticas e da transparência na vida pública, mas que agora desarquiva uma CPI destinada a apurar o desperdício de alimentos em períodos de governos anteriores ao de Fernando Henrique Cardoso, proposta em maio de 1995. Pergunto a esta Casa qual a relevância da CPI, neste momento da história do País, destinada a investigar a arrecadação e o destino de verbas da Taxa de Organização e Regulamentação do Mercado da Borracha – TORMB, no que se refere à atuação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, de junho de 1995?”. E respondeu: “O Governo desencadeou o passado, desarquivou a memória desta Casa para impedir que ela cumpra seu papel na história do País” (*Diário da Câmara dos Deputados*, 16 de abril de 1999, p. 16042).

121 *Diário da Câmara dos Deputados*, 16 de abril de 1999, p. 16046 e 16047.

investigar? Quem é que tem medo da CPI? Deem o direito à Oposição! A Oposição quer o direito de ser Minoria! V.Exas. estão negando à Oposição o direito de ser Minoria! É inaceitável! É uma vergonha uma CPI não ser instalada por decisão da Maioria!”¹²².

122 Na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP), a aplicação do art. 34, § 5º, do seu Regimento Interno, de idêntico teor ao do citado art. 35, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, tem dado ensejo a situações a um só tempo pitorescas e patéticas, como a noticiada pelo jornal Folha de S. Paulo em 26 de março de 2011 (Assembleia cria CPIs sem risco para governo Alckmin, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2603201104.htm>>. Acesso em: 08/03/2015), em que “um assessor do PT e outro do PSDB amanheceram na Casa e duelaram para ver quem havia chegado primeiro à fila de protocolos”, e o Presidente da ALESP “decidiu que fora o tucano”. “Com isso – continua a reportagem –, o PSDB repetiu a manobra feita no início da legislatura anterior, em 2007, quando entupiu a fila de CPIs com pedidos de instalação de comissões que não investiguem o governo estadual”. Trata-se de expediente recorrente, pois, segundo o aludido periódico, na atual legislatura (2011/2015), “dos 20 pedidos [...], 17 são de deputados da situação, 13 dos quais do próprio PSDB”. Daí a reclamação de deputados da oposição, no sentido de que o governo obstruiu a fila com “CPIs de fachada”, com “CPIs cosméticas”, como as que funcionaram em 2012 (*Assembleia cria CPIs sem risco para governo Alckmin*, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/89726-assembleia-de-sp-barra-cpis-e-tem-baixa-producao-em-2012.shtml>>. Acesso em: 08/03/2015), quais sejam, a CPI do consumo abusivo de álcool (criada pelo Ato nº 22, de 2011, do Presidente da Assembleia, mediante requerimento nº 171, de 2011, com a finalidade de investigar as causas e consequências do consumo abusivo de álcool entre cidadãos paulistas e, especialmente, as razões que determinaram o aumento exponencial do consumo dessa substância nos últimos cinco anos), a CPI do parcelamento sem juros (criada pelo Ato nº 22, de 2012, do Presidente da Assembleia, mediante requerimento nº 175, de 2011, com a finalidade de investigar a prática adotada por lojas que dizem vender a prazo sem juros, ou seja, o chamado parcelamento “sem juros”, mas que na realidade cobram taxas dos consumidores mesmo nos casos em que as compras são realizadas à vista), a CPI da reprodução assistida (criada pelo Ato nº 21, de 2012, do Presidente da Assembleia, mediante requerimento nº 174, de 2011, com a finalidade de investigar supostas irregularidades praticadas em clínicas especializadas em reprodução assistida), a CPI da TV por assinatura (criada pelo Ato nº 20, de 23 de março de 2011 para investigar e apurar a prática de irregularidades e de má qualidade na prestação dos serviços de TV por assinatura, fornecidos pelas respectivas empresas concessionárias) e a CPI do ensino superior (criada pelo Ato nº 23, de 23 de março de 2011, para apurar a real situação do ensino superior praticado pelas instituições particulares no âmbito do Estado de São Paulo). De acordo com o Diário Oficial, Poder Legislativo, de quarta-feira, 6 de fevereiro de 2013, p. 8, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo criou, por meio dos Atos nºs 3, 4 e 5, de 2013, três Comissões Parlamentares de Inquérito. São elas: 1) em face do Requerimento nº 176, de 2011, de autoria do deputado Cauê Macris (PSDB) e outros, a CPI para, no prazo de 120 dias, investigar a eventual cartelização do mercado de autopeças de reposição; 2) em face do Requerimento nº 177, de 2011, de autoria da Deputada Maria Lúcia Amary (PSDB) e outros, a CPI para, no prazo de 120 dias, investigar a ocorrência da pesca predatória; 3) em face do Requerimento nº 178, de 2011, de autoria do deputado João Caraméz (PSDB) e outros, a CPI para, no prazo de 120 dias, investigar empresas de telemarketing, com o objetivo de se evitar o abuso dessa prática ao consumidor de forma constrangedora.

Em que pese a apropriação, pela maioria parlamentar, da prerrogativa de constituir comissões parlamentares de inquérito, não se pode deslembrar, na esteira da advertência de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira¹²³, que o direito de oposição política, no panorama da organização do poder estatal, “é um *elemento garantístico* do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania”. Mais do que a separação entre o Legislativo e o Executivo, prosseguem os constitucionalistas lusos, há que se ter em conta os centros de titularidade do poder político, que se reconduzem, fundamentalmente, a uma *maioria* (governamental e parlamentar) com tarefas de direção política e uma *oposição*, normalmente minoritária, encarregada sobretudo de tarefas de controle. Destarte, concluem os autores, *separação significa oposição*.

No Brasil, a vontade política da maioria parlamentar, ajustada à do Presidente da República, pode, como demonstrado, *e com arrimo em normas sediadas nos regimentos das Casas Legislativas*, desnaturar a função constitucional de controle a cargo do Poder Legislativo, vital ao equilíbrio interorgânico.

As iniciativas legislativas e as ações administrativas do governo são também iniciativas e ações de um segmento parlamentar, a coalizão governista, sendo, pois, impreciso falar em iniciativas e ações dos parlamentares e do governo, mas, sim, em iniciativas e ações parlamentares governamentais e não governamentais.

Ao grupo hegemônico do Parlamento, aliado ao Chefe do Poder Executivo, caberá, indubitavelmente, a tarefa de direção política do País. Em virtude disso, pergunta-se: quem responderá pela tarefa de controle do poder político, tão preciosa no Estado Democrático de Direito brasileiro, a ponto de a Constituição salvaguardar a separação dos poderes até das arremetidas do poder de reforma constitucional (art. 60, § 4º, III, da Constituição)? A minoria parlamentar. É ela que poderá ativar, manejando os institutos previstos nos regimentos, comandos constitucionais como o do art. 58, § 3º, pelo qual, repetindo, *um terço* dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal pode, independentemente da autorização ou do aprazimento da maioria parlamentar, requerer a criação de CPIs.

123 *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 93 e 94.

De acordo com a observação de Manuel Aragón Reyes¹²⁴, não se trata, nesse caso, de controle *pelo* Parlamento, que somente a maioria pode exercer, mas de controle *no* Parlamento, isto é, um controle encetado pela minoria. Por isso, certos meios de controle deveriam configurar-se como *direitos privativos das minorias*, que poderiam exercê-los *até contra a maioria*, como o pedido de informação, perguntas, interpeleções e o requerimento de criação de CPIs. As minorias devem ter reconhecido o direito a debater, criticar e investigar, ainda que a maioria tenha, ao final, o poder de decidir. O controle *no* Parlamento não substitui, pois, o controle *pelo* Parlamento, mas faz do controle uma atividade parlamentar ordinária, cotidiana. Por isso, o controle parlamentar não é eficaz somente quando conduz à limitação do Poder Executivo, mas também, e sobretudo, quando permite que, nas Casas Legislativas, se manifeste a diversidade de vontades que as compõem, capazes de expor seus programas alternativos e de debater e criticar publicamente a atuação governamental. O controle parlamentar enleia-se com a dimensão institucional-pluralista do Parlamento. A maioria pode até freiar o controle *pelo* Parlamento, mas não pode, de forma alguma – a menos que destrua o pressuposto básico da democracia representativa –, obstar o controle *no* Parlamento. A maioria tem o direito de decidir, mas as minorias devem ter o direito de conhecer, de investigar, de discutir e de criticar.

Se assim não for, terá razão Maria Benedita Urbano¹²⁵ quando afirma que, se o governo obtiver a maioria absoluta dos assentos parlamentares, dificilmente a atividade de controle produzirá resultados efetivos e será o esvaziamento desta importantíssima função parlamentar que mais tem contribuído para a crise da instituição parlamentar. Para a autora, “não é o exercício desta função (ou seja, a utilização dos instrumentos parlamentares de controlo) que está em causa, mas sim a efectividade dos resultados práticos da sua utilização”¹²⁶.

124 Información parlamentaria y función de control, p. 26 e 27.

125 *Representação política e Parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de protecção do mandato parlamentar*, p. 51.

126 Oportuno citar que levantamento feito pelo Jornal do Senado, ano XI, nº 2.216/47, Brasília, 5 a 11 de setembro de 2005, p. 3, nos bancos de dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal *desde 1949* demonstra que apenas 10% das propostas formuladas pelas CPIs foram aprovadas pelo Congresso Nacional e transformadas em normas jurídicas. Desse total, 3% sofreram veto integral por parte do Presidente da República.

Ao limitar em cinco o número de CPIs em funcionamento concomitante e assegurar à maioria parlamentar primazia na sua constituição por meio de interpretações regimentais casuísticas, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados predispõe-se claramente a atalhar e bloquear o exercício da competência de controle das ações governamentais pelas minorias partidárias e, assim, a interferir, de modo incisivo, nas relações interorgânicas dos Poderes do Estado, garantindo ao Executivo patente imunidade relativamente a eventuais investigações parlamentares, que poderiam resultar, inclusive, na responsabilização de seus agentes¹²⁷.

Outro exemplo da interferência regimental nas relações entre o Legislativo e o Executivo é encontrada no art. 216, III, do Regimento Interno do Senado Federal, que prescreve que os requerimentos de informação, previstos no art. 50, § 2º, da Constituição Federal¹²⁸, de-

Entre os projetos que não chegaram a ser aprovados, 41% foram arquivados e 40% estão parados em alguma fase da tramitação. Apenas 7% das proposições estavam ativas, sendo que 2% das propostas das CPIs haviam sido rejeitadas. Com o fim dos trabalhos das CPIs, esclarece o Senador Pedro Simon, “não há força suficiente para transformar as propostas em realidade”. Isso aconteceu, por exemplo, lembra Simon, com o projeto de lei proposto pela CPI do PC Farias (cf. <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/050905.pdf>. Acesso em: 08/03/2015). Referida CPI foi criada por meio do Requerimento nº 52/92-CN, destinada a apurar “fatos contidos nas denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello, referentes às atividades do Sr. Paulo César Cavalcante Farias, capazes de configurar ilicitude penal”, que limitava o financiamento das campanhas eleitorais. Apesar de aquela comissão ter identificado a existência de contribuições irregulares a partidos políticos, o projeto foi arquivado. Consta, do relatório aprovado da referida CPI, dentre outras, proposta que estabelecia limites a doações privadas e previa penalidades, na hipótese de sua transgressão. A proposição da CPI vedava que os partidos políticos recebesse, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de pessoa jurídica de direito privado que, mediante contrato vigente, seja prestadora de serviço, realize obras ou fornecimento de bens a órgãos públicos, ou que esteja participando de licitação pública para tal fim. Essas doações, segundo a aludida CPI, “deturpam a representação política” (cf. <<http://www.senado.gov.br/comissoes/CPI/arquivo/CPMIPC.pdf>>. Acesso em: 08/03/2015). Os números e os dados referidos pelo Jornal do Senado são chocantes e demonstram a necessidade de assegurar maior eficácia regimental à atuação das CPIs, que, por definição, constituem instrumentos de controle das ações do Poder Executivo pelas minorias parlamentares e mecanismos de aperfeiçoamento normativo e institucional do Estado brasileiro.

127 Afinal, as conclusões das comissões parlamentares de inquérito, diz o art. 58, § 3º, da Constituição Federal, podem ser encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilização civil ou criminal dos infratores.

128 O art. 50, § 2º, da Constituição Federal, tem a seguinte redação: “As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informação a

pois de lidos no período do expediente¹²⁹, serão despachados à Mesa para decisão.

O dispositivo em referência consigna prerrogativa parlamentar que alcança o seu verdadeiro significado quando não se esgota em si mesma, mas quando se entronca com a função a cujo serviço está¹³⁰. A informação parlamentar, portanto, adquire todo o seu sentido quando se encontra em conexão com o fim a que se destina: o debate público e o controle da atividade governamental.

O pedido de informações constitui, desta forma, um dos mais importantes mecanismos postos à disposição do Parlamento para esquadrihar os atos das autoridades do Poder Executivo e/ou aperfeiçoar a legislação, cabendo aos regimentos parlamentares dar exequibilidade a esse virtuoso instrumento.

No entanto, distanciando-se dessa função, a mencionada regra do art. 216 do Regimento Interno do Senado Federal nada fala sobre o *prazo* de que a Mesa dispõe para decidir acerca dos requerimentos de informação que lhe são endereçados.

Levantamento feito pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira, contido no Projeto de Resolução do Senado (PRS) n° 34, de 2012¹³¹, demonstra que a Mesa do Senado delibera sobre os referidos requerimentos, em média, após 64, 20 dias de seu protocolo, tempo assaz longo, que pode estorvar e comprometer a eficácia do instituto¹³².

Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas”.

129 Período do Expediente consiste na primeira parte da sessão do Senado, com duração de cento e vinte minutos e destinada à leitura do expediente e aos oradores inscritos. Constituem matéria desse período a apresentação de projeto, indicação, parecer ou requerimento não relacionado com as proposições constantes da ordem do dia, as comunicações enviadas à Mesa pelos senadores, os pedidos de licença dos senadores e os ofícios, moções, mensagens, telegramas, cartas, memoriais e outros documentos recebidos (cf. art. 156 do Regimento Interno do Senado Federal).

130 Neste sentido, Manuel Aragón Reyes, *Información parlamentaria y función de control*, p. 14.

131 *Diário do Senado Federal*, 8 de agosto de 2012, p. 39688.

132 Por tal motivo, o aludido parlamentar alvitrou alteração do Regimento Interno do Senado Federal, a fim de que, uma vez lidos no período do expediente, os requerimentos de informações sejam despachados à Mesa para decisão *no prazo máximo de cinco dias úteis*. Diferentemente do Senado Federal, a Câmara dos Deputados, no art. 115, I, de seu

Destarte, o adiamento da decisão relativa a pedidos de informação parlamentar por parte dos órgãos de direção das Casas Legislativas pode interferir, de modo indevido e ilegítimo, nas relações entre os Poderes do Estado, eximindo o Executivo, ainda que em caráter transitório, tanto do dever republicano de prestar os esclarecimentos solicitados por parlamentares opositores¹³³, a quem preferentemente se dirige a prerrogativa do art. 50, § 2º, da Constituição Federal, quanto do controle parlamentar, imanente à concepção de Estado Constitucional, que se funda na noção de divisão equilibrada de poderes, isto é, na existência de uma rede de controles (judiciais, administrativos, sociais, políticos, entre outros), que impede o exercício ilimitado e irresponsável da autoridade¹³⁴. E o controle parlamentar é um desses controles: um controle cujo agente é o Parlamento e o objeto, a ação do governo; um controle que traduz a função de contrapeso que, na dinâmica relacional entre os Poderes, o Legislativo exerce sobre o Executivo. “Tão importante quanto a sua posição de órgão legislativo do Governo federal – assevera Bernard Schwartz¹³⁵ – é o papel do Congresso como órgão fiscalizador da administração pública”. E continua o constitucionalista americano:

“Para que o Congresso exerça o seu dever de maneira plena e eficaz’, afirmou um membro da Câmara de Representantes em 1945, ‘é preciso no mínimo que supervise escrupulosamente toda concessão de poder que fizer, e que assuma a função de não apenas aprovar a legislação, mas de verificar se essa legislação está sendo cumprida de acordo com a intenção do Congresso. Caso deixe de exercer esta segunda função, o Congresso será apenas 50% eficiente, na melhor das hipóteses, pois a lei só cumpre o seu objetivo quando é devidamente aplicada”¹³⁶.

Regimento Interno, dispõe que os requerimentos de informação serão despachados *no prazo de cinco sessões* pelo Presidente, ouvida a Mesa.

133 “Regime republicano é regime de responsabilidade”, define Geraldo Ataliba (*República e Constituição*, p. 65).

134 Neste sentido, Manuel Aragón Reyes, Información parlamentaria y función de control, in: *Instrumentos de información de las cámaras parlamentarias*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 23.

135 *Direito constitucional americano*, p. 96.

136 *Direito constitucional americano*, p. 96.

4. Conclusão

Do exposto, conclui-se que:

1) Desprestigiado pela ordem constitucional antidemocrática anterior, o Poder Legislativo foi, na Constituição Federal de 1988, revigorado e colocado no centro de gravitação política do País, tendo-lhe sido conferidas as condições para, virtualmente, exercer todas as funções hoje afetas aos modernos Parlamentos. Hoje, o Parlamento brasileiro é dirigido por seus próprios membros, responde por funções não só legislativas, mas também por outras, situadas nos campos funcionais dos demais Poderes – e assim os controla –, compartilha com o Poder Executivo a atividade governativa, tem asseguradas prerrogativas institucionais e funcionais, é dotado de um regime jurídico singular, voltado ao proficiente exercício de suas funções constitucionais, e atua segundo regras processuais próprias, peculiares à formação da vontade normativa do Estado Democrático de Direito.

2) Um dos aspectos mais salientes da revitalização parlamentar atina com o tratamento conferido pelo Texto Constitucional aos regimentos das Casas Legislativas, que contextualiza, simboliza e traduz o grau de independência e autonomia do Poder Legislativo na ordem político-constitucional. São os regimentos parlamentares que consubstanciam e efetivam a renovada capacidade de auto-organização e funcionamento dos órgãos legislativos, exercida sem as limitações que constavam da Constituição revogada e numa amplitude jamais vista na história constitucional brasileira, predicado que se manifesta, sobretudo, mediante o exercício da competência para edição de normas jurídicas que integram o ordenamento jurídico e preordenam-se a disciplinar, adequadamente, a estrutura orgânico-funcional interna, a atuação e as relações institucionais do Poder Legislativo e a desenvolver as normas constitucionais que lhe são correlatas.

3) Diante de seu objeto, finalidade e amplitude, verifica-se que os regimentos parlamentares não são apenas instrumentos de ordenação de relações internas das Casas Legislativas com seus componentes nem meros mecanismos de definição de órgãos e processos *interna corporis*. Na medida em que disciplinam o modo pelo qual os órgãos legislativos exercitam as suas competências constitucionais típicas e atípicas, as

normas regimentais transpõem a área doméstica das Casas Legislativas, para se projetarem pela sociedade e por outros órgãos constitucionais. Neste sentido, os regimentos parlamentares prestam-se a dinamizar, integrar e aperfeiçoar o funcionamento do sistema político e a conformar as relações interorgânicas dos Poderes Legislativo e Executivo, como o demonstram, por exemplo, as normas regimentais que versam sobre a organização, o funcionamento e as competências das Mesas, do Colégio de Líderes e das Lideranças Parlamentares e as que efetivam a competência parlamentar de controle dos atos do Poder Executivo, essenciais a que o Parlamento possa levá-la a cabo, haja vista a incompletude das respectivas prescrições constitucionais.

4) O funcionamento do sistema político brasileiro assenta na existência de Poderes reciprocamente separados, limitados e independentes e reclama a concepção, institucionalização e atuação de um Parlamento autônomo sob os prismas estrutural, orgânico, funcional e, principalmente, normativo. Por garantirem-lhes a necessária independência e servirem-lhes como verdadeiras armas contra a ação indevida dos demais Poderes, os regimentos parlamentares têm destacada relevância para as instituições representativas.

5) Não obstante o revigoramento constitucional do Poder Legislativo, remanesceram incólumes várias competências legislativas atípicas que o regime autoritário anterior havia atribuído ao Poder Executivo. Embora o Parlamento tenha sido contemplado com significativo número de competências controladoras da ação deste Poder, a influência dele sobre o Legislativo ultrapassa o marco constitucional e se lastreia nos regimentos parlamentares, que têm, assimetricamente, desequilibrado as relações entre os Poderes do Estado e conduzido ao domínio do Executivo. Foi o que se comprovou pela análise das disposições regimentais acerca da organização, da estrutura, da administração parlamentar e da distribuição interna de competências. Essa disciplina regimental constitui fator de desbalanceamento interorgânico, de reforço das prerrogativas e competências atípicas do Presidente da República e de deslegitimação das decisões parlamentares.

6) Em um contexto de governo de coalizão, a estrutura orgânico-funcional regimental centralizada do Poder Legislativo assegura ao Chefe do Poder Executivo uma posição estratégica no jogo político-

-parlamentar, pois os cargos de direção dos órgãos legislativos são ocupados por membros que integram a base de sustentação parlamentar do governo. Esse dado, ao lado da possibilidade jurídico-constitucional de concertação político-partidária para a formação da coalizão parlamentar de apoio ao Presidente da República por meio da nomeação de congressistas e membros filiados a partidos políticos como Ministros de Estado, permite afirmar que o sistema político de governo no Brasil tende à presidencialização do Poder Legislativo e à parlamentarização do Poder Executivo. Todavia, pelo arquétipo constitucional da separação dos poderes e do sistema de governo, os regimentos não deveriam constituir um fator de desbalanceamento interorgânico e um reforço das prerrogativas presidenciais e de suas competências constitucionais atípicas; deveriam, sim, coadjuvar na contenção delas. Afinal, a Constituição Federal de 1988 colocou o Legislativo numa posição de virtual paridade com o Executivo e restabeleceu a sua independência e a sua autonomia para que pudesse exercer eficaz contrapeso a esse Poder.

Referências bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988. p. 5-33.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Librairie Dalloz, 1933.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONNARD, Roger. *Les règlements des assemblées législatives de la France depuis 1789 (notices historiques et textes)*. Paris: Recueil Sirey, 1926.

CALMON, Pedro. *Curso de direito público*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Anuário estatístico do processo legislativo 2005*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

_____. *Anuário estatístico do processo legislativo 2006*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007.

_____. *Anuário estatístico do processo legislativo 2007*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009.

_____. *Anuário estatístico do processo legislativo 2008*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011.

CAMPOS, Paloma Biglino. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARDOSO, Fernando Henrique. *A arte da política: a história que vivi*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

CHANTEBOUT, Bernard. *Droit constitutionnel*. 23. ed. Paris: Dalloz, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Presidencialismo de coalizão e Administração Pública. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, out./dez. 2012. p. 35-39.

DICKMANN, Renzo. Autonomia e capacità negoziale degli organi costituzionali. L'esperienza delle assemblee parlamentari. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1997. p. 399-430.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La autonomía administrativa de las cámaras parlamentarias*. Zaragoza: Cuadernos de los Studia Albornotiana, 1985.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Isidro Molas *et al* (Trad.). 6. ed. Barcelona: Ariel, 1996.

ELIPE, León Martínez. Dimensionalidad del derecho y concepto del derecho parlamentario. *I Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1985. p. 413-430.

_____. Significación del derecho parlamentario. *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, n. 8, 1986. p. 189-226.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDES, Tomas-Ramon. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ESMEIN, A. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. 6. ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Derrubando mitos. *Veja*, 8 fev. 1995. p. 7-9.

_____; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

GARRIGUES, Jean *et alii*. *Histoire du Parlement: de 1789 à nos jours*. Paris: Armand Colin, 2007.

GONZÁLEZ, Manuel Gonzalo; MORAL, Antonio Torres del. El Parlamento: I. Reglamento de las Cámaras. Organización interna. In: MORAL, A. Torres del. *Introducción al derecho político*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1997. p. 357 a 370.

GUIMARÃES, Ulysses. *Rompendo o cerco*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

HONORATI, Maria Luisa Mazzoni. *Diritto Parlamentare*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editores, 2005.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JOBIM, Nelson. A modernização do Legislativo. *Indicador*, v. 9, n. 38, out./dez. 1991. p. 1.887-1.902.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAVROFF, Dmitri-Georges. *Le système politique français*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1982.

LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil. *Novos Estudos*, n. 76, nov. 2006. p. 17-41.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Liderazgos políticos en la Cámara de Diputados del Brasil. In: HOFMEISTER, Wilhelm (Comp.). *“Dadme un balcón y el país es mio”: liderazgo político*

en América Latina. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002. p. 339-372.

_____. Medidas provisórias. In: BENEVIDES, Maria Victoria *et al.* (Orgs.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003. p. 266-299.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel Esplugues de Llobregat, 1976.

MADISON, James *et al.* *Os artigos federalistas*. Maria Luiza X. de A. Borges (Trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARAVALL, José Antonio. *Los reglamentos de las cámaras legislativas y el sistema de comisiones*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1947.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III.

MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOISÉS, José Álvaro. O desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão (1995-2006). In: MOISÉS, José Álvaro (Org.). *O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. p. 7-29.

MOREIRA, Maria João Caramelo. A natureza jurídica do regimento parlamentar. *Estudos de Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997. p. 9-62.

MOREIRA, Vital. *Administração autónoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NORTON, Philip. *Parlamentos y gobiernos en Europa Occidental*. Francisco Berlín Valenzuela (Trad.). México: Editorial Porrúa, 1998.

NOVAES, Carlos Alberto Marques. Dinâmica institucional da representação: individualismo e partidos na Câmara dos Deputados. *Novos Estudos*, n. 38, mar. 1994. p. 99-147.

PACHECO, Luciana Botelho. III.a – Subcomissão do Poder Legislativo. In: BACKES, Ana Luiza *et al.* (Orgs.). *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. p. 177-196.

PALLIERI, G. Balladore. *Diritto Costituzionale*. 5. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957.

POSADA, Adolfo. *La crisis del Estado y el derecho político*. Madrid: C. Bermejo, Impresor, 1934.

POWER, Timothy J. O presidencialismo de coalizão na visão dos parlamentares brasileiros. In: POWER, Timothy J.; ZUCCO JR., Cesar (Orgs.). *O Congresso por ele mesmo: autopercepções da classe política brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011. p. 131-163.

REYES, Manuel Aragón. Información parlamentaria y función de control. *Instrumentos de información de las cámaras parlamentarias*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 13-35.

SANTOS, Fabiano. A reforma do Poder Legislativo no Brasil. *Plenarium*, n. 1, nov. 2004, ano I, Câmara dos Deputados. p. 26-40.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994.

SCHMITT, Carl. *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*. Pedro Madrugal Devesa (Trad.). Madrid: Tecnos, 2008.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SERRANO, Nicolás Pérez. Naturaleza jurídica del reglamento parlamentario. *Revista de Estudios Políticos*, n. 105, 1959. p. 99-169.

_____. *Tratado de derecho político*. 2. ed., reimp. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Inconstitucionalidade de lei por violação do devido processo legislativo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 59/60, jan./dez. 2004. p. 87-106.

_____. Jurisdição de controle do processo de emenda constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55/56, jan./dez. 2001. p. 199-237.

_____. O Supremo Tribunal Federal e a tutela das minorias parlamentares nos vinte anos da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 67/68, jan./dez. 2008. p. 187-240.

SOSPEDRA, Manuel Martínez. *Las instituciones del gobierno constitucional: sistemas de gobierno y órganos*. 2. ed. Valencia: Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., 1994.

STARCK, Christian. *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Luis Legaz Lacambra (Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

TORRES, Manuel Fernández-Fontecha. *Derecho Constitucional. La centralidad del Parlamento*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2011.

URBANO, Maria Benedito. *Representação política e Parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de protecção do mandato parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2009.

VÁZQUEZ, Bernardo Bátiz. *Teoría de derecho parlamentario*. México: Oxford, 1999.

VIANA, Prisco. O processo legislativo: partidos e grupos congressuais. *O desafio do Congresso Nacional: mudanças internas e fortalecimento institucional*. São Paulo: Cebrap, Fundação Mellon, 1994. p. 15-36.

VILLAAMIL, Oscar Alzaga. La publicidad y el diálogo como principios cualificadores de las leyes. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 14, 2. sem., 2004. p. 133-151.

Aspectos práticos e teóricos para um desenho metodológico das políticas públicas, a partir da análise de um caso (direito à saúde), na atuação da advocacia pública contenciosa, e segundo duas matrizes teóricas: o neoinstitucionalismo histórico e o positivismo jurídico hartiano¹

Haroldo Pereira²

Sumário: 1 – Introdução; 2 – O percurso da política pública na advocacia contenciosa; 3 – Mapeamento teórico e aspectos metodológicos; 4 – Considerações finais; Referências bibliográficas.

- 1 O artigo foi originalmente apresentado e escrutinado à guisa de trabalho de conclusão, junto ao programa de Doutorado em Teoria & Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP, na disciplina oferecida no 1º semestre de 2014: Direito & Políticas Públicas: fundamentos, ministrada pela Professora Maria Paula Dallari Bucci.
- 2 Procurador do Estado de São Paulo. Doutorando em Filosofia & Teoria Geral do Direito (Faculdade de Direito da USP). Mestre em Filosofia do Direito (PUC-SP/2009). MBA: International Business Law (University of California-Irvine/2012). Pós-graduado em Direito Administrativo (Escola de Direito da FGV/2011-2012). Especialista em Direito Civil (ESA-OAB-SP/2000). Graduado em Direito (PUC-SP/1995) e Economia (Mackenzie/1987). Coordenador e Professor de Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito (Escola Superior da PGE-SP). Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Filosofia Geral e Filosofia do Direito (Academia de Polícia Militar do Barro Branco).

1. Introdução

O presente artigo parte de uma ação judicial, sob sigilo de justiça, que versa uma obrigação de fazer, envolvendo direito à saúde de incapaz com tramitação perante a Vara da Infância e Juventude.³ A obrigação de fazer visava compelir o poder Público (Estado de São Paulo) a prestar e custear tratamento (para portador de trauma raquimedular), consistente na cirurgia de implantação de marcapasso diafragmático que compreende: o marcapasso de marca específica, bem como os honorários médicos da equipe. Importa dizer, desde logo, que nossa preocupação não é problematizar a judicialização das políticas públicas. Nosso propósito será o de mostrar como a advocacia pública, na sua função contenciosa, pode ir além da postulação das teses clássicas e de natureza processual de litigância: separação dos poderes, reserva do possível, déficit democrático do poder judiciário, discricionariedade administrativa e competência constitucional das e para as políticas públicas. Um papel que, sobre tutelar os direitos fundamentais, permite a efetiva realização da política pública, e pode se convolar num referencial para teorizações. Para esse fim, entendemos que o caso sob exame poderá revelar aspectos interessantes na formulação de um esboço metodológico. Portanto, partiu-se da experiência com um objetivo teórico. A divisa do artigo é de que a primeira aponta e conduz a última. A pretensão é a de oferecer não mais que alguns elementos para a compreensão do problema, segundo essa perspectiva.

A Coordenadoria de Saúde Pública – COJUSP, órgão do contencioso da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, acumula bastante experiência na área, tendo logrado influenciar, subsidiar e auxiliar positivamente a política pública de prestação de tratamento médico e fornecimento gratuito de medicamentos⁴. Por essa razão, sua atividade

3 Medidas de Proteção à Criança e Juventude nº 0043459-35.2012.8.26.001, I Fórum Regional de Santana, São Paulo-SP. A indicação do caso deve ser tributada, com gratidão, ao Coordenador Chefe da COJUSP, Dr. Luiz Duarte de Oliveira, Procurador do Estado de São Paulo, que atendeu, sensibilizado, nossa demanda de cunho teórico. Obviamente, que, por isso, não é responsável nem pela argumentação deduzida no artigo, nem pelas ideias nela engendradas.

4 Resolução PGE nº 27, de 13-9-2013. Dispõe sobre a implantação da reorganização prevista no Decreto nº 59.464, de 23 de agosto de 201, com competência prevista no artigo 18, inciso II, *verbis*: [...] VIII – 8ª Subprocuradoria: a defesa nas ações que **discutam matéria de saúde pública** propostas em face da Fazenda Pública ou que sejam por esta ajuizadas na referida seara, sem prejuízo de outras atribuições previstas em resolução que dispõe sobre a Coordenadoria Judicial de Saúde Pública (COJUSP)

trespassa a litigância tradicional, dos processos judiciais, cujo resultado é o de soma-zero entre sucumbentes e vencedores. Por isso, a análise desse caso concreto é apenas parte, conquanto relevante, e, quanto mais não fosse, emblemática, de uma ação coordenada entre prospecção dos fatos relacionados à demanda, somado ao arrojado das teses articuladas em juízo, em conjunto com os gestores públicos. Portanto, a defesa em juízo não compreende apenas a técnica jurídica tradicional argumentativa, antes é precedida de pesquisa empírica dos fatos relacionados à causa, bem como de interlocução direta com o órgão público gestor. Por esse caminho, via de regra, só é judicializado aquilo que, após longa maturação haurida sobretudo dessa atividade contenciosa, não constar da lista de medicamentos, por exemplo, elaborada pelo poder público.

Para uma atuação que galvaniza esforços dessa magnitude, é preciso mais que apenas técnica jurídica, e técnica jurídico-processual, e, torna explícita a natureza interdisciplinar: gestão pública, conhecimentos médicos na área clínica e farmacológica, por exemplo, para ficarmos no caso sob exame.

Um referencial teórico importante, vindo da ciência política, nesse sentido, é o *neoinstitucionalismo histórico* para quem as instituições importam como *locus* de realização das políticas públicas, porque definidoras das regras de conformação, além de estarem submetidas às contingências históricas e ao condicionamento pela dependência de trajetória (*path dependency*) (MARQUES, 1997)

Ainda como referencial teórico, para esse propósito, em especial para o apoio de um esboço metodológico, são as contribuições do *positivismo de Herbert Hart*, na elaboração do conceito de Direito e na discussão que suscitou acerca da tese da separabilidade entre direito e moral. No percurso aqui seguido, esse aporte teórico repercute na perspectiva de que o objeto “políticas públicas” teria dupla dimensão, a saber, tanto descrita quanto normativa.

2. Percurso da política pública na advocacia pública contenciosa

Na introdução indicamos que o caso examinado é apenas parte de uma ação coordenada. Vamos tomá-lo no detalhe para especificar como a atividade contenciosa da advocacia pública, no caso, influenciou e cola-

borou com a política pública de saúde. Partimos, assim, da construção da defesa oferecida pelo Estado, a qual alinhavou os seguintes argumentos:

- O autor da ação sempre foi atendido pela rede pública, aliás onde ficou e permaneceu internado;
- O poder público (hospital de referência) dispunha de equipe médica apta a realizar a cirurgia postulada;
- No intercurso entre a concessão da liminar e da apresentação da defesa foi providenciada avaliação médica por profissional em hospital da rede pública que contrariou o veiculado na inicial – prescrição médica particular – quanto à indicação da cirurgia, sem exames prévios que indicassem a eficácia do marcapasso;
- O marcapasso indicado na petição inicial não era o único disponível no mercado e foram apontados quatro sistemas diferentes de marcapasso diafragmáticos. Para a prescrição particular, o profissional indicado seria o único habilitado pela empresa – o que, de fato, era verdadeiro – o que, antes de apoiar a tese da petição inicial, comprometia seu argumento, na medida em que elidia a isenção da indicação, dada a existência de escolhas alternativas.

Foi feito levantamento, pela Coordenação de Demandas Estratégicas do SUS da Secretaria de Estado de Saúde, apurando-se a existência de 12 (doze) ações, no Brasil, com o mesmo pedido para designação do mesmo profissional da área médica para realizar a cirurgia com o mesmo produto (marca). Ato contínuo, foi instituído no âmbito do hospital público de referência um grupo de estudos multidisciplinar, incumbido de estabelecer as necessidades de atendimento dos pacientes com disfunção diafragmática.

O que se pode destacar dessa atuação é que a defesa (contestação) não se limitou a truísmos processuais e nem à retórica jurídica. Procedeu a um escrutínio minucioso do caso, carreando aos órgãos públicos informações técnicas e solicitando providências adicionais, como a avaliação médica no âmbito da administração pública. Municidou o Poder Judiciário com um conjunto de dados precisos, de cunho técnico e estratégico, para quem é sempre dilemático dirimir conflitos postos em demandas individuais, de natureza dramática, cujos efeitos extrapolam o que eventualmente uma sentença contém e provê à título de norma concreta e individual.

Um dos efeitos mais interessantes do trabalho realizado foi a revelação da “captura” da política pública por agentes privados. Fiados nesse diagnóstico, traçado pela litigância estratégica, encarecendo o direito fundamental à saúde, deflagrou o desenho de parte da saúde pública na área, no âmbito de um hospital de referência, com o intuito de atender pacientes portadores da doença. Dessa ótica, a advocacia pública seguiu um percurso diferenciado: sua defesa e atuação permitiu o retorno ao ciclo interno da política pública, não se concentrou e nem se exauriu nos limites estreitos do processo judicial e da lide tradicional. O processo judicial, aliás, alavancou um novo percurso da política pública, contribuindo para a efetivação do direito fundamental à saúde, oferecendo informações importantes para coibir desvios e financiamentos espúrios em desacordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais.

3. Mapeamento teórico e aspectos metodológicos

A premissa aqui é a de que a judicialização é uma patologia das políticas públicas. Olhar para o lado problemático e disfuncional, oferece mais oportunidades para se entender o objeto (políticas públicas) que o seu contrário, i.e., o sucesso, a realização ou efetivação. Outra premissa aqui, tomando em conta o relevo que pusemos na atividade da advocacia pública, é o de que a judicialização não seria um ponto de chegada e sim um ponto de partida na construção ou suprimento de eventual lacuna da política pública. E, para nossos propósitos, por não ser enfatizada com fim em si mesma, portadora de elementos que subsidiam um enfoque teórico no âmbito da metodologia.

Assumindo que política pública é um programa de ação, mediante processos regulados juridicamente, com vistas à realização de algum objetivo que se reputa social, econômica ou politicamente relevante, estamos diante de um objeto complexo, cuja apreensão depende de um modelo teórico que responda a todas as suas dimensões das e nas várias áreas do conhecimento humano e contemple todas as vicissitudes de ordem prática para sua implementação. Nesse sentido:

“Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, 2006, p. 38)

A ciência política empresta muito de sua modelagem para a compreensão desse objeto. Exemplos de modelos, segundo essa orientação teórica, são: múltiplos fluxos, equilíbrio pontuado, incremental, behaviorista e o institucional. Todos eles são parciais, no sentido de que não respondem a todas as exigências teóricas. Tão certo quanto essa constatação, é que o direito também não oferece uma resposta completamente satisfatória e conclusiva para o problema.

Uma crítica que talvez se possa formular a esses modelos teóricos, é o de que eles não se constituem numa metodologia, ao menos do ponto de vista científico estrito senso. Traduzem técnicas variadas, voltadas à melhor implementação de políticas públicas. Coloca o objeto no entrecho do descritivo e do normativo. Distinguir esses dois momentos, ainda que apenas do ponto de vista lógico, pode ter função didática e exploratória, se se quiser enlaçar o objeto de estudo para além de meras técnicas e se alcançar um método efetivo de conhecimento. Pretendemos nesta seção fornecer não mais que alguns *insights* a esse respeito.

O institucionalismo, na sua vertente histórica, sugere-nos um passo adiante em relação aos outros modelos teóricos, de resto, adotados na economia, ciência política e sociologia. Ele se sustenta na consideração das instituições, antes que das pessoas e de sua psicologia individual. Rejeita ainda a tese de que as políticas públicas sejam um simples resultado de equilíbrio entre vários fatores e interesses em disputa. Considera estes do ponto de vista do contexto, o qual é oferecido pelas instituições e suas respectivas regras e processos. Todavia, não está livre dos problemas da objetividade, a saber, como estabelecer relações do tipo causal ou explicativas, a partir da dependência da trajetória ou do percurso histórico; não são questões triviais, das quais, enfim, não escapa nenhuma ciência social. Sua empreitada é uma tentativa de superação das limitações teóricas dos modelos anteriores: correção do individualismo metodológico; tendência de ver a causalidade como algo contextual; ênfase nas contingências históricas em lugar das regularidades (IMMERGUT, 2006). Tornou-se, ainda, e talvez por isso, um ponto de convergência de estudos de alta complexidade e que demandam orientações interdisciplinares (BUCCI, 2008).

Entendemos que para que se torne viável a construção de uma metodologia científica e não mero aparato pragmático, de empiria rudimentar, importaria considerar nosso objeto a partir de algumas di-

mensões e em cada uma delas formular as questões centrais para serem respondidas.

A primeira dimensão é a *ontológica* (1), cuja pergunta fundamental é: a política pública é uma realidade social objetiva que pode ser apreendida? As respostas possíveis são:

- (a) sim, e pode ser apreendida como no modelo das ciências naturais (observação da regularidade natural);
- (b) sim, mas de apreensão parcial e crítica;
- (c) não, pois só pode ser considerada a partir da subjetividade de seus atores; e
- (d) não é possível, dada a grande subjetividade.

A segunda dimensão é a *epistemológica* (2), cuja pergunta fundamental é: sendo uma realidade passível de conhecimento, a política pública, qual o grau de conhecimento admitido ou as vias de seu acesso? As possíveis respostas são:

- (a) pela classificação de eventuais regularidades observadas;
- (b) apenas por uma aproximação;
- (c) através do contexto; e
- (d) não é possível nenhum conhecimento objetivo.

A terceira dimensão é a *metodológica* (3) propriamente dita que se desdobra em:

- (a) observação e empiria das leis naturais;
- (b) probabilidades e métodos quantitativos; e
- (c) atribuição de sentido e interpretação.⁵

Essa taxonomia sugere que as políticas públicas – respondendo às três dimensões elencadas – são um objeto passível de conhecimento, não de todo objetivo (ontologicamente: “b”), sujeito a análises aproximativas e de contexto (epistemologicamente: “b” e “c”) para o qual contribuirá tanto a metodologia probabilística quanto a interpretativa (“b” e

5 SILVA, Glauco Peres da. As dimensões apontadas foram objeto das aulas proferidas e consta dos slides de .ppt do Curso Pesquisa Científica para o Direito, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, segundo semestre de 2013.

“c”). Para este desiderato, contribui, enquanto marco teórico, o modelo neoinstitucionalista-histórico, conforme expusemos acima.

De outra parte, devemos perguntar, porque objeto de cunho interdisciplinar, qual o papel teórico poderá desempenhar o *direito*, uma vez que o desenho da política pública, desde sua formulação até sua implementação, depende substancialmente de *estruturação jurídica*.

A dogmática jurídica tradicional, sobretudo a de cariz formalista e positivista, em sua versão *kelseniana*, lida basicamente com a ideia de separação conceitual entre o que o direito “é” (norma jurídica) e o que o direito “deveria ser” (justo, eficiente etc.); opera-se, em síntese, na tese da separabilidade radical entre direito e moral. Do ponto de vista prático, o profissional do direito atua por meio da racionalidade lícito-ilícito ou legal-ilegal. Essa racionalidade é restritiva para muitos casos, insatisfatória e algumas vezes inconsistente quando se lida com um objeto de arranjos institucionais complexos, que implicam variáveis múltiplas, rivais e concorrentes no processo de tomada de decisão. Bucci articula da seguinte forma o argumento:

Do ponto de vista da atuação concreta do direito, a ideia de um sistema hierarquizado de normas jurídicas, sintetizado na figura da pirâmide normativa, tendo por ápice a norma fundamental hipotética [...] – dentro de certa medida, da conta da operação cotidiana do sistema jurídico. [...] Entretanto, o desafio atual é enfrentar o problema da “esterilização” do direito público em sua função de organização das relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade, processo que resultou de seu distanciamento em relação à realidade cambiante e dinâmica. (BUCCI, 2006, p. 2)

A questão é tanto mais tormentosa, porque política pública envolve, simultaneamente, os aspectos descritivo e prescritivo. Formular uma política pública redundante sempre na avaliação normativa e, diríamos, *consequencialista*: a correção da ação é avaliada, embora não exclusivamente, pelos efeitos positivos que ela produz ou pode produzir, segundo a meta traçada. Os operadores do direito tendem a não ser consequencialistas; são, de regra, deontológicos na sua avaliação do legal-ilegal; é relativamente pouco ponderável, segundo essa racionalidade estrita, se um conjunto de decisões favoráveis a um tipo de atendimento ao direito à saúde poderá levar ao colapso uma política pública do setor de

prevenção à dengue, por exemplo, dada a prescrição do direito constitucional, fundamental e universal à saúde – consideração exclusivamente deontológica, portanto, com abstração de suas consequências. A tomada de decisão seria diferente, caso se pudessem considerar variáveis suprimidas na regra, sobretudo as que determinam os resultados prováveis da sua aplicação.

A norma, a lei, é seguramente uma pauta importante, definidora e conformadora da política pública. Todavia uma matriz de teoria do direito, ainda positivista e que tem a norma/regra como centro gravitacional, na vertente hartiana, assumiria, talvez, condições de fornecer suporte explicativo e regulador mais refinado, no sentido de sua consistência metodológica.

A ideia básica de Hart é a de que o direito é um sistema de regras. E é uma prática social, o que difere substancialmente de uma concepção positivista *mainstream* de que a regra seria um comando que parte de uma autoridade e esta lhe confere o *status* de validade, dado que obedecido o processo de elaboração previsto no ordenamento.

O fato de se assumir o direito como prática social, cuja atribuição de sentido à regra é dada pela sua aceitação (regra de reconhecimento) torna a dimensão do direito mais institucional e menos vinculada, com exclusividade, a uma esfera de poder, e, torna-o substancialmente mais propenso a análises de contextos. Além disso, embora se trate de um positivismo comprometido com a tese da separabilidade entre direito e moral, seu significado é, com efeito, o da ausência de relação conceitual, mas não da falta absoluta de conexão. E isso é admitido por Hart de diversas maneiras, sendo a mais ostensiva a de que todo sistema jurídico para ser admitido como tal deve observar um conteúdo mínimo de *direito natural* (os cinco truísmos). A par dessa concepção de direito, o que torna igualmente consistente, enquanto marco teórico aqui perseguido, na obra de Hart, é seu tratamento da interpretação jurídica. Vinculado à tradição analítica e da filosofia da linguagem, conferiu foros distintos às regras, relacionando-as a contextos sociais. Assume-se que as regras são, pelo menos relativamente, indeterminadas. Elas não podem tudo, constituindo-se numa pauta no processo de tomada de decisão. Moldadas pela linguagem, possuem uma textura aberta. Há casos em que não há disputa de significado (núcleo duro) e há ou-

tros tantos, difíceis, que se situam na zona de penumbra, abrindo-se ao interprete um espaço de discricionariedade no processo de tomada de decisão, onde podem ser ponderados outros aspectos da norma: moral, político, econômico etc.

Dadas essas matrizes teóricas, como seus principais aspectos podem ser identificados, no caso que estudamos, com vistas à formulação de um esboço de método?

Em primeiro lugar, a ação da advocacia pública ao ser instada a apresentar sua defesa, não considerou o conflito apenas como mais um processo (lide) e não deduziu judicialmente de forma tradicional sua resposta. No nível institucional, atuou em conjunto com a administração pública de quem recebeu informações para melhor aparelhar a defesa, no sentido amplo da regra do direito fundamental à saúde. Considerou o histórico, apurando todas as ações existentes sobre a questão e ainda propositivamente deflagrou o processo de supressão de uma lacuna na política pública de saúde, no âmbito de um órgão (hospital de referência), relativamente aos pacientes portadores da doença, otimizando os recursos, dando amplitude e efetividade à regra constitucional e permitindo que se fizesse a gestão pública do assunto de forma controlada (orçamento, desembolso financeiro, mapeamento de atendimento, etc.), inclusive para blindar o escopo da “captura” privada. Em outras palavras, a atuação da advocacia pública desbordou dos limites ordinários para tomar em linha de conta as instituições envolvidas, o histórico, os agentes e respectivos interesses envolvidos, permitindo e influenciando a construção de parte da política pública de saúde. Essa operação no nível microinstitucional, teria o condão de derivar propostas em níveis maiores e mais graduados; ilustra o argumento:

“O institucionalismo histórico considera que uma parte da constância e da repetibilidade da vida social organizada é explicada não apenas pelos comportamentos individuais, maximizadores de interesses, mas pela persistência de práticas baseadas, em grande medida, em estruturas que são autossustentáveis, regras definidas socialmente.” (BUCCI, 2008)

Em segundo lugar, considerou as normas regentes do caso, ponderando efeitos atuais e futuros como desdobramentos da demanda. Projetando-os, pode retornar ao ciclo interno da política pública e abastecer o gestor de informações que criaram incentivos para supressão

da lacuna, além de provê-lo de dados que permitiram o planejamento. Dito de outro modo, escapou do dístico legal-ilegal, pondo a regra jurídica em perspectiva e adaptando-a a seu contexto. Tal perspectiva ilumina um aspecto importante da conformação jurídica das políticas públicas. Se se pode, logicamente, separar as dimensões descritiva e normativa, não se pode esquecer que essa cisão é apenas ficcional e lógica (no sentido de que aponta para sua gramática de funcionamento). A realidade do objeto “políticas públicas” sempre importará, tanto na sua formulação quanto na sua implementação, na consideração de ambas as dimensões. E parece-nos que uma conformação, ainda de matriz positivista, na sua versão hartiana *soft ou inclusivista (da moral)*, segundo as características que apontamos, torna possível uma construção metodológica.

E retomando as dimensões de nosso objeto, em associação às duas matrizes teóricas que apontamos, “políticas públicas”, parece admitir apreender o objeto:

(1) *Ontologicamente*:

(a) criticamente; e

(b) considerando a subjetividade dos atores envolvidos.

(2) *Epistemologicamente*, conhecê-lo por:

(a) aproximação; e

(b) contexto.

(3) *Metodologicamente*, valendo-se de:

(a) métodos probabilísticos e quantitativos; e

(b) por meio de interpretação.

4. Considerações finais

Procurou-se, nas seções precedentes, alinhar alguns *insights* para a construção de um esboço do que poderia constituir um método para apreensão do objeto “políticas públicas”. Considerou-o complexo e afeito à interdisciplinariedade, enfatizando o papel do direito, dado que estruturante. Partiu-se da análise de um estudo de caso vinculado à: (a) política pública de saúde e do (b) poder público estadual, a partir da atuação diferenciada da advocacia pública contenciosa.

O caso seria revelador e importante, dadas algumas particularidades. Indicaria uma atuação da advocacia pública contenciosa fora dos cânones tradicionais. E, como resultante dessa atuação, demonstraria que da atividade contenciosa é possível que se refaça o ciclo interno da política pública, influenciando-a e tornando-a mais eficaz na efetivação de um direito fundamental. Seja por suprimir uma lacuna, seja por impedir desvios, “captura”, e, num caso e no outro, fomentando ações propositivas e atuações corretivas por parte do poder público

Em seguida, articulou-se, em abstração teórica, três dimensões para enfocar nosso objeto de estudo: ontológica, epistemológica e metodológica, formulando questões em cada uma delas, como etapa necessária à construção de um método de estudo. De posse dessa estrutura analítica, enunciaram-se duas construções que se julgou poderem constituir uma plataforma teórica razoavelmente firme para oferecer respostas adequadas e permitir a construção de um esboço de método: o neoinstitucionalismo histórico e o positivismo hartiano. Em cotejo analítico com o caso concreto, apontou-se a compatibilidade das repostas nos níveis ontológico, epistemológico e metodológico.

Objetivou-se, segundo essas linhas gerais, apenas oferecer um mapa restrito do que poderá ser um esboço de método, na articulação da prática jurídica segundo dois marcos teóricos. Emergiram, além dos subsídios teóricos, pelo menos dois aspectos relevantes da análise: o de que o direito importa enquanto prática social e esforço teórico, e o de que, em ambas as hipóteses, o profissional do direito pode ter papel destacado nessa construção.

Referências bibliográficas

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: *Políticas Públicas. Possibilidades e Limites*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 225-260.

_____. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-50.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HAURIOU, Maurice. *A Teoria da Instituição e da Fundação. Ensaio de Vitalismo Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

IMERGUT, Ellen. O núcleo teórico do novo institucionalismo. In: *Políticas Públicas. Coletânea*. Enrique Saraiva e Elisabete Ferrarezi (Orgs.), vol. 1. Brasília: ENAP, 2006. p. 155-195.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LINDBLOM, Charles. Muddling through. 1: a ciência da decisão incremental e 2: a ubiquidade da decisão incremental. In: *Políticas Públicas e Desenvolvimento. Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*. Francisco G. Heidemann e José Francisco Salm (Orgs.). 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 2010. p. 181-202.

MARQUES, Eduardo. *Notas críticas à literatura sobre Estado, políticas estatais e atores políticos*. BIB, Rio de Janeiro, n. 43, 1. sem. 1997. p. 67-102.

SABATIER, Paul A. *Theories of the Policy Process*. Colorado: Westview Press, 2007.

SANTI, Romano. *O Ordenamento Jurídico*. Arno Dal Ri (Trad.). Florianópolis: Editora da Fundação Boiteux, 2011.

SILVA, Glauco Peres. Notas de aulas do Curso: Metodologia Científica para o Direito, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2. sem. 2013.

SIMON, Herbert. Modelo comportamental de decisão racional. In: *Políticas Públicas e Desenvolvimento. Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*. Francisco G. Heidemann e José Francisco Salm (Orgs.). 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 2010.

Ônus da prova e Direito Ambiental. Fazenda Pública e inversão do ônus. Aspectos no CPC/1973 e no CPC/2015

Paulo Roberto Fernandes de Andrade¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Noção de prova, peculiaridade no Direito Ambiental e a importância da perícia; 3 – Ônus da prova e inversão ou modificação do *onus probandi* nas ações ambientais. A inversão na Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil); 4 – Outros temas relacionados a prova, ônus e inversão ou modificação do *onus probandi* nas ações ambientais; 4.1 – Ônus de adiantamento de despesa da prova, principalmente da prova pericial; 4.2 – Uso de verbas do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID); 4.3 – Prova emprestada nas ações ambientais; 4.4 – Relação entre prova e coisa julgada material (artigo 16 da Lei da ACP, artigo 103 do CDC e artigo 18 da Lei da Ação Popular); 4.5 – Fazenda Pública e ônus da prova; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O objetivo do presente estudo é analisar o direito probatório, especificamente trazendo a noção de prova, a peculiaridade da prova na seara ambiental e considerações sobre a perícia nas demandas envolvendo o meio ambiente, bem como tecemos considerações mais minuciosas sobre o ônus da prova, sua distribuição e suas inversões ou modificações.

¹ Procurador do Estado em atuação na Seccional Imobiliária-Ambiental-Trabalhista da Procuradoria Regional de Santos da PGE/SP (PR-2), Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE) e Especializando em Direito Ambiental pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE).

A prova constitui-se em elemento essencial no processo, pois é por meio dela que os fatos chegam ao julgador.

E imperioso se mostra analisar a respeito de quem carrega o “fardo” de comprovar determinada alegação, de acordo com a distribuição do *onus probandi*.

Ressalte-se que nas ações envolvendo o meio ambiente a questão da prova é ainda mais importante, recaindo, normalmente, sobre três aspectos de grande relevância e complexidade: sobre os fatos caracterizadores do dano ambiental; a respeito do nexos de causalidade entre a atividade reputada lesiva ao meio ambiente e o dano causado; e por fim relativamente às providências preventivas ou reparatorias a serem adotadas para evitar ou reparar a lesão ao ambiente.

Passamos depois a analisar o ônus da prova e a inversão ou modificação do *onus probandi* nas ações ambientais, ocasião em que catalogamos as três espécies de inversão ou modificação do ônus da prova, ou seja: as presunções; a disposta no Código de Defesa do Consumidor; e a prevista mediante a “Teoria da Distribuição Dinâmica da Prova”, também conhecida como “Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas”, cujo uso no processo estará expressamente regulado e autorizado, conforme o artigo 373, §§ 1º e 2º, da Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil).

Por fim, teceremos considerações a respeito de temas específicos, relevantes e cotidianamente enfrentados pelos que militam com ações ambientais, relativamente à prova e ônus, quais sejam: sobre o ônus de adiantamento de despesa da prova, principalmente da prova pericial; sobre o uso de verbas do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID); a respeito da prova emprestada nas ações ambientais; sobre a relação entre prova e coisa julgada material (artigo 16 da Lei da ACP, artigo 103 do CDC e artigo 18 da Lei da Ação Popular); e, por fim, considerações mais detidas sobre a Fazenda Pública e ônus da prova, defendendo a tese de que a inversão ou modificação não é possível nas lides envolvendo a Fazenda Pública como parte passiva nas demandas em geral.

Não se tencionou, logicamente, esgotar os temas tratados, pois o direito probatório é complexo, casuístico e constantemente sofre alterações no tempo e no espaço, tal como se dará no Brasil, com o novo Direito Processual Civil, a partir de 2016.

2. Noção de prova, peculiaridade no Direito Ambiental e a importância da perícia

A prova reveste-se de questão fundamental na maioria das ações judiciais, aparecendo, frequentemente, como momento-chave do processo.

É a prova a respeito dos fatos da causa que, no mais das vezes, vai determinar o julgamento de procedência ou improcedência do pedido formulado em uma demanda.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, ao tratar da *noção de prova*, diz que prova é palavra *equivoca*, comportando diferentes significados.²

Pode-se, no entanto, adotar a definição de João Batista Lopes, exposta em conhecida monografia:³

Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. Nesse sentido é clássica a definição de Mittermayer: “prova é o complexo dos motivos produtores de certeza”. Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador, a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, por sua vez, destacam *duas acepções* da palavra “prova”.⁴ No sentido *comum*, é a demonstração da verdade de uma proposição. E no sentido *jurídico* o vocábulo pode ser utilizado em *três conotações*: como designativo do *ato de provar* (a atividade probatória); como *meio de prova* (técnicas para se extrair a prova); e designando o *resultado* dos atos ou meios de prova.

Particularmente, *entendo que podemos conceituar prova como o modo pelo qual se procura demonstrar que certos fatos, expostos no processo, ocorreram conforme o descrito*. Desta forma, o magistrado pode julgar o mérito de certa demanda judicial examinando o aspecto jurídico, ou seja, o direito, e o aspecto fático.

2 ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1.

3 LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 26.

4 DIDIER JR., Fredie et alii. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 43.

Nas ações envolvendo o meio ambiente, a questão da prova é ainda mais importante, recaindo, normalmente, sobre três aspectos de grande relevância e complexidade.

Em primeiro lugar, a prova incide sobre os fatos caracterizadores do dano ambiental (efetivo ou potencial), que é um dano muito peculiar.

Efetivamente, o dano ambiental é uma lesão causada à qualidade ambiental, que pode assumir frequentemente grande extensão, não se limitando apenas à degradação de determinado bem ambiental específico, já que pode atingir, também, outros bens ambientais (ecossistemas, espécimes e *habitats* inter-relacionados com o meio afetado) e cujos efeitos, ademais, podem se manifestar no futuro.

Tal aspecto dá bem a medida da complexidade da apuração a ser levada a efeito nas demandas ambientais, no que concerne ao dano efetivo ou potencial. Aliás, não é incomum, quando se trata de assuntos ambientais, verificar que a maioria dos problemas que se apresentam são complexos e permeados de multiplicidade de matérias, envolvendo aspectos econômicos, sociais, culturais, biológicos, geográficos, tecnológicos, ambientais e jurídicos. E isto se reflete no aspecto probatório.

Em segundo lugar, a prova em uma ação ambiental relaciona-se, igualmente, com o nexos de causalidade entre a atividade reputada lesiva ao meio ambiente e o dano causado, podendo se revelar muitas vezes difícil a comprovação desse nexos causal.

Em terceiro lugar, a prova na seara ambiental recai, ainda, sobre as providências preventivas ou reparatórias a serem adotadas para evitar ou reparar danos ao meio ambiente, bem como, conforme o caso submetido a juízo, sobre as providências tendentes à supressão da atividade ou omissão lesiva à qualidade ambiental. Nesses casos, o ideal é que as providências preventivas ou reparatórias sejam sempre definidas já na fase de conhecimento, não convindo deixá-las para o momento da liquidação e execução do julgado. Por esta razão, muito frequentemente a instrução probatória vai abranger, também, as medidas concretas de prevenção e reparação de danos ou de supressão da atividade ou omissão lesiva.

Eis aí, portanto, algumas peculiaridades das ações ambientais. O espectro de fatos a serem objeto da prova é muito amplo e complexo, abrangendo, como visto, o dano ambiental, o nexos causal e até as me-

didadas de prevenção e reparação de danos e de supressão de atividade ou omissão lesiva ao meio ambiente, o que evidencia a dimensão e a relevância da atividade instrutória a ser desenvolvida.

Afinal, como provar a existência de um dano ambiental? Como levantar as medidas de recuperação ou de compensação necessárias? Como mensurar a destruição da paisagem, a danificação de uma obra de arte, a extinção e uma espécie animal ou vegetal? Qual o valor dos danos ambientais? Como atribuir valor econômico à degradação do *habitat* humano ou animal?

No tocante aos meios de prova nas ações de cunho ambiental, não há como deixar de mencionar, em destaque, a *perícia*, diante das características das degradações ambientais, que dependem, para sua exata apuração, em toda a sua extensão, seja com relação aos danos propriamente ditos, seja com relação aonexo causal, seja com relação às providências reparatórias, de avaliações técnicas com base científica muitas vezes de grande complexidade. Daí se tem considerado a perícia como o meio de prova por excelência nas demandas ambientais.⁵

E uma questão da maior relevância é a concernente à repercussão do resultado da perícia sobre o convencimento do juiz nas demandas ambientais. Muitos juristas costumam afirmar que, sendo a prova do dano ambiental condicionada pela técnica, haveria uma verdadeira relação de dependência entre a verdade do juiz e a verdade do perito no processo, o que faria com que a liberdade de convicção do magistrado, no processo coletivo ambiental, desse lugar, na prática, a uma quase submissão às perícias.

Chega-se, inclusive, a dizer que a incidência da regra de direito, em muitos casos concretos, seria determinada pelo perito e não pelo juiz.

Não se pode, no entanto, exagerar neste tipo de consideração e supervalorizar a avaliação técnica realizada nas demandas ambientais.

5 Segundo MIRRA, Ivaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 266-268, bem como exposição realizada em 27/04/2007, no VII Congresso Brasileiro do Ministério Público de Meio Ambiente, promovido pela Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente, Fortaleza, Ceará.

Isto porque são muitas as incertezas científicas nas questões relacionadas à proteção do meio ambiente, de modo que nem sempre os técnicos e os peritos têm condições de trazer aos processos, de maneira plenamente satisfatória, as informações e conclusões desejadas pelos operadores do direito, deixando larga margem para dúvidas e controvérsias nas demandas ambientais. Ou seja: na falta de certeza absoluta a respeito da lesividade de uma determinada atividade, da relação de causalidade entre a atividade e o dano ambiental ou em relação à própria caracterização do dano, muitas vezes os peritos preferem se abster de apresentar análises concludentes.⁶

No entanto, a incerteza científica não pode se traduzir em incerteza jurídica para o julgamento da causa ambiental. E aí é que aparece a relevância do poder de análise das partes e do magistrado, a partir dos dados fornecidos pela própria perícia e pelos demais elementos de convicção, bem como a partir dos critérios da probabilidade, distribuição do ônus da prova etc.

Deve-se ter sempre em mira que, apesar da relevância das avaliações técnicas e científicas em matéria ambiental, a análise quanto à ocorrência ou não da degradação ambiental, da lesividade da atividade ou do nexo causal, nas ações ambientais, permanece como questão jurídica a ser solucionada pelo magistrado, sem que se possa admitir vinculação automática e acrítica aos resultados das perícias e demais trabalhos técnicos.

Isto sem contar o aspecto “patológico” da questão, consistente na possibilidade de manipulação de dados e informações nos laudos e pareceres técnicos, risco sempre presente quando se está diante de questões sujeitas a controvérsias científicas, aspecto igualmente importante, a evidenciar a necessidade de um exame atento do magistrado a respeito da prova técnica produzida.⁷

Álvaro Luiz Valery Mirra, ademais, suscita, em sua obra, as características básicas da disciplina da prova na ação civil pública ambiental, mencionando as seguintes:

- (a) a procura da verdade real (material) e não meramente formal nas demandas ambientais, como decorrência da indisponibilidade do direito objeto de proteção (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado);

⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ob. cit., p. 256.

⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ob. cit., p. 257.

- (b) a maior inquisitividade do processo coletivo ambiental, com o reforço dos poderes instrutórios do juiz e ampla aplicação da regra do art. 130 do CPC, ainda como reflexo ou exigência da natureza indisponível do direito tutelado;
- (c) a afirmação (ou reafirmação) do dever de cooperação das partes para o descobrimento da verdade sobre os fatos da causa;
- (d) a relativização do princípio dispositivo no tocante aos fatos suscetíveis de prova nas demandas ambientais, admitindo-se a consideração de fatos não alegados pelo autor da ação, mas revelados na instrução processual, ainda que isso leve à modificação da causa de pedir;
- (e) a probabilidade como critério para a prova nas ações civis públicas ambientais, abandonando-se o critério da certeza diante das circunstâncias do caso concreto;
- (f) o abandono da concepção estática da distribuição do ônus da prova na ação civil pública, em prol de uma concepção dinâmica do ônus da prova nessa matéria;
- (g) e o reforço do contraditório, como contrapeso à maior inquisitividade do processo coletivo ambiental.

3. Ônus da prova e inversão ou modificação do *onus probandi* nas ações ambientais. A inversão na Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil)

E ao se tratar da prova, surge a questão do *onus probatório*.

Vicente Greco Filho reconhece ser, a questão sobre o ônus da prova, uma das mais basilares do direito processual, pois trata sobre quem deve provar e qual a consequência para aquele que deveria provar algo e não o fez, ou o fez insuficientemente.⁸

Artur Carpes considera ser, a repartição do ônus da prova, a “espinha dorsal do processo civil”.⁹

8 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 2. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 199.

9 CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

Ônus, do latim *onus*, significa carga, peso, fardo, encargo, diz Maricí Giannico, que complementa: “juridicamente pode-se tomar por base a clássica definição de James Goldschmidt, segundo a qual o ônus é um *imperativo do próprio interesse*”.¹⁰

Define Cândido Rangel Dinamarco o ônus da prova como “o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.¹¹

O ônus probatório, para Hernando Devis Echandia, é “o poder ou faculdade de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis”.¹²

O instituto do ônus da prova e seus fundamentos decorrem, segundo Vicente Greco Filho, de *três princípios prévios*:¹³

1º) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, como um *non liquet*; 2º) o princípio dispositivo, segundo o qual às partes cabe a iniciativa da ação e das provas, restando ao juiz apenas atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir as provas destinadas a formar a convicção do juiz; 3º) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*segundum allegata et probata partium*) e não segundo sua convicção íntima (*segundum propriam suam conscientiam*). Dessas premissas, decorre a necessidade de

10 GIANNICO, Maricí. *A prova no Código Civil. Natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 95.

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70.

12 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de La Prueba Judicial*. v. 2. t. I. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988 *apud* CIANCI, Mirna. *A Responsabilidade do Estado e o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor sob o Enfoque da Teoria do Risco Administrativo*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24298-24300-1-PB.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

13 Idem, *ibidem*, p. 199-200.

serem estabelecidas regras sobre o encargo que cada parte tem para a prova dos fatos alegados, bem como consequências da falta de prova.¹⁴

Deve-se ressaltar que as regras sobre o ônus probatório e sua distribuição constituem uma inerência do *princípio dispositivo*. Onde houvesse um processo puramente inquisitivo, não se cogitaria em *onus probandi*, nem das consequências de seu descumprimento, simplesmente porque ao juiz incumbiria a busca da verdade dos fatos e a cooperação das partes seria pelo menos dispensável e sequer haveria como sancioná-las pela omissão de provar.

No que tange às *teorias a respeito do ônus da prova*, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira discriminam as existentes do seguinte modo:¹⁵

Wilson Alves Souza faz uma síntese das principais teorias sobre o ônus da prova:

- 1) *Teoria de Jeremy Bentham*: a obrigação de provar deve ser imposta a quem tiver condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes – temporais, econômicos etc. Trata-se da teoria seguida por Demogue, com poucas variações. Aqui já se encontram os primeiros sinais de uma teoria dinâmica do ônus probatório.
- 2) *Teoria de Bethmann-Hollweg*: a quem deduz um direito, cabe provar sua existência – falando em prova de direito e, não, de fato.
- 3) *Teoria de Gianturco*: deve produzir prova aquele que dela auferir vantagem.
- 4) *Teorias de Betti, Carnelutti e Chiovenda*: que muito se assemelham, e, em linhas bem gerais, dispõem que o autor deve provar fatos que fundam sua pretensão e o réu deve provar fato que baseiam suas exceções. Essas teorias são muito criticadas por Micheli, por leva-

14 Arruda Alvim arrola “os fundamentos ou princípios gerais do Direito que, particularmente, informa a teoria do ônus da prova: 1º) o da igualdade da posição dos litigantes; 2º) o de se imprimir ‘autoresponsabilidade’ aos litigantes, princípio em verdade dessumido do primeiro; assim, por exemplo, o litigante que não age diligentemente, dentro dos prazos (preclusão temporal), é responsável pelas consequências advindas de sua inércia, ou seja, deve suportar o que *possa* decorrer de sua omissão (*Manual de Direito Processual Civil*. v. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 481).

15 Idem, *ibidem*, p. 95.

rem em consideração a relação jurídica abstratamente colocadas, ignorando a situação real das partes da causa e suas possibilidades concretas de produzir provas.

5) *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova* (e a similar teoria do princípio da solidariedade e cooperação) de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello (na verdade, seus principais mentores): surgiu na Argentina onde os ditos autores, a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschmidt, passaram a defender a repartição dinâmica do ônus da prova. Baseando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade (com atuação do juiz), defendem que é necessário levar em conta as circunstâncias do caso concreto, para atribuir-se o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo; impõe-se uma atuação probatória da parte que tem mais possibilidade de produzi-la. E o juiz, verificando que houve uma violação do dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação de provas, deve proferir decisão contrária ao infrator. Tudo isso no intuito de que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa.

Cabe acrescentar a este rol a *normentheorie*, ou *teoria das normas*. Artur Carpes assim a descreve:

A semelhança na redação da disciplina nos ônus probatório decorre da incorporação da “teoria das normas” (*Normentheorie*), concepção que ganhou prestígio no plano doutrinário pela pena de Leo Rosenberg e acabou por influenciar a redação da maioria dos diplomas modernos. Segundo a *teoria das normas*, cada parte deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, isto é, da norma cujo efeito jurídico se resolve em seu proveito. Pressupõe nitidamente, portanto, a separação entre questão de fato e questão de direito, ao predispor que sua regulação decorre da configuração da sintaxe entre o fato e a norma: aquele que pretende lograr o efeito decorrente da aplicação da norma tem correlato o ônus de provar sua premissa menor, qual seja, o fato a ela subjacente.¹⁶

Ônus, enfim, é uma conduta imperativa de que seu titular precisa desincumbir-se para o fim de satisfazer seu próprio interesse.

16 CARPES, *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 47.

E a ideia básica sobre a repartição do ônus da prova, portanto, está na *atividade probatória que incumbe a quem a prova aproveita, tendo lugar um princípio geral: cada parte suporta o ônus da prova sobre a existência da norma favorável ao êxito de sua pretensão processual.*

Compete, em regra, a cada uma das partes, o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer. A parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido, como base de sua pretensão, pois, afinal, é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.

É esta, basicamente, a doutrina inspiradora do *artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 (ou do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, que manteve a redação original nos incisos I e II do “caput”)*¹⁷, em que são fixadas as regras sobre o ônus da prova, abstratas e independentes do caso concreto.

Este artigo traz as *regras gerais básicas sobre o ônus da prova*, perfilhando-se à doutrina de Chiovenda e de Betti, estabelecendo que incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito (inciso I), e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inciso II).

A regra do ônus da prova expressa no artigo 333 do CPC/1973¹⁸ existe porque é vedado ao juiz o *non liquet*, ou seja, o magistrado está obrigado a

17 A Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 institui o novo Código processual, que entrará em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial (artigo 1.045), que se deu no DOU de 17 de março de 2015. Oportuno mencionar os seguintes artigos do novo CPC, de Direto Intertemporal, relacionados a este trabalho: Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. § 1º As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código. § 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código. § 3º Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código. § 4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código. [...] Art. 1.047. As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência.

18 Artigo 373, “caput”, do Código de Processo Civil de 2015.

decidir, ainda que não possua elementos probatórios suficientes; e somente deverá ser aplicada caso haja ausência ou insuficiência de provas.

Nestes casos, a dúvida deve ser paga pela parte que tinha o ônus de provar determinado fato e não logrou êxito: se constitutivo, incumbe ao autor; se modificativo, extintivo ou impeditivo, cabe ao réu.

A distribuição do ônus da prova nas lides ambientais, por não conter regra própria, obedece, com base no princípio da subsidiariedade¹⁹, este artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973.²⁰

De modo mais simples, temos que cada parte tem a faculdade de produzir prova favorável às suas alegações, com base no denominado ônus da afirmação. E nenhuma das partes será obrigada a (ou terá interesse em) fazer prova contrária às suas alegações, a favor do demandante adverso.

Mas existe a questão da *inversão ou da modificação do ônus da prova*, que causa alterações na regra geral de distribuição probatória supramencionada e provoca a liberação ou a diminuição do encargo probatório de uma das partes em detrimento da outra.

Tem a finalidade de facilitar a produção da prova e proporcionar melhor igualdade das partes no processo. Faz com que seja o réu quem tenha de fazer prova da inexistência dos fatos que são constitutivos do direito do autor, ou que seja de encargo do autor fazer prova dos fatos que são impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do réu.

Eduardo Cambi assevera que, com a inversão do ônus da prova, “não se produz a prova do fato, mas apenas se considera que o ato alegado deve ser provado pela parte contrária. O que acontece é, pois, uma modificação judicial do ônus da prova determinando que a parte contrária demonstre o fato que, normalmente, caberia ao outro litigante comprovar”.²¹

Define Cândido Rangel Dinamarco as inversões do ônus da prova como “as alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei. O mesmo poder que legitima a edição de normas

19 O artigo 19 da Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985, manda aplicar o Código de Processo Civil no que não a contrarie.

20 Tal como seguirá o artigo 373 do CPC/2015.

21 CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006. p. 411.

destinadas à distribuição do ônus da prova legítima também exceções queridas ou permitidas pelo legislador”.²²

Para os objetivos deste trabalho, podemos considerar *três espécies de inversão ou modificação do ônus da prova*, ou seja, da regra geral básica contida no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973²³: as presunções; a disposta no Código de Defesa do Consumidor (CDC); e a prevista mediante a “Teoria da Distribuição Dinâmica da Prova”, também conhecida como “Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas”, que passará a ser adotada expressamente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, nos termos do artigo 373, §§ 3º e 4º, adiante analisado.

Tratando ainda de inversão do ônus da prova, temos a existência da divisão em *ope legis* e em *ope judicis*, ou seja, inversão legal e inversão judicial, respectivamente.

A inversão legal (*ope legis*) é determinada pela lei, aprioristicamente, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz, figurando como um caso de presunção legal relativa.

Bem diversa é a inversão *ope judicis*, que se trata de uma oportunidade para que o juiz, analisando o caso concreto e constatando a presença dos requisitos exigíveis para tanto, distribua o ônus conforme as peculiaridades e características da demanda.

A inversão judicial do ônus da prova deve ser analisada caso a caso, de acordo com as características do direito material e as especificidades do caso concreto.

E como exemplos de inversão judicial do ônus da prova temos a do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e a prevista na “Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas”.

Presunção, no entender de Cândido Rangel Dinamarco, é um “processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”.²⁴

22 DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., p. 75.

23 Artigo 373, “caput”, do Código de Processo Civil de 2015.

24 Idem, *ibidem*, p. 113.

O objetivo comum e imediato de todas as presunções relevantes para o direito é a facilitação da prova, porquanto existem situações em que, sendo particularmente difícil a prova, por meio de certa presunção facilita-se a demonstração de fato relevante, dispensando-se a prova direta do fato que realmente interessa para o julgamento da causa. Ou criar uma justificada situação de vantagem, em favor de determinada parte, visando a facilitar o trabalho probatório do litigante processual que se vale da presunção, pois a prova fica sob encargo da parte contrária.

Existem várias presunções no Direito, tal como, por exemplo, a presunção de inocência no processo penal.

Igualmente temos a presunção do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/1990, de modo que, na publicidade, o ônus da veracidade e da correção do que está sendo veiculado é do patrocinador.

E duas presunções se destacam, quando nos referimos à Fazenda Pública, militando em favor da Administração Pública: a presunção de legitimidade e a presunção de veracidade. Veremos mais adiante tais presunções.

A inversão ou modificação do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor vem prevista no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/1990, atribuindo ao consumidor a vantagem processual de ser beneficiado pela inversão do ônus da prova quando o juiz verificar, através das regras ordinárias da experiência comum, a presença de verossimilhança das alegações do consumidor e hipossuficiência processual na produção de alguma prova.²⁵

Determinada a inversão, recai sobre o fornecedor o ônus de provar a inexistência de um ou alguns fatos que são constitutivos do direito do consumidor.

Baseia-se nas simples alegações do consumidor e é verificado pelo juiz utilizando-se das regras ordinárias da experiência comum.

25 Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Este juízo verossímil indica que o limite de cognição nesta fase do processo, formulado pelo juiz para deferir ou não a inversão, recai apenas sobre as alegações dos fatos feitas pelo consumidor ainda na petição inicial. Não se exige qualquer começo de prova, como acontece no juízo da probabilidade (cognição exigida para antecipação de tutela do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 ou para a concessão da tutela de urgência prevista nos artigos 300 e 303 do novo Código de Processo Civil, de 2015).²⁶

Importante ressaltar que o conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões *pobre* ou *sem recursos*, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual.

O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento.

E, ao contrário da opinião de alguns doutrinadores, a simples condição de hipossuficiência não autoriza, por si só, esta modificação do ônus da prova, pois a total ausência de evidências do indispensável nexo de causalidade redundaria em esdrúxulas situações.

A simples hipossuficiência do consumidor não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um *shopping center* luxuoso, requerendo, em face de sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que seu carro não estava estacionado nas dependências do *shopping* e que nele não se encontravam suas compras de Natal.²⁷

26 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [...] Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

27 Exemplo em: GIDI, Antonio. *Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. v. 13, p. 34 *apud* CIANCI, Mirna. *A Responsabilidade do Estado e o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor sob o*

E a verossimilhança não se resume a uma mera plausibilidade de direito, mas à evidência desse direito.

Existe discussão se a inversão do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/1990) é aplicada nas ações ambientais, cabendo antes ressaltar que nem todas as demandas ambientais necessitam da inversão do ônus da prova para alcançarem o objetivo de proteção ao meio ambiente.

Os que negam a aplicação do CDC nas ações coletivas dizem que o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) faz referência apenas aos artigos 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, às regras processuais do referido Código, e não ao artigo 6º, que fica na parte dos direitos básicos do consumidor (regras de direito material).

E sendo o artigo 6º regra de exceção e gravosa para o réu, não deve ser interpretada extensiva e analogicamente, para aplicação com base na Lei da ACP, o que geraria ofensa ao princípio da isonomia processual e à legalidade no Direito Processual.

São partidários desta corrente Édis Milaré²⁸ e Ada Pellegrini Grinover²⁹, afirmando que deveria ser criada uma regra para aplicação na Lei da ACP, tal como a do CDC.

Os que admitem a inversão afirmam que o artigo 6º é norma processual, existe a interpretação sistemática e teleológica possibilitando e o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública constituem-se em um microsistema de proteção aos interesses coletivos.

Além disso, admite-se a inversão do CDC com base no princípio da precaução, ou seja, cabe ao interessado provar que suas intervenções não são prejudiciais ao meio ambiente.³⁰

Enfoque da Teoria do Risco Administrativo. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24298-24300-1-PB.htm>. Acesso em: 04 jun. 2015.

28 *Direito do Ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1501.

29 Ações ambientais de hoje e amanhã. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993. p. 252.

30 A efetivação do instituto da inversão do ônus da prova, tanto judicial como extrajudicialmente, seria, talvez, a mais plausível consequência normativa concreta da aplicação do princípio da precaução no direito brasileiro. E como ressalta o Ministro Herman Benjamin, “cabe aos

A terceira espécie de inversão ou modificação do ônus da prova, ou seja, da regra geral básica contida no artigo 333, do Código de Processo Civil de 1973³¹, é a adotada pela “Teoria da Distribuição Dinâmica da Prova”, também conhecida como “Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas”³², originalmente concebida pelo professor argentino da Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Jorge Walter Esteban Peyrano.³³

A ideia básica desta teoria é buscar a facilidade para a produção da prova, devendo suportar o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-la.

E significa que a distribuição do ônus da prova dependerá do caso concreto, não havendo nenhuma vinculação a regras fixadas, aprioristicamente, flexibilizando o regramento clássico que, em uma postura estática, pretendia regular abstratamente todas as situações.

Trata-se de uma *teoria excepcional e residual*³⁴, que necessariamente será objeto de cuidadosa *fundamentação* por parte do julgador, com a necessária ciência dos sujeitos envolvidos.

potenciais poluidores (demandados, na ação civil pública ambiental) o ônus de demonstrar a inofensividade da atividade proposta, especialmente nos casos em que o eventual dano possa ser irreversível, de difícil reversibilidade ou de larga escala. Não cabe mais aos titulares dos direitos ambientais provar a ofensividade dos empreendimentos levados à apreciação do Poder Público/Judiciário”. (Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, n. 9, jan./mar. 1998. p. 18).

31 Artigo 373, “caput”, do Código de Processo Civil de 2015.

32 “A doutrina, bem como a jurisprudência brasileira, de um modo geral, costuma referir-se à técnica da dinamização como decorrente da teoria das ‘cargas probatórias dinâmicas’. Todavia, não há razão para deixar-se de traduzir a expressão estrangeira em sua totalidade. Em outras palavras, se carga em espanhol possui o sentido de ‘ônus’, nada justifica deixar de denominá-la corretamente no português, vale dizer, como teoria dos ‘ônus probatórios dinâmicos’.” (CARPES, *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 73). Particularmente adoto a nomenclatura “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova” por entender mais completa e se referir de forma mais explícita que o a dinamicidade diz respeito mais propriamente à “distribuição” do que ao “ônus”.

33 “Embora se diga que a manifestação mais remota da doutrina data do século XIX, pela pena de Bentham, ou que esta sempre foi conhecida na Alemanha, na medida em que foi alvo de críticas de Rosenberg, como faz Maximiliano García Grande, não se pode negar que o mais contundente desenvolvimento dogmático iniciou-se pelas mãos do processualista rosarino Jorge W. Peyrano, na Argentina, a partir do início da década de 80 do século passado. Aliás, Peyrano lavrou sentença no ano de 1978, enquanto juiz do Juizado da Quinta nomeação da cidade de Rosário, aplicando a dinamização dos ônus probatórios em caso de erro médico”. (GARCIA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005. p. 45-48. *Apud* CARPES, *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 74).

34 Conforme PEYRANO, Jorge Walter Esteban; WHITE, Inês Lépori (Org.). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004. p. 87.

Em interessante síntese, Antonio Janyr Dall’Agnol Junior afirma que, por meio desta teoria:

A solução alvitrada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou ré) ou a espécie do fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. [...] Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude; e b) a “natureza” do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.³⁵

No dizer desta teoria não importa a posição da parte, se autora ou ré; também não interessa a espécie do fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo; o importante é que o juiz valora, no caso concreto, qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova, e imponha o encargo de provar os fatos àquela que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, delongas etc., mesmo que os fatos objetos de prova tenham sido alegados pela parte contrária.

Com efeito, se a parte que o juiz impôs o ônus probatório não produzir a prova ou a fizer de forma deficitária, as regras do *onus probandi* sobre ela recairão, em razão de não ter cumprido com o encargo determinado judicialmente.

É indubitável que, à luz da denominada “Teoria da Distribuição Dinâmica da Prova”, ao juiz é dado uma *maior discricionariedade* na avaliação da distribuição das regras deste ônus.

O juiz permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores; entretanto, por óbvio, *toda atuação do magistrado deve ser emoldurada pelos princípios processuais da legalidade, da motivação*³⁶, da

35 DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 788, 2001. p. 98.

36 “A atuação do juiz fica, pois, controlada pela coerência lógica do seu raciocínio, devendo ela, na sua motivação, fazer transparecer os critérios que o levaram a afastar, naquele caso

busca da igualdade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da cooperação, da adequação e da efetividade do processo.

O magistrado poderá modificar a regra geral para ajustá-la ao caso concreto reduzindo, na maior medida do possível, as desigualdades das partes. Porém, embora admitida a adoção desta teoria no direito brasileiro, vale dizer que Danilo Knijnik aponta a *necessidade de serem impostos alguns limites à sua aplicação*, tal como a rigorosa análise sobre efetivamente quem está em melhores condições de produzir a prova, afastando a formação da *prova diabólica*³⁷, e buscando o respeito ao *contraditório*³⁸.

Danilo Knijnik, ao registrar sua *preocupação com o uso indiscriminado ou inadequado deste poder de flexibilização da regra geral do ônus da prova*, também aponta que “não pode ser aplicado para simplesmente compensar a inércia ou inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas, única e tão somente, para evitar a formação de *probatio diabolica*”, que, afinal, inutiliza a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição”.

Propõe o referido jurista, destarte, uma interessante sistematização de *limites* e requisitos, de cunho *material* e *formal*, para o seu exercício.

Como *requisito material*, exige que a parte tenha sido encarregada de produzir uma “prova diabólica”, por ao menos uma das seguintes razões: a) encontrar-se em situação de *hipossuficiência probatória*, já que o seu adversário goza de posição privilegiada, por dispor de conhecimento técnico especial ou por ter em seu poder importantes fontes de prova; b) em virtude da *inacessibilidade da prova*, decorrente de conduta culposa ou desleal (por falta de

concreto, a incidência da regra do art. 333 do CPC e lançar mão da técnica da dinamização dos ônus probatório. Em outras palavras, o juiz tem o dever de evidenciar que, à luz das circunstâncias do caso concreto, está-se diante de violação do direito fundamental à igualdade, bem como do direito fundamental à prova. A ausência de decisão coerentemente fundamentada acerca da *dinamização* padece de vício grave, merecendo o decreto de invalidade”. (CARPES, *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 130).

37 Prova diabólica é aquela quase impossível, senão impossível de ser produzida, ante a dificuldade nos meios para sua obtenção.

38 KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 947.

cooperação/colaboração) do seu adversário, sendo que a conduta desleal que *dificulta* o acesso à prova deve ser punida e *somente* aquela que *inviabiliza* o acesso à prova deve conduzir à dinamização do ônus probatório.

E como *requisito formal*, vislumbra Danilo Knijnik a necessidade de que o julgador redistribua o encargo probatório por decisão prévia e fundamentada, em tempo de a parte onerada atendê-lo, até para evitar a *prova diabólica reversa*. Somente assim serão preservados o contraditório e a segurança jurídica, afastando-se esta “retroatividade oculta”.³⁹⁻⁴⁰

Pondera Alexandre Freitas Câmara, por sua vez, que a distribuição dinâmica consiste em um “sistema excepcional”, a ser empregado exclusivamente nas situações em que *distribuição estática e legal não for adequada*:

Não se trata, porém, de fixar outra regra estática de distribuição do ônus da prova, mas de criar-se um sistema excepcional, que só pode funcionar onde a regra geral opera mal, já que foi elaborada para casos normais e correntes, o que não corresponde ao caso concreto. O que se busca é, tão somente, retirar de uma parte o ônus de produzir provas diabólicas. Só se justifica a invocação da teoria quando a parte a quem inicialmente caiba o encargo probatório não tiver como atendê-lo.⁴¹

A respeito do procedimento da dinamização, é imperativo que esta não deve ocorrer sem decisão judicial expressa do magistrado e necessita ser devidamente fundamentada, embora prescindindo, por outro lado, de requerimento da parte para ser operada.⁴²

39 KNIJNIK, Danilo. *Ibidem*, p. 948.

40 Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira apontam que “a redistribuição do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que agora tem o ônus. Trata-se de um pressuposto negativo para a aplicação prática da teoria. Exatamente porque a existência de prova diabólica a autoriza, a redistribuição do ônus da prova, *in concreto*, não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber” (Idem, *ibidem*, p. 99).

41 CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 31, 2005. p. 14-15.

42 Neste sentido, Artur Carpes, que complementa: “Assim, mesmo na ausência de requerimento da parte, uma vez flagrada a inconstitucionalidade da distribuição do art. 333 do CPC, constitui verdadeiro dever do juiz determinar, isto é, até mesmo de ofício, a dinamização dos ônus probatórios, com o fito de possibilitar o cumprimento da sua missão constitucional”. (*Ibidem*, p. 133).

Pertinente, ademais, mencionar o acolhimento da “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova” no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 373, §§ 1º e 2º.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Portanto, passou-se a adotar uma nova disciplina do ônus da prova, voltada à produção de quem estiver mais próximo dos fatos e capacidade de produzi-las, objetivando maior efetividade, ou seja, adota-se o critério dinâmico da distribuição do *onus probandi*.

Oportuno informar que as alterações relativas ao tema eram maiores do que a finalmente adotada, prevendo o artigo 358 do Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil, PL nº 8.046/2010, o seguinte:

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357 deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Ou seja, o Projeto trazia a previsão expressa de observância do contraditório e ainda tratava a questão da inversão concomitante do pagamento da perícia, tema ainda controverso nos Tribunais. A discussão perdura. Trataremos deste assunto logo adiante, em relação às lides ambientais, nas quais não raramente as perícias são muito onerosas.

De todo modo, havendo previsão legal (tal como a do artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/1990 – CDC), ou por entendimento judicial, possível a inversão ou modificação do ônus probatório, cabendo observância ao princípio da motivação e cientificando a parte que lhe cabe desincumbir-se do encargo.

Como visto não houve menção explícita, no § 1º do artigo 373, ao princípio do contraditório, porém todos os entendimentos acima, a respeito da excepcionalidade e da residualidade do uso da “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova”, bem como dos princípios processuais incidentes, inclusive do contraditório, dos limites e dos requisitos materiais e formais são válidos, pertinentes e devem ser observados.

Por sua vez, o § 2º do artigo 373 determina a impossibilidade de se adorar a teoria caso gere a prova diabólica reversa, ou seja, traz um pressuposto negativo para a aplicação prática da inversão ou modificação, não implicando uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber.

O artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015, ao tratar da fase de saneamento ou de organização do processo, dispôs, no inciso III, que cabe ao juiz definir a distribuição do ônus da prova, observado o artigo 373, no que se mantém conhecido como despacho saneador, evitando que a parte com o *onus probandi* seja surpreendida quando do julgamento (na sentença).

A insurgência da parte pode ser manifestada por meio da interposição do recurso de agravo de instrumento, nos termos do artigo 1015, inciso XI, do novel Código.⁴³

43 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

4. Outros temas relacionados a prova, ônus e inversão ou modificação do *onus probandi* nas ações ambientais

Neste tópico trataremos de temas específicos, relevantes e cotidianamente enfrentados pelos que militam com ações ambientais, relativamente à prova e ônus.

Destarte, vale tecer comentários, embora concisos, ante os objetivos deste trabalho: do ônus de adiantamento de despesa da prova, principalmente da prova pericial; do uso de verbas do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID); da prova emprestada nas ações ambientais; da relação entre prova e coisa julgada material (artigo 16 da Lei da ACP, artigo 103 do CDC e artigo 18 da Lei da Ação Popular); e por fim da Fazenda Pública e ônus da prova, a qual escolhemos dar maior destaque.

4.1. Ônus de adiantamento de despesa da prova, principalmente da prova pericial

Assunto ligado ao da distribuição do ônus da prova é o do ônus de adiantamento de despesa da prova.

O assunto é controvertido e, para muitos, o ônus da prova confunde-se com o ônus do adiantamento de despesa da prova, quando ocorre a inversão do ônus.

Ou seja, com a inversão do ônus da prova, também ocorre a inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas da realização da prova, principalmente quando for prova pericial.

No entanto, isto não é certo, pois o artigo 19 do Código de Processo Civil de 1973 é claro ao dispor que, salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final, e que compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.⁴⁴

44 No Código de Processo Civil de 2015 assim fica semelhantemente disposto: “Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas

O artigo 33 do CPC/1973, por sua vez, afirma que cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.⁴⁵

E o artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) afirma: “Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, [...]”.

Inferese, portanto, que a sistemática processual comum é a seguinte: (a) cumpre àquele que requer o ato processual suportar as despesas necessárias à sua realização (princípio da causalidade); (b) o alcance desses recursos se dá em forma de adiantamento; (c) cada parte remunera seu assistente técnico e o autor adianta as despesas periciais; e (d) a parte vencida deverá ressarcir o vencedor ao final (princípio da sucumbência).

Vale mencionar as seguintes decisões a respeito:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA DO ART. 18 DA LEI 7.347/1985. “TERCEIRA TESE”. PARCIAL PROVIMENTO AO PLEITO DO MP. [...], se por um lado não há como exigir do autor da Ação Civil Pública o adiantamento das custas da perícia judicial, sem declarar a inconstitucionalidade do art. 18 da Lei 7.347/1985, por outro lado não se pode compelir o réu a

dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título. § 1º Incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica”.

45 O Código de Processo Civil de 2015 altera parcialmente o artigo 33 do CPC/1973, trazendo o artigo 95 a seguinte disposição: “Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes”. Oportuno, no entanto, ressaltar que tal rateio valerá apenas para processos cujo requerimento probatório ou determinação judicial ocorrer após a vigência do CPC/2015, conforme seu artigo 1.047: “As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência”.

arcar com o adiantamento desses valores para a produção de prova contra si mesmo, por ausência de previsão legal. (Embargos de Divergência em REsp nº 981.949-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 24/02/2012).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DAS DESPESAS À PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ART. 18 DA LEI Nº 7.34/85. CPC, ART. 19. 1. Não existe, mesmo em se tratando de ação civil pública, qualquer previsão normativa que imponha ao demandado a obrigação de adiantar recursos necessários para custear a produção de prova requerida pela parte autora. Não se pode confundir inversão do ônus da prova (= ônus processual de demonstrar a existência de um fato), com inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais. [...] (STJ - 1ª T., REsp nº 846.529-MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 19/04/2007, v.u.).

Porém, existem decisões jurisprudenciais impondo o pagamento de perícia à Fazenda Pública, quando o autor da ação for o Ministério Público, com base na Súmula 232 do Superior Tribunal de Justiça, como, por exemplo, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. NÃO CABIMENTO. INCIDÊNCIA PLENA DO ART. 18 DA LEI N. 7.347/85. ENCARGO TRANSFERIDO À FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 232/STJ, POR ANALOGIA. 1. Trata-se de recurso especial em que se discute a necessidade de adiantamento, pelo Ministério Público, de honorários devidos a perito em Ação Civil Pública. [...] 3. Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas. Ocorre que a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 desta Corte Superior (“A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o Parquet arque com tais despesas. (STJ - 1ª

Seção, REsp nº 1.253.844/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 13/03/2013).^{46,47}

4.2. Uso de verbas do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID)

Outro tema controverso é o uso de verbas do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID).

Quanto a este aspecto, cabe informar que, originalmente, a Lei Estadual nº 6.536, de 13 de novembro de 1989, autorizou o Poder Execu-

46 No entender de Hugo Nigro Mazzilli, a Súmula 232 não se aplica somente quando a própria Fazenda compareça como autora na ação coletiva, mas também quando seus órgãos, ainda que sem personalidade jurídica, proponham as ações civis públicas em defesa da sociedade, como o Ministério Público, os Procons e outros órgãos especificamente destinados à defesa de interesses transindividuais, em juízo. E continua: “se a perícia for determinada em proveito da defesa de interesses transindividuais, e se a lei dispensou o adiantamento de custas nas ações de caráter coletivo, é porque transferiu o ônus para o Estado. Este deverá viabilizar a perícia com seus próprios órgãos, ou, em caso contrário, arcar com seu custo. A responsabilidade tem mesmo de ser da Fazenda, sob pena de a garantia democrática de acesso coletivo à Justiça restar prejudicada”. (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 634).

47 Pertinente, ainda quanto ao pagamento de despesa probatória e Fazenda Pública, transcrever os seguintes artigos do Código de Processo Civil de 2015, embora por mera informação e sem ofertar precisa análise, pois refoge ao âmbito deste trabalho: “Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido. § 1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova. § 2º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público. [...] Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes. § 1º O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente. § 2º A quantia recolhida em depósito bancário à ordem do juízo será corrigida monetariamente e paga de acordo com o art. 465, § 4º. § 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser: I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado; II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça. § 4º Na hipótese do § 3º, o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público, observando-se, caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário de gratuidade da justiça, o disposto no art. 98, § 2º. § 5º Para fins de aplicação do § 3º, é vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública”.

tivo a criar, nos moldes do artigo 13 da Lei nº 7.347, de 1985, o Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, integrando a estrutura organizacional do Ministério Público do Estado de São Paulo e vinculado à Unidade de Despesa “Diretoria Geral” (artigo 1º), com a finalidade de “ressarcir a coletividade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, bem como a bens e direitos e valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, no território do Estado” (artigo 2º).

Com o advento da Lei Estadual nº 13.555, de 9 de junho de 2009, referido Fundo foi redenominado Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID), passando a vincular-se à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo (artigo 1º), com o objetivo de “gerir os recursos destinados à reparação dos danos ao meio ambiente, aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ao consumidor, ao contribuinte, às pessoas com deficiência, ao idoso, à saúde pública, à habitação e urbanismo e à cidadania, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo no território do Estado” (NR do artigo 2º).

Com a nova redação do artigo 2º da Lei nº 6.536/1989, alterado pela Lei nº 13.555/2009, não se afigura possível dessumir-se do atual objetivo do FID, qual seja, gerir os recursos destinados à reparação dos danos ao meio ambiente e outros bens jurídicos que especifica, que tal finalidade precípua, de recomposição do dano, seja estendida ao custeio dos meios (no caso, a prova pericial) para o reconhecimento judicial desse direito.

Vale mencionar trechos pertinentes do acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 0082436-65.2013.8.26.0000, TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Oscild de Lima Júnior, julgado em 12/11/2013, que deu guarida às ponderações do recorrente Estado de São Paulo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - HONORÁRIOS PERICIAIS - DETERMINAÇÃO DE ADIANTAMENTO PELO FUNDO DE DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS - IMPOSSIBILIDADE - É impossível a utilização dos recursos do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos - FID para adiantar o pagamento de honorários periciais, tendo em vista que não se coaduna com as suas atribuições, previstas na Lei Estadual 6.536/1989 - Decisão reformada - Recurso provido. [...] Com efeito, não é possível a utilização dos recursos do Fundo Estadual de

Defesa dos Interesses Difusos - FID, que tem por função a reparação da lesão a bens difusos e coletivos no Estado de São Paulo, tendo em vista que o adiantamento de honorários periciais não se coaduna com as suas atribuições, previstas na Lei Estadual 6.536/1989. Como bem anotado pelo ilustre Procurador de Justiça em seu parecer de fls. 426/429: “Não há sentido jurídico na manutenção da r. decisão agravada; há falta de previsão legal para que as verbas do Fundo de Interesses Difusos Lesados sejam utilizadas para o custeio de despesas processuais, ou honorários periciais. O Fundo de Defesa dos Interesses Difusos destina-se exclusivamente a projetos que visem à reconstituição dos bens difusos lesados, como dispõe o artigo 13 da Lei nº 7.347/85”. Nesse sentido, é, dentre outros, o Agravo de Instrumento 0249558-40.2012.8.26.0000, Relator Desembargador Wanderley José Frederighi, julgado pela 12ª Câmara de Direito Público em 22 de maio de 2013: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - HONORÁRIOS PERICIAIS - Determinação do Juízo de primeiro grau de pagamento dos referidos honorários pelo Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos - Descabimento - Inteligência dos arts. 27 do CPC e 18 da Lei n. 7.347/85 - Precedentes jurisprudenciais abundantes Recurso provido”. Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada.

4.3. Prova emprestada nas ações ambientais

Vale ainda tratar da prova emprestada nas ações ambientais.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli, a jurisprudência tem admitido a utilização de prova colhida em outro processo, desde que não se constitua em prova única nos autos e desde que seja dada à parte contrária a oportunidade de se manifestar sobre a prova, em observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Tem valor subsidiário, da mesma forma que outras provas colhidas fora do processo, entretanto “não é possível simplesmente substituir toda e qualquer prova e ficar tão somente com a prova emprestada”.⁴⁸

Interessante o decidido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial - EREsp

48 *Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 630.

nº 617.428-SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 04/06/2014:

CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPETÊNCIA INTERNA. 1ª SEÇÃO. NATUREZA DEVOLUTA DAS TERRAS. CRITÉRIO DE EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. PROVA EMPRESTADA. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA PROVA. [...] A admissão da prova emprestada no processo civil tem como objetivo precípua otimizar a prestação jurisdicional, viabilizando o aproveitamento em um dado processo de prova já produzida em outro. [...] Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovação ao expressamente tratar da prova emprestada, no artigo 372, dispondo que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

No entanto, o CPC/2015 foi por demais sintético, deixando de resolver antigas discussões acerca do tema.

Afinal, referido dispositivo utiliza o termo “processo”, esquecendo-se das provas produzidas em procedimentos administrativos como o inquérito policial, o inquérito civil e outros procedimentos investigativos da competência do Ministério Público.

Outra questão importante relaciona-se ao respeito ao contraditório e à identidade de partes. O novel dispositivo não esclarece se é imprescindível que haja identidade de partes entre as demandas, nem se o contraditório deve ser observado no processo de origem, no processo de destino ou em ambos.

De todo modo, o STJ já assentou que, observado o contraditório no processo de destino da prova trasladada, não é imprescindível que haja identidade de partes entre ele e a demanda de origem da prova emprestada, conforme acima transcrito.

4.4. Relação entre prova e coisa julgada material (artigo 16 da Lei da ACP, artigo 103 do CDC e artigo 18 da Lei da Ação Popular)

Prosseguindo, temos que cabe a observação de que o instituto da prova nas demandas coletivas não fica limitado à fase instrutória.

O artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985)⁴⁹, o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)⁵⁰ e o artigo 18 da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965)⁵¹ preveem que a autoridade da coisa julgada também fica afetada pelo fenômeno da prova, pois a ocorrência da coisa julgada depende de eventos probatórios ocorridos no processo coletivo.

Ou seja, se o pedido for julgado improcedente por falta de prova, não ocorre a coisa julgada material e pode ser movida outra ação, com idêntico fundamento, desde que haja prova nova.

Marcelo Abelha explicita que o fenômeno da improcedência por insuficiência de provas “é impeditivo da formação da coisa julgada material *erga omnes* em desfavor do autor, pois admite que, havendo nova prova à

49 Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

50 Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

51 Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível “*erga omnes*”, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

mesma demanda, poderá socorrer-se o mesmo autor coletivo, sujeitando-se o mesmo demandado a rediscutir *tudo o que teria sido discutido*".⁵²

E o que significa "prova nova"?

Não é a prova que necessariamente surge após o trânsito em julgado do processo anterior.

Como bem disse Arruda Alvim, é a prova "não produzida na ação anterior", o que leva a crer que já poderia existir desde a época da demanda anterior, e inclusive não ter sido utilizada na ação coletiva, porque: (a) não foi admitida, ou seja, foi solicitada, mas não admitida pelo juiz; (b) mesmo existente, era desconhecida ou tinha seu uso impossibilitado.⁵³

Pode ainda ser uma prova não existente, ou aquela cuja produção não era possível na época da demanda coletiva, pelas condições tecnológicas ou científicas então conhecidas, que se aprimoraram posteriormente.

Não se confunde o novo processo com a ação rescisória, porque esta pressupõe coisa julgada material, e, no caso, a ação coletiva anterior não transitou em julgado, e isto por falta de prova.

E o legitimado da nova ação coletiva tem o ônus de mencionar, já na petição inicial, a prova nova que embasa a nova ação coletiva, e que a prova nova pode alterar o resultado da ação coletiva anterior, sob pena de configurar falta de interesse processual ou falta de condição de admissibilidade da atual ação coletiva, segundo Marcelo Abelha⁵⁴, encampando o entendimento de Antônio Gidi.

4.5. Fazenda Pública e ônus da prova

Por fim, tratando-se a respeito do ônus da prova e sua relação com a Fazenda Pública quando atuar em juízo, cabe indagar: Como se opera o ônus da prova em favor da Administração Pública? Admite-se a inversão ou a modificação do ônus da prova em detrimento da Fazenda Pública, principalmente quando atuar no polo passivo?

52 Breves Considerações sobre as Prova nas Demandas Coletivas Ambientais. In: MORATO LEITE, José Rubens; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 190-191.

53 Conforme menciona ABELHA, Marcelo. Ob. cit., p. 197.

54 Idem, *ibidem*, p. 199-200.

De início, pertinente dizer que a Administração Pública, como sujeito de direitos, aplica a lei aos casos concretos, com o fim de atender ao interesse da sociedade, conferindo-lhe a prestação do *bem comum*. É através de sua atuação que se materializa, em última análise, a *política estatal*, assim consideradas as metas ou programas de governo eleitos pelo povo no momento da escolha do seu governante.

E o conceito de Administração Pública alberga, na sua conotação ampla, os órgãos e entes públicos que ora podem se utilizar tanto do *regime jurídico de direito público* quanto do *regime de direito privado*.

Quando se fala em regime jurídico da Administração Pública, portanto, a conotação que se confere é ampla, no sentido de abranger tanto o regime de direito privado quanto o regime de direito público ou jurídico-administrativo, sendo que, no primeiro caso, a relação jurídica que se forma entre a Administração e o administrado é caracterizada pela *horizontalidade* enquanto que, no último caso, a relação jurídica é tipificada pela *verticalidade*, atuando a Administração em posição de privilégio em relação ao particular justamente por força da necessidade de consecução do interesse público (prestação de serviços públicos à coletividade).

A Administração Pública goza de *prerrogativas* que se encontram vinculadas, em regra, à adoção do regime jurídico-administrativo, cujas peculiaridades são objeto de estudo do Direito Administrativo. Esta, aliás, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições.

É o que decorre do ensinamento de Rivero (1973:35), quando afirma que as particularidades do Direito Administrativo parecem decorrer de duas ideias opostas: “as normas do Direito Administrativo caracterizam-se, em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares”

[...]

Isto significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens

e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios, como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos.⁵⁵

A atuação da Administração Pública, portanto, é pautada por restrições e prerrogativas que caracterizam o regime jurídico público ou administrativo.

Estas restrições e prerrogativas, por sua vez, são traduzidas mediante princípios que informam o Direito Administrativo e, como tal, acabam por identificar toda e qualquer atuação da Administração Pública, dentre os quais destacamos o princípio da legalidade, o da supremacia do interesse público e o da continuidade do serviço público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta, aliás, que “a Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público”.⁵⁶

A síntese deste intitulado regime de Direito Público demonstra quão diferem as relações por ele tuteladas das disciplinadas pelo Direito Privado.

Esta dicotomia de tratamento é a que melhor demonstra os alicerces da construção lógica em que se assentam as *prerrogativas processuais da Fazenda Pública em Juízo*, decorrentes de seu regime jurídico-administrativo, como expôs Regina Helena Costa:

De acordo com essa classificação distinguem-se as relações jurídicas entre particulares, regidas por um grupo determinado de normas, das relações jurídicas que têm, sempre, num de seus polos, o Estado. Quando o Estado figura em um dos polos da relação tem-se uma jurídica de Direito Público e, portanto, o conjunto normativo que vai incidir sobre essa relação é muito diferente, orientado por princípios próprios, diversos daqueles que se aplicam no Direito Privado.

55 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 64-65.

56 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 160.

Esse regime jurídico de Direito Público lastreia-se basicamente em dois grandes princípios: o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

[...]

Tal regime jurídico estabelece um desequilíbrio na relação de Direito Público, entre o Poder Público e o particular. Diversamente das relações de direito privado, em que se observa um equilíbrio entre as partes justamente porque ambas são particulares e iguais, as partes, nas relações de Direito Público, não são iguais.

O problema do desnivelamento das partes começa já no nascimento da relação jurídica. Não há um equilíbrio dentro dessa relação porque, de um lado, tem-se um particular que tutela interesse seu (interesse individual) e, de outro, há o Estado que tutela interesse de todos (interesse coletivo). Não é outra a razão para o desequilíbrio dentro das relações de Direito Público, vale dizer, naquelas relações de natureza Constitucional, Administrativa, Tributária, enfim, todas que exsurtem em qualquer dos ramos do Direito Público.

Diante dessa desigualdade, o regime jurídico de Direito Público busca conferir à Administração certas prerrogativas, mas lhe impõe também, em contrapartida, sujeições.⁵⁷

O entendimento de Regina Helena Costa deixa clara uma transcendência do direito material para o direito adjetivo, na medida em que as prerrogativas processuais inseridas no ordenamento jurídico fundamentam-se, sem dúvida, no desequilíbrio da relação jurídica decorrente do regime jurídico de Direito Público, posto que a atuação da Administração Pública é pautada no bem comum, na consecução do interesse público.⁵⁸

57 COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da Justiça. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 79-80.

58 Em síntese, são consideradas prerrogativas gerais da Fazenda Pública em juízo, previstas no atual ordenamento jurídico em vigor: a) prazos dilatados (artigos 188 e 730 do CPC, este com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, sendo de 30 dias); b) duplo grau de jurisdição obrigatório (artigo 475, incisos II e II, do CPC); c) juízo privativo; d) processo especial de execução (mediante precatórios ou obrigações definidas como de pequeno valor); e) despesas judiciais (artigo 27 do CPC); f) restrições à concessão de liminar e à tutela antecipada (Lei nº 8.437/1992 e Lei nº 9.494/1997); g) restrição à execução provisória

O *regime jurídico administrativo* impõe à Administração Pública prerrogativas e sujeições, características estas que identificam a sua atuação, e, neste contexto, as *prerrogativas processuais* a ela conferidas pelo ordenamento jurídico constituem-se em regras a serem aplicadas à *Fazenda Pública*, em face do regime jurídico de Direito Público a que está sujeita.

E, sob este enfoque, a tutela do interesse coletivo pela Fazenda Pública leva-nos a afirmar que esta situação de desequilíbrio processual em relação ao particular não teria o condão de violar o princípio da isonomia, eis que devidamente justificada pela supremacia do interesse coletivo.

Decerto as razões existentes para justificar as prerrogativas são fortes o suficiente para conferir que a desigualdade legal inserta do ordenamento jurídico teve por fundamento igualar, em tempo real, as partes no processo. E, evidentemente, não se precisa vivenciar o problema internamente para entender que a *defesa da Fazenda Pública*, em razão da complexa organização da máquina administrativa, sufocada, ainda, pelas sujeições legais e regulamentares, impõe tempo superior ao conferido ao particular.

As prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, portanto, não são apenas pertinentes, mas necessárias para se atingir o bem comum.

Portanto, a Fazenda Pública goza de prerrogativas processuais⁵⁹, embasadas no regime jurídico público ou administrativo.⁶⁰

(artigo 2^a-B da Lei n^o 9.494/1997, introduzido pela Medida Provisória n^o 2.180-35/2001); h) intimação pessoal nas execuções fiscais (artigo 25 da Lei n^o 6.830/1980); i) dispensa de fazer depósito de 5% sobre o valor da causa nas ações rescisórias (CPC, artigo 488, inciso II); j) prescrição quinquenal em relação às dívidas passivas (artigo 1^o do Decreto n^o 20.910/1932).

59 “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 [...]. Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confrim 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”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 34).

60 “Os institutos processuais favoráveis à Fazenda Pública, denominados ‘prerrogativas’, decorrem da necessidade de estabelecer equilíbrio na relação processual em que o Poder Público figura como parte, com o objetivo precípua de resguardar o interesse público, na

E destas prerrogativas decorrem duas presunções que militam exclusivamente em favor da Administração Pública, e, logicamente, em prol da Fazenda Pública⁶¹: a *presunção de legitimidade* e a *presunção de veracidade*.

Oportuno dizer que qualquer atuação da Administração Pública se vale da prerrogativa da *presunção de legitimidade*, devendo, a parte que ataca as consequências de tal atuação, comprovar em sentido contrário.

E ressalte-se que, tratando-se de atuação administrativa, temos, como *consequência* da presunção de legitimidade, ser o ônus da prova atribuído àquele que pretende questionar tal atuação ou mesmo omissão; assim, a prova do defeito fica sempre a cargo do impugnante.

Já quanto à *presunção de veracidade*, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração”.⁶²

E da presunção de veracidade decorrem alguns *efeitos*, ainda conforme a mesma autora:

1. enquanto não decretada a invalidade do ato pela própria Administração ou pelo Judiciário, ele produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido, devendo ser cumprido;

medida da superioridade que representa em relação ao interesse individual. [...] Portanto, legítima a previsão no ordenamento processual das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, as quais, tendo em conta as especificidades do direito material ‘público’, dão ensejo a uma tutela jurisdicional diferenciada, com previsão, no *iter* processual, de prazos diferenciados, duplo grau de jurisdição obrigatório e de modelo de execução adequado à realidade constitucional de pagamento de precatórios. Mencione-se ainda o distinto critério de fixação de honorários advocatícios quando a Fazenda Pública é vencida, a desnecessidade de adiantamento de custas processuais, a prescrição quinquenal, as vedações à concessão de liminares, etc.”. (CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; ISHIKAWA, Liliane Ito. As Prerrogativas da Fazenda Pública no Projeto do Código de Processo Civil (PLS nº 166/10). In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coord.). *O Futuro do Processo Civil no Brasil. Uma Análise Crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 473-475).

61 Hely Lopes Meirelles assevera que “a *Administração Pública*, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de *Fazenda Pública*, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda”. (*Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 763).

62 DI PIETRO, *Direito Administrativo*, cit., p. 191.

2. [...];

3. a presunção de veracidade inverte o ônus da prova;⁶³

Valendo-se do brilhantismo que lhe era peculiar, o saudoso Professor Hely Lopes Meirelles assim discorreu sobre o tema:

Os atos administrativos, qualquer que seja a sua categoria ou espécie, nascem com a *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do *princípio da legalidade da Administração* (art. 37 da CF), que, nos Estados de Direito, informa toda atuação governamental. [...] Além disso, a *presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos* responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução. Já a *presunção de veracidade*, inerente à de *legitimidade*, refere-se aos *atos* alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário.

[...]

Outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade para quem a invoca. Cui-de-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.⁶⁴

As presunções de legitimidade e de veracidade geram a qualidade de se *presumirem válidos os atos administrativos até prova em contrário*, é dizer, enquanto não seja declarada a sua nulidade pela autoridade competente, vigora uma presunção *juris tantum* de que o ato foi editado conforme o direito, ou seja, com observância das normas que regem a sua produção.

Em juízo, por conseguinte, *cabera a parte adversa em relação à Fazenda Pública o ônus da prova impugnativa do ato administrativo*.

63 Idem, ibidem, p. 192.

64 MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 162.

Embora seja comum vermos o ente público em juízo na condição de réu, a Fazenda Pública pode figurar em qualquer dos polos da relação processual, seja no polo ativo, na condição de autora ou assistente, seja no polo passivo como ré, oponente, reconvinente ou excipiente, ou ainda como terceira interessada.

Com demandante (*atuação no polo ativo do processo*), mesmo tendo em seu favor as referidas presunções de legitimidade e de veracidade, a Fazenda Pública deve, a fim de lograr obter maior possibilidade de êxito na demanda, seguir a regra geral básica sobre o ônus da prova disposta no inciso I do artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973⁶⁵, realizando a prova do fato constitutivo de seu direito.

Figurando a *Fazenda Pública no polo passivo da relação processual*, importante mencionar que não se sujeita aos efeitos da revelia.

No processo civil é revel quem não contestar a ação no prazo legal, prevendo o artigo 319 do Código de Processo Civil de 1973 que “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.⁶⁶

Os efeitos da revelia, conforme se pode observar do disposto no artigo acima, são: I - reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor; II - prosseguimento do processo independentemente da intimação do demandado em relação aos atos processuais posteriores, conforme preceitua o artigo 322 do Código de Processo Civil de 1973.⁶⁷

No artigo subsequente o Código de Processo Civil de 1973 fixa as exceções aos efeitos do instituto da revelia, *in verbis*:

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

65 Artigo 373, “caput”, do Código de Processo Civil de 2015.

66 Código de Processo Civil de 2015, artigo 344: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”.

67 No Código de Processo Civil de 2015 o assunto é tratado no artigo 346: “Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial”.

III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.⁶⁸

E, conforme o artigo 324 do CPC/1973: “Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência”.⁶⁹

Doutrina e jurisprudência firmaram entendimento de que *os efeitos da revelia não atingem a Fazenda Pública*, para tanto invocando os fundamentos do inciso II do artigo 320 do Código de Processo Civil de 1973, que protege os direitos indisponíveis.⁷⁰

Com efeito, o ente público é *titular de direito indisponível*, já que pertence a toda a sociedade brasileira, e, assim, figurando no polo passivo da relação processual a Fazenda Pública, mesmo que não conteste o pedido ou os pedidos do autor, não sofrerá os efeitos da revelia.

Destarte, em virtude das prerrogativas atribuídas à Fazenda Pública em juízo, quando esta for ré *não se admite a incidência de qualquer um dos efeitos da revelia e nem o ônus da impugnação específica dos fatos alegados pelo autor* (artigo 302 do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 341 do Código de Processo Civil de 2015)⁷¹, pois nas lides judiciais envolvendo a Administração Pública o que está sendo tratado decerto diz respeito a direitos públicos indisponíveis, sem olvidar que os entes públi-

68 CPC/2015, artigo 345: “A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos”.

69 Oportuno colacionar os artigos 348 e 349 do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 348. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando a inocorrência do efeito da revelia previsto no art. 344, ordenará que o autor especifique as provas que pretenda produzir, se ainda não as tiver indicado. Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo e praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção”.

70 Artigo 345, inciso II, do CPC/2015.

71 Como consequências do artigo 302 do CPC/1973 e do artigo 341 do CPC/2015, podemos arrolar as seguintes: a) não se admite a negação geral, com exceção ao parágrafo único; b) a não observância ao *caput* do artigo gera presunção de veracidade dos fatos não impugnados; c) libera o autor do ônus de demonstrar a veracidade, pois o fato não impugnado deixa de ser controverso, dispensando a produção de provas; d) nos casos onde não se configura o ônus da impugnação, o silêncio do réu não traduz na presunção de verdade (como se dá quando é ré a Fazenda Pública).

cos valem-se das prerrogativas e do regime jurídico-administrativo das presunções de legitimidade e de veracidade, acima mencionadas.

E de acordo com o disposto no artigo 334, inciso IV, do CPC/1973, ou no artigo 374, inciso IV, do CPC/2015, não dependem de prova os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade.

A *presunção* produz, portanto, uma modificação do tema de prova, e ocorrendo a presunção, não importa o posicionamento das partes no processo, porquanto o ônus da prova será sempre atribuído àquele a favor de quem a presunção não milita, ou seja, a presunção, qualquer que seja ela, dispensa o ônus da prova àquele que a tem a seu favor, tal qual ocorre em relação à Fazenda Pública.

Finalizando este trabalho, interessante tratarmos, doravante, a respeito da possibilidade ou não de operar-se, em desfavor da Fazenda Pública, da inversão ou da modificação do ônus da prova, prevista tanto no Código de Defesa do Consumidor (CDC) quanto na “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova”.⁷²

A Procuradora do Estado de São Paulo Mirna Cianci, em significativo artigo a respeito da responsabilidade do Estado e o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, analisando o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, entende que a inversão prevista deve ser examinada de forma adequada, considerando o sistema de garantias processuais da Fazenda Pública, decorrentes da supremacia do interesse público em confronto com o individual (as prerrogativas acima delineadas).⁷³

E a Fazenda Pública reúne uma série de atribuições e interesses que não são de seu proveito próprio, mas, sim, da coletividade que a criou, não admitindo, o artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, ou o artigo 345, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, a decretação dos efeitos da revelia nas demandas que versam sobre bens

72 Teoria aceita atualmente mesmo sem previsão legal expressa, o que se dará em 2016, ao entrar em vigor o artigo 373, §§ 1º e 2º, do CPC/2015.

73 Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

indisponíveis, como é o caso da Fazenda Pública, encerrando, portanto, regra de presunção *juris tantum* a favor da mesma, entre outras hipóteses.

As disposições do Código de Defesa do Consumidor que revelam idêntica hipótese de inversão legal do ônus da prova merecem trato de convivência com as de regra geral, especialmente quando a norma especial não as tenha revogado expressamente.

Ou seja, a inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor deve respeitar outras regras especiais que tratam do ônus probatório, porquanto se revestem de caráter excepcional, devendo ser interpretada restritivamente.

Vale transcrever a fundamentação a respeito, de Mirna Cianci:

As disposições do Código de Defesa do Consumidor que revelam idêntica hipótese de inversão legal do ônus da prova merecem trato de convivência com as de regra geral, especialmente quando a norma especial não as tenha revogado expressamente.

A jurisprudência tem enfatizado essa posição, a exemplo do que se destaca:

Indenização. Danos causados pelo exercício de profissão liberal. Má prestação de serviços médicos. Prova de culpa necessária. Incumbência que compete ao Autor, porquanto a responsabilização objetiva de nenhuma forma pode afastar-se das normas gerais processuais atinentes ao ônus probatório. Aplicação do parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Do corpo desse acórdão consta ainda que nem se diga que o Código de Defesa do Consumidor consagra um direito novo, desligado do antigo; antes, o que existe é o direito antigo revelado em posições novas e mais atuantes.

Ademais disso, CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA admite que a distribuição do ônus probatório, nos litígios envolvendo consumidores, assim como nos demais de natureza civil, se submete, em princípio, às normas do artigo 333 do CPC, pois o direito processual codificado é o direito comum, que obedece todo e qualquer procedimento, salvo naquilo que o texto específico diversamente porventura disciplina ou que com o seu sistema seja incompatível.

Além disso, essa modificação no campo probatório não decorre das circunstâncias do caso ou de determinação judicial, mas de imperativo legal, sujeito a interpretação restritiva.

LUIS EDUARDO BOAVENTURA PACIFICO menciona a respeito que as normas de inversão do ônus probatório, referindo-se expressamente à Lei 8078/90, revestem-se desenganadamente de caráter excepcional e, como tal, só podem ser interpretadas restritivamente: *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*.

Revela-se então inadmissível a aplicação das regras de inversão do ônus probatório contra a Fazenda Pública, porque incompatível com as normas de distribuição contempladas em nosso *Codex*, plenamente vigente.

[...]

Também não se pode modificar o regime de apuração quando se discuta a responsabilidade do Estado com base em relação protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, seja na hipótese de culpa, seja na de risco, porque, como antes demonstrado, a regra de inversão do ônus da prova a favor do consumidor não implica a revogação do sistema probatório do Código de Processo Civil, muito menos das regras atinentes ao Estado em juízo, garantidoras do interesse público.⁷⁴

Assim, o Código de Defesa do Consumidor não revogou, segundo o entendimento da referida jurista, o regime probatório do Código de Processo Civil, razão pela qual não se aplica, contra a Fazenda Pública, a regra da inversão do ônus da prova, tratando-se de questão envolvendo relações de consumo, ou mesmo, por extensão, referente a lides ambientais.

De igual modo, pelos argumentos acima, igualmente não se aplicaria, em desfavor da Fazenda Pública, a “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova”.

Com efeito, a “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova” não seria aplicável, porque se revela inadmissível a aplicação de qualquer regra de inversão ou de modificação do ônus probatório contra a Fazenda Pública, em razão da necessidade de se observar o *regime jurídico administrativo* da Administração Pública, cujas prerrogativas e sujeições identificam a sua atuação, dentre as quais destacando-se as *prer-*

74 CIANCI, Mirna. *A Responsabilidade do Estado e o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor sob o Enfoque da Teoria do Risco Administrativo*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24298-24300-1-PB.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

rogativas processuais conferidas pelo ordenamento jurídico à *Fazenda Pública*, em face do regime jurídico de Direito Público a que está sujeita.

Destarte, qualquer regra de inversão ou de modificação do ônus da prova não deve implicar a revogação do sistema que tutela os interesses processuais da Fazenda Pública em juízo, muito menos das regras garantidoras do interesse público material discutido na lide e defendido pelo ente público litigante.

E tal como ocorre atualmente, revelar-se-á, portanto, inadmissível a inversão ou a modificação do ônus probatório contra a Fazenda Pública ré, prevista no artigo 373, §§ 1º e 2º, do Código de processo Civil de 2015.

Referências bibliográficas

ABELHA, Marcelo. Breves Considerações sobre as Prova nas Demandas Coletivas Ambientais. In: MORATO LEITE, José Rubens; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, n. 9, jan./mar. 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 31. São Paulo: Dialética, 2005.

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; ISHIKAWA, Liliane Ito. As Prerrogativas da Fazenda Pública no Projeto do Código de Processo Civil

(PLS nº 166/10). In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coord.). *O Futuro do Processo Civil no Brasil. Uma Análise Crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CIANCI, Mirna. *A Responsabilidade do Estado e o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor sob o Enfoque da Teoria do Risco Administrativo*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24298-24300-1-PB.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

COSTA, Regina Helena. *As prerrogativas e o interesse da Justiça*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. In: *Revista dos Tribunais*. n. 788. São Paulo: RT, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 5 ed. Salvador: JusPodium, 2010.

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

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de La Prueba Judicial*. v. 2. t. I. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988.

GARCIA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005.

GIANNICO, Maricé. *A prova no Código Civil. Natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 2. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Ações ambientais de hoje e amanhã. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRRA, Ivaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

PEYRANO, Jorge Walter Esteban; WHITE, Inês Lépori (Org.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

Os procedimentos judicial e extrajudicial da usucapião de bens imóveis no novo Código de Processo Civil: inovações e consequências à Fazenda do Estado de São Paulo

Camila Pintarelli¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A usucapião de bens imóveis no Brasil; 2.1 – Espécies da usucapião e seu procedimento antes da Lei Federal nº 13105/15; 3 – As alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil na Lei de Registros Público: a extinção do rito procedimental específico de usucapião e o processo extrajudicial de usucapião; 3.1 – Generalidades sobre o processo extrajudicial de usucapião; 3.2 – Implicações práticas trazidas pelas novas disposições; 4 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

Depois de anos de tramitação, vem à baila o novo Código de Processo Civil, aclamado por muitos pelas modificações bem-vindas trazidas à sistemática instrumental mais concatenada com a realidade social moderna dos particulares e das instituições.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo em exercício da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário. Doutoranda e Mestre em Direito Econômico pela PUC/SP. Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/SP – Seção de São Paulo. Membro do Grupo de Apoio às Ordens Judiciais de Reintegração de Posse – GAORP, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Das inúmeras alterações introduzidas, nosso estudo centralizar-se-á naquelas que envolvem os procedimentos para a declaração de propriedade nas usucapiões. Até então disciplinados apenas pelo Código de Processo Civil em vias de revogação, com a nova sistemática as usucapiões poderão ser processadas pela via jurisdicional ou, então, administrativamente, no que se convencionou chamar de processo extrajudicial de usucapião. Antiga demanda de diversos Cartórios de Registros de Imóveis, a previsão da via administrativa para as usucapiões traduz-se, também, em mais um passo do movimento para a desjudicialização de determinados procedimentos, tal como já ocorreu com o divórcio, com o inventário e com a retificação de área. Além disso, mostra-se como uma alternativa para conferir celeridade a conflitos fundiários.

Embora não seja a primeira previsão legal dessa espécie (o art. 60, da Lei 11977/09 – Programa Minha Casa, Minha Vida – já trazia algo semelhante e pontual), a generalização do processo extrajudicial às usucapiões é de fato uma inovação legislativa.

Acrescemos a esta inovação aquelas que também ocorreram no processo judicial da usucapião. Com efeito, o novo Código de Processo Civil simplesmente suprimiu o rito procedimental especial para estas demandas.

Tais alterações, como vemos, merecem uma análise mais detida, especialmente quando as cotejamos ao contencioso administrativo e judicial imobiliário dos entes públicos.

Pretendemos, assim, discorrer em nosso trabalho sobre o instituto da usucapião, trazendo um breve panorama histórico da matéria para, ao depois, tratarmos da forma pela qual a legislação brasileira atual regula materialmente a questão. Com isso, passaremos a analisar o procedimento até então existente para a declaração de propriedade pela usucapião e, com isso, iremos adentrar à sistemática introduzida pelo novo Código de Processo Civil, qual seja, aquela que suprime o rito procedimental especial perante o Judiciário e que traz o processo extrajudicial de usucapião.

Finalmente, passaremos a discorrer sobre as inconsistências que essa nova normatização da matéria pode acarretar na prática, sob a perspectiva principal do contencioso administrativo e judicial imobiliário da Fazenda do Estado de São Paulo, com o objetivo de demonstrar que, a despeito de bem-vindas, tais alterações merecem a devida refle-

xão e, possivelmente, adaptação por meio de orientações e normativas internas de cada Tribunal.

Nosso estudo será construído a partir de um método predominantemente expositivo, com a comparação do antes e o depois sobre a matéria, valendo-nos eventualmente de dados estatísticos para comprovar nosso raciocínio.

2. A usucapião de bens imóveis no Brasil

A usucapião é forma originária de aquisição de direito real pelo exercício da posse com *animus domini*, na forma e durante o lapso temporal exigidos em lei.² No que tange aos bens imóveis, no conceito clássico de Modestino, usucapião é o modo de adquirir a propriedade do bem pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos em lei: *usucapio est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definit*.³

Segundo R. Limongi França, no esteio das lições de Savigny e Lafayette, a usucapião da propriedade é um verdadeiro efeito da posse, fundamentada que está na presunção de domínio que esta traz consigo.⁴

É forma originária de aquisição da propriedade, acarretando a extinção do direito do antigo proprietário sobre a coisa sem que se estabeleça qualquer vínculo entre este e o possuidor.

No Brasil, antes do Código Civil de 1916, a disciplina do instituto seguia basicamente o conteúdo das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, as quais, em geral, tinham respaldo no Direito Romano. Além destes três diplomas legais, talvez uma das primeiras manifestações legais brasileiras sobre o assunto seja o Decreto n. 601/1850, que trazia em seu artigo 5º uma espécie do que hoje designamos como usucapião *pro labore*.⁵

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed., v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

3 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 156.

4 FRANÇA, R. Limongi. *A Posse no Código Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1964. p. 37.

5 Art. 5º, Decreto 601/1850 - Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes:

§ 1º Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, compreenderá, além do terreno aproveitado ou do necessario para pastagem dos animaes que tiver o posseiro, outrotanto mais de terreno devoluto que houver contiguo, comtanto que em nenhum caso a

Apenas com a promulgação do Código Civil de 1916, é que o país passou a contar com regramento mais detalhado sobre o assunto, tendo sido extintas, também, espécies anômalas de prescrição aquisitiva da propriedade, como a prescrição imemorial e a quarentenária, esta oriunda da tradição luso-romana e do Brasil Império e Colônia. O novo Código instituiu, outrossim, a terminologia “usucapião”, deixando de lado a expressão “prescrição aquisitiva”, preferida nos ordenamentos anteriores, de tradição lusitana.

No âmbito normativo constitucional, a primeira menção expressa feita à usucapião foi na Constituição de 1934, cujo artigo 125 previa uma modalidade de usucapião rural⁶. Essa norma foi reproduzida posteriormente, também, na Constituição de 1937 (art. 148⁷) e na Constituição de 1946 (art. 156, § 3º - aqui, usando o termo “propriedade” ao invés de “domínio”⁸). A Constituição de 1967, em seu artigo 164⁹, e a sua Emenda n. 01/69 (art. 171¹⁰) delegaram ao legislador ordinário a competência para disciplinar a matéria.

extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual às últimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha.

§ 2º As posses em circunstâncias de serem legitimadas, que se acharem em sesmarias ou outras concessões do Governo, não incursas em comisso ou revalidadas por esta Lei, só darão direito á indenização pelas bemfeitorias.

- 6 Art. 125, Constituição 1934 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.
- 7 Art. 148, Constituição 1937 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo com o seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.
- 8 Art. 156, § 3º, Constituição 1946 - [...] § 3º - Todo aquêlê que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra que haja tornado produtivo por seu trabalho, e de sua família, adquirir-lhe-á a propriedade mediante sentença declaratória devidamente transcrita. A área, nunca excedente de cem hectares, deverá ser caracterizada como suficiente para assegurar ao lavrador e sua família, condições de subsistência e progresso social e econômico, nas dimensões fixadas pela lei, segundo os sistemas agrícolas regionais.
- 9 Art. 164, Constituição 1967 - A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência à aquisição de até cem hectares de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e de sua família.
- 10 Art. 171, EC 01/69 - A lei federal disporá sôbre as condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas por aquêles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família.

A usucapião rural, por seu turno, também foi regulada no âmbito infraconstitucional pelo Estatuto da Terra (art. 98, Lei Federal n. 4504/64¹¹) e pela Lei Federal n.º 6969/81¹², diplomas estes que traziam duas espécies de usucapião especial.

A Constituição Federal de 1988 inovou no tratamento constitucional do tema, trazendo expressamente a vedação da usucapião de bens públicos, bem como duas espécies de usucapião especial, a urbana (art. 183) e a rural (art. 191), posteriormente reproduzidas tanto no Estatuto da Cidade quanto no novo Código Civil.

Neste último diploma, aliás, tentou-se compilar todas as modalidades de usucapião previstas até então na legislação brasileira, a fim de conferir racionalidade à disciplina material do instituto, o que não evitou que fosse olvidada a usucapião especial urbana residencial coletiva (prevista apenas no Estatuto da Cidade, de 2001) e a inserção, em 2011, de uma nova espécie, a usucapião especial urbana residencial familiar (art. 1240-A, CC).

De toda forma, conforme veremos adiante, atualmente temos um regramento consolidado sobre o instituto, sendo certo que, em se tratando de bens imóveis, a forma procedimental para a declaração da propriedade até então era apenas jurisdicional, matéria esta objeto de alteração pontual inserida pelo novo Código de Processo Civil, que além de revogar o procedimento judicial especial para a usucapião, também previu o processo extrajudicial de usucapião.

11 Art. 98, Lei 4504/64 - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta Lei, para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

12 Art. 1º, Lei 6969/81 - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

2.1. Espécies de usucapião e seu procedimento antes da Lei Federal nº 13.105/15

A legislação em vigor prevê quatro espécies de usucapião, quais sejam, ordinária, extraordinária, especial rural e especial urbana, nas quais se faz presente obrigatoriamente o requisito da posse *ad usucapionem* por período certo e específico de tempo.

No artigo 1238, do Código Civil, encontra-se a previsão da usucapião extraordinária, cujo requisito é a posse *ad usucapionem* pelo prazo ininterrupto de 15 (quinze) anos. No parágrafo único deste mesmo artigo, o legislador diminuiu este interstício ininterrupto de posse para 10 (dez) anos, caso o possuidor tenha constituído sua moradia habitual no imóvel ou nele tenha realizado obras ou serviços de caráter produtivo.¹³

O Código Civil, em seu artigo 1242, *caput*, elenca a chamada usucapião ordinária, que tem como requisitos o exercício da posse *ad usucapionem* por 10 (dez) anos contínuos, com boa-fé e justo título. No parágrafo único, deste mesmo artigo, o legislador previu um prazo menor de posse (05 anos) para usucapir, caso o imóvel usucapiendo tenha sido adquirido onerosamente, com base em registro regular posteriormente cancelando, bem como sirva de moradia ou tenha sofrido investimentos de interesse social ou econômico por parte do possuidor.¹⁴

Encontramos a usucapião especial rural, também chamada de usucapião constitucional rural ou *pro labore*, no artigo 1239, do Código Ci-

13 Art. 1238, CC - Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único - O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

14 Art. 1242, CC - Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único - Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

vil¹⁵, que reproduz o artigo 191, da Constituição Federal¹⁶, prevendo que o exercício de posse com *animus domini* pelo prazo de 05 (cinco) anos de área rural de até 50 (cinquenta) hectares com a finalidade de moradia confere a propriedade ao possuidor, desde que este também não seja possuidor proprietário de outro imóvel rural ou urbano. Essa espécie de usucapião também se encontra regulada pela Lei Federal n. 6969/81.

Há, ainda, as usucapiões especiais urbanas, que podem ser subdivididas em individual, familiar ou coletiva.

A usucapião especial urbana residencial individual, também chamada de usucapião constitucional urbana individual, encontra-se prevista no artigo 183 e parágrafos, da Constituição Federal¹⁷. Esta espécie de usucapião apresenta natureza sancionatória ao proprietário que deixou de atender à função social desta propriedade urbana de até 250m², conferindo-a, por via de consequência, ao possuidor que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, e que exerça sua posse pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos, utilizando o local como moradia própria ou de sua família. É um direito que pode ser exercido apenas uma vez pelo possuidor.

O Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10257/01) regulamentou a previsão constitucional desta usucapião, trazendo em seus artigos 9º e seguintes os seus requisitos e seu procedimento judicial. O artigo 1240, do Código Civil¹⁸, também dispõe sobre essa espécie de usucapião, reproduzindo o quanto disposto na Constituição Federal e no Estatuto

15 Art. 1239, CC - Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

16 Art. 191, CRFB - Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

17 Art. 183, CRFB - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

18 Art. 1240, CC - Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

da Cidade. Ainda no âmbito do Estatuto da Cidade, encontramos a chamada usucapião especial urbana residencial coletiva, que confere a propriedade de imóvel urbano com área superior a 250m² aos possuidores de baixa renda que estejam no local há mais de 05 (cinco) anos, fazendo dele sua moradia, sem ser possível identificar o terreno de cada possuidor destacadamente. Nesse caso, os possuidores não podem ser proprietários de outro imóvel urbano ou rural.¹⁹

Por fim, e um pouco semelhante à usucapião especial urbana residencial coletiva, é a usucapião especial urbana residencial familiar, prevista no artigo 1240-A, do Código Civil. Aqui, a posse *ad usucapionem* de imóvel urbano com área superior a 250m² deve ser exercida ininterruptamente por pelo menos 02 (dois) anos, destinando-se o imóvel à moradia familiar. O possuidor deve ser de baixa renda, não pode ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural, e não pode ter utilizado tal instituto anteriormente.²⁰

Importante mencionar, apenas a título de complemento, o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, previsto no artigo 1º, da Medida Provisória n. 2220/01. Dada a proibição constitucional de usucapião de bens públicos, inovou-se no ordenamento jurídico brasileiro prevendo a possibilidade de ser concedida não a propriedade, mas sim o uso de área pública, desde que cumpridos os requisitos legais.

A concessão de uso especial para fins de moradia, assim, será concedida a todo aquele que, até 30 de junho de 2001 (data da edição da medida provisória), possuir como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando este local para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

19 Art. 10, Lei Federal 10257/01 - As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

20 Art. 1240-A, CC - Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Nosso posicionamento pessoal é no sentido de que tal Medida Provisória padeceria de inconstitucionalidade com relação aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, por afrontar a autonomia destes ao dispor genericamente sobre a forma de gestão de seu patrimônio imobiliário, sendo aplicável, portanto, apenas à União. Nesse sentido, inclusive, era a opinião de juristas de escol, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹ e Diógenes Gasparini²².

Não obstante nosso entendimento, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já reconheceu a constitucionalidade da MP 2220/01 com relação aos Estados-membros, no bojo da Arguição de Inconstitucionalidade n. 0041454-43.2012.8.26.0000²³.

Feita essa pequena observação sobre o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, voltamos à usucapião, apontando aqui que, antes da edição da Lei Federal 13105/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil, o procedimento padrão para a aquisição de propriedade pela usucapião era judicial, contando com disciplina própria.

Embora a sentença a ser proferida fosse meramente declaratória, a via aberta ao posseiro era apenas a jurisdicional, seguindo-se, em regra, o

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, “Concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001)”. In: *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001).

22 GASPARINI, Diógenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Editora NDJ, 2002. p. 110.

23 Eis a parte da ementa da arguição de inconstitucionalidade n. 0041454-43.2012.8.26.0000 que interessa ao nosso estudo: “[...] ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.220/2001 1 CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA (CUEM) - ALEGADA VULNERAÇÃO AO ART. 24, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL INOCORRÊNCIA - CONTORNOS DE VERDADEIRA POLÍTICA PÚBLICA DE ABRANGÊNCIA NACIONAL - DEVER DO ESTADO-JUIZ DE INTERPRETALO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, A PRESTIGIAR A CORRETA NARRATIVA DA NORMA FUNDANTE, DECORRENTE, IN CASU, DE HISTÓRICA REIVINDICAÇÃO DOS MOVIMENTOS PELA REFORMA URBANA - SITUAÇÃO FUNDIÁRIA DO PAÍS E, EM ESPECIAL, DO ESTADO DE SÃO PAULO QUE DESAUTORIZA DESREGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA - PERIGO DE REPETIÇÃO DO QUE SE OBSERVA NO CASO DO DIREITO DE GREVE, NA MEDIDA EM QUE INEXISTIRIA, DE FORMA INEQUÍVOCA, INTERESSE EM DISCIPLINAR ASSUNTO QUE TOCA ASPECTOS PATRIMONIAIS DE ENORME RELEVAMENTO DE ESTADOS E MUNICÍPIOS - RISCO, ADEMAIS, DE VER VULNERADO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL, NA MEDIDA EM QUE A CUEM REPRESENTA UMA DAS POUCAS HIPÓTESES LEGAIS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL EM IMÓVEIS PÚBLICOS URBANOS - PRECEDENTES DOUTRINÁRIOS - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA”. Trânsito em julgado aos 11 de setembro de 2013.

procedimento disciplinado no artigo 941 e seguintes, do Código de Processo Civil ainda vigente, com as alterações introduzidas pela Lei Federal n. 8951/94. O posseiro, então, ajuizaria petição inicial expondo os fundamentos de seu pedido, anexando planta e memorial descritivo do imóvel, e requereria a citação do proprietário da área, bem como dos confinantes, e por edital, dos réus em lugar incerto e de eventuais interessados.

As Fazendas Públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios interessados seriam intimadas por via postal a se manifestar no feito.

No caso da Fazenda do Estado de São Paulo, ao menos no âmbito da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, tão logo as cartas de intimação eram recebidas, desde que instruídas com a planta e o memorial descritivo da área, elas eram encaminhadas ao Centro de Engenharia e Cadastro Imobiliário para análise da existência de confrontação ou interferência direta a próprio estadual ou autárquico confinante com a área usucapienda, bem como para o exame da localização geográfica no imóvel, que poderia estar inserido em área maior considerada devoluta.

Os processos judiciais de usucapião contavam, também, com intervenção obrigatória do Ministério Público. Quanto a este ponto, vale ressaltar que, desde 2002, o Ministério Público do Estado de São Paulo estava autorizado a não se manifestar em ações de usucapião individual, salvo se houver interesse de incapazes, ou seja, vislumbrado risco, ainda que potencial, de lesão a interesses sociais e individuais indisponíveis (cf. Ato Normativo nº 295-PGJ/CGMP/CPJ, de 12 de novembro de 2002).

Por fim, a sentença declaratória de procedência do pedido inicial era transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis, desde que cumpridas as obrigações fiscais.

Na usucapião especial rural, seguia-se o rito procedimental sumário, conforme determinação da Lei Federal n. 6969/81. Já na usucapião especial urbana, o rito era o sumário, conforme previsão do artigo 14, da Lei Federal n. 10257/01.

Eis, assim, um quadro que traz o panorama das espécies de usucapião previstas atualmente pela legislação brasileira e o rito procedimental judicial até então unicamente aplicável:

Espécie de Usucapião/ Previsão legal	Requisitos	Procedimento até então aplicável (antes da Lei 13105/15)
Extraordinária (art. 1238, <i>caput</i> , CC)	<i>Posse ad usucapionem</i> por 15 anos ininterruptos.	CPC (art. 941 e ss.)
Extraordinária (art. 1238, p. único, CC)	<ul style="list-style-type: none"> - <i>posse ad usucapionem</i> por 10 anos ininterruptos; - moradia habitual no imóvel ou realização de obras ou serviços de caráter produtivo; 	CPC (art. 941 e ss.)
Ordinária (art. 1242, <i>caput</i> , CC)	<ul style="list-style-type: none"> - <i>posse ad usucapionem</i> por 10 anos contínuos; - justo título; - boa-fé. 	CPC (art. 941 e ss.)
Ordinária (art. 1242, p. único, CC)	<ul style="list-style-type: none"> - <i>posse ad usucapionem</i> por 05 anos contínuos; - aquisição onerosa do imóvel com base em registro regular posteriormente cancelado; - moradia habitual no imóvel ou realização de investimentos de interesse social e econômico. 	CPC (art. 941 e ss.)
Especial Rural (art. 191, CRFB; art. 1239, CC; e Lei Federal n. 6969/81)	<ul style="list-style-type: none"> - <i>posse ad usucapionem</i> por 05 anos ininterruptos; - área inferior a 50ha situada em zona rural; - moradia no imóvel; - possuidor ter conferido produtividade ao imóvel; - não utilização deste instituto anteriormente. 	CPC (art. 941 e ss.) e Lei Federal 6969/81
Especial Urbana Residencial Individual (art. 183, CRFB; art. 1240, CC; e Estatuto da Cidade)	<ul style="list-style-type: none"> - <i>posse ad usucapionem</i> por 05 anos ininterruptos; - área urbana de até 250m²; - moradia no imóvel; - não ser proprietário de imóvel urbano ou rural; - não utilização deste instituto anteriormente. 	CPC (art. 941 e ss.) e Estatuto da Cidade

Espécie de Usucapião/ Previsão legal	Requisitos	Procedimento até então aplicável (antes da Lei 13105/15)
Especial Urbana Residencial Coletiva (art. 10, Estatuto da Cidade)	<ul style="list-style-type: none"> - posse ad usucapionem por 05 anos ininterruptos; - área urbana superior a 250m²; - moradia de população de baixa renda; - não serem proprietários de imóvel urbano ou rural; - impossibilidade de identificação do terreno de cada possuidor. 	CPC (art. 941 e ss.) e Estatuto da Cidade
Especial Urbana Residencial Familiar (art. 1240-A, CC)	<ul style="list-style-type: none"> - posse ad usucapionem por 02 anos ininterruptos; - área urbana superior a 250m²; - moradia do possuidor de baixa renda; - não ser proprietário de imóvel urbano ou rural; - não utilização deste instituto anteriormente. 	CPC (art. 941 e ss.) e Estatuto da Cidade

Tabela 01 – Quadro das espécies de usucapião da legislação brasileira

Com a Lei Federal n. 13105/15, que introduziu o novo Código de Processo Civil, o procedimento especial judicial para a usucapião foi suprimido, havendo apenas duas menções aos processos judiciais de causas como tais em todo o texto, que disciplinam somente a forma pela qual se dará a citação dos interessados e confinantes. Além dessa substancial alteração, foi acrescentado o artigo 216-A, na Lei de Registros Públicos, trazendo à baila uma nova possibilidade de ser processada a usucapião, por meio de um procedimento administrativo junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

Embora o processo extrajudicial não exclua a possibilidade de ajuizamento da ação judicial (até por decorrência do disposto no artigo 5º, inciso XXXV, CRFB), as novidades introduzidas com a nova legislação demandam análise detida, para podermos verificar seus avanços e inconsistências, bem como as modificações que poderão ocorrer nos casos em que houver interesse das Fazendas, especificamente da Fazenda do Estado de São Paulo e de suas autarquias.

3. As alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil na Lei de Registros Públicos: a extinção do rito procedimental específico de usucapião e o processo extrajudicial de usucapião

Na esteira do dito alhures, o novo Código de Processo Civil não reproduziu as disposições previstas nos artigos 941 e seguintes, da redação anterior, que disciplinavam o procedimento específico da usucapião.

As únicas disposições na nova legislação sobre o processo judicial de usucapião versam sobre a necessária citação pessoal dos confinantes²⁴ e sobre a publicação de editais, para conhecimento de todo e qualquer interessado²⁵. No Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, houve a justificativa expressa de que se estava suprimindo o procedimento específico a fim de criar-se o chamado “procedimento edital”, que visa a conferir publicidade da ação a qualquer pessoa interessada em intervir no feito.²⁶

Ao lado desta relevante modificação – cujos efeitos práticos analisaremos adiante – o novo Código de Processo Civil inseriu o artigo 216-A, na Lei de Registros Públicos, prevendo o processo extrajudicial de usucapião.

Antiga demanda dos notários²⁷, que se coaduna com o atual e necessário movimento de “desjudicialização” dos conflitos (especialmente os fundiários), a alteração proporcionada pelo novo Código de Processo Civil é bem-vinda. Embora já houvesse, desde 2009, uma figura similar no âmbito do programa Minha Casa, Minha Vida (art. 60, Lei Federal n. 11.977/09²⁸), a ampliação da possibilidade do uso do procedimen-

24 Art. 246, § 3º, novo CPC: [...] § 3º - Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada.

25 Art. 259, I, novo CPC - Serão publicados editais: I - na ação de usucapião de imóvel.

26 Anteprojeto ao Novo Código de Processo Civil, p. 26. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 22/07/2015.

27 BARCELO, Joice. Novo CPC prevê processo extrajudicial de usucapião. *Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4140836/novo-cpc-preve-processo-extrajudicial-de-usucapiao>>. Acesso em: 21/07/2015.

28 Art. 60, Lei Federal 11977/09 - Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

to administrativo a todas as espécies de usucapião constitui verdadeira inovação legislativa no intuito de tornar algumas demandas passíveis de serem processadas de maneira simplificada fora do Judiciário (tal como já ocorre com o divórcio, o inventário e a retificação de área).

Ao possibilitar ao posseiro regularizar sua situação e obter a declaração de propriedade sobre o imóvel por meio de procedimento administrativo junto ao Cartório de Registro de Imóveis, o legislador proporcionou-lhe não apenas a desburocratização da questão, como também a celeridade em solucionar sua situação e consolidar seu direito de propriedade.

Com efeito, estima-se que os processos judiciais de usucapião demorem até dez anos para obter um desfecho²⁹. Em termos práticos, e exemplificando, é como se o possuidor completasse os requisitos temporais para a usucapião ordinária e, após o ajuizamento da demanda, completasse-os novamente, tamanha a delonga para que ações dessa natureza sejam concluídas.

Em se tratando de usucapiões nas quais haja interesse jurídico da Fazenda do Estado de São Paulo, essa estimativa é comprovada na prática, ao verificarmos que aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) destes processos tramitam a mais de cinco anos do Judiciário³⁰, sendo certo que o acervo integral de ações dessa natureza aumenta consideravelmente a cada mês. Apenas no âmbito da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, com sede na capital do Estado, no período compreendido entre janeiro/2015 a julho/2015, foram cadastradas 1975 (mil, novecentos e setenta e cinco) usucapiões novas, com e sem interesse fazendário, em uma média que tangencia quase 300 (trezentos) processos novos por mês.³¹

29 BARCELO, Joice. Novo CPC prevê processo extrajudicial de usucapião. *Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4140836/novo-cpc-preve-processo-extrajudicial-de-usucapiao>>. Acesso em: 21/07/2015.

30 Percentual obtido por meio da análise de todas as usucapiões cadastradas no programa PGE.net (software de acompanhamento virtual de processos da Procuradoria Geral do Estado) em que houve o oferecimento de contestação por parte do ente público. Levantamento feito em 21 de julho de 2015 e que não considera, portanto, a eventual existência de pastas físicas não cadastradas no sistema PGE.net nas quais ainda exista trâmite processual.

31 Ao espelho da observação feita na nota de rodapé anterior, esses números foram obtidos em levantamento realizado no final do mês de julho/15, por meio de consulta ao programa PGE.net, utilizando-se os critérios de cadastramento por período certo, classe da ação e unidade responsável por seu acompanhamento (Procuradoria do Patrimônio Imobiliário).

E, dada a existência, até então, de imperativo legal determinando a intimação da Fazenda Estadual para manifestação em todas as usucapiões, os dados acima mencionados ofertam um panorama fiel da realidade dos processos judiciais de usucapião no Estado de São Paulo, tornando ainda mais clara a necessidade existente de um instrumental mais célere e dinâmico para a declaração de propriedade em casos como tais.

Nesse cenário, e na esteira do mencionado supra, o legislador andou bem ao inserir o artigo 216-A, na Lei de Registros Públicos, por meio do novo Código de Processo Civil.

Todavia, a extinção do rito procedimental judicial específico da usucapião e as disposições desse novel processo extrajudicial de usucapião demandam uma análise cotejada com outros preceitos normativos sobre o assunto e com a realidade prática doravante proporcionada, a fim de visualizarmos não apenas os benefícios, mas também os possíveis problemas na aplicação desse novo regramento.

3.1. Generalidades sobre o processo extrajudicial da usucapião

Inicialmente, vale ressaltar que o pedido extrajudicial de usucapião é restrito à usucapião de bens imóveis. Tanto assim que será processado diretamente perante o Cartório de Registro de Imóveis da comarca da situação do imóvel (art. 216-A, *caput*).

O pedido inicial deverá ser instruído com ata notarial do Tabelião, atestando o tempo da posse do requerente e de seus antecessores, certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do possuidor, bem como do justo título ou de quaisquer outros documentos aptos a demonstrar a origem, a continuidade, a natureza, o tempo da posse e o pagamento de tributos incidentes sobre o bem de raiz usucapiendo.

Outros dois documentos exigidos pela nova legislação a serem anexados ao pedido preambular são a planta e o memorial descritivo da área, que devem estar assinados por profissional habilitado, pelos titulares dos direitos reais constantes da matrícula do imóvel usucapiendo e nas matrículas dos imóveis confinantes. Em outras palavras, passou-se a exigir, dentre outros requisitos, que o proprietário da área usucapienda assine a planta e o memorial que instruirão o processo. E, acaso qualquer titular de direito real constante dos imóveis supramencionados

não tenha assinado a planta, este será notificado para consentir com a usucapição no prazo de 15 (quinze) dias, interpretando-se seu silêncio como discordância do pedido, o que acarretará a remessa dos autos ao Judiciário (art. 216-A, § 2º, parte final, Lei 6015/71³²).

As Fazendas Públicas também serão científicadas pelo Tabelião para manifestação em 15 (quinze) dias sobre o pedido³³, sendo publicado edital em jornal de grande circulação para ciência de terceiros eventualmente interessados, que terão o mesmo prazo para se manifestar.³⁴

Dúvidas poderão ser elucidadas por meio de informações solicitadas pelo Oficial do Registro de Imóveis, que também poderá realizar diligências locais para tal finalidade.

Transcorridos os 15 (quinze) dias para que cada ente ou pessoa científicada manifeste-se sobre o pedido, havendo a concordância de todos os titulares de direitos reais do imóvel usucapiendo e daqueles confinantes, e estando ausentes quaisquer outras pendências, o Oficial do Registro de Imóveis registrará a aquisição do imóvel, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.³⁵ Por outro lado, se algum dos documentos não estiver regular, o pedido será rejeitado, o que não impede o posterior ajuizamento da ação judicial de usucapião.³⁶

32 Art. 216-A, § 2º, Lei 6015/73 – [...] § 2º - Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, **interpretado o seu silêncio como discordância.** (negritamos)

33 Art. 216-A, § 3º, Lei 6015/71 – [...] § 3º - O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

34 Art. 216-A, § 4º, Lei 6015/71 – [...] § 4º - O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

35 Art. 216-A, § 6º, Lei 6015/71 – [...] § 6º - Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

36 Art. 216-A, § 9º, Lei 6015/71 – [...] § 9º - A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

E, conforme dito acima, havendo a discordância com o pedido por parte de qualquer interessado – ainda que decorrente do silêncio de um deles (art. 216, § 2º, Lei 6015/71) –, os autos serão remetidos ao Poder Judiciário, para prosseguimento, podendo o possuidor emendar a peça vestibular para adequá-la aos trâmites jurisdicionais do assunto (art. 216-A, § 10, Lei 6015/71³⁷).

Este é, então, o panorama do processo extrajudicial de usucapião, traçado em dez parágrafos do novo artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos.

3.2. Implicações práticas trazidas pelas novas disposições

Uma das primeiras inconsistências que salta aos olhos pela análise do artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos, é o grande leque de situações que acarretarão a remessa do pedido extrajudicial à análise pelo Judiciário. Com efeito, qualquer irregularidade documental ou discordância – independentemente da extensão ou natureza desta – implicará o processamento judicial do caso.

Esse ponto inicial merece destaque uma vez que, aparentemente, conflita com as intenções legislativas que ensejaram a criação desta via ao possuidor, quais sejam, conferir maior celeridade à declaração de propriedade e, também, propiciar a desjudicialização de conflitos fundiários desta espécie, que podem perfeitamente tramitar perante os Cartórios de Registro de Imóveis.

É certo que a tutela da propriedade merece todas as cautelas, porém este obstáculo não se coaduna nem mesmo com a sistemática legal empregada a questões similares a estas quando tramitam extrajudicialmente.

Com efeito, o processo administrativo de retificação de área guarda, com as devidas ressalvas e proporções, muitos pontos de contato com o pedido feito na usucapião, pois envolve a delimitação correta da propriedade, sendo comuns as situações em que o interessado ocupa irre-

37 Art. 216-A, § 10, Lei 6015/71 – [...] § 10 - Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.

gularmente imóvel confinante, mas quer regularizar este fato, podendo, então, fazê-lo de acordo com o procedimento previsto no artigo 213 e seguintes, da Lei de Registros Públicos, sem prejuízo da via jurisdicional.

Nesses casos, havendo discordância de qualquer interessado com o pedido feito da retificação, abre-se, na própria via administrativa, a possibilidade de apresentação de impugnação (art. 213, § 5º, segunda parte, Lei 6015/73). Além disso, e diferentemente do que prescreve o artigo 216-A, parágrafo 2º, da Lei de Registros Públicos, o silêncio de qualquer confrontante ou interessado devidamente cientificado será interpretado como anuência ao pedido de retificação, inclusive no que diz respeito à existência ou não de assinaturas nas plantas que instruem o pedido vestibular.

Logo, os casos de retificação administrativa de área apenas são judicializados diante da manifesta impossibilidade de transação amigável entre os confrontantes a fim de solucionar o impasse trazido com a impugnação (art. 213, § 6º, Lei 6015/73).

Poder-se-ia argumentar que as duas situações acima narradas são incomparáveis, visto que na usucapião é a propriedade em si que está em discussão. E, de fato, não olvidamos aqui a diferença qualitativa dos direitos que estão em discussão em uma e em outra situação.

Todavia, se a intenção do legislador – ao propiciar a via extrajudicial ao possuidor – era a de agilizar o andamento de seu pedido, poderia perfeitamente ter seguido o exemplo da previsão existente à retificação administrativa de área, viabilizando aos interessados que apresentassem suas impugnações no próprio bojo do processo administrativo. A remessa ao Judiciário poderia ser feita em um segundo momento, diante da constatação da existência real de dúvida quanto ao cumprimento dos requisitos da usucapião ou da sobreposição da área usucapienda a outra.

Além disso, diante dos prazos exigidos pela legislação brasileira para a consolidação do direito a usucapir, mostra-se irrazoável, após a realização de uma única cientificação, interpretar como objeção o silêncio do titular do imóvel ou do de algum direito real existente em sua matrícula ou em matrículas dos imóveis adjacentes³⁸. Ora, se durante todos os anos exigidos

38 Art. 216-A, § 2º, Lei 6015/73 – [...] § 2º - Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula

pela legislação da usucapião, a posse do interessado foi mansa e pacífica (requisitos legais para usucapir), já há uma presunção inicial de desinteresse do titular da área usucapienda e daqueles que eventualmente sejam titulares de direitos reais sobre ela, sendo desnecessário, em nosso sentir, que estes titulares anuem de forma expressa com o procedimento extrajudicial.

Seria mais eficaz, nesse panorama, que as cientificações a estes interessados fossem feitas ao menos três vezes, a fim de constatar seu real desinteresse na causa, valendo lembrar que o artigo 216-A, parágrafo 2º, traz o exíguo prazo de 15 (quinze) dias para a manifestação dos interessados.

Outro corolário trazido por esta suposição de discordância com o pedido inicial atingirá diretamente a atuação das Fazendas nas usucapiões deduzidas administrativamente. Trazendo a questão ao âmbito do Estado de São Paulo, vimos acima que apenas na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário do Estado de São Paulo, cerca de 300 (trezentas) intimações judiciais em usucapião são recebidas mensalmente e, feita a verificação interna, naquelas em que não houver interesse público, o Estado simplesmente deixa de se manifestar na causa, ao espelho, inclusive, do que lhe é franqueado no procedimento de retificação administrativa de área (art. 213, § 4º, Lei 6015/73³⁹).

Com a nova sistemática da usucapião extrajudicial, se o Estado ou qualquer autarquia tiver interesse na usucapião, ofertará impugnação e o caso será automaticamente remetido ao Judiciário, seguindo os trâmites procedimentais judiciais (art. 216-A, § 10, Lei 6015/71).

Ocorre que a nova legislação não traz expressamente em seu corpo a presunção de concordância derivada do silêncio dos entes públicos no prazo estipulado para sua manifestação. Em outras palavras e ao contrário da normatização da retificação administrativa de área, na usucapião extrajudicial o silêncio dos entes públicos não acarreta automaticamente a presunção de concordância com o pedido.

do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, **interpretado o seu silêncio como discordância.** (negritamos)

39 Art. 213, § 4º, Lei 6015/71 – [...] § 4º - § 4º Presumir-se-á a anuência do confrontante que deixar de apresentar impugnação no prazo da notificação.

E, diante disso e da previsão legal de que a não manifestação de qualquer interessado no prazo de 15 (quinze) dias implicará discordância tácita com o pedido (conforme visto acima), a conclusão a que se chega é a de que o Estado passará também a ter a obrigação de manifestar-se favoravelmente em todos os pedidos em que não tiver interesse no desfecho da causa. Essa circunstância, cotejada com o volume de processos dessa natureza que são distribuídos mensalmente, pode e certamente causará problemas de ordem prática.

Isso porque o prazo para a manifestação fazendária concedido pela nova sistemática é deveras pequeno (15 dias) perto da quantidade de casos que o Centro de Engenharia e Cadastro Imobiliário – CECI e os Serviços de Engenharia e Cadastro Imobiliário – SECI têm que analisar, aos quais são acrescidos aqueles decorrentes da demanda normal de consultas pela Administração Pública. No específico caso do CECI, que tem sede na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, a situação é agravada pelo fato de este órgão também ter, atualmente, a atribuição de atuar em casos em curso na Grande São Paulo e em algumas unidades regionais do interior do Estado.

Esse cenário traz à baila a constatação de que haverá situações em que ocorrerá a judicialização acidental do pedido administrativo de usucapião, simplesmente pelo fato de o Estado não ter conseguido manifestar sua concordância nos exíguos 15 (quinze) dias previstos pela legislação, o que, evidentemente, acarretará prejuízo direto ao possuidor.

Diante dessa situação, entendemos ser prudente, por parte dos Cartórios de Registros de Imóveis, que, ao cientificarem os entes públicos na forma do artigo 216-A, parágrafo 3º, da Lei de Registros Públicos, estendam-lhes o prazo para manifestação, à luz da razoabilidade, bem como consignem que o silêncio será interpretado como concordância com o pedido, até porque a nova legislação não é clara neste tocante, conforme visto acima.

Outro ponto que merece reflexão é a abrangência material que este procedimento extrajudicial terá: ele é aplicável a todas as espécies de usucapião previstas na legislação brasileira? Entendemos que não.

A princípio, as usucapiões especiais urbanas já podem ser excluídas dessa sistemática, pelo fato de as três espécies demandarem, por moti-

vos diversos, a intervenção obrigatória do Ministério Público, seja por determinação legal (art. 12, § 1º, Lei 10257/01), seja pela existência de circunstâncias fáticas que demandam sua participação processual.

É certo que a exigência legal para que o *Parquet* nelas intervenha pode ser relativizada na prática à luz do Ato Normativo nº 295-PGJ/CGMP/CPJ, de 12 de novembro de 2002, acima mencionado. Porém, é importante frisar que nas três modalidades de usucapião especial urbana há causa específica a ensejar a participação do Ministério Público.

De fato, tanto na usucapião especial urbana residencial coletiva quanto na familiar, há a hipossuficiência econômica dos interessados, bem como litígio coletivo envolvendo posse de terra urbana, circunstâncias estas que demandam a intervenção obrigatória do *Parquet*, nos termos do artigo 178, incisos I e III, do novo Código de Processo Civil. E no caso da usucapião especial urbana residencial individual, a intervenção justifica-se pela tutela do patrimônio urbanístico.

No que tange às usucapiões extraordinária, ordinária e especial rural, entendemos que seu processamento pela via extrajudicial apenas será possível se estiverem ausentes as hipóteses de intervenção específica do Ministério Público, nos termos do artigo 178, do novo Código de Processo Civil⁴⁰. Dessa forma, se o Oficial do Registro de Imóveis constatar de plano a presença de interesse público, social ou de incapaz, ou ainda a possível existência de litígio coletivo envolvendo a posse da terra rural ou urbana, deverá remeter o pedido administrativo ao Judiciário, para prosseguimento.

Além destas peculiaridades envolvendo o processo extrajudicial, o novo Código de Processo Civil, como vimos supra, suprimiu o rito procedimental especial para o processamento da usucapião perante o Judiciário.

Assim sendo, embora uma das maiores novidades no assunto seja a previsão de um processo extrajudicial de usucapião, a análise dos aspectos judiciais destes casos ainda é de extrema relevância, sobretudo quan-

40 Art. 178, novo CPC – O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

do verificamos que algumas espécies de usucapião deverão continuar a ser processadas somente pela via judicial, bem como quando constatamos existir amplo espectro de situações que acarretarão a remessa do pedido administrativo ao Judiciário, conforme constatado pela leitura do artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos, descortinado acima.

Com a extinção do rito procedimental especial para a usucapião que existia no corpo do Código de Processo Civil, sobressaem algumas lacunas sobre trâmites que antes eram obrigatórios e agora simplesmente não são mencionados.

Uma dessas lacunas diz respeito à redação do antigo artigo 943, que previa a intimação via postal dos representantes das Fazendas Públicas para que manifestassem interesse na causa. O novo Código de Processo Civil simplesmente suprimiu tal exigência, a despeito de ter mantido a necessidade de intimação pessoal dos confinantes da área usucapienda e a ciência por edital de quaisquer interessados.

A questão que se coloca, com essa inovação, é a de que as Fazendas aparentemente deixarão de ser intimadas a manifestar interesse nas usucapiões judiciais quando não forem confinantes do imóvel usucapiendo. E, com relação à ciência por edital dada a todo e qualquer interessado, tal disposição não se aplica aos entes públicos, *ex vi* artigo 242, parágrafo 3º, e artigo 246, parágrafo 2º, ambos do novo Código de Processo Civil.

Especificamente no caso da Fazenda do Estado, tal supressão pode acarretar problemas práticos e confusões fundiárias, na medida em que o interesse público não se manifesta apenas naqueles casos em que o Estado ou suas autarquias sejam confinantes da área usucapienda, mas também – e principalmente – nos processos judiciais de usucapião de imóvel inserido em área maior considerada devoluta, mas em vias de discriminação e de demarcação judicial.

Essa situação é muito comum nos casos acompanhados pela Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, e envolve geralmente áreas situadas nos Perímetros de São Miguel Paulista ou dentro de grandes glebas públicas de terra, como parques, por exemplo.

Entendemos que a falta de previsão da obrigatoriedade de intimação das Fazendas no novo Código de Processo Civil deva ser resolvida na prática, por meio de orientações normativas internas dos Tribunais,

como forma de tutelar o patrimônio público e conferir efetividade aos mandamentos constitucionais que preveem a imprescritibilidade aquisitiva dos bens públicos.

4. Conclusão

O novo Código de Processo Civil certamente trouxe inúmeros avanços na sistemática processual civil brasileira, sobretudo ao atualizar determinados procedimentos à dinâmica da realidade social moderna. E a previsão do procedimento administrativo de usucapião consagra não apenas a necessária agilidade que as demandas fundiárias precisam ter nessa quadra, como também viabiliza a desjudicialização de mais um processo, garantindo celeridade e eficiência ao particular na consolidação do direito à propriedade.

Não obstante isso, as inovações legislativas trazidas na seara da usucapião demandam interpretação cautelosa, especialmente quando estamos diante de questões que envolvam ou possam envolver interesses de entes públicos. A exclusão da intimação via postal nas usucapiões judiciais e a implementação prática das disposições da usucapião administrativa podem trazer prejuízos à tutela do patrimônio público e, também, ao próprio particular, na medida em que o anseio da agilidade procedimental quase sempre acabará não sendo cumprido.

Embora os exemplos trazidos a título de ilustração refram-se unicamente a problemas que podem ser enfrentados pela Fazenda do Estado e suas autarquias, as conclusões e as reflexões realizadas devem ser estendidas a todos entes públicos, para que a aplicação dos novos dispositivos seja feita de maneira coerente e alcance seu objetivo final, qual seja, a declaração de propriedade de forma eficaz e célere.

Devemos saudar o novo Código de Processo Civil por todas as modificações benéficas trazidas ao dia a dia forense após tantos anos de tramitação. Porém, e com a efetiva vigência do novo regramento, devemos proceder a mais ponderações sobre a aplicabilidade e os efeitos práticos que as novas regras sobre os procedimentos da usucapião causarão tanto no âmbito particular quanto, e principalmente, no contencioso administrativo e judicial dos entes públicos, como forma de verificar a própria efetividade deste novel dispositivo.

Referências bibliográficas

Anteprojeto ao Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 22/07/2015.

BARCELO, Joice. Novo CPC prevê processo extrajudicial de usucapião. *Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4140836/novo-cpc-preve-processoextrajudicial-de-usucapiao>>. Acesso em: 21/07/2015.

FRANÇA, R. Limongi. *A Posse no Código Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1964.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

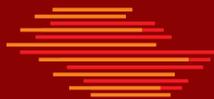
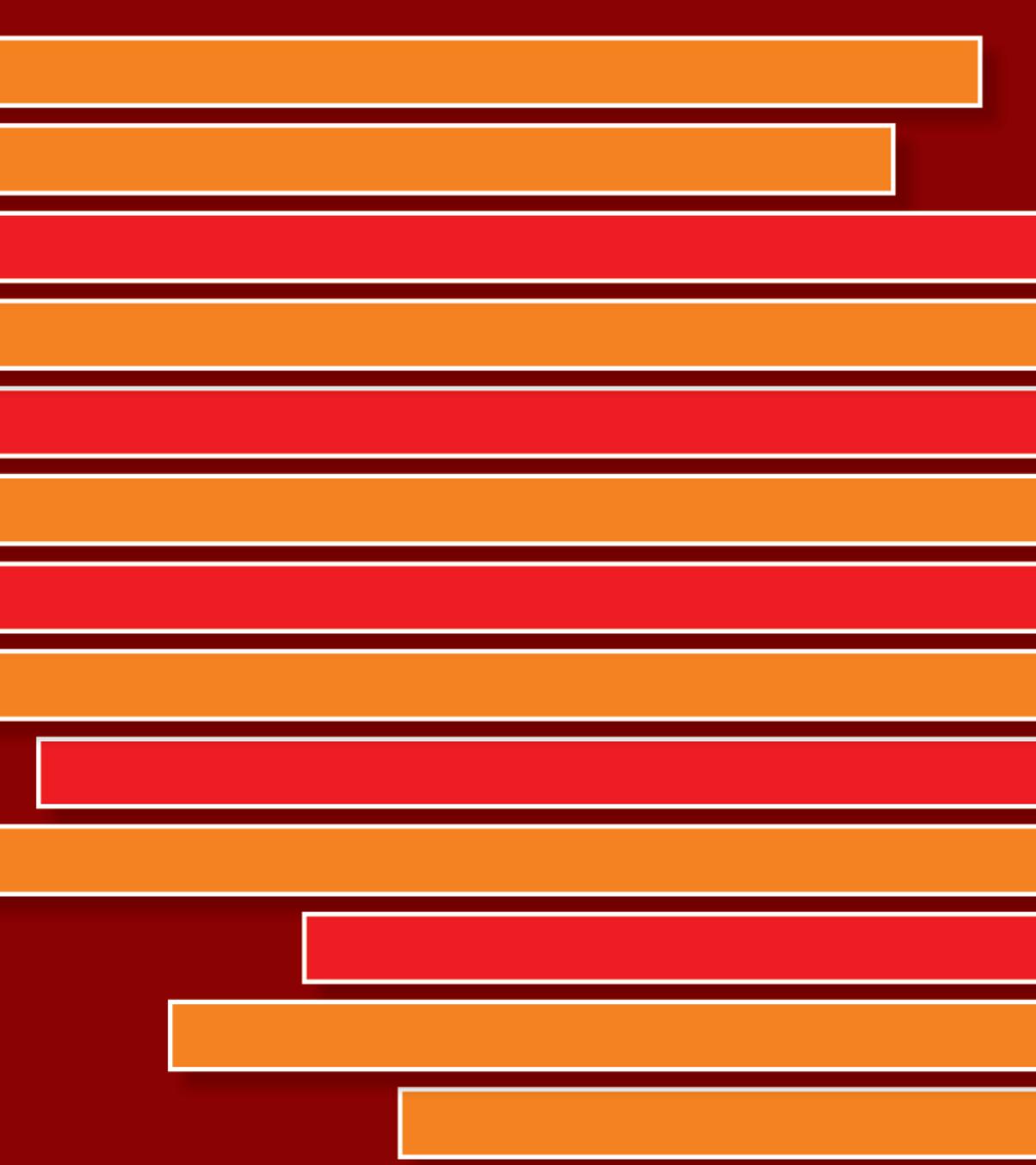
MEIRA, Silvio. Aquisição da Propriedade por Usucapião. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/viewFile/11608/7619>>. Acesso em: 21/07/2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed., v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

editoração, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO