

O PODER PÚBLICO EM JUÍZO: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO *

Cassio Scarpinella Bueno

SUMÁRIO: **1)** O que pode ser entendido como Poder Público em Juízo?; **1.1)** Mais do que exceções às regras tradicionais do processo civil; **2)** A “tríplice função do Estado”: tentação e manipulação da legislação processual; **3)** Mandado de segurança e tutela de urgência contra o Poder Público; **4)** Execução ou efetivação de decisões contra o Poder Público; **5)** Ações coletivas e o Poder Público; **6)** Medidas provisórias e a revogação de Súmulas dos Tribunais Superiores; **7)** Considerações finais

1) O que pode ser entendido como Poder Público em Juízo?

O nome do presente módulo, “O Poder Público em Juízo”, é instigante. Trata-se de um desafio ainda a ser enfrentado por todos nós e é um dos temas mais palpitantes da atualidade.

O que me parece fundamental para esta exposição é procurar estabelecer o que pode ou o que deve ser entendido sob esta denominação e, mais importante do que isto, verificar qual a utilidade teórica e prática deste corte metodológico.

Primeiro: o que pode ou deve ser entendido como “O Poder Público em Juízo”.

Tenho para mim que é útil e, até mesmo, desejável que o estudo mais aprofundado do processo civil comporte subdivisões, destacadas daquele corpo mais genérico e amplo que todos estamos habituados a aprender nas Faculdades e a respeito do qual trata a grande maioria dos livros didáticos a partir dos quais somos introduzidos na matéria.

Quero me referir aqui à necessidade de o processo civil ser lido, relido, quiçá ensinado, aprendido e apreendido, a partir de um enfoque bastante diverso daquele que, usualmente, aprendemos e diferente daquele através do qual usualmente saímos municiados das nossas Faculdades de Direito.

Destaco a possibilidade de ser visto, examinado e sistematizado um processo civil que não é voltado à aplicação do direito civil ou privado como um todo. Muito pelo contrário, um processo (civil) voltado à solução e à aplicação de conflitos de interesses qualificados por pretensões (ou lides) originárias de situações regidas pelo direito público, pelo direito *material* público. Assim pelo direito constitucional, pelo direito administrativo e pelo direito tributário, para ficarmos com as subdivisões mais tradicionais deste grande ramo do

*. Texto revisto e ampliado da conferência proferida pelo autor nas IV Jornadas de Direito Processual Civil no dia 7 de agosto de 2001, em Fortaleza, CE. Publicado originalmente em *Universitária: Revista do curso de mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo*, vol. 2, n. 1. Editora da Universidade: Araçatuba, 2001, páginas 53/108.

direito. Como *também* no campo destas relações jurídicas é vedado fazer ‘justiça pelas próprias mãos’, impõe-se que sua solução seja igualmente levada ao Poder Judiciário.

Neste sentido, “Poder Público em Juízo” que ser sinônimo do estudo do processo civil voltado à resolução de conflitos de interesses originários da aplicação do direito *material público*.

Esta observação poderia parecer desnecessária ou, quando mais, pouco útil na medida em que não há mais dúvidas, nos dias atuais, de que o direito processual (inclusive o civil) é ramo do *direito público*. Trata-se, em última análise, da parcela do direito que se predispõe a examinar o *modo* de solução dos conflitos por uma das *funções* estatais, a Judiciária. E se assim é, se seu objeto é o *modo* de exercício de *função* pelo *Estado* voltado à busca de uma finalidade pública — a apaziguação social —, está-se diante de uma disciplina *típica* de direito público.

No entanto, o destaque e a observação do *conteúdo* dos conflitos que são levados ao Judiciário para solução via processo civil é pertinente menos para demonstrar que o processo civil não se confunde com o direito material nele veiculado (que há um continente e um conteúdo, portanto) e mais para evidenciar que, contemporaneamente, o direito processual *deve ser* examinado, sistematizado e *revisitado* a partir de uma ótica diversa daquela que obteve, com sucesso, sua desvinculação do direito material. Hoje, o estudo do processo civil deve partir *também* de seu conteúdo (o direito material conflituoso) e, a partir daí, é que devem ser pensadas suas formas, seus mecanismos, seus limites e tudo o mais.

Quando o direito *material público* rende ensejo ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, impõe-se verificar em que medida esta *qualidade* distinta do direito conflituoso — se comparada com o direito privado — tem aptidão para *modificar*, *alterar* ou *influenciar* as soluções milenares do direito processual civil, nascido, desenvolvido e sistematizado a partir do direito *material privado*.

Quando o direito *material público* é posto em juízo, portanto, põe-se à toda prova a premissa da *instrumentalidade do processo* na medida em que estreita a separação entre o direito material e do processual, relativizando, assim, o binômio direito-processo, unindo-os para um fim comum, a apaziguação social. As relações entre continente (o processo) e conteúdo (o direito *material público*), pois, representam campo de análise, de pesquisa e de reflexões bastante útil para colocar à prova a *utilidade* e o grau de *eficácia* do processo, sempre voltado para a *realização* do direito material.¹

¹. Para aprofundamento nas questões relativas à *efetividade* do processo e à realização de seus *escopos*, consultar, por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Malheiros, 3ª edição, 1993, pp. 149 e ss. Como acentua o prestigiado jurista, a p. 270 de seu monumental trabalho: “A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”. Para

Piero Calamandrei teve oportunidade de sistematizar realidade *conexa* à que ocupa estas linhas. Na sua visão de gênio, os direitos materiais *indisponíveis* ou de *interesse público* não podiam receber a mesma disciplina processual reservada para os direitos materiais *disponíveis*, de interesse exclusiva ou preponderantemente *privado*. Mister que o processo se manifestasse diferentemente ou, quando menos, se amoldasse para as características de cada direito material para melhor desempenhar seu papel e sua função. Daí a sistematização doutrinária que empreendeu, distinguindo o processo civil *inquisitório* do processo civil *dispositivo*, consoante o grau de disponibilidade do direito material nele veiculado.

É sua a palavra: “Resulta de tudo quanto se disse até agora que a estrutura especial deste tipo de processo civil que estamos denominando de ‘inquisitório’ não é mais do que uma conseqüência da natureza especial da relação substancial submetida ao juiz: também aqui se confirma a regra de que o processo, dado ser instrumento construído para a atuação do direito substancial, conforma-se de diferente maneira segundo as diversas exigências de seu objeto: é o espírito — adotando a enérgica frase de Wach — que se adapta ao corpo”.²

Embora Calamandrei não tenha se valido do “direito público material” (o direito constitucional, o administrativo e o tributário, por exemplo) para comprovar o acerto de seu ponto de vista, o que deve ser extraído de suas lições é a *necessária* interferência do direito *material* no direito *processual*.³

Ademais, como no Brasil, a jurisdição é una e os conflitos envolvendo a administração pública são necessariamente dirigidos para resolução definitiva perante um *mesmo* Judiciário a partir de um *mesmo* corpo de normas processuais (civis), mister se extrair destas regras processuais o *máximo* em torno da realização concreta daqueles direitos, atendendo, sempre, suas peculiaridades, seu modo de ser e sua função dentre do sistema jurídico, em suma: voltando-se o estudo do processo, invariavelmente, ao cumprimento de seus *escopos jurídicos, sociais e políticos* e, pois, à sua *eficácia*. É dizer por outras palavras: também

a necessidade da redução do distanciamento do direito e do processo, v. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*, São Paulo, Malheiros, 1995, esp. pp. 12/18. Logo a p. 12, já se lê de pertinente para a premissa referida no texto: “Com esta preocupação procurou-se desenvolver o tema da relativização do binômio direito-processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. Sustenta-se, aqui, que os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material. As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula”.

². Piero Calamandrei, “Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, em *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 235.

³. Calamandrei, 13 anos depois, em 1940, voltou ao tema (“El proceso inquisitorio en el nuevo Código Civil”, em op. cit., pp. 349/363) enfatizando suas conclusões anteriores e não admitindo, ainda, que o tipo de processo inquisitório pudesse ser usado também para as questões calcadas no direito substancial público (em que o Estado é parte da relação jurídica). É certo, entretanto, que o texto mais recente traz maiores afirmações genéricas relativas à necessária relação entre um processo do tipo inquisitorial para bem e adequadamente realizar as situações substanciais indisponíveis. Para ele, “*hablar de un proceso de tipo dispositivo para controversias sobre derechos indisponibles sería, en efecto, una contradicción en los términos*” (op. cit., p. 356). José Roberto dos Santos Bedaque (*Direito e processo*, pp. 15/16) também alude à necessidade de o processo tratar diferentemente os direitos *disponíveis* e os *indisponíveis*.

quando é o Poder Público que está em juízo o princípio do acesso à ordem jurídica justa deve ser observado (CF, art. 5º, XXXV).

Inadiável, destarte, que o estudo do processo civil respeitante às relações jurídicas regidas pelo direito material público leve em consideração as características e as vicissitudes *deste* direito material.

A *pertinência* desta visão metodológica e, mais de perto, desta última afirmação, repousa pelo menos em *duas* ordens de considerações.

A primeira delas é a ampliação da *interferência* do Estado, em suas diversas órbitas — União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas — no cotidiano da vida dos particulares. A concepção do Estado liberal, abstencionista por definição, foi irremediavelmente ultrapassada pela do Estado Social Democrático de Direito. A característica mais marcante deste *modelo* de Estado que, não obstante as diversas modificações sofridas na Constituição de 1988, ainda é o que predomina entre nós, é a atuação *intervencionista* do Estado nas mais diversas relações. Não só públicas mas também privadas.

A segunda, que, felizmente, deriva da anterior, diz respeito a um verdadeiro despertar para a cidadania no direito brasileiro com relação ao direito público e à sua finalidade, qual seja, a identificação — compulsória se for o caso —, dos *limites* desta crescente atuação do Estado conservando incólumes os espaços de livre atuação dos particulares, as liberdades públicas (os “direitos” civis, políticos e sociais), historicamente consagradas e constitucionalmente asseguradas.

Assim sendo, na exata proporção em que se tem, crescentemente, um maior número de lides ou de conflitos de interesses regidos primordialmente pelo direito material público, um processo civil voltado, tradicionalmente, à solução dos conflitos regidos pelo direito material privado, tende a levar, em um curto espaço de tempo, à ineficiência ou à ineficácia daquele instrumental de resolução de conflitos de interesses. Justamente porque a *qualidade* dos conflitos que são colocados para serem resolvidos pelas *mesmas* regras instrumentais tem se alterado profundamente.

Até porque, mesmo naqueles casos em que ainda hoje se entende, para todos os efeitos, haver uma relação jurídica de direito privado — por exemplo, um contrato regido pelo Código do Consumidor —, por força de uma ordem positiva hoje vigente, bastante diferenciada se comparada com as relações *típicas e tradicionais* de direito privado, pede o processo civil mecanismos diversos, concepções até então inéditas, justamente para assegurar seu papel com mecanismo de resolução dos conflitos.

Em suma: na exata medida em que o direito material modifica-se substancialmente — seja no campo do direito público, que é o que me interessa mais de perto nesta sede, seja no próprio direito privado, mencionado, apenas para evidenciar, a mutação

generalizada que o direito material tem atravessado mais recentemente —, as regras de sua aplicação conflituosa — as normas processuais civis — precisam ser revistas, relidas e reinterpretadas para que possam, mesmo diante desta substancial *alteração*, ter alguma valia e eficácia. Para que possam realizar *bem e adequadamente* estes direitos materiais.

Por definição, as normas processuais não podem ficar *aquém* das normas materiais sob pena de *ineficiência* de todo o sistema jurídico. Daí ser necessário e oportuno que seja feito um *corte* ou, quando menos, uma *precisão* na metodologia do estudo do processo civil focando-se a *outros* direitos materiais, cuja sistematização, importância e aplicação se tem verificado mais de perto mais recentemente. É o que se dá, não com exclusividade, mas em alto grau, com o direito material público.

Não pode mais haver dúvidas de que o processo civil nada mais é do que um instrumento destinado ao atingimento de determinadas finalidades. Para ser mais sintético mas não menos exato: o processo é meio, não fim. Quando este ‘fim’ relaciona-se a lides regidas pelo direito público ou hipóteses regidas pelo direito material público, o ‘meio’ precisa, necessariamente, ser calibrado e preparado para atingir aquele desiderato. Em suma: o processo civil, como meio de aplicação do direito material, como veículo do direito material, tem, necessariamente, que se adequar e se adaptar para atender as expectativas de novos fins, destas alterações que vêm sendo sofridas pelo direito material.

E por que a necessidade deste ‘corte’ ou desta ‘precisão’ no estudo do processo civil?

Porque hoje, o processo civil *ainda* se volta, como há centenas de anos atrás, para aplicação de direitos materiais que *substancial e qualitativamente* pouco mudaram de lá para cá.

Ninguém pode duvidar que, ainda hoje, o processo civil serve *também* para regular as clássicas relações de direito privado em estado conflituoso: as relações de família, de sucessões, de propriedade, de vizinhança, as obrigações assumidas nos termos e nos moldes do Código Civil e Comercial e assim por diante. Caio ainda continua em litígio com Tício, como já ocorria nos velhos tratadistas do direito civil.

O que ocorre, no entanto, é que, ao lado e sem prejuízo deste processo civil que pode ser chamado de ‘clássico’ ou ‘tradicional’, outros diversos objetos, outras diversas preocupações, outras diversas *finalidades* passaram a ocupar a vida em sociedade passando a ser tema de regulação pelo direito material. Não só o próprio direito privado transformou-se com a massificação da sociedade e sua crescente *indisponibilidade*, como já mencionei, mas, também, a conseqüência de uma maior presença do Estado na vida cotidiana dos particulares, na exploração do domínio econômico, e a correlata, paulatina e desejável conscientização do acesso à justiça inclusive para questionar os limites e os acertos da atuação da própria máquina

estatal. Estes fatores acarretam a *necessidade* da sistematização aqui defendida para bem e adequadamente compreender este fenômeno. Agiganta-se e espraia-se por diversos campos a atuação do Estado. Mas, como ainda se trata de Estado de Direito, esta atuação *ainda é e deve ser* limitada aos lindes da ordem jurídica. Se necessário, compulsoriamente.

Daí ser necessário verificar em que medida aquele *mesmo* instrumental que, ainda hoje, serve para aplicação dos direitos materiais clássicos ou tradicionais pode ser utilizado para aplicar e realizar *também* estas novas realidades normativas, com seus diferentes valores, expectativas e ânsias sociais.

É este o ‘corte’ ou a ‘precisão’ metodológica a que me referi anteriormente. Friso ainda aqui uma idéia básica: o processo é *meio* e não fim. Ele é canal de realização do direito material, visando, em última análise, a pacificação social ou, quando menos, a neutralização e controle dos conflitos que ensejam a provocação do Estado-juiz.

Esta, a meu ver, a primeira forma de aproximação do tema: é necessário e é oportuno pensar-se o processo civil *fora* de seu contexto tradicional, como se ele, ainda hoje, *só* se voltasse à solução dos *mesmos* conflitos privatísticos que, no início do século XX, quando começou a ser visto, examinado e *destacado* daquele mesmo direito privado. Hoje, mais do que nunca, o processualista deve se preocupar *também* com a tutela e com a realização de outros direitos materiais, dentre eles, o direito *material* público.

Não critico e não nego a importância, ainda hoje, do estudo do processo civil a partir de uma ótica mais tradicional — e, se se quiser — exclusivamente privatístico. O que não me parece ser mais correto ou, quando menos, *suficiente* é a *limitação* do estudo do processo àquele objeto. Ele *ainda* existe hoje. Mas, à sua margem, há *outros* direitos materiais a serem realizados, a reclamarem visões, análises e sistematizações do processo civil qualitativa e proporcionalmente diferentes.

Se, por exemplo, a legislação do consumidor está impregnada de *políticas públicas*, mais do que a tutela de meros interesses privados, qualquer conflito de interesses que surja da aplicação destas regras coloca em xeque o processo como mecanismo de *realização* destas mesmas políticas num âmbito bem mais amplo do que se a hipótese fosse de um contrato regulado pelo Código Civil ou pelo Código Comercial.

De outro lado, se a finalidade última do direito material público é a identificação dos limites da atuação do Estado frente aos particulares (esta, afinal, é a própria razão de ser do Estado de Direito), a resolução do conflito de interesses entre estes e aquele, representa, em última análise, a *realização* e a *concretização* deste próprio modelo de Estado.

Já tive oportunidade de acentuar a este respeito o seguinte:

“O direito processual público, nestas condições, realiza, faz concreto, o próprio Estado de Direito. Não aquele Estado de Direito sinônimo de máquina

administrativa. Mas Estado de Direito como sinônimo de resguardo de direitos e garantias dos destinatários do Poder e Estado de Direito enquanto realizador da legitimação das decisões políticas e do bem estar social.

É lícito entender, diante destas considerações, o processo *público* como realizador do Direito Público como um todo e, conseqüentemente, do Estado de Direito, o que pressupõe, mormente diante da magnitude do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal — princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional — o controle amplo e irrestrito do Poder Judiciário (formal e material, portanto) para garantir o primado da lei. É a esta demonstração e a esta sistematização que se volta este curso.

Se a grande conquista do Estado de Direito foi a de *legalizar* a vontade do rei a grande necessidade do direito processual (mormente em sistemas de jurisdição una como o brasileiro) é a de manter eficaz e efetiva esta *legalização* na atuação do Estado.

A afirmação do parágrafo anterior é, certamente, a mais relevante para este primeiro contato com a matéria: na medida em que o Estado de Direito nada mais é do que a atuação estatal estrangida de acordo com os parâmetros legais, o controle jurisdicional dos atos do Estado é responsável pela própria realização deste modelo político de Estado.”⁴

1.1) Mais do que exceções às regras tradicionais do processo civil

Evidentemente que o tema ora rotulado como “O Poder Público em Juízo” pode ser estudado, apenas e tão somente, a partir da identificação, no sistema de direito positivo, dentro e fora do Código de Processo Civil, das regras que, de acordo com uma visão mais tradicional, apenas *excepcionam* as regras típicas das ações de direito privado.

Assim, os prazos diferenciados (CPC, art. 188), o reexame necessário (CPC, art. 475), a prévia oitiva do representante judicial da pessoa de direito público antes da concessão da liminar em reintegração de posse (CPC, art. 928, parágrafo único) e assim por diante. Poderíamos, em suma, discutir proveitosamente se as *prerrogativas* que usualmente são reconhecidas à Fazenda Pública em juízo são ou não constitucionais ou se são, apenas e tão somente, odiosos *privilégios* a serem declarados como tais, pela doutrina e pela jurisprudência.

Alguns destes temas serão objeto de reflexão específica neste módulo: as diversas formas de execução contra a Fazenda Pública, incluindo o cabimento, ou não, da ação monitória contra pessoas jurídicas de direito privado, a tutela de urgência contra a Fazenda

⁴. Cassio Scarpinella Bueno, “A emergência do direito processual público” em *Direito Processual Público – A fazenda pública em juízo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 43.

Pública e a legitimidade ou a ilegitimidade do Ministério Público para tutela do interesse público, aí incluído o relativo ao interesse da Fazenda Pública na ordem constitucional de 1988.

Há, com efeito, diversas questões interessantes subjacentes a estas inquietações. Por exemplo: enquanto tanto ainda hoje se discute na doutrina processual tradicional a forma de aferição do interesse jurídico do assistente simples ou litisconsorcial (CPC, arts. 50 e 54), para a União Federal o ingresso do assistente independe da comprovação de qualquer interesse jurídico na forma do que hoje é regulado pelo art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97. Segundo este dispositivo, “as pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.

De outro lado, o tema relativo aos *limites* do controle jurisdicional dos atos estatais se dá a partir de premissas totalmente diversas, porque inexistentes, ao do controle jurisdicional dos atos de direito privado. Para os atos de direito público em geral o tema do controle jurisdicional é constantemente assombrado pelo princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º) e deve levar em conta os atributos dos atos de direito público. Assim a *presunção de veracidade* (presunção de que são conformes ao direito); a *imperatividade* (possibilidade de sua imposição a terceiros, independentemente da prévia intervenção do Judiciário); a exigibilidade (imposição de dados comportamentos pela Administração independentemente da intervenção do Judiciário) e, em alguns casos, sua *auto-executoriedade* (compelimento material do particular pela Administração em busca de um dado comportamento), *prerrogativas* estas desconhecidas dos atos típicos de direito privado.

Mas entendo que o tema relativo ao “Poder Público em Juízo” pode ir além da detecção e, eventualmente, da compreensão sistemática das diversas normas *diferenciadas* — serão meras *exceções* das regras processuais civis ? — que existem no sistema processual civil e que dizem respeito, especificamente, às ações que o Estado-poder é parte da relação processual.

2) A “tríplice função do Estado”: tentação e manipulação da legislação processual

Isto me conduz ao *segundo* ponto das considerações ao qual me referi de início. Qual a importância, a relevância e a atualidade do enfrentamento das diversas questões que surgem quando é o Poder Público que está em Juízo?

Uma das mais marcantes características das ações que podem ser rotuladas e estudadas sob o nome de “Poder Público em Juízo” é que uma das partes do processo, por

definição, é quem *cria* o próprio direito material conflituoso. E mais: quem *impõe* este direito à parte contrária (ao particular). Muitas vezes, trata-se de imposição *material e imediata* de determinada conduta sem necessidade de prévio ingresso no Judiciário (o fechamento administrativo de uma fábrica, portanto). Ainda mais: quando se trata de conflitos com a União Federal, não há como deixar de trazer à tona um dado relevantíssimo, talvez o mais relevante de todos para estas considerações. É à União Federal que compete, por força constitucional, o monopólio legislativo da criação das *próprias normas através das quais* o conflito de interesses será resolvido (CF/88, art. 22, I).

Ainda que voltadas apenas para a singularidade do processo civil quando voltado à solução de conflitos de *um* dos ramos do direito *público* (o direito tributário) são bastante pertinentes, a este último propósito, as considerações de James Marins, no trabalho que lhe deu o título de Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

“... agregue-se a condição de nos encontrarmos diante de uma situação em que surge paradoxal identidade entre Estado como titular do interesse em jogo e, portanto, destinatário do mesmo comando. Diante disso formula advertência de grande gravidade e alcance: ‘E não estou aqui a expor mais uma vez como esta dificuldade seja posta ou como deva ser superada; me basta afirmar que se não a superar, esvanece-se não tanto o Direito Financeiro, quanto inteiramente o Direito Administrativo e em grandíssima parte o Direito Público’. Eis aqui denunciada uma das mais marcantes peculiaridades do Direito Tributário (recentemente denominada por Valdés Costa de a ‘tríplice função do Estado’), consistente na relevante e especial condição de o Estado, simultaneamente, figurar como criador da fonte material da obrigação tributária (através da função legislativa), destinatário da mesma norma, credor da obrigação resultante (enquanto ente fiscal) e juiz da lide tributária (assim — e principalmente — no âmbito administrativo, mas também no judicial). Além de credor, ressalte-se, é o Estado mesmo, em sua função de lançamento (accertamento), calçada no Direito tributário formal, quem, por vezes unilateralmente, procede à identificação do fato tributável, do sujeito passivo e quantifica a obrigação”.⁵

Pertinente, a este propósito, trazer à colação breve trecho do discurso de posse do Ministro Marco Aurélio no Supremo Tribunal Federal:

“Infelizmente, nas últimas décadas, o Estado brasileiro, ao invés de voltar-se ao atendimento dos interesses primários e coletivos, menospreza-os, resultando dessa inadmissível atitude a constatação de que hoje figura, como

⁵. James Marins, *Princípios fundamentais do direito processual tributário*, São Paulo, Dialética, 1998, p. 42, sem os destaques.

parte passiva, em número desmedido de processos, o que vem a ser flagrante contra-senso, porquanto o Estado existe para viabilizar a almejada segurança jurídica, o bem-estar geral. E já que o Estado tudo pode — legisla, executa as leis e julga as controvérsias surgidas das múltiplas relações jurídicas —, que o faça bem; que atue com os olhos voltados à certeza de que o cidadão comum tem como parâmetro a conduta das autoridades legitimamente constituídas”.

Ainda mais incisivo, certamente porque diante de caso concreto, o Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 21.148-2/DF, teve oportunidade de acentuar o seguinte:

“8. Não há dúvida de que é verdadeiramente ‘Kafkiana’ a situação em que se viu metida a impetrante, por obra e graça de uma trindade que se reduz à unidade de um ser, que é único, malgrado tentacular e, no caso diabólico: a União.

9. Afinal, o de que se trata é de tomar posse em cargo da Secretaria do Tribunal de Contas da União, para o qual se habilitou a candidata em concurso a que concorreram mais de 38.000 candidatos (f. 36); e é criada pela União a Escola que lhe ministrou o curso, de nível superior, em que se graduou; não obstante, nasceu todo o drama do retardamento da União para reconhecer o Curso e conseqüentemente os efeitos do curso superior, que, desde 1971 — faz vinte anos — ela própria, a União, criou e mantém.

10. Indago-me se, de fato, a este Supremo Tribunal, da União, apesar de tudo, não resta senão denegar a segurança, porque isso lhe seria imposto pela lei, coincidentemente, da União”.

Nestas condições, não me parece despropositado considerar que toda a vez que o Poder Público *está* em juízo pode existir um desejo, uma vontade, uma tentação e, lida a Constituição com os olhos voltados apenas às competências reservadas para cada uma das pessoas políticas por ela criadas, a *possibilidade* de uma das partes da relação processual querer *alterar* as regras de resolução de conflitos. Seja porque não quer perder uma ação ou, quando a derrota é inarredável, para *retardar* seu pronunciamento ou — o que parece ser mais freqüente — para *impedir* que a vitória do particular resulte em algo de concreto para sua esfera jurídica. Impedir, em suma, que sua vitória possa *realizar* os direitos e as garantias constitucionais e, conseqüentemente, a cidadania. Não tenho medo de afirmar que, muitas vezes, a modificação *interessada* nas formas de resolução dos conflitos de interesses por uma das partes da relação processual é uma verdadeira *manipulação* destas mesmas regras.

É este, senhoras e senhores, o ponto crucial e o maior desafio do que, na minha visão, está sob o rótulo “O Poder Público em Juízo”. Muitas vezes, em nome de um *interesse*

público, tão maleável e elástico consoante os valores passageiros das mais diversas influências — quiçá mais passageiro que o vento —, alterações são introduzidas no cenário jurídico processual com a aptidão ímpar de esvaziar a possibilidade de ser concretizado direito reconhecido ao particular em face do Poder Público.

Friso desde já: na exata proporção em que o Estado-juiz declara que o particular tem direito contra o Estado (isto é, que existe um *limite*, constitucional ou legal a ser observado na atuação do Estado) o titular do *interesse público* passa a ser o particular. Não mais o Estado. Embora seja difícil definir o que é interesse público é mais fácil saber o que ele *não é*. Interesse público *não é* sinônimo de interesse *do* Estado ou *de* Estado. Não é sinônimo do que o Estado-administração ou o Estado-legislação dizem que é. Muito menos de seus governantes, sejam eles quem forem. Daí que o particular pode ser titular de *interesse público* mesmo em face do Estado. Basta, para tanto, que o Estado-juiz declare eventual ilegalidade ou abusividade das autoridades públicas. Liminarmente ou a final. Quando se trata de ação coletiva esta questão é mais facilmente percebida, considerando a aglutinação de interesses ou direitos dos diversos particulares *representados* ou *substituídos* em juízo pelo autor coletivo.

Se o direito material depende, quando conflituoso pelo menos, do processo para existir e ser concretizado — e isto enfatizei anteriormente —, o *interesse público* do particular também depende do processo para surtir os efeitos desejados pela ordem jurídica quando obstado por quem quer que seja. Mesmo quando se trata do Estado. Ocorre que o Estado-poder, querendo ser ele o definidor concreto do interesse público mesmo quando réu de uma ação, talvez querendo sustentar que é interesse público o que ele entende que é e não o que decorre *superiormente* da ordem jurídica institucionalmente existente e superior a ele — mesmo quando perdedor de uma ação — resolve alterar o *processo* (a *forma de realização do interesse público, destarte*), impedindo, dificultando, frustrando, nublando o direito do particular.⁶

A história do direito processual constitucional e infraconstitucional brasileiro é repleta de exemplos que caracterizam este “estar em juízo” do Poder Público. Esta alteração *interessada* — verdadeira *manipulação* — das regras de processo para impedir a realização do direito material público, do interesse público, portanto, na forma como acabei de assinalar.

⁶. Rosemiro Pereira Leal (*Teoria geral do processo*, Porto Alegre, Síntese, 4ª edição, 2001, p. 96), fincando as premissas de sua teoria neo-institucionalista do Processo tem passagem lapidar que bem se amolda à afirmação contida no texto: “O processo, como instituição constitucionalizada, deflui de uma Sociedade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante diretamente popular e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado (povo icônico). A partir do momento histórico em que a Constituição se proclama condutora de uma Sociedade Jurídico-Política sob denominação de Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º. da CR/88 do Brasil, é inarredável que, pouco importando o que seja o existir brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no ordenamento constitucional e não mais das estruturas morais, éticas e econômicas do cotidiano nacional. Nessa conjectura, a garantia de direitos pela instituição do Processo Constitucionalizado não decorre mais da autoridade de um Poder Legislativo ou Judiciário comprometido com a administração pública de uma realidade econômico-social-extra-ordenamental, mas de um nível histórico-jurídico de uma comunidade política que não mais permitiria retrocessos em seus fundamentos constitucionais de processualização da atividade jurídico-procedimental”.

Permito-me destacar algumas destas situações — ocorrentes desde a década de 1920 até nossos dias — como ponte necessária para o restante do desenvolvimento destas considerações.

3) Mandado de segurança e tutela de urgência contra o Poder Público

Tão logo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na década de 1920 consolidou-se no sentido de que o *habeas corpus* era ação adequada e eficaz para coibir abusos de autoridades que não dissessem respeito necessariamente ao direito de locomoção, ao direito de ir, vir, ficar e permanecer, com a Reforma Constitucional de 7 de setembro de 1926, alterou-se a Constituição de 1891 (“Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”), para evidenciar ou “esclarecer” que o *habeas corpus* só teria cabimento nos casos de liberdade de locomoção (“Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”, art. 72, § 22).

Longe de querer “reconduzir” o *habeas corpus* a seu campo clássico de incidência (a proteção da liberdade de locomoção), a doutrina não deixa de observar que a alteração do texto constitucional deveu-se muito mais para afastar o cabimento e o desenvolvimento de ação *eficaz* e de realizações *concretas* contra ilegalidades e abusos do Poder Público. Enterrou-se e destruiu-se com aquela alteração intencional da Constituição de 1891, a até hoje tão elogiada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”.⁷

Somente com a Constituição de 1934 (art. 113, nº 33) é que aquela forma de realização de direitos lesados ou ameaçados por autoridades públicas que não fossem especificamente os de liberdade de locomoção passaram a ser tutelados dignamente pelo mandado de segurança, que veio a ser regulado, pela primeira vez entre nós, pela Lei nº 191/36.

Mandado de segurança que, nos seus quase 70 anos, tem sofrido diversos golpes. Quer pelos governos ditatoriais que se seguiram à sua constitucionalização em 1934 e que, por motivos que dispensam comentários retiraram-no da Constituição de 1937, restringindo seu uso como forma de contraste de atos do Presidente da República, de seus Ministros, Governadores e Interventores (CPC/39, art. 319, *caput*, final), quer nos Governos que se dizem democráticos e eleitos diretamente pelo povo e que estão se sucedendo desde a promulgação da Constituição de 1988, dita cidadã, como se para “ser cidadão” bastasse a enunciação solene de direitos, pouco importando sua realização concreta, palpável, sentida e efetiva.

⁷. V., neste sentido, Celso Agrícola Barbi, “Mandado de segurança: fundamentos históricos e constitucionais” em *Cinqüenta anos de mandado de segurança*, Porto Alegre, Fabris/Instituto dos Advogados Brasileiros, 1986, pp. 75/76.

Tão logo o mandado de segurança mostrou ser ação própria, adequada, potencializada e eficaz para combater abusos relativos à importação de bens advindos do exterior, foram editadas as Leis nº 2.410/55 e nº 2.770/56, que restringiam a concessão de liminares para fins de desembaraço aduaneiro ou, quando menos, que impunham, para a concessão daquela medida, a prestação de caução de 150% do valor do bem.

Em meados da década de 60, com o constante emprego do mandado de segurança para questionar direitos dos funcionários públicos foram editados dois diplomas legais. Refiro-me à Lei nº 4.348/64 e à Lei nº 5.021/66. Pela primeira destas Leis, restringiu-se a eficácia temporal da liminar em mandado de segurança (90 dias prorrogáveis, por comprovado acúmulo de serviço, por mais 30); previu-se hipóteses de cassação da liminar por atos imputáveis ao impetrante (não promover atos e diligências sob sua responsabilidade ou abandonar a causa por mais de 20 dias); proibiu-se a concessão da liminar em mandado de segurança para fins de pagamento de funcionários públicos ou equiparação de vantagens e regulou-se o instituto da suspensão de segurança. A Lei nº 5.021/66 também criou outras regras relativas ao mandado de segurança, a que importa destacar para o tema destas considerações, reiterou o descabimento da liminar em mandado de segurança relativa a pagamento de funcionários públicos a qualquer título.

De destaque, outrossim, a Lei nº 8.076/90, editada quando da apresentação do chamado Plano Collor à sociedade brasileira, pelo primeiro Presidente eleito diretamente pelo povo em quase três décadas. De acordo com o art. 1º deste diploma legal, ficava proibida a concessão de liminares em mandado de segurança contra qualquer ato do denominado “Plano Collor”. Tudo em nome da “governabilidade” do país.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973 e a “migração” dos funcionários públicos para as cautelares inominadas visando ao perseguimento daquelas prestações “proibidas”, “restringidas” ou “nulificadas” via mandado de segurança, editou-se, após ensaio por diversos outros diplomas legislativos, a Lei nº 8.437/92 que proíbe, em ações cautelares contra o Poder Público tudo o que não é permitido em sede de mandado de segurança.

Em curto espaço de tempo após a introdução da tutela antecipada no Código de Processo Civil, veio a Medida Provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97, cujo art. 1º impõe as mesmíssimas restrições da liminar em mandado de segurança e das ações cautelares contra o Poder Público ao novel instituto, anunciado, de peito aberto por toda a doutrina, como o maior e o mais importante mecanismo de salvaguarda de direitos e, portanto, de *efetivação e concretização* do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Mais recentemente, a orientação da Súmula nº 212 do Superior Tribunal de Justiça, quando à inadmissibilidade da compensação de créditos tributários por medida liminar ganhou respaldo com o novo § 5º do art. 1º da Lei nº 8.437/92, aí introduzido pela que hoje é a

Medida Provisória nº 2.180, quando ampliou a vedação também para os créditos previdenciários. O novo art. 170-A do Código Tributário Nacional, fruto da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, vai além: veda a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo da obrigação tributária, *antes do trânsito em julgado* da respectiva decisão judicial.

A que hoje é Medida Provisória nº 2.158 traz, de sua parte, três interessantes dispositivos acerca dos efeitos *sancionatórios* da cassação de liminares concedidas em mandados de segurança ou em quaisquer outras ações que determinaram o não recolhimento da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF. De acordo com os arts. 44 a 46 da Medida, o recolhimento deve ser feito *de imediato* pelos agentes arrecadadores, sob a pena de multa de que trata o último destes dispositivos.

Existe tutela de urgência ou efetiva quando é o Poder Público que está em juízo? A resposta, do ponto de vista infraconstitucional e do exame de todas estas leis e Medidas Provisórias, cujo rol não é exaustivo, é, indubitavelmente, nem sempre. Nunca, para fins de pagamento de funcionários públicos, para desembaraço aduaneiro, para compensação de créditos tributários e previdenciários.

4) Execução ou efetivação de decisões contra o Poder Público

Não é difícil perceber do esboço que acabei de fazer que todas as vezes que a Constituição, a lei, a jurisprudência, a dinâmica do direito no foro, aventaram a possibilidade de tutelar pronta e eficazmente os atos do cidadão contra ilegalidades ou abusividades do Estado, houve alteração, constitucional ou legislativa — ou semi-legislativa — que, senão impediram, dificultaram, restringiram e minimizaram estas formas de *acesso à Justiça*.

Pior do que a frustração do exercício da tutela de urgência, no entanto, é a proibição da execução provisória contra a Fazenda Pública ou a vedação de seu início antes do trânsito em julgado. Desde os tempos da Lei nº 2.410/55 e da vedação do desembaraço aduaneiro de bens nas condições por ela tratadas, passando pelo art. 5º, parágrafo único e o art. 7º da Lei nº 4.348/64, que tratam da concessão de vantagens pecuniárias em mandado de segurança (regime aplicável para as cautelares e tutelas antecipadas contra o Poder Público), passando, mais recentemente, pelo que é o art. 2º-B da Lei nº 9.494/97 (aí incluído pelo que hoje é a Medida Provisória nº 2.180), a execução provisória contra o Poder Público é vedada pura e simplesmente. Se há suspeitas de que uma liminar não poderia pretender ser eficaz contra as pessoas de direito público porque fundada, por definição, em cognição bastante tênue, quiçá insuficiente para afastar a *presunção de legitimidade típica dos atos de direito público*, o que dizer de uma sentença, de uma decisão final que é o resultado da prestação jurisdicional

definitiva? O que dizer da manifestação de um Tribunal que, por hipótese, confirma sentença concessiva de mandado de segurança mercê do reexame necessário?

Estes dispositivos de lei ou, em se tratando de medida provisória, de semi-lei, vedam o início da execução *antes* do trânsito em julgado. Quando é que uma decisão transita em julgado? Somente depois de esgotados todos os recursos perante a última instância — no nosso sistema, o Supremo Tribunal Federal —, é que se *autoriza* o início de efetivação destes julgados.

Alguém poderá afirmar que eventuais recursos procrastinatórios serão exemplarmente punidos, quando menos com fundamento no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, pelo que não há lugar para reear que o trânsito em julgado se dê o quanto antes. Na pior das hipóteses, depois do reexame necessário.

No entanto, a que hoje é Medida Provisória nº 2.180, vem acrescentando um art. 24-A na Lei nº 9.028/95 e um art. 1º-A na Lei nº 9.494/97 que dispensam o pagamento de quaisquer taxas ou valores para que as pessoas de direito público recorram. E quanto mais recorrerem, menos serão apenadas e mais demorado se dará o trânsito em julgado, essencial para o início das execuções nas situações referidas pelos referidos diplomas legislativos.

Para quem pensar em inconstitucionalidade destas normas ou, para sua satisfação pessoal, ter, junto às Fazendas Públicas créditos de outra natureza que não relativos ao pagamento de vantagens do funcionalismo público, não há como deixar de trazer à lembrança a Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000. A atual redação dos §§ 1º e 1º-A do art. 100 da Constituição Federal deixa indene de dúvidas o fato de que a execução contra a Fazenda Pública só tem início após o trânsito em julgado. Porque a expedição do precatório vincula-se, dizem os parágrafos do referido dispositivo constitucional, ao trânsito em julgado da decisão condenatória. Não é demais repetir: vincular a expedição do precatório ao trânsito em julgado é muito mais do que vedar a mera execução *provisória* do julgado que, em regra, poderia ser iniciada após a manifestação do Tribunal de segundo grau de jurisdição, considerando não terem os recursos extraordinário e especial efeito suspensivo (CPC, art. 497 e 542, § 2º). Mais: as pessoas jurídicas de direito público podem recorrer “de graça” para os Tribunais Superiores, postergando o trânsito em julgado porque, para elas, não tem eficácia imediata o sistema de freio derivado do § 2º do art. 557 do Código de Processo Civil.

É certo que uma Emenda Constitucional pode ser inconstitucional quando viola cláusulas pétreas. É esta a voz da doutrina especializada. Mas, no Brasil, se é tão difícil reconhecer inconstitucionalidade de atos infralegais que querem ser mais do que princípios constitucionais, de Medidas Provisórias que vêm urgência e relevância em tudo, como esperar a declaração da inconstitucionalidade de uma Emenda à Constituição? Mais: o que fazer enquanto esta declaração de inconstitucionalidade não vem?

Efetivação de sentenças contra quando é o Poder Público está em juízo? Certamente que não.

Mesmo que haja herdeiros suficientes para aguardar pacientemente o *início* — o mero iniciar — da execução contra o Poder Público, ela, quando se dá por precatórios apresentará dificuldades outras que bem representam o difícil momento institucional que atravessamos e que o Ministro Marco Aurélio, Presidente do Supremo Tribunal Federal está de forma corajosa e inédita tentando superar. Este tema — fundamental — está a cargo dos Profs. Juvêncio Vasconcelos Viana e Ricardo Perlingeiro da Silva os quais também eu anseio ouvir. Destaco apenas que mesmo quando o precatório é dispensado (CF, art. 100, § 3º), não o é o trânsito em julgado da decisão exequenda. O *tempo* para início da execução, destarte, é sempre bastante distante no tempo quando executado é o Poder Público em Juízo.

Mas não é só de ineficácia da tutela que vive ou que se caracteriza o “Poder Público em Juízo”. Também o sistema recursal de quando é a Fazenda interessada em causa é diverso. Assim o reexame necessário e o pedido de suspensão de segurança.

Providências e institutos que, se é que já se justificaram no tempo e na história do direito processual brasileiro, hoje já não se justificam. Não vou polemizar o tema por falta de tempo. Destaco apenas que, enquanto para os particulares descontentes com decisões dos Tribunais relativas a liminares confirmadas ou negadas originariamente ou em grau recursal há o sistema dos recursos extraordinário e especial *retidos* (CPC, art. 542, § 3º) há, hoje, para as pessoas jurídicas de direito público, o instituto do *novo* ou *segundo* pedido de suspensão, um verdadeiro atalho ou trampolim para acesso imediato, fácil e econômico aos Tribunais Superiores para corrigir e revogar decisões das Cortes Estaduais e Regionais, também criado pela que hoje é a Medida Provisória nº 2.180 e que está nos parágrafos do art. 4º da Lei nº 8.437/92 e nos dois novos parágrafos do art. 4º da Lei nº 4.348/64. Sem preocupações relativas ao destrancamento dos recursos *retidos*, sem preocupações como prequestionamento explícito, implícito, ficto ou numérico; sem problemas relativos à revalorização da prova.

5) Ações coletivas e o Poder Público

Também o sistema das ações coletivas movidas contra o Poder Público é diferenciado e sua *eficácia é reduzida*, quando comparado com o sistema das ações coletivas ajuizáveis contra os particulares. Importante que sejam destacadas algumas de suas mais recentes novidades. É decisiva para esta parte da exposição a que hoje é Medida Provisória nº 2.180-34 e que já foi Medida Provisória nº 1.798, 1.906, 1.984, 2.102.

O primeiro aspecto que deve ser destacado aqui diz respeito ao que pode ser denominado de “fragmentação territorial da coisa julgada”. Todos sabemos que, segundo a atual redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85, na redação que lhe deu a Medida Provisória nº

1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97 poucos meses depois, a coisa julgada da sentença que julga procedente ação civil pública fica restrita aos limites territoriais da competência do órgão jurisdicional que a prolatou nos seguintes termos:

“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”.

Ninguém pode negar as críticas que aquela *redução* territorial da coisa julgada — e, antes dela, dos *efeitos* da sentença — tem recebido desde então. Até porque, sustenta a maior parte dos autores que se debruçou especificamente sobre o tema, a *redução* intentada pelo Executivo e referendada pelo Legislativo é ou tende a ser ineficaz. Ineficaz porque competência jurisdicional e limites subjetivos da coisa julgada não podem ser tratados conjuntamente. Inócua a *redução* pretendida, ademais, porque o sistema da competência e da coisa julgada do Código de Defesa e Proteção do Consumidor — que junto à Lei da Ação Civil Pública cria um todo orgânico destinado ao que se convencionou denominar de *processo civil coletivo* — *não foi* modificado pela Medida Provisória nº 1.570/97 e por sua lei de conversão, a Lei nº 9.494/97.

Seria ingenuidade, no entanto, deixar de ver a razão pela qual se pretendeu implementar aquela restrição territorial: minimizar os efeitos práticos da *conscientização* do acesso *coletivo* à justiça que, no processo civil, tanto deve à ação civil pública.

Até porque, enquanto os autores faziam coro para acentuar a inocuidade da alteração do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, o Executivo Federal, desde a primeira reedição da que hoje é a Medida Provisória nº 2.180 — então Medida Provisória nº 1.798, de 11 de fevereiro de 1999 —, buscou ser mais certeiro em seu alvo ao criar um novo dispositivo para a Lei nº 9.494/97, o art. 2º-A, *caput*, com a seguinte redação:

“Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo, proposta por entidade associativa na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

Não que a inovação esteja isenta de críticas. Muito pelo contrário, os autores que já se manifestaram sobre ela não deixam de reconhecer diversos equívocos que teriam sido cometidos pelo novo texto normativo.

O fato, no entanto, é que a *mens* do dispositivo é bastante claro: a eficácia das sentenças proferidas nas ações coletivas reguladas pelo dispositivo deve ficar restrita ao território do órgão prolator. Com efeito. Estas alterações, tanto a do art. 16 da Lei nº 7.347/85, como, também, a introdução do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, setorizando ou fragmentando a

eficácia e a coisa julgada de ações coletivas, vieram a lume em momento em que ações civis públicas eram promovidas nas mais diversas seções judiciárias brasileiras para impedir, por fundamentos diversos, privatizações de empresas pertencentes ao Governo Federal. Realizava-se um leilão de privatização na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro ou na de São Paulo, por exemplo, e decisão originária de outras seções judiciárias, bastante distantes em alguns casos, determinava a não realização do leilão, a suspensão da alienação do patrimônio público ou outras medidas similares.

Sem questionar o acerto ou o desacerto destas decisões é certo que relacionar o local do leilão ao juízo competente foi a medida encontrada pelo Governo Federal para viabilizar e otimizar eventuais recursos contra decisões contrárias às privatizações. Outras tantas ‘soluções’ constam na que hoje é a Medida Provisória nº 2.180 com intento semelhante, dentre elas o “novo pedido de suspensão” (Lei nº 8.437/92, art. 4º, § 4º, e Lei nº 4.348/64, art. 4º, §§ 1º e 2º). Mas, naquele momento, o que se pretendeu, claramente, foi criar mecanismos para *controlar a origem* de possíveis liminares formuladas em ações civis públicas propostas contra aqueles atos do Governo Federal.

As ações coletivas são vasto campo de atuação das regras típicas do “Poder Público em Juízo”. Talvez porque seja no campo das ações coletivas que mais se tenha sentido o despertar da cidadania frente ao Estado-poder. Talvez porque o embate “interesse público do particular” e “interesse público do Estado” fique claramente evidenciado por ser um e outro, por definição, *plurais*. Justamente porque por intermédio destas ações qualquer um pode estar em juízo quando devidamente *representado* ou *substituído*. Daí a necessidade de destacar um segundo dispositivo, que diz respeito à apresentação de *autorização para agir* em ações coletivas propostas contra entidades públicas.

Com efeito. As novidades trazidas à Lei nº 9.494/97 e, conseqüentemente, às ações civis públicas ajuizáveis contra o Poder Público, não se encerram no que se refere à coisa julgada e/ou à fixação da competência jurisdicional e os problemas e dúvidas que daí decorrem.

O referido art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, aí introduzido desde a primeira reedição da que hoje é Medida Provisória nº 2.180 — direito vigente desde fevereiro de 1999, nunca é demais afirmar —, tem um parágrafo único que, pela sua própria expressão literal, só se dirige às ações coletivas ajuizadas contra o Poder Público.

É que se lê do dispositivo na sua atual redação, definida a partir da décima oitava reedição da que foi Medida Provisória nº 1.984, de 1º de junho de 2000:

“Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia

da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”.

O dispositivo, da forma como redigido, parece estar querendo *regular* ou *disciplinar* o comando do art. 5º, XXI, da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, segundo o qual “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. Curioso é que este parágrafo único só cuida desta *representação* para as ações coletivas propostas contra o Poder Público. Por quê?

A resposta a esta indagação repousa, acredito, no próprio contexto que esta medida provisória tem assumido paulatinamente nas suas sucessivas reedições. Definitivamente se pretende que esta *nova* disciplina alcance tão somente as ações coletivas propostas contra o Poder Público pela simples razão de que, em assim sendo, cria-se, para *estas* ações uma outra exigência, um outro elemento, a empecer, senão inviabilizar, pura e simplesmente, a prestação jurisdicional coletiva naqueles casos. A exemplo do que se dá com a *fragmentação* da coisa julgada por territórios já referida, os problemas que, porventura, surjam do novo dispositivo com relação a ações civis públicas ou coletivas ajuizadas contra particulares não está em primeiro plano. O destinatário imediato das *novas* regras e de suas claras *restrições* é o próprio Poder Público, que pretende se colocar “a salvo” do acesso *coletivo* à justiça, ao menos enquanto *réu*. Talvez por não reconhecer que é o Judiciário, em última análise, quem define o que é “interesse público” e que o distingue do “interesse do Estado”.

Para *estas ações* duas regras novas foram criadas: sua inicial deve ser acompanhada de relação nominal dos associados e indicação dos respectivos endereços e da ata da assembléia que autorizou a propositura da ação.

Oportuna esta última consideração. O art. 82, IV, da Lei nº 8.078/90, o Código do Consumidor, inspirado em um contexto de sadio (e necessário) acesso à justiça de direitos e interesses não individuais *dispensa* expressamente a autorização assemblear no caso de a ação não individual ser proposta por associações nas condições que especifica.

Se assim é, quando as pessoas políticas e administrativas que o dispositivo enumera são rés de ação coletiva — e desconsiderada, por ora, qualquer pecha de inconstitucionalidade — está derogada a dispensa de autorização assemblear, de que trata o Código do Consumidor.

O que me parece muito claro após todas estas considerações é que, na exata medida em que as ações coletivas mostraram-se como mecanismo eficaz de realização de direitos garantidos constitucionalmente (fossem direitos civis ou sociais), a partir do momento em que se mostraram instrumentos *eficazes de realização da cidadania*, portanto, a legislação infraconstitucional passou a ser *modificada* — digo *intencionalmente* modificada — com o fito

de arrefecer, reduzir, inibir, criar dificuldades ou, quando menos, questionamentos tendentes a esvaziar a eficácia típica daquelas ações. O mesmo, portanto, que ocorreu entre nós para o que hoje é o nosso mandado de segurança e que, na dependência dos interesses políticos predominantes de 1926, poderia ter sido nada.

O exemplo que melhor comprova esta afirmação é representado pelo novo parágrafo único no art. 1º da Lei nº 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública. Desde a décima oitava reedição da então Medida Provisória nº 1.984, hoje nº 2.180, foi introduzido um novo parágrafo único no art. 1º da Lei nº 7.347/85 segundo o qual não cabe ação civil pública para questionar créditos tributários ou previdenciários ou quaisquer fundos institucionais, inclusive o FGTS, quando seus beneficiários puderem ser individualmente identificados.

Enquanto doutrina e jurisprudência ainda buscavam critérios seguros para definição de hipóteses de cabimento sobre a ação civil pública para questionar tributos (v., em especial, os julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs. 195.056/PR e 213.631-0/MG, do Supremo Tribunal Federal), e, mais ainda, justamente no momento em que o Supremo Tribunal Federal acabava de reconhecer determinado direito dos fundistas a um padrão de correção monetária, a Medida Provisória veio proibir o uso destas ações coletivas para “veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente considerados”.

Um outro *corte* na ação civil pública significou, muito recentemente, seu descabimento para a tutela de *qualquer interesse difuso ou coletivo*.

Com efeito, o art. 53 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que vem sendo chamada de Estatuto da Cidade, introduziu um novo inciso no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, de número III. Por força do novo dispositivo, a ação civil pública passa a ter como objeto a proteção da “ordem urbanística”. O novo inciso, introduzido entre os demais, determina que os anteriores sejam remunerados. Assim, o que era inciso III passou a ser IV (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) e o IV (qualquer outro interesse difuso ou coletivo) passou a ser V. Ocorre que a que hoje é Medida Provisória nº 2.180 vem introduzindo um novo inciso V naquela mesma Lei, reservando o cabimento da ação civil pública para tutela de “infração da ordem econômica e da economia popular”. Mesmo que não intencionalmente, não há como deixar de *lamentar* a coincidência da destruidora Medida Provisória nº 2.180 com a revogação destacada. Por ela também não cabe ação civil pública para tutela de interesses ou direitos difusos porque o anterior inciso IV que, com a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, passou a ser V, com a Medida Provisória nº 2.180-34, de 27 de julho de 2001, passou a ter a seguinte redação: “por infração da ordem econômica e da economia popular”.

O que releva nesta sede é reiterar que a leitura do novo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85 bem evidencia que a maior parte de seus dispositivos e das alterações que introduz no Código de Processo Civil ou nas leis processuais civis extravagantes atrela-se, única e exclusivamente, ao que proponho seja objeto de reflexão específica: o direito processual civil voltado à solução das lides e dos conflitos de interesses regidos pelo direito público, isto é, *contra* o Estado em suas diversas órbitas de atuação, políticas ou administrativas. Trate-se de ações individuais, do particular contra o Estado, trate-se, como nesta última hipótese, de ações coletivas ajuizadas por algum ente legitimado para tanto, o Ministério Público, por exemplo, contra o Estado.

Parece haver, portanto, uma certa “coincidência” entre o atingimento da conscientização e da realização do acesso *coletivo* à justiça por intermédio da ação civil pública e a criação, por medida provisória ou pela via legislativa, de *dificuldades, fragmentações, cortes* e, até mesmo, verdadeiras *amputações* da ação civil pública. Tudo para que o acesso *coletivo* à justiça não seja tão *coletivo* assim ou, em alguns casos, para que não seja sequer *acesso*. Muito pelo contrário, para que seja apenas mais uma palavra lançada ao vento, uma promessa não cumprida, um valor constitucional que *não* consegue se realizar. Para que não seja *cidadania*.

Interessante para a conclusão do tema relativo às ações coletivas destacar o seguinte: o parágrafo único do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, aí introduzido pelo que hoje é a Medida Provisória nº 1.984 deixa bem claro que, nas ações coletivas contra o Poder Público, é documento indispensável de instrução da inicial a “relação nominal dos associados” do ente que propõe a ação. É errado concluir que uma petição inicial *apta* de uma ação coletiva proposta contra o Poder Público gera a *impossibilidade jurídica do pedido imposta* pela nova regra do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública?

O acesso *coletivo* à justiça quando o tema é questionar atos do Poder Público é, destarte, ainda mais árduo do que se dá quando o réu da ação é um particular.

Analisando estas mais recentes inovações introduzidas na Lei nº 7.347/85 e na Lei nº 9.494/97, mais parece que, a cada virtude que a ação civil pública alcançou nos seus 15 anos, impõe-se uma reprimenda, um castigo, uma pena. Que seja eficaz e virtuosa. Mas entre os particulares. Não contra os mandos e desmandos do Governo.

A este respeito são pertinentes as considerações de Ada Pellegrini Grinover:

“Alguns anos após a introdução, no Brasil, da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, passando pela linha evolutiva que levou ao

reconhecimento dos direitos individuais homogêneos, o balanço seria francamente positivo, não fossem as investidas autoritárias do governo”.⁸

Após destacar, a Professora Titular da Universidade de São Paulo, o papel fundamental das ações coletivas, dentre elas, a ação civil pública, para a conscientização e o fortalecimento das instituições democráticas e representativas brasileiras, conclui seu pensamento:

“Única nota dissonante, nesse cenário, é a atitude do governo, que tem utilizado Medidas Provisórias para inverter a situação, com investidas contra a Ação Civil Pública, tentando diminuir sua eficácia, limitar o acesso à justiça, frustrar o momento associativo, reduzir o papel do Poder Judiciário. O Legislativo, complacente ou desatento, não tem sabido resistir aos ataques, secundando a ação do Governo. A salvação só pode estar nos tribunais, devendo os advogados e o Ministério Público a eles recorrer, alimentando-os com a interpretação adequada das novas normas, a fim de que a resposta jurisdicional reflita as linhas mestras dos processos coletivos e princípios gerais que os regem, que não podem ser involutivos”.⁹

6) Medidas provisórias e a revogação de Súmulas dos Tribunais Superiores

A preocupação que envolve o que está sendo denominado de “O Poder Público em Juízo” também decorre da existência de diversas medidas provisórias que, se não tratam, especificamente, do processo civil, dele dependem para sua existência.

Neste contexto não posso deixar de destacar a circunstância de que os novos dispositivos introduzidos no Decreto-lei nº 3.665/41 (Lei das Desapropriações) pela que hoje é Medida Provisória nº 2.183-55, de 27 de julho de 2001, estarem “revogando” diretrizes sumulares dos Tribunais Superiores, inclusive do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Assim o novo art. 15-A da Lei de Desapropriação que reduz os juros compensatórios em desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para reforma agrária, para 6% ao ano, divergindo, destarte, da orientação das Súmulas 618 do STF e 110 do TFR. Mais, o § 1º do dispositivo parece pretender alterar a natureza jurídica destes juros quando dispõe que sua incidência só se justifica para “compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário”. Ora, “compensar a perda” é indenizar e se de indenização se trata, a questão não pode ser resolvida pela incidência de *juros compensatórios*, devidos pela perda antecipada da posse do bem desapropriado.

⁸. “A ação civil pública refém do autoritarismo” em *Revista de Processo* vol. 96, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1999, p. 36, 1ª coluna.

⁹. *Idem*, p. 36, 2ª coluna.

Por seu turno, o art. 15-B da Lei de Desapropriações, que regula os juros moratórios, não só reduz sua taxa para 6% ao ano, divergindo, assim, da Súmula 618 do STF, mas, também, dispõe que tais juros “... somente serão devidos (...) a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição”. Não há como negar que a incidência *tardia* dos juros de mora agride a cláusula da *justa e prévia* indenização constante do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal.

A nova redação dada aos parágrafos do art. 27 da Lei de Desapropriação, embora acolha a base de cálculo dos honorários de advogado fixada pela jurisprudência (Súmula 141 do STJ), limita a remuneração do advogado a R\$ 151.000,00, corrigidos monetariamente de acordo com o § 4º do dispositivo. De outra parte, alterando os percentuais regulados pelo art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, dispõe que a verba honorária será fixada entre meio e cinco por cento do valor da diferença.

A inclusão de um parágrafo único no art. 10 da Lei de Desapropriações é, também, uma forma de confrontar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto a Súmula 119 daquele Tribunal estipula que a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos, o novo dispositivo reserva o prazo de cinco anos para extinção do “direito de propor ação que vise a indenização, por restrições concorrentes de atos do Poder Público”.

Sequer comentarei, para não me desviar do foco relativo ao “Poder Público em Juízo”, quão comum é a prática de medidas provisórias “revogarem” súmulas dos Tribunais Superiores. Para ilustrar o problema, digno de outra mesa de debates, basta menção à circunstância de que contemporaneamente à edição da Súmula 233 pelo Superior Tribunal de Justiça (julgamento de 13 de dezembro de 1999, DJU de 8.2.00, p. 264), que entendeu não ser título executivo extrajudicial contrato de abertura de crédito em conta-corrente, mesmo quando assinado por duas testemunhas e acompanhado por extrato, veio a que hoje é Medida Provisória nº 2.160-24, de 26 de julho de 2001, que vem sendo editada desde 14 de outubro de 1999, para criar o que foi denominado de “cédula de crédito bancário”, título executivo com as características de liquidez, certeza e exigibilidade que o Superior Tribunal de Justiça acabara de afirmar inexistentes na relação contratual derivada da abertura de crédito.

À inadiável discussão quanto à inexistência de “relevância e urgência” que pudessem legitimar a constitucionalidade destas Medidas deve ser aliado o contexto desenvolvido até aqui. Não se trataria, aqui, também, da edição de atos normativos *interessados* no desfecho final da ação, quando é o Estado o perdedor? Não se estaria, também aqui, confundindo-se *interesse público* como *interesse do Estado*, quiçá do *governante*?

7) Considerações finais

Ao longo da exposição mencionei insistentemente a que hoje é — e ninguém sabe até quando — Medida Provisória nº 2.180 e que já foi 1.798, 1.906, 1.984 e 2.102.

A menção a ela é proposital. Trata-se de diploma que bem caracteriza e justifica este corte metodológico em torno do tema “O Poder Público em Juízo”. Menos para evidenciar que a Medida Provisória trata, precipuamente, de regras que só tem incidência quando uma das partes da relação processual é o Estado-poder, objeto das considerações do item 1, *supra*, e muito mais porque a “urgência” e a “relevância” subjacente às edições e reedições desta Medida Provisória são representantes, claras, inequívocas e pontuais de insucessos ou de receios da União Federal em juízo. A União tem medo do resultado de uma ação e modifica o processo civil, quando menos para dificultar ou “esvaziar” o resultado útil para o particular que tem razão, quando declarado seu direito pelo Judiciário. Evidentemente que as demais pessoas jurídicas de direito público, embora não tenham competência para legislar sobre processo civil (CF, art. 22, I), beneficiam-se destas novas regras também. Para elas, do mesmo modo como se dá com a União Federal, o processo civil passa a ser *menos* eficaz e, portanto, os direitos dos particulares (limites à atuação estatal) deixam de ser realizados, ao arrepio do que determina a ordem jurídica e, superiormente, a Constituição Federal.

Há, nestas condições, uma inegável *manipulação* da ordem jurídica para favorecer um interesse que só interessa ao Estado-poder, não ao Estado-sociedade; um interesse público que quer ser sinônimo de interesse do Estado-administração ou Estado-legislação (interesse público *secundário*, consoante doutrina dos administrativistas), mas não sinônimo do verdadeiro interesse público, que é aquele que só pode decorrer diretamente da Constituição (interesse público *primário*).

As tantas, constantes e persistentes modificações trazidas por aquela Medida Provisória e por suas sucessivas reedições, consistem — é esta a grande verdade — em criar mecanismos de atuação processual exclusivos da União, dos Estados-membros, dos Municípios, do Distrito Federal, de suas autarquias e fundações públicas. Assim é que cria novos recursos ou, quando menos, novas possibilidades de reexame de atos jurisdicionais perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (o *novo* pedido de suspensão do art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.437/92 e do art. 4º, § 1º, da Lei nº 4.348/64); veda, em alguns casos, a possibilidade de concessão de liminares, cautelares ou antecipatórias, contra o Estado; em outros tantos casos, nega a possibilidade da execução provisória contra o Estado (mote, diga-se de passagem, da recentíssima Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000); altera prazos prescricionais e normas processuais; fixa regras específicas para as ações coletivas propostas contra o Estado e assim por diante. Isto ao mesmo tempo em que a Medida Provisória também traz inúmeras modificações na organização e na atuação da Advocacia Geral da União, sustentam os administrativistas, flagrantemente inconstitucionais.

O tema, portanto, não pode se resumir, apenas e tão somente, na *identificação* de determinadas *prerrogativas* ou *privilégios* que caracterizam — quiçá *justificam* — a atuação do Poder Público em Juízo. Trata-se, aqui, muito diferentemente, de atestar uma modificação *interessada e casuística* da ordem jurídica para afastar das ações propostas contra o Poder Público a diretriz constitucional da efetividade do processo. Não se trata, pois, de apenas *operacionalizar* ou *justificar* a diferenciada atuação das Fazendas Públicas em Juízo a partir da lei e do sistema *postos, preexistentes*, mas, muito diferentemente, de destacar estas mais recentes alterações que tornam *inócua* ou, quando menos, extremamente mais difícil, a prestação jurisdicional quando é o Poder Público réu de uma ação.

Do mesmo modo que a Constituição veda a possibilidade de instituição de juízos ou tribunais de exceção (CF, art. 5º, XXXVII), é inadmissível que, *posto* o fato conflituoso, devidamente levado ao Estado-juiz, possa o réu da ação, mesmo que competente para tanto, *alterar* as regras visando à minimização ou à redução de eficácia de resultado favorável ao particular. A fonte primeira de poder do Poder Judiciário na Constituição deve, por si só, ter aptidão para tachar de ilegítimas tais iniciativas (bastante comuns do Estado brasileiro).¹⁰ Não só os Tribunais têm que ter sua composição e competência delimitados *antes* do fato a ser julgado mas, também, a *forma* pela qual o julgamento se realizará. Para que as conseqüências decorrentes da ordem jurídica *posta e preexistente* possa ser válida e não frustrar *legítima* expectativa de direito do particular.¹¹

¹⁰. Pertinentes, a propósito, as considerações de José Alfredo de Oliveira Baracho (*Teoria geral da cidadania*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 13), ao dissertar acerca da necessária imparcialidade funcional dos Magistrados: “Essa garantia essencial dos administrados leva à necessidade da existência de uma jurisdição em que o poder estatal seja exercido exclusiva e excludentemente por tribunais independentes prévia e legalmente estabelecidos, funcionalmente desenvolvidos de modo imparcial no processo, dirigidos à satisfação irrevogável de interesses jurídicos socialmente relevantes. É um poder cuja origem e determinação, apesar de estar assentado na lei, encontram seu amparo maior na Constituição. A Constituição, como norma maior, delimita, genericamente, a sua atuação, ao mesmo tempo em que proclama a sua competência essencial: aplicar a lei nos julgamentos e executar o que foi julgado, de conformidade com as normas processuais. Essa estabilidade, através do monopólio estatal da jurisdição, com suas particularidades, obriga o Estado a colocar à disposição de todos órgãos específicos e direitos a que todos devem submeter-se”.

¹¹. “Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraproposta a todas as formas de governo autocrático, é de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelece *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos* (...) Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos” e “Já tive oportunidade de dizer, e não me canso de repetir, que quem não se deu conta de que por sistema democrático entende-se hoje preliminarmente um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal mas não a única, não compreendeu nada e continua a não compreender nada a respeito da democracia. Não quero com isto dizer que é suficiente um governo respeitar as regras do jogo para ser considerado um bom governo. Quero apenas dizer que num determinado contexto histórico, no qual a luta política é conduzida segundo certas regras e o respeito a estas regras constitui fundamento da legitimidade (até agora não desmentido, apesar de tudo) de todo o sistema, quem se põe o problema do novo modo de fazer política não pode deixar de exprimir a própria opinião sobre estas regras, dizer se as aceita ou não as aceita, como pretende substituí-las se não as aceita, etc.”. (Norberto Bobbio, *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, São Paulo, Paz e Terra, 7ª edição, 2000, pp. 30/31 e pp. 77/78, respectivamente).

O que é fundamental de ser destacado nesta sede, destarte, é que a análise destas *novas* regras — exclusivas para o Estado enquanto réu de uma ação judicial — dá-se de modo mais *sistemático* se feita a partir da premissa aqui enunciada: a de que a *lide* que envolve o particular e o Estado é *qualitativamente* diversa daquela usualmente levada ao Judiciário para solução por intermédio do direito processual *civil*. O *contexto* de sua solução, destarte, é profundamente diverso se comparado com o que é subjacente à resolução jurisdicional dos conflitos de interesse tradicionais.

Trata-se de uma situação que aparece com bastante clareza no direito processual penal, cujo direito material a ser aplicado aos casos conflituosos é genuína e inquestionavelmente público: a *interiorização da lide*. Independentemente do conflito de interesses existente entre União e particular (e esta é a *lide* a ser resolvida com ânimo de definitividade pelo Judiciário), a própria União também sofre um conflito interno, uma verdadeira tentação derivada do confronto entre os interesses primários (públicos) e os interesses secundários (os interesses que a União tem, enquanto pessoa jurídica que é).

Se no direito processual penal a doutrina costuma se referir a este fenômeno como o conflito de interesses entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis* do indivíduo — conflito entre dois interesses *primários*, porque públicos, do Estado — ¹² aqui, direito processual civil, o conflito *interno* da União apresenta-se de forma bem mais nítida, talvez porque o choque se dê entre um interesse *primário* e um *secundário*. É que a União, parte interessada no feito, acaba, por medidas provisórias, por leis e por emendas à Constituição, *alterando* ou *manipulando* as regras de resolução dos conflitos, modificando resultados, dificultando realizações de direito, esvaziando a *eficácia* de ordens e comandos jurisdicionais, criando novos recursos e assim por diante.¹³ Tudo porque a União é parte *interessada* no desfecho da ação. Eis aí um campo fértil para desenvolvimento e sistematização do que pode ser chamado de “poder público em juízo”.

Aliás, a semelhança entre a concepção do processo na esfera *penal* e do processo quando aplicado ao direito *tributário* (direito material público) não escapou da arguta observação de Arruda Alvim: “A processualização do Direito Tributário, isto é, a só cobrança de tributos através de tribunais, com todas as garantias que hoje revestem o Poder Judiciário, em todos os Estados de Direito, coloca-se ao lado da chamada conquista da processualização criminal, já que antigamente a punição penal era franqueada aos detentores do poder, que prendiam e puniam como queriam, assim como era o poder tributário usado com discriminação

¹². A respeito, v. Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 12ª edição, 1990, p. 13: “Observa-se, aqui, um fenômeno interessante: com o simples surgimento da *pretensão punitiva* forma-se a *lide penal*. Mesmo que o autor da conduta punível não queira resistir à pretensão estatal, deverá fazê-lo, pois o Estado também tutela e ampara o *jus libertatis* do indigitado autor do crime. Revela-se, assim, a *lide penal* por meio do binômio: direito de punir *versus* direito de liberdade. É, pois, *sui generis* o litígio penal”.

¹³. Estas situações — que, infelizmente, não são imaginárias — são todas direito vigente no Brasil, mercê da que hoje é a Medida Provisória nº 2.180. O leitor interessado encontrará amplo material a respeito deste ‘corte metodológico’ e de sua utilidade no meu *O poder público em juízo*, São Paulo, Max Limonad, 2000, esp. pp. 217/227.

e arbitrariedade, significando instrumento de constante opressão política. Tal estado de coisas foi alterado pela Revolução francesa, instaurando-se uma ordem nova presente até nossos dias, com a denominação de Estado de Direito”.¹⁴

Tanto que em trabalho anterior escrevi o seguinte:

“Tendo chegado aqui, convenço-me que me foi útil *classificar* todas as normas sobre as quais me debrucei a partir de um critério único. Analisando-as como normas específicas de *direito processual público*, isto é, enquanto normas dirigidas e predestinadas a reger a atuação do Poder Público em juízo, buscando solucionar jurisdicionalmente conflitos em que o Estado faz parte, tive oportunidade de enxergar diversas facetas que, talvez, não fossem tão evidentes e cristalinas se examinadas de prisma diverso, do processo civil ‘tradicional’, voltado à solução de conflitos entre particulares.

O que proponho, destarte, para reflexão final é verificar em que medida o exame destas diversas alterações do prisma do direito *processual público* têm aptidão para revelar face menos clara e menos explorada pela doutrina e pela jurisprudência nacionais.

De minha parte, acredito que esta análise demonstra, com clareza, um patente desvio de finalidade na produção destas normas. O Estado, ciente de que faz ou fará parte de uma dada ação judicial, manipula, a olhos abertos, o sistema de resolução de conflitos para dificultar, impedir, atrasar ou neutralizar a pretensão do particular ou a sua efetividade”.¹⁵

De tudo quanto acentuado precedentemente, não há como deixar de notar que toda a vez que é o Poder — o Estado-poder — que está em juízo, o processo civil é modificado, recortado, verdadeiramente *manipulado*. Tudo é feito — esta é a grande verdade — para que o processo não funcione e, conseqüentemente, o direito material, que dele necessita para ser *realizado e concretizado*, fique carente de realização concreta em idêntica medida. Não é demais frisar a idéia de que “direito sem realização concreta, palpável”, não é direito. Foi-se o tempo que a mera declaração formal de direitos na Constituição, nas leis ou no ordenamento jurídico como um todo era suficiente. Cidadania não é mais só “ter direitos”, solenemente declarados. É, muito diferentemente, ter mecanismos *eficazes e concretos* de cumpri-los. Inclusive contra o Estado que, numa ordem jurídica, só pode ser concebido *sob* o Direito e de acordo com o Direito. Mormente em sistema de *jurisdição una* como o nosso em que paira para toda a atividade jurisdicional a grandeza do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

¹⁴. “Processo judicial tributário”, pp. 146/147, citado por Cleide Previtalli Cais, *O processo tributário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1996, pp. 178/179.

¹⁵. *O Poder Público em Juízo*, cit., p. 218, sem os destaques.

O processo é instrumento de realização do direito material. Quando o processo é voltado à efetivação do direito material público é ele mecanismo de concretização da própria razão de ser do Estado Social, Democrático e de Direito a que se refere a Constituição Federal. É, assim, instrumento de efetivação da própria cidadania, se é que correto acentuar existir cidadania que não possa ser a vivenciada e experimentada concretamente por uma dada sociedade, pelos *cidadãos*. Nestas condições, o direito processual público é o realizador do Estado Democrático de Direito. Acesso (e decesso) à Justiça é tema que *também* diz respeito ao Poder Público em Juízo.

É comum se afirmar que muitas das regras aqui mencionadas — e há diversos outros exemplos — são devidas porque há abusos por parte dos advogados, dos membros do Ministério Público e dos Magistrados. Porque há abusos por parte dos *atores* jurisdicionais, imperiosa a tomada de medidas enérgicas na linha das destacadas, restringindo a *eficácia* das ações propostas contra o Estado. Esta menor eficácia seria devida em nome de um interesse público, sinônimo de vontade do Estado. Como se existisse *interesse público* à margem da Constituição e da ordem jurídica.

Se existem tais abusos, entretanto, o que dizer de todas as emendas constitucionais, leis e medidas provisórias que *sempre*, no nosso país, quiseram, pretenderam e, de um modo geral, têm conseguido, minimizar, nulificar e destruir afirmações de direito que os particulares têm, mesmo que provisoriamente, contra o Poder Público?

Se existem tais abusos — quaisquer que sejam suas origens — o *meio* de impedi-los e de sancionar eventuais atos injurídicos daí derivados, bem como seus agentes, não é — e nunca foi — a generalização imposta pelas regras aqui destacadas

Confortam, no particular, as palavras que o Ministro Carlos Velloso empregou no voto que proferiu no julgamento da ADI nº 975-3, já mencionada:

“Admito que tenham ocorrido excessos na concessão de medidas liminares. A forma, entretanto, de conter esses excessos não é simplesmente proibir a concessão da liminar, ou de estabelecer tantos empecilhos a sua concessão que acabam por vedá-la. A MP 375, objeto da causa, quando não proíbe a concessão de liminar, cria tantos empecilhos à sua concessão, que acaba vedando, por via oblíqua, a liminar. Isto representa retrocesso e atenta contra a Constituição...”¹⁶

¹⁶. Arnold Wald, quando analisou, dentre outras, a Lei nº 4.348/64 e a Lei nº 5.021/66 e as restrições por ela incorporadas ao mandado de segurança, escreveu: “Somos os primeiros a aplaudir as medidas do executivo e do legislativo para a defesa da economia nacional e a proteção da nossa moeda. O que condenamos, todavia, é a técnica utilizada quando consiste em retirar a sua finalidade específica a um instituto que é um índice de civilização como o mandado de segurança (...), recursos esses que muito se coadunam com o sistema político de 1937, mas chocam, no regime democrático, no Estado de Direito” (*Do mandado de segurança na prática judiciária*, Rio de Janeiro, Forense, 1968, 3ª edição, p. 102). Mais recentemente, em estudo voltado à Medida Provisória nº 375 (que foi objeto da já mencionada ADI 975 perante o Supremo Tribunal Federal) Wald teve

Citando Miguel Reale, enfatiza Sua Excelência:

“Se há um valor a ser preservado em nosso Estatuto Político é esse o da primazia do individual e do social sobre o estatal, tanto assim que pela primeira vez em nosso Direito Constitucional, se cuidou antes da declaração dos direitos individuais e sociais para, somente depois, se tratar da organização do Estado”.

As Constituições brasileiras têm mudado, assim como o direito infraconstitucional que quer implementá-la. Fundamental, no entanto, que, paralelamente à alteração das cartas constitucionais, sejam também modificados, em idêntica proporção, os valores subjacentes às ordens jurídicas que têm se sucedido no tempo.

Mais do que nunca na história do direito constitucional brasileiro — o que, de resto, não é diferente na maior partes dos outros países —, a Constituição quis tutelar o cidadão *contra* abusos ou ameaças do Estado e da atuação, sempre crescente, da máquina administrativa. Municiou-o com instrumentos predestinados para tal fim. Se o inciso XXXV do art. 5º da Constituição brasileira quer que nenhuma *ameaça* a afirmação de direito seja afastada da apreciação imediata do Poder Judiciário; se daquele dispositivo é possível ler o princípio do acesso *efetivo* à Justiça; se tutela jurídica quer significar hoje não só *declaração* de direitos mas, também, sua *realização prática*, evidentemente que *também* todo o sistema de controle jurisdicional dos atos do Estado deve ser mudado, revitalizando o esquema de *proteção* do particular. Quando menos o modo de se pensar este sistema.

É chegada a hora — não sem alguma tardança — de se anunciar, de peito aberto que certas ‘prerrogativas’, certos ‘privilégios’ da Administração, que certas *concepções* do ato administrativo (ou de qualquer ato do Estado) *já não mais podem querer ter sua razão de ser*. Já não se *justificam*. E isto por uma razão simples. Porque as Constituições recentes, dentre elas a nossa, *exemplarmente*, desejam que qualquer tutela jurisdicional seja *efetiva*, de resultados, e não de mera declaração ou de reparação.

Oportuna, a este respeito, a referência ao pensamento de Maria Fernanda dos Santos Maçãs na dissertação que lhe valeu o título de Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. A presunção de *legitimidade* e de *plena operatividade* do ato administrativo, a separação dos poderes e a atividade revisora dos atos administrativos pelo Judiciário, são doutrinas que devem ser revistas de acordo com os novos *valores* e consoante as novas *realidades* das Constituições mais recentes:

“O reconhecimento efectivo dos direitos fundamentais da pessoa constitui um elemento essencial indispensável do Estado de direito. Porém, a efectividade do seu reconhecimento exige não só uma adequada declaração de

oportunidade de reiterar seu pensamento quanto à inconstitucionalidade de restrições à liminar em mandado de segurança (“Da inconstitucionalidade da Medida Provisória n° 375” em *RDA* 194/46-52).

direitos, mas, em especial, uma protecção jurisdicional imediata sem a qual as declarações constitucionais não passam de figuras retóricas, de textos declamatórios que formulam ideários, mas não atribuem nem protegem direitos. (...)

“O direito à tutela judicial efectiva aponta para um controlo integral e pleno da actividade administrativa como o principal instrumento de defesa dos particulares face à Administração”.¹⁷

E conclui pouco adiante, comparando a carência e a limitação do sistema cautelar contra o Estado com o que denomina de operatividade dos mecanismos cautelares da jurisdição comum:

“São conhecidas as razões classicamente invocadas para justificar tal situação: em primeiro lugar, a própria especificidade do direito público, em segundo o poder de autotutela da Administração e, finalmente, o princípio da divisão de poderes que proíbe o juiz de dar ordens positivas ou negativas à Administração. Razões que têm de ser repensadas e confrontadas com a reconhecida insatisfação e incapacidade da actual organização da jurisdição administrativa, quando esta pretende assegurar aos cidadãos uma tutela das suas posições jurídicas substanciais, plena e eficaz, tal como o impõe a Constituição. Daí a preocupação generalizada que se faz sentir nos vários países da Europa, tributários de um sistema de Administração executiva, com vista a rever a posição e o papel dos procedimentos cautelares no sistema de protecção judicial dos particulares perante a Administração”.¹⁸

Por isto que a autora não deixa de reconhecer que:

“A operatividade da protecção judicial é indissociável da garantia da utilidade das decisões jurisdicionais, ou seja, da conservação dos bens ou situações jurídicas litigiosas durante o processo, sob pena de a sentença final se tornar puramente ilusória”.¹⁹

¹⁷. *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 15/16.

¹⁸. Op. cit., p. 23.

¹⁹. Op. cit., p. 23. Não é diferente a perspectiva de José Luis Shaw, “Tutela jurisdicional efectiva en materia tributaria” em *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, nº 33, São Paulo, Revista dos Tribunais, julho-agosto 2000, p. 20: “En la base de este amplio ámbito que abarca la garantía de la tutela jurisdiccional está la evolución que há existido en la doctrina y en el derecho comparado en cuanto a la forma de concebir el principio de separación de poderes, como asimismo en el papel tradicional del Poder Judicial o de nuevos órganos jurisdiccionales que se han ido creando, a los cuales se les ha sido reconociendo u otorgando potestades de control del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo que los ha situado en un pie de igualdad jerárquica con éstos. Como bien señala Valdés se ha superado así la doctrina imperante en muchos derechos que negaba al Poder Judicial la facultad de pronunciarse sobre la legitimidad de los actos de los otros poderes y que inclusive lo colocaban en situación de inferioridad frente al Poder Ejecutivo. Esta evolución ha determinado que la misión de los órganos

Em que pese a pertinência e a contundência desta lição — que, quase despidendo escrever, sequer toma como base um sistema de jurisdição *una*, como o brasileiro —, o que hoje vemos, na tentativa de construir ou, quando menos, agrupar normas típicas de quando o Poder Público está em Juízo, é que estas normas significam, clara e inequivocamente, a ineficácia, a ineficiência, a quase inocuidade da tutela jurisdicional quando dirigida ao Estado-poder.

Seria desnecessário ir além. Mas como são mais de cinco dezenas de medidas provisórias pendentes de aprovação pelo Congresso Nacional, mensalmente reeditadas com as variações que o momento (a relevância e a urgência) impõe, como são inúmeros os casos em que estas medidas provisórias são convertidas em lei sem qualquer espécie de contestação ou indignação, talvez haja necessidade de uma maior ênfase: se a Constituição quer a República Federativa do Brasil como um Estado Social, Democrático e de Direito, não só os *fins* são regulados pela ordem jurídica mas também os *meios*, os *mecanismos* e os *instrumentos* para alcançá-los.²⁰

Pertinentes, a propósito, decisões relatadas pelo Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal de cujas ementas se lê o seguinte:

“É preciso advertir que as razões de Estado — quando invocadas como argumento de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público ou de qualquer outra instituição — representam expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter, à vontade do Príncipe (o que é intolerável), a autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a

jurisdiccionales ya no es solamente la de dirimir conflictos aplicando las normas legales y reglamentarias, sino también la de juzgar la legitimidad de éstas, defendiendo los derechos fundamentales consagrados en las constituciones contemporáneas y en los pactos internacionales; en otras palabras, defendiendo la Constitución contra los excesos de los poderes Legislativo y Ejecutivo”.

²⁰. Mais uma vez vale a transcrição dos ensinamentos de Arnold Wald, críticos às tantas restrições que as décadas de 50 e de 60 reservaram ao mandado de segurança: “Devemos conservar o mandado de segurança, impedindo que se lhe tire a eficácia, que é a única razão de sua existência. Não podemos voltar à ação sumária da Lei nº 221, como o homem civilizado não pode retornar à vida do homem primitivo. Há uma escola da liberdade, do mesmo modo que existe o progresso técnico. Necessitamos do mandado de segurança, devendo-se naturalmente evitar os abusos para conservar a pureza do instituto, mas nunca sacrificar o instituto aos abusos. Também o *habeas corpus* tem sido deturpado de sua finalidade real. É ele que permite que sejam soltos criminosos porque no prazo legal nem sempre é possível conseguir a ordem judicial de prisão, mas haverá alguém que, por isso, advogue a extinção do instituto? O mesmo se dá com o mandado de segurança, que responde a uma necessidade vital da nossa sociedade para o restabelecimento do equilíbrio entre interesses sociais e direitos individuais, equilíbrio cotidianamente violado e sempre restabelecido, graças ao mandado de segurança, que garante a proteção dos direitos certos e líquidos, contra a prepotência das autoridades administrativas, sendo o remédio heróico contra o mandonismo e a inércia burocrática” (op. cit., p. 102).

Acresço que a possibilidade de suspensão da ‘execução’ das decisões favoráveis aos particulares nas ‘ações sumárias especiais’ “si a isso não se oppuzerem razões de ordem publica” (Lei nº 221/1894, art. 13, § 7º) foi revogada pelo art. 2º do Decreto nº 1.939, de 28 de agosto de 1908, cujo art. 7º também estabeleceu o recurso de ofício naquelas ações com efeito suspensivo. A respeito, v. Almachio Diniz, *Das acções summarias especiaes e do direito ao emprego*, Rio de Janeiro, Leite Ribeiro & Maurillo, 1919, pp. 173, 204, 272 e 277. É verdade, no entanto, que para a “acção de nullidade de actos da administração”, manteve-se a regra no art. 29 do Decreto nº 3.048, de 5 de novembro de 1898 (Almachio Diniz, op. cit., p. 281).

idéia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está permanentemente exposto ao controle social dos cidadãos e à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e Tribunais”.²¹

“Razões de Estado — que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade — não se legitimam como argumento idôneo de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público”.²²

Fundamental, atual e pertinente, destarte, que o processo civil, mais do que nunca, deixe de ser estudado apenas e tão somente com os olhos voltados à solução dos direitos privados de outrora. Mesmo quando estudado o processo civil em que pessoa jurídica de direito público é parte, insuficiente o mero arrolar de regras técnicas, como se fossem elas umas poucas “exceções” à regra do “direito processual civil”. Definitivamente não. Assim, o “Poder Público em Juízo” não pode ser só “lista de regras (exceções) do sistema de direito privado. É muito mais do que isto, é realização da cidadania porque é a criação dos mecanismos da efetivação e concretização de valores desejados pelo povo brasileiro na Constituição e que, por isto mesmo, pairam sobre este ou aquele governante.

Não fosse por tudo o quanto assinalado até aqui este estudo justifica-se porque os maiores litigantes brasileiros são, justamente, as pessoas jurídicas de direito público. A União Federal, o INSS, o Estado de São Paulo e o Município de São Paulo, para citar os quatro entes que freqüentam com insistência e, muitas vezes, com teimosia, nossos Tribunais até o último recurso possível e imaginável.

Mister examinar este “direito processual público”, mister prestar atenção ao Poder Público em Juízo para se verificar em que condições, históricas ou atuais, pode a parte *interessada* no desfecho da ação em seu favor, manipular, transformar, modificar as regras pelas quais dado conflito será resolvido.

Quanto mais se fala em acesso à Justiça e no seu necessário e expedito decesso, mais há regras, constitucionais e infraconstitucionais que inviabilizam, para os casos em que há pessoas jurídicas de direito público envolvidas, a realização deste valor constitucional.²³

²¹. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 241.397/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, j.un. 10.8.99, DJU 17.9.99, p. 47.

²². Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, j.un. 26.9.00, DJU 16.2.01, p. 110.

²³. “A questão do acesso à Justiça, ou do direito à jurisdição, com a Constituição de 1988, ganhou novos rumos, como já dito. A temática da efetividade vem sendo discutida até mesmo em relação à eficiência do serviço público de prestar a tutela jurisdicional (adequada). É Luiz Guilherme Marinoni quem afirma que ‘a justiça deve ser pensada na perspectiva dos consumidores da prestação jurisdicional’. Essa perspectiva do cidadão como

Tomo a liberdade de finalizar estas considerações — que querem ser mais reflexões ou, ainda menos, convite de reflexão do que qualquer outra coisa —, com mais um breve trecho do discurso de posse do Ministro Marco Aurélio na Presidência do Supremo Tribunal Federal:

“Nesse ponto, convém estimular a mudança de atitude do Poder Judiciário que, em paralelo com a organização da sociedade civil, deve compreender a democracia participativa como o melhor e mais adequado meio para a definição de novas diretrizes. Impõe-se a reorientação do Judiciário nacional, para exercer ativamente atribuições que possibilitem a realização do objetivo principal e último: a concretização inquestionável, e não apenas teórica, virtual, da garantia de acesso a Justiça a todos, indistinta e eficazmente, sem o que qualquer democracia não passa de caricato arremedo ou mera utopia”.

Muito obrigado.

consumidor da tutela jurisdicional e do Estado como prestador desta toma relevância ainda maior com a inserção do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Tutela ‘eficiente’ é aquela ‘efetiva’, na medida em que corresponde ao direito material controvertido. O acesso deve ser não só à justiça, mas também ao direito, como, por exemplo, preceitua o art. 20 da Constituição Portuguesa” (...) “Como instrumento de efetivação dos direitos, o processo cumpre sua função. Como meio de entrega da tutela jurisdicional adequada (através da provocação), a jurisdição cumpre sua função. Processo e jurisdição são, respectivamente, condutor imediato e mediato do acesso à ordem jurídica justa. Como tal, restringir, através de leis, ou ainda, de medidas provisórias, o acesso à ordem jurídica, é impedir que o Estado cumpra sua função. Como causa e finalidade se confundem, em se tratando de Estado, tais medidas evidenciariam, na verdade, uma subversão de valores, já que retirariam dele, Estado, a sua razão de ser, ao argumento singelo de autoproteção” ((Raphael Augusto Sofiati de Queiroz, *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, pp. 95 e 99).