



**GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO**



. DIREITO PÚBLICO.

REVISTA JURÍDICA

**VOLUME XI – NÚMERO 1/2
JANEIRO/DEZEMBRO 2014**



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

DIREITO PÚBLICO:

Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

DIREITO PÚBLICO:
REVISTA JURÍDICA DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Rua Espírito Santo, nº 495 – Centro – 30.160.030
Belo Horizonte – MG – Brasil
Fone: (31) 3218-0700 - Fax: (31) 3218-0742
<http://www.age.mg.gov.br>

GOVERNADOR DO ESTADO

Alberto Pinto Coelho

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL

Roney Luiz Torres Alves da Silva

CONSELHO EDITORIAL

Dr. Alberto Guimarães Andrade (MG – Advocacia-Geral do Estado)

Profª. Drª. Amanda Flávia de Oliveira (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Antônio Agostinho Cardoso da Conceição Guedes (PORTUGAL - Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)

Drª. Cármen Lúcia Antunes Rocha (DF – Supremo Tribunal Federal)

Drª. Carla Amado Gomes (Portugal – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Prof. Dr. Carlos Víctor Muzzi Filho (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)

Prof. David Sanchez Rubio (ESPAÑA - Universidad de Sevilla)

Prof. Dr. Emerson Gabardo (PR – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná)

Prof. Dr. Érico Andrade (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)

Dr. Jaime Nápoles Vilela (MG – Advocacia-Geral do Estado)

Prof. Dr. Jason Soares Albergaria Neto (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito Milton Campos)

Prof. Dr. Jorge Miranda (Portugal – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Dr. José Jairo Gomes (DF – Procuradoria-Geral da República)

Drª. Luísa Cristina Pinto e Netto (MG – Advocacia-Geral do Estado)

Profª. Drª. Márcia Carla Ribeiro (PR - Procuradoria-Geral do Estado e Faculdade de Direito da UFPR e PUC-PR)

Profª. Drª. Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho (PORTUGAL - Escola de Direito - Universidade do Minho)

Profª. Drª. Misabel Abreu Machado Derzi (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)

Profª. Drª. Raquel Melo Urbano de Carvalho (MG – Advocacia-Geral do Estado)

Dr. Roney Luiz Torres Alves da Silva (MG – Advocacia-Geral do Estado)

Dr. Sérgio Pessoa de Paula Castro (MG – Advocacia-Geral do Estado)

Prof. Dr. William Byrnes (EUA - Thomas Jefferson School of Law)

Prof. Dr. Wilson Nerys Fernández (URUGUAI - Facultad de Derecho - Universidad de la República - Udelar)

DIRETOR

Alberto Guimarães Andrade

COORDENADORES

Onofre Alves Batista Júnior

Antônio Carlos Diniz Murta

Luísa Cristina Pinto e Netto

COMISSÃO TÉCNICA

Lícia Ferraz Venturi

Julietta Dias Nascimento

Bernardo Guimarães Loureiro

Geraldo Coccolo Jr.

FOTO CAPA

Gil Leonardi / Imprensa MG.

Solicita-se permuta / Pídese canje / On demande l'échange
Si richiede lo scambio / We ask for exchange / Wir bitten um Austausch

Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais / Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n. 1, (Jul./Dez. 2004). – Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 2004 - .

Anual

Formada pela fusão de: Direito Público: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais e Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.

ISSN 1517-0748

1. Direito público - Periódico 2. Direito tributário - Periódico I. Minas Gerais - Advocacia-Geral do Estado II. Título.

Bibliotecária: Lícia Ferraz Venturi CRB/6-1913

© 2014 Centro de Estudos - ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Publicado no Brasil

Publishing in Brazil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

1 DOCTRINA

DA IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO - Alberto Guimarães Andrade e Raphael Böechat Alves Machado	9
REFLEXÕES SOBRE OS FATORES DE SEGURANÇA E JUSTIÇA NOS CURSOS DE ENSINO SUPERIOR - Fábio Murilo Nazar	23
EXTENSÃO DA IMUNIDADE DO ICMS NAS EXPORTAÇÕES - Gabriel Arbex Valle	29
DIREITO DE PRIVACIDADE E INFORMAÇÕES DISPONÍVEIS - Ives Gandra da Silva Martins	39
O ESTADO DE BEM-ESTAR, O DIREITO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES - Júlio Cezar Rachel de Paula	47
(AINDA) ISONOMIA PROCESSUAL: CONDIÇÃO <i>SINE QUA NON</i> PARA A EFETIVIDADE MATERIAL DO PROCESSO? - Leonardo Oliveira Soares	63
OS LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: o caso da judicialização da saúde - Luíza Viana Melo	77
RESPONSABILIDADE CIVIL AQUILIANA DO ESTADO - Rodrigo de Moura Ramos	105
2 PARECERES, NOTAS JURÍDICAS E PEÇAS PROCESSUAIS.....	117
3 SÚMULAS ADMINISTRATIVAS	163
4 LEGISLAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO.....	167
ORIENTAÇÃO EDITORIAL.....	171

APRESENTAÇÃO

A Advocacia-Geral do Estado apresenta ao leitor mais um fascículo de sua Revista Jurídica, iniciando a segunda década de existência, com o mesmo compromisso de continuar noticiando os mais variados assuntos pertinentes à advocacia pública que permeiam as complexas demandas judiciais que envolvem o poder público.

A Revista da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais é uma publicação anual e contém informações de direito público, com destaque especial para as questões tratadas pelos procuradores do Estado de Minas Gerais.

São várias as contribuições para este fascículo e todos merecem destaque pela relevância dos assuntos abordados e a qualidade dos estudos apresentados. São artigos de doutrina, pareceres, notas jurídicas, peças processuais, etc.

Abrindo este fascículo, os autores apresentam importante trabalho sobre usucapião do bem público e política urbana, com enfoque no déficit de habitação do nosso país, assunto que provoca indagações e questionamentos. Seguindo o aspecto social, a segunda doutrina aborda a qualidade da educação, especificamente no ensino superior.

O presente fascículo apresenta também outros assuntos como, imunidade tributária em exportação, o bem-estar social e o Código Penal (1940), a judicialização da saúde, a responsabilidade do Estado por seu agente, isonomia processual, e o ilustre autor Ives Gandra da Silva Martins, apresenta, como contribuição de sua autoria, importante reflexão sobre o ‘Direito de Privacidade e Informações Disponíveis’.

Ademais, importantes pareceres e peças processuais de Procuradores do Estado de Minas Gerais fazem parte deste fascículo, que também muito enriquecerão o conhecimento jurídico dos leitores.

*“Se o Estado não existisse, seria necessário inventá-lo?
Seria o Estado Necessário e teria que ser inventado?”
‘NOZICK, p.19, 1991.’*

DOCTRINA

DA IMPOSSIBILIDADE DO USUCAPIÃO DO BEM PÚBLICO

ALBERTO GUIMARÃES ANDRADE*

RAPHAEL BOËCHAT ALVES MACHADO**

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O papel do Estado na pós-modernidade. 3 Do usucapião do bem público - impossibilidade? 4 Breve giro hermenêutico constitucional. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Com certa periodicidade o tema do Usucapião do Bem Público retorna aos debates acadêmicos e judiciais, ora movido por um cunho ideológico, ora por conceitos estratificados, residindo a polêmica, com raras exceções, no postulado da “imprescritibilidade do bem público x função social da propriedade (pública)”.

Os defensores desta moderna corrente, que admitem o usucapião do bem público, dividem os bens públicos em “materialmente públicos” e “formalmente públicos”, caracterizando estes últimos, chamados bens dominicais.

Uma parte dos juristas, que partem da premissa da disponibilidade (alienação) do bem público, entende que os bens dominicais apenas incorporam o patrimônio da Administração Pública em caráter formal e, por não estarem afetados a esta ou aquela atividade, poderiam sobre eles recair alguns institutos do direito privado. Como se sabe, o bem público enquanto destinado à consecução de uma finalidade pública (afetação) é inalienável, perdendo tal roupagem quando desafetado e guindado ao patrimônio disponível do Estado.

O conteúdo normativo que auxilia os defensores desta corrente é sólido, partindo, para alcançar tal objetivo, da chamada função social da propriedade pública e da concessão especial para fins de moradia.

O legislador só fez acinzentar os sólidos e negritos dispositivos constitucionais, pois, tanto os artigos 182 e 183 do Texto Maior, quanto a MP 2.220/01 e a Lei do “Minha

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Ex-Professor de Direito Administrativo da PUC-MG.

** Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica-MG. Professor de Direito Administrativo da FAMIG - Faculdade Minas Gerais. Advogado.

Casa Minha Vida” permitem que, com uma leitura mais dinâmica, se conclua pela a impossibilidade desta forma extrema de aquisição.

Assim, pretende-se responder se os argumentos aqui tratados são suficientes para se concluir pela possibilidade do Usucapião do Bem Público.

2 O PAPEL DO ESTADO NA PÓS-MODERNIDADE

“Se o Estado não existisse, seria necessário inventá-lo? Seria o Estado Necessário e teria que ser inventado?” (NOZICK, p.19, 1991)

Com estas proposições, Robert Nozick inicia sua obra “Anarquia, Estado e Utopia” para enfrentar duas questões: a necessidade do Estado e, se necessário, qual seria o tamanho do Estado.

Com alguma frequência percebem-se embates ideológicos de boa argumentação sobre um Estado Mínimo ou um Estado Máximo, até onde vai ou deveria ir o dever público pela gestão e atenção aos interesses dos seus súditos.

Até onde a garantia de liberdade pelo Estado, ou mesmo de um bem estar comum seria bem-vinda e a partir de que momento seria uma opressão?

O papel do Estado como progenitor da boa qualidade de vida entre os seus súditos precisa ser liquefeita¹, pois qualquer que seja a função por ele desenvolvida não foi capaz de saciar os anseios de seus súditos, quer visto pelo “*laissez faire, laissez passer*”, quer seja visto como *Welfare State*.

Há e sempre houve uma camada de opressores e de oprimidos, seja qual for o papel do Estado, e depositar em suas costas expectativas da resolução de todos os males de uma comunidade é tão ingênuo como ineficiente.

Como dito, se o conceito de Estado até hoje ainda não está definido, é pelo simples motivo de que não é sólido o suficiente para se perenizar no tempo, devendo então ser derretido para uma releitura que a adequa ao seu tempo.

Em arremate preciso sobre a dualidade “Capital X Trabalho” e o papel do Estado, cabe realçar a lição do Professor Batista Júnior (2011, p. 318-319):

Em outras palavras, o modelo mais social de Estado entrou no meio do confronto entre capital e trabalho, evitando que esse duelo competitivo colocasse em causa a paz social. As fagulhas resultantes do enfrentamento dos dois polos se transformaram em reivindicações (de um) por direitos sociais e (de outro) por

¹ As realidades cadavéricas, rígidas, restritas, sólidas e impassíveis deveriam ser (poderiam ser, teriam de ser, seriam) fundidas em nome de realidades ainda mais sólidas, imunes ao acaso, a mudanças não planejadas, não intencionais e não controladas, invulneráveis aos caprichos do destino. As realidades sólidas que ainda existem precisam ser derretidas, exatamente porque não são sólidas o bastante, não tão sólidas quanto as realidades que a razão e as habilidades humanas podem projetar e atualizar se forem seriamente aplicadas. (Bauman, 2010, p.133)

menores tributos. O novo pacto social desenhado parte do pressuposto de que o capital deve pagar tributos para que o Estado Tributário Distribuidor preste serviços necessários ao atendimento das necessidades dos trabalhadores. O entrechoque entre capital e trabalho é assim camuflado e, em nome da paz social, esse enfrentamento só deve se revelar na forma de duas lutas: capital x Estado; Estado x trabalho.

Ao que parece, este embate jamais será solucionado, ainda mais quando pensamos na natureza do homem racional como maximizador de riquezas e interesses, homem este que desafiou a moral Kantiana e o imperativo categórico e que impõe ao Estado uma constante reflexão sobre o seu papel.

A questão da assimetria posicional do cidadão na comunidade foi objeto de vasta exploração na filosofia contemporânea, tema bem focado na célebre obra de John Rawls, “Teoria da Justiça”.

A obra de Rawls acena para um novo olhar no que tange ao conceito de Justiça, ao preconizar situações como “Posição Original” e Justiça como “equidade”. Certamente que uma obra de tamanha repercussão trouxe consigo posteriores e intermináveis críticas, mas não por isto perdeu a sua importância para a história.

Para John Rawls, o conceito de Justiça fundado por uma comunidade deveria ser escolhido na chamada “posição original”, momento em que as pessoas, sob o “véu da ignorância”, optariam pelos princípios que governam uma sociedade.

O primeiro princípio que as pessoas escolheriam seria o Princípio da Liberdade, uma vez que ninguém ousaria optar pelo utilitarismo, pois ao ser retirado o véu a pessoa eventualmente se depararia com uma minoria oprimida.

Há também um segundo princípio, denominado Princípio da Diferença, que consiste na possibilidade da existência de diferenças sociais e econômicas na sociedade, que são admitidas de modo a prestigiar todas as classes sociais.²

É que, ao ser retirado o “véu da ignorância”, as pessoas se depararão, cada uma, com um lugar na sociedade, onde uns serão empreendedores, outros trabalhadores, alguns com aptidões físicas ao esporte, outros não.

Haverá a seguinte ideia: em primeiro, todos escolherão os princípios que os governam numa posição originária e concordarão com o máximo de liberdade possível, e, necessariamente em segunda ordem, escolherão os aspectos econômicos e sociais desta comunidade.

² Para ilustrar o princípio da diferença, consideremos a distribuição de renda entre as classes sociais. Suponhamos que os vários grupos pertencentes a diferentes faixas de renda estejam correlacionados a indivíduos representativos, e que referência às expectativas destes últimos possamos julgar a distribuição. Ora, digamos que aqueles que de início são membros da classe empresarial na democracia com propriedade privada têm melhores perspectivas do que aqueles que de início estão na classe dos trabalhadores não especializados. Parece provável que isso será verdadeiro mesmo quando as injustiças sociais agora existentes forem eliminadas. O que, então, pode justificar esse tipo de desigualdade inicial na perspectiva de vida? De acordo com o princípio da diferença, a desigualdade é justificável apenas se a diferença de expectativa foi vantajosa para o homem representativo que está em pior condições, neste caso o trabalhador representativo não especializado. A desigualdade de expectativas seria justificável somente se a diminuição tornasse a classe trabalhadora ainda mais desfavorecida. (RAWLS, 2000, p. 82)

Assim, por haver necessariamente uma ordem de escolha, primeiro liberdade e depois diferença, não haverá limitação à individualidade garantida para uma vantagem social ou econômica.

1º) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

2º) as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos, e (b) vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS, 2002, p. 64, p. 88)

Logo, os benefícios oriundos da liberdade não seriam oprimidos por benefícios sociais ou econômicos. Decerto que haveria diferença social e este segundo princípio (diferença) só seria permitido se ela absorvesse tanto aos menos como aos mais favorecidos.

Claro que há uma distância entre o campo do ser para o campo do dever ser e o próprio Rawls reconhece isto.³

A questão aqui é fundamental: ainda que pensemos num conceito de Justiça para a distribuição dos bens públicos ou mesmo da riqueza social, sempre haverá aqueles alijados do seio social e aqueles em abundância de recursos, e isto não é injusto; injusto é não reconhecer esta realidade.

Michael Sandel, um dos mais eloquentes filósofos da contemporaneidade, cita em sua obra “Justiça - o que é fazer a coisa certa -” um discurso de John Kennedy: “Ainda que trabalhem para erradicar a pobreza material, há outra tarefa de grande importância: enfrentar a pobreza das aspirações que nos aflige a todos” (SANDEL, 2011, p. 323)

O instigante Sandel, ao dissertar sobre o abismo entre pobres e ricos e a redistribuição, argumenta que esta diferença afasta as pessoas de um ideal cívico comum, pois com a ausência da necessidade do uso dos serviços públicos pelos mais ricos, estes certamente não defenderão os impostos da mesma forma que se defenderá uma maior intervenção no domínio destes em prol do benefício comum.⁴

³ Devemos repudiar a alegação de que as instituições sejam sempre falhas porque a distribuição de talentos naturais e as contingências das circunstâncias sociais são injustas, e essa injustiça deve inevitavelmente ser transferida para as providências humanas. Eventualmente essa reflexão é usada como desculpa que ignore a injustiça, como se a recusa em aceitar a injustiça fosse o momento que ser incapaz de aceitar a morte. A distribuição natural não é justa nem injusta; tampouco é injusto que as pessoas nasçam em uma determinada posição na sociedade. Esses fatos são simplesmente naturais. O que é justo ou injusto é a maneira como as instituições lidam com este fato. (RAWLS, Teoria da Justiça, seção 17)

⁴ “Alguns filósofos que cobriam impostos dos ricos para ajudar os pobres argumentariam em termos de utilidade; subtrair cem dólares de uma pessoa rica e dá-los a uma pessoa pobre só diminuiria um pouco a felicidade do rico, especulam eles, mas aumentaria muito a felicidade do pobre. John Rawls também defende a redistribuição, porém com base no consentimento hipotético. Ele argumenta que, se elaborássemos um contrato social hipotético partindo de uma posição original de igualdade, todos concordariam com o princípio que fundamentaria alguma forma de redistribuição. (...) Surgem então dois efeitos negativos, um fiscal e outro cívico. Primeiramente, deterioram-se os serviços públicos, porque aqueles que não mais precisam deles não tem tanto interesse em apoiá-los com seus impostos. Em segundo lugar, instituições públicas como escola, parques, pátios recreativos deixam de ser locais onde os cidadãos de diferentes classes econômicas se encontram. (...) o

Mas será mesmo que a questão partiria para uma correção das assimetrias, como propõe o ilustre comunitarista Michael Sandel? Assim, estaria reduzido ou estratificado que o papel do Estado, enquanto instituição, é garantir uma integridade (um sentimento comunitário) em todos de pertencer a uma mesma realidade?

Ao nosso sentir, uma grande característica dos filósofos comunitaristas, como Sandel, diz respeito à fortalecer alguns conceitos, buscando-se um ideal de igualdade, o que pode, em última instância, afastar os ideais de liberdade preconizados por um Estado livre.

O intervencionismo estatal para determinar o que seria justo, o que seria belo e o que seria aceitável rompe com a individualidade e os direitos das minorias, para assegurar ao maior número de pessoas (e, não a todos!) um sentimento de Justiça.⁵

Não nos parece acertado resolver a questão da moradia, o verdadeiro déficit existente, por meio de políticas ideológicas ou discursos sobre assimetrias posicionais, mas, realmente, permitir a todos a oportunidade de buscar por seus próprios méritos tal direito.

Nos assentamos então na chamada “Teoria da Propriedade de Nozick”, qual seja:

“Se o mundo fosse inteiramente justo, a definição indutiva seguinte cobriria exaustivamente a questão da justiça na propriedade.

A pessoa que adquire uma propriedade de acordo com o princípio da justiça na aquisição tem direito a essa propriedade. A pessoa que adquire uma propriedade de acordo com o princípio de justiça em transferência, de alguém mais com direito à propriedade, tem direito à propriedade. Ninguém tem direito a uma propriedade exceto por aplicações (repetidas) de 1 e 2. Uma distribuição é justa se, por meios legítimos, surge de outra distribuição justa. (...) As primeiras ‘transferências’ legítimas são especificadas pelo princípio de justiça na aquisição. (a) O que quer que surja de uma situação justa, através de etapas justas, é em si justo.” (NOZICK, 2011, p.193)

Isto é instigante quando percebemos que o Estado não cria riqueza, mas se vale do seu gerenciamento arrecadatório para prover aos seus súditos um mínimo básico de subsistência.

O bem, seja dominical, de uso especial ou de uso comum, foi adquirido às expensas, às custas da arrecadação tributária, do labor de cada cidadão, de modo que ao privilegiar uma classe, em detrimento da outra, traz à tona um novo conceito de utilitarismo.

Laborar no Estado progenitor do bem estar social é rebocar questões complexas de Justiça distributiva sobre um ideal democrático.⁶

esvaziamento do domínio público dificulta o cultivo do hábito de solidariedade e do senso de comunidade dos quais dependem a cidadania democrática”. (SANDEL, 2011, p. 327-328)

⁵ Esta opção é destacada por BAUMAN (2010, p. 134) no que ele chama de posturas de jardinagem. Chamei essa atitude moderna de “posturas de jardinagem”: munidos de uma imagem da perfeita harmonia, os jardineiros arrancam certas plantas, chamando-as de ervas daninhas. Elas são como hóspedes não convidados e nada bem vindos, destruidores da harmonia, mancha nas paisagens. A implantação de um projeto, a construção da ordem concebida, exige que as ervas daninhas sejam arrancadas e exterminadas com agrotóxicos, para que as plantinhas úteis e/ou esteticamente prazerosas prosperem e floresçam, cada qual em seu próprio vaso ou canteiro. Ao se fazer um jardim, a destruição das ervas daninhas é um ato de criação. É arrancar pela raiz, envenenar ou queimar essas ervas que transforma o caso selvagem em ordem e harmonia.

A questão a ser indagada e definida é se cabe ao Estado Democrático, de forma plena, gerenciar e orquestrar o interesse da totalidade de seus cidadãos no que diz respeito ao aspecto da moradia. Ou, melhor dizendo, estaria o patrimônio do Estado, por pertencer a todos, destinado a angariar certa parcela menos favorecida da comunidade? Se positiva a respostas, sob quais condições?

3 DO USUCAPIÃO DO BEM PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE?

Com a finalidade de reduzir o déficit de moradia e adequar os ideais das Cidades Sustentáveis, foi editada, em 04 de setembro de 2001, a Medida Provisória 2.220, a qual dispõe sobre o § 1º, do art. 183 da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos:

Art.1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

(...)

Art.3º -Será garantida a opção de exercer os direitos de que tratam os arts. 1o e 2o também aos ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos, com até duzentos e cinquenta metros quadrados, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estejam situados em área urbana, na forma do regulamento.

Soma-se o referido texto ao conhecido “Estatuto das Cidades”, a Lei nº 10.257/07, que assim dispõe:

Art. 9º - Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

⁶ Com ênfase, assevera Nozick (1991, p.191): “Quando princípios de justiça distributiva de resultado final são incorporados à estrutura judiciária de uma sociedade, eles (como acontece com a maioria desses princípios) dão a todos os cidadãos um direito impositivo a alguma parte do produto social total, isto é, a alguma parte da soma total dos produtos individual e conjuntamente gerados. Esse produto social total é gerado por indivíduos que trabalham, utilizando meios de produção que outros pouparam para que existisse, e por pessoas que organizam a produção e criam meios para produzir novas coisas ou coisas antigas de nova maneira. Sobre esse conjunto de atividades individuais, os princípios distributivos padronizados conferem a cada indivíduo um direito impositivo. Todos eles têm um direito às atividades e produtos dos demais, independentemente de se estes participara, de relacionamentos particulares que dão origem a esses direitos e sem levar em conta se eles assume esses direitos por caridade ou em troca de alguma coisa. Seja isso feito através de tributação dos salários, ou dos salários acima de certo volume, ou de confisco de lucros ou ainda se há uma grande panela social, de modo que não é claro o quem de onde e vai, os princípios padronizados implicam a apropriação de atos de outras pessoas. Tomar os resultados do trabalho de alguém equivale a tomar-lhe horas dirigindo e dirigi-lo para que execute várias atividades. Se pessoas o obrigam a realizar certo trabalho, ou trabalho não remunerado, durante certo período de tempo, elas decidem o que você tem que fazer e a que finalidade seu trabalho deve atender, à parte suas próprias decisões. Esse processo, pelo qual tomam essa decisão, transformam-nos em co-proprietários de sua pessoa, dão-lhes um direito de propriedade sobre você, da mesma maneira que ter esse controle e poder de decisão parcial, por direito, sobre um animal ou objeto inanimado implicaria ter um direito de propriedade sobre eles.”

§1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Os textos da Medida Provisória e do Estatuto das Cidades, já citados, vieram a planificar o §1º do artigo 183 da CR/88, qual seja:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Ocorre que o §3º do próprio artigo 183 do texto constitucional é enfático ao declarar que “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”, texto este repetido pelo Código Civil em seu art. 102: “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”.

Até o momento, não há dúvidas em se afirmar pela imprescritibilidade do bem público, ainda que dominical, haja vista que o caput do artigo 183 da Constituição faz referência a todos os bens, públicos e privados, sendo que o §3º veio justamente a excetuar os bens públicos de tal possibilidade.

Ocorre que os defensores do usucapião apoiam-se no artigo 60 da Lei nº 11.977/09 (Lei do “Minha Casa Minha Vida”), que assim dispõe:

Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

O argumento é sedutor, já que a Constituição possibilita a aquisição da propriedade mediante o evento tempo, a Medida Provisória 2.220/01 regulamenta a Concessão Especial para Fins de Moradia sobre os bens públicos e a lei do “Minha Casa Minha Vida” admitiu a conversão da legitimação da posse em título de propriedade.

Daí a celeuma advinda de dispositivos constitucionais materialmente contraditórios e desconexos, como bem adverte Carvalho Filho (2014, p. 1 172): “Infelizmente, o legislador só fez aumentar a confusão sobre a matéria. Na verdade, nem há usucapião, nem o autoriza o art. 183 da CF. A aquisição da propriedade, ao contrário, decorre da própria autorização contida na lei.”

Em apoio a este posicionamento, assevera Perlingieri (2007, p. 53):

A própria distinção entre direito privado e público está em crise. Esta distinção, que já os Romanos tinham dificuldade em definir, se substancia ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses. Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil

individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público.

Tal pensamento originou o posicionamento de Rosenvald e Chaves (2009, p. 279):

Os bens públicos, poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social.

Deste arcabouço, começa a brotar no Poder Judiciário decisões que asseguram o usucapião do bem público, conforme Acórdão para o Processo: Número do 1.0194.10.011238-3/001 - Relator: Des.(a) Barros Levenhagen - Data do Julgamento: 08/05/2014 - Data da Publicação: 15/05/2014

O que acontece neste caso, é que os moradores (ex-funcionários do DER/MG), pouco a pouco foram edificando suas casas no local do acampamento. Com o tempo, as famílias foram crescendo, criando-se vínculo com a propriedade e desde então se passaram aproximadamente 30 anos. Hoje, uma pequena vila, dotada de infraestrutura como: asfalto, energia elétrica, mina e uma pequena igreja. Esta área ocupada pelos moradores, corresponde aproximadamente a 26% do imóvel. O restante encontra-se livre. A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o *animus domini*, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição.

E ainda:

Usucapião de domínio útil de bem público (terreno de marinha). (...) O ajuizamento de ação contra o foreiro, na qual se pretende usucapião do domínio útil do bem, não viola a regra de que os bens públicos não se adquirem por usucapião. Precedente: RE 82.106, RTJ 87/505. (RE 218.324-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20-4-2010, Segunda Turma, DJE de 28-5-2010.)

Apesar da resistência a tal remota possibilidade de usucapião do bem público, não se pode desconsiderar a solidez e lógica deste argumento.⁷

⁷ Este é o pensamento de José dos Santos Carvalho Filho (2014, p.1.172): É verdade que há entendimento no sentido de que é vedado o usucapião apenas sobre os bens materialmente públicos, assim considerados aqueles em que esteja sendo exercida atividade estatal, e isso porque somente estes estariam cumprindo a função social. Dissentimos, concessa vênua, de tal pensamento, e por mais de uma razão: a uma, porque nem a Constituição nem a lei civil distinguem a respeito da função executada nos bens públicos e, a duas, porque o atendimento, ou não, à função social somente pode ser constatado em se tratando de direitos privados; bens públicos já presumidamente atendem àquela função por seres assim qualificados.

A Lei nº 11.977, de 7.7.2009, que dispõe sobre o “Programa Minha Casa, Minha Vida”, prevê a conversão da legitimação da posse em registro de propriedade, “tendo em vista sua aquisição por usucapião, na forma do art. 183 da Constituição (art.60). infelizmente, o legislador só fez aumentar a confusão sobre a matéria. Na verdade, nem há usucapião, nem autoriza o art. 183 da CF. a aquisição da propriedade, ao contrário, decorre da própria autorização contida na lei.

É este o debate que se instala e, como visto, as linhas que separavam o público do privado realmente não estão mais tão claras,⁸ o que inverte a ordem natural das coisas e faz lembrar as palavras de Fernando Pessoa: “*Navegar é preciso, viver não é preciso*”.

4 BREVE GIRO HERMENÊUTICO CONSTITUCIONAL

Como destacado nos tópicos anteriores, as correntes filosóficas de Robert Nozick – Estado Mínimo –, John Rawls, equidade, e Michael Sandel - interesse comunitário - defendem com sólidos argumentos a maior ou menor intervenção do Estado na vida comunitária.

De modo que, para compreender a noção de Estado e as premissas que alicerçam o trabalho, rememoramos os filósofos mencionados.

Para Nozick (2011, p. 194-196), há a chamada liberdade negativa, de não interferência do Estado - ainda que democraticamente eleito - sobre os chamados direitos de propriedade ou titularidades adquiridas de maneira não fraudulenta.

Já para Rawls (1971, p. 12-15), não há um chamado dever negativo, e sim, uma estrutura básica de sociedade em que cabe aos seus cidadãos e representantes um dever de corrigir as assimetrias na distribuição de direitos, oportunidades e recursos.

A Teoria da Justiça é profunda e merece uma reflexão à parte, não objeto deste estudo. Mas, basicamente, o conceito igualitário de Rawls parte de algumas premissas:

- 1) Posições originárias: a chamada equidade, que é a possibilidade de escolhermos os princípios que governam uma sociedade sob o véu da ignorância, ou seja, sem conhecermos nosso real lugar na sociedade;
- 2) Dois princípios (Liberdade e Diferença) governam esta escolha e, criteriosamente, respeitarão esta ordem: Igualdades, à todos será guardada uma máxima liberdade na comunidade, desde que não atente contra a liberdade alheia e, sucessivamente, a Desigualdades, não havendo críticas a esta, desde que atenda de modo indiscriminado a todos e, preferencialmente, aos menos favorecidos.

Já para Sandel (2012, p. 327-328), é dever da comunidade diminuir os abismos existentes entre pobres e ricos, de modo a trazer o sentimento de que todos pertencem a uma mesma comunidade.⁹

⁸ Na área do Direito Público, têm-se produzido privatizações que provocaram um traslado de uma de suas áreas mais importantes ao Direito Privado; a mudança é tão profunda que o Direito Administrativo tem sido levado à sua mínima expressão. Mas ao Direito Privado lhe resulta difícil explicar a ideia de um serviço público forçoso e de utilizar suas ferramentas tradicionais para defender os consumidores. De outra parte, temas típicos do Direito Privado, como os familiares e os da pessoa se tornam públicos. Não é possível resolver casos vinculados à genética, sem considerações públicas, ou temas contratuais, sem uma avaliação da economia. (LORENZETTI, 1998, p. 227).

Com todos estes embates filosóficos, cada qual com seu argumento e sua coerência, busca-se, à luz do texto constitucional, identificar a possibilidade ou não do usucapião do bem público.

Este embate nasce da concepção constitucional como carta política que, ao prescrever normas de atingem o campo do ser e o campo do dever ser, exige um modelo interpretativo apurado, diferenciado ontologicamente da norma infraconstitucional.¹⁰

Não basta ao jurista ater-se ao texto programado e repeti-lo, cabe a ele uma verdadeira função de co-autoria que unem a um só tempo, leitor e objeto, de modo a ser recriada por aquele a realidade trazida por este. Isto por que a construção do sentido deriva da experiência de mundo vivida pelo hermenêuta, sendo impossível dissociar o ser do objeto neste juízo interpretativo. Trata-se da ideia de união que foi trazida por Hans-Georg Gadamer.¹¹

Gadamer aprofundou os estudos de Martin Heidegger¹², para quem a realidade do objeto fazia-se a partir da metodologia do experimento, enquanto que, para ele, a questão da hermenêutica nascia da real experiência.¹³

⁹ O professor Galuppo (2006, p. 515-529) bem resume este embate: “As teses básicas do comunitarismo são a tese da prioridade do bem sobre o justo e a tese da prioridade do todo sobre a parte. A tese da prioridade do bem (entendido como a felicidade da comunidade) sobre o justo (entendido como os direitos individuais) indica que alcançar a felicidade social é mais importante que realizar os direitos individuais (entendidos pelo liberalismo como fruto da vontade individual ou coletiva), porque a felicidade coletiva é interpretada como causa da existência da organização societária. A tese da prioridade do todo sobre a parte indica que, no conflito entre interesses coletivos e direitos individuais, aqueles devem prevalecer sobre estes, porque, em última instância, são a sua causa, origem e fundamento. Assim, podemos definir o comunitarismo como a concepção que afirma a prevalência ontológica, axiológica e histórica da comunidade sobre o indivíduo. As teses básicas do liberalismo são a tese da prioridade do justo sobre o bem e a tese da prioridade da parte sobre o todo. A tese da prioridade do justo sobre o bem indica que a existência da sociedade só se justifica enquanto permita a realização, em grau máximo, da liberdade, entendida como livre-arbítrio, razão pela qual os direitos individuais produzidos racionalmente são superiores a todos os demais interesses coletivos, na medida em que servem de fundamento a estes. A tese da prioridade da parte sobre o todo indica que, no conflito entre interesses coletivos e direitos individuais, estes devem prevalecer sobre aqueles, porque, em última instância, os indivíduos são tidos pela causa e fundamento da sociedade, cuja origem é explicada mediante a hipótese de um contrato voluntário realizado entre indivíduos livre. Assim, podemos definir o liberalismo como a concepção que afirma a prevalência ontológica, axiológica e histórica do indivíduo sobre a comunidade.” Para ele, qualquer leitura posta deve partir do seguinte postulado:

¹⁰ “Uma Constituição se utiliza de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal, moralidade ou dignidade humana. Isso se deve ao fato de que ela se destina a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no textos. A interpretação consiste na atribuição do sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas.” (BARROSO, 2009, p. 270-271)

¹¹ Assim como as coisas – essas unidades de nossa experiência do mundo, constituídas de apropriação e significação- alcançam a palavra, também a tradição, que a nós chega, é trazida novamente à linguagem na nossa compreensão e interpretação dela. A lingüisticidade desse vir à palavra é a mesma que a da experiência humana do mundo em geral. É isso o que levou a nossa análise do fenômeno hermenêutico, finalmente, à explicação da relação entre linguagem e mundo (GADAMER, 1999, p. 662).

¹² O fenômeno existencial da descoberta que se funda na abertura da presença transforma-se em propriedade simplesmente dada, que ainda guarda em si caráter de relação e, como tal, torna-se uma relação simplesmente dada. Verdade como abertura e ser descobridor, no tocante ao ente descoberto, transforma-se em verdade como concordância entre seres simplesmente dados dentro do mundo. Com isso, fica demonstrado o caráter ontologicamente derivado do conceito tradicional de verdade. (HEIDEGGER, 2005, p.294)

Para Heidegger, a descoberta do ser, alétheia, traduz a própria essência do homem, sendo este o único animal a buscar este conhecimento.¹⁴

Nesta interpretação do texto constitucional, destaca-se um modelo de hermenêutica constitucional, já destacado pelos autores em outro momento, que ora permite-se a menção:

O plano das normas constitucionais acentua-se acima do plano da legislação ordinária, o que não permite o seu choque ou colidência, jamais podendo, assim, a Constituição estar em choque com a lei. Ao contrário, caso esta não seja pertinente ao Texto Maior, estará relegada ao ostracismo, ao exílio da inconstitucionalidade. Assim, jamais a lei do “Minha Casa, Minha Vida” poderá dispor sobre vedação constitucional;

B) O juízo de interpretação constitucional deve ser adequado pelo intérprete, de modo que una, em um só plano, o antigo texto escrito aos atuais anseios de uma sociedade plúrima, justa e digna, sem que se comungue a construção de uma Lei Maior paralela, método este de mutação constitucional que desalinhe ao conteúdo programático do texto; mas, também não se pode perder de vista o desserviço da fossilização constitucional;

C) Assim, ainda que se entenda ser obsoleta a vedação constitucional, sua alteração somente será feita por meio de emenda constitucional, pois aquele plano superior merece a alteração por norma de mesmo quilate. Porém, nada impede que, no plano inferior, seja regulamentado um modo – legal, impessoal, moral, público e eficiente –, da utilização do bem dominical e sua disposição à sociedade. (MACHADO, 2014, p. 2)

D) Os bens públicos carregam consigo a contribuição de cada súdito em suas horas de trabalho, do seu dispêndio físico e emocional arrecadado pelo Poder Estatal, não podendo este agraciar uma ou outra parcela de maneira indiscriminada e à margem dos contribuintes.

E) A Constituição erigiu-se em Estado Democrático, sendo indevido se falar no privilégio de alguns (utilitarismo) em detrimento de tanto os outros. Logo, ao se entender que a tributação é uma invasão do Estado na propriedade privada, esta deve ser justificada ao benefício ou interesse de todos, enquanto coletividade.

O bem público é indisponível, pois arrecadado a expensas da coletividade, não podendo, assim, sofrer as influências destas ou daquela ideologia, dado que não se pode justificar os benefícios de tantos para o sofrimento de outros.

A indisponibilidade do interesse público é tratada por Mello (2009, p. 55)¹⁵ como pedra angular do direito administrativo, questão também enfatizada por Fagundes, para quem “administrar é aplicar a lei de ofício”. (1975, p.17)

¹³ Foi por isso que eu mantive o conceito de Hermenêutica, que o jovem Heidegger empregou, porém não no sentido de uma doutrina de método, mas como uma teoria da experiência real, que é o pensamento. (GADAMER, 1999, p.25)

¹⁴ A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.

Nesta contenda, ainda que se fale neste verdadeiro clamor por uma política urbana mais civilizada e eficiente, isto deve vir das boas práticas de gestão administrativa e enunciados legislativos à luz da Constituição, e não, frise-se, da omissão do Administrador de momento.

Ao se violar o princípio da indisponibilidade do interesse público, que tem base na constituição vigente, não se está somente transgredindo uma norma, mas indo de encontro ao mais caro em nosso Estado Democrático, agredindo, em contumélia irremediável, o arcabouço constitucional.¹⁶

5 CONCLUSÃO

A evolução do Direito Administrativo, hoje muito mais atento aos direitos e garantias individuais, não pode chegar ao ponto de investir contra os princípios basilares que regem a Administração Pública, a saber, (i) a indisponibilidade do interesse público e (ii) a supremacia do interesse público.

Desta feita, não se pode criar ou estender a interpretação de uma norma legal a pretexto de aceitar o usucapião de bens públicos, ainda que em situações limites. Aliás, norma neste sentido deve ser tida por inconstitucional diante da clara opção do constituinte, que assegurou no país a validade do postulado da indisponibilidade do interesse público.

Faz-se imprescindível a defesa do interesse público, não só por questões filosóficas e históricas, mas, também, pelos efeitos danosos à sociedade que uma norma deste jaez daria. Deixar ao alvedrio apenas da diligência e vontade do administrador de plantão a cura do patrimônio público seria um risco e um atentado ao bem comum. Não cabe admitir que a inércia do servidor público, na boa guarda dos bens públicos, cause prejuízo a todos.

A alienação de bem público só é legítima se precedida de lei com causa e finalidade públicas bem delineadas. O instituto do usucapião, portanto, só pode caber entre particulares, sendo a norma constitucional correta ao vedar o usucapião de bens públicos, de qualquer espécie, em toda circunstância.

Desta forma, o legislador protege efetivamente o interesse de todos, distinguindo a atividade privada da pública. Não se há de acatar, portanto, a possibilidade de um particular

¹⁵ Todo o sistema do Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público. A indisponibilidade do interesse público significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*. (1987, p. 11)

¹⁶ "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada." (MELLO, 2000, p. 748)

haver a propriedade que é de todos, do Estado, sem prévio ato legal. Em casos tais, a posse assim adquirida é injusta e precária e pode (deve) ser recuperada a qualquer tempo pelo Estado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Por que a “guerra fiscal”? Os desafios do Estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.102, p.305-341, jan./jun. 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. 278p.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*. Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 10 406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 5 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm>. Acesso em: 5 maio 2014.

CARVALHO FILHO, José. dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Shcuback. Petrópolis/RJ: Vozes, 2005. Parte 1

GALUPPO, Marcelo (Coord.) *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Ed. Puc Minas, 2006. 736p.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Raphael Boechat Alves. Da (im)possibilidade da usucapião de bem público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4102, 24 set. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30295>>. Acesso em: 25 out. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisettas e Lenita M. R. Esteves. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SANDEL, Michael J. *Justiça*. 5.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

REFLEXÕES SOBRE OS FATORES DE SEGURANÇA E JUSTIÇA NOS CURSOS DE ENSINO SUPERIOR

FÁBIO MURILO NAZAR*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Os valores universais da segurança e da justiça. 3 Regras inseguras de avaliação. 4 O ideal da justiça. 5 O dom de ouvir para aprender e ensinar. 6 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Os critérios inerentes à segurança e à justiça precisam ser repensados no que concerne aos cursos de ensino superior. Há conflitos entre coordenadores de cursos, professores e discentes, que por vezes tem como base a falta de diálogo entre as partes envolvidas no ensino. No primeiro tópico abordaremos os valores universais da segurança e da justiça. Já no segundo capítulo trataremos das inseguras regras de avaliação das IES. No terceiro tópico voltaremos os olhos para o ideal da justiça. Encerramos nosso trabalho com a reflexão sobre o dom de ouvir para aprender e ensinar.

2 OS VALORES UNIVERSAIS DA SEGURANÇA E DA JUSTIÇA

Durante o desenvolvimento de uma carreira, passamos por diferentes etapas e situações que nos impõe reflexões nunca antes imaginadas. Nós, os estudantes e operadores do Direito, estamos acostumados com duas coisas que nos são caras, apesar de por vezes, serem inconciliáveis. Quais sejam: a segurança e a justiça.

A segurança se expressa mediante a definição de uma ordem traduzida por um sem números de normas jurídicas que nos retratam o que chamamos de “ordem jurídica nacional”. Mas não é somente a ordem jurídica que nos interessa, mas também a ordem derivada do respeito às instituições e as pessoas que as dirigem, quando estas instituições e pessoas norteiam suas condutas de modo adequado, probo e responsável.

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Coordenador do curso de Direito da Faculdade Arnaldo Janssen. Advogado.

Por sua vez, a justiça se apresenta como um fim a ser atingido mediante a prática de dar a cada um o que é seu, o que efetivamente lhe pertence, sendo certo que a indicação do quê deve ser dado a cada um advirá do mérito apresentado.

Pois bem, porque esta indagação se faz presente neste artigo em que buscamos o aperfeiçoamento dos gestores de cursos superiores e tentamos traçar os rumos a serem seguidos pelas Instituições de Ensino no intuito de atingirem a excelência em seus cursos superiores de graduação e pós-graduação? A resposta não é simples de ser dita, mas vamos a ela. Inicialmente é preciso lembrar que a educação é obra cultural do homem, criada para atender a sua necessidade de transmissão e assunção de conhecimentos. A atual geração aprende, inventa e aperfeiçoa o que lhe foi legado por seus antepassados e compartilha com as futuras gerações o que lhe foi ensinado e aplicado no decorrer da sua existência, quase sempre com aprimoramentos. Pela educação, cada um recebe um pouco de informações que são absorvidas, elaboradas e transmitidas aos que virão. É impossível imaginar a criação de um foguete espacial, sem termos a certeza de que aquela obra não é fruto da inteligência isolada de um único homem, mas sim da acumulação do conhecimento de várias gerações. Para ilustrar, basta pensarmos o que seria do foguete sem a “rodinha” que o leva até a posição de lançamento. Mas voltemos ao tema. A educação, como todo fato social relevante, é tratada pelo Direito. E não é por qualquer Direito, mas sim pelo maior de todos os seus ramos, que é o Direito Constitucional. Os artigos 205 e seguintes da CR/88 tratam do tema. Pontuamos os principais ditames para afirmar que *“a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”* (art. 205 da CR/88) e *“o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: cumprimento das normas gerais da educação nacional; autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”* (art. 209, I e II, da CR/88). Como bem dito pela Constituição, o ensino é livre. Assim, cabe às Instituições de Ensino Superior definir a sua matriz curricular e os planos de ensino de suas disciplinas, sendo dado ao professor, dentro de sua liberdade de cátedra, o condão de definir como desenvolver o aprendizado de seus alunos. A liberdade, no entanto não é absoluta, pois encontra limites na autorização e avaliação dos cursos pelo Poder Público. Assim temos uma liberdade vigiada pelo Estado através de seus inúmeros órgãos de fiscalização, dos quais ressaltam-se o Ministério da Educação (MEC) e, no caso do curso de Direito, a Ordem dos Advogados do Brasil, que também atua como fiscal indireto, mediante a outorga de um selo de qualidade. No conjunto de normas disciplinadoras dos cursos e nos critérios “objetivos” de avaliações do MEC e da OAB, nós os coordenadores de cursos, esperávamos e deveríamos encontrar a segurança jurídica para identificarmos os pontos fortes e fracos das Instituições que estão sob nossa gestão, corrigindo-os quando necessário ao aprimoramento educacional.

3 REGRAS INSEGURAS DE AVALIAÇÃO

No entanto, o que se vê não é bem isto. As regras de avaliação do MEC mudam constantemente, sendo certo que quase não se repetem de uma avaliação para outra. Sem falar que muitos dos critérios são subjetivos e dependem da avaliação pessoal de quem conduz a inspeção in loco. Ao assumir a coordenação do curso, propus aos meus colegas do Núcleo Docente Estruturante uma busca semestral dos indicativos de qualidade do Ministério da

Educação, sendo logo advertido pelos mais experientes que, ainda que verificássemos semestralmente, quando da visita, certamente teríamos que nos adequar aos inúmeros novos critérios inventados para aquele período avaliativo específico. No mesmo passo a OAB, que exerce uma fiscalização indireta, mas relevante, pois cada vez mais se dividem as faculdades de Direito naquelas que possuem o selo da OAB, daquelas que não o possuem, também resolveu seguir o exemplo do MEC, traçando, de tempos em tempos, novos critérios avaliativos. Vejamos notícia vinculada no site da Ordem dos Advogados do Brasil¹:

Belém – O Colégio de Presidentes de Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou a instituição de uma comissão nacional para estudar os critérios e debater avanços para o Selo OAB Recomenda. A publicação é divulgada uma vez a cada gestão do Conselho Federal da OAB e traz os nomes das instituições de ensino superior que possuem os cursos de Direito de melhor qualidade, conforme critérios de avaliação específicos estipulados pela entidade. (...) A decisão foi tomada na última reunião do Colégio, na capital paraense, da qual participaram os 27 presidentes de Seccionais, conselheiros federais e toda a diretoria da OAB Nacional.

A necessidade de obtermos boas notas na avaliação do MEC e da OAB, aliado à falta de segurança quanto ao caminho a ser seguido pelos gestores dos cursos superiores, faz com que nos percamos quanto ao foco principal da educação, que é ensinar aos nossos alunos aquilo que aprendemos, com a excelência de que eles também possam passar este conhecimento aos seus discentes, quando assumirem os postos de mestres acadêmicos. Esperamos, também, que apliquem, com êxito, o ensinamento nos bancos escolares na prática de suas profissões. No entanto, a conclusão é a de que ensinar com a nota cinco na avaliação do MEC e com o selo de qualidade da OAB está cada vez mais difícil, pois nem sempre conseguimos nos adequar a estes padrões entabulados nos gabinetes das autoridades públicas, sem consulta às salas de aula e à sala dos professores, locais da sede e morada do conhecimento humano. Enfim, a segurança para ensinar está cada vez mais difícil, pois o que se vê é um emaranhado de critérios voláteis e subjetivos que parecem ser feitos para não ser cumpridos.

4 O IDEAL DA JUSTIÇA

Resta-nos o ideal da justiça. Mas esta também vem sofrendo as suas ranhuras. Quando tivemos a oportunidade de estudarmos direito, uma das lições que pudemos apreender foi a de que seguir os bons valores, as regras e normas jurídicas seria sempre o melhor caminho para atingirmos a justiça. Afinal, segundo Aristóteles, o justo se confundiria com a norma socialmente entabulada para reger determinado fato ou situação social. Mas aqui nos deparamos com a realidade de que nem sempre é assim. Um dos exemplos é a regra estipulada pelo Estado para o controle da liberdade de educação, de que devemos ter em nossos quadros um número de professores com titulação de mestrado e doutorado, sob pena de não obtermos a nota máxima esperada. Ademais, devemos ter um número significativo de professores com dedicação exclusiva.

¹Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25639/oab-cria-comissao-nacional-para-debater-avancos-ao-selo-oab-recomenda>> Publicado no dia 20 de maio de 2013 às 09h05.

Ora, em uma instituição de ensino superior bem intencionada, mas de pequeno porte, a consecução destes percentuais faz com que alguns bons docentes, mas sem título sejam postos para fora da instituição, apesar de terem anos de experiência. No lugar deles são postos outros com título, mas sem vocação e humildade para a docência. Afinal, segundo a cartilha estatal os quadros devem conter o número desejado pelos órgãos de fiscalização. Outras vezes verificamos o que ainda é mais nocivo ao ensino. A necessidade de outorgar a professores que não têm escopo em uma determinada disciplina a obrigação de lecioná-las, em prejuízo dos alunos, mas em favor do MEC e da OAB que impõem a dedicação exclusiva de um determinado número de professores. Ao invés de contratarmos mais professores especialistas em cada área do conhecimento, temos que contratar alguns generalistas, que de tudo conhecem e para tudo servem, como professores de disciplinas as mais distintas.

Por outro lado, é preciso identificarmos um outro fator alheio à justiça nos cursos superiores. A concorrência de instituições de ensino superior que visam o lucro, sem a preocupação com a excelência de seu ensino e que continuam operando sem a devida fiscalização do seu conteúdo e dos seus resultados como agentes do ensino, já que, diante dos órgãos de controle, tiraram a nota 03, que é a mínima para passarem de ano. Aqui, talvez os critérios de avaliação tenham feito o seu maior estrago à justiça, pois atribuem notas por vezes iguais a Instituições com filosofias desiguais. Equiparam instituições que querem ensinar com instituições que querem apenas obter o lucro mediante a venda de diplomas superiores. Fica a seguinte frase que surge quando esta bandeira é levantada: ah, mas há sempre a vitória do justo que poderá atingir a condição de nicho de excelência em seu ramo de ensino cobrando um pouco mais dos seus alunos que estarão prontos para pagarem mais por esta excelência. Ora, não há mantenedora que consiga esperar 05, 07 ou mesmo 10 anos para começar a colher o lucro do seu investimento na excelência do ensino enquanto vê a sua vizinha, nem tão boa assim, faturando alto com o ensino.

Como comecei termino esta parte de minha reflexão. O desafio do coordenador do curso é maior do que poderíamos pensar em nossas carreiras de operadores do Direito, médicos, enfermeiros, ou qualquer outra profissão que nos formamos e decidimos ensinar às novas gerações, pois nem sempre encontramos o apoio reconfortante dos pilares da segurança e da justiça.

5 O DOM DE OUVIR PARA APRENDER E ENSINAR

Outro aspecto relevante é a conotação de que alguns gestores e professores, por mais qualificados que sejam, não conseguem se desprender de um certo “ar orgulhoso” da condição de docentes do ensino superior, desprezando completamente a condição de aprendizado de nossos alunos. Afinal de contas, é preciso salientar que os estudantes estão nos bancos das universidades públicas e privadas para aprenderem algo que ainda não conhecem, mas que querem ter para a continuidade de suas vidas, tomando este conhecimento buscado como suas profissões para uma vida de labor. No entanto, é certo que alguns professores tomam os alunos como adversários do conhecimento, e não como páginas em branco cujo texto deve ser escrito por eles mesmos, os professores. Chama a atenção a lição da professora Alessandra Schiarantolla, que reflete de maneira peculiar o eterno conflito entre o aluno, o professor e o gestor da escola, cuja solução se encontra, por vezes em garantir ao

aluno o direito de ser ouvido naquilo que ele pretende e dos professores e gestores de fazerem pequenas mudanças no seu comportamento encastelado e de desprezo frente aos seus pupilos e “clientes”. A professora Alessandra Schiarantolla² bem indica a questão, cujo texto trazemos:

Em chegando a conhecimento dos gestores estas questões, ficamos escutando sempre as mesmas reclamações: 1. Gestores – “esses alunos que vêm ‘lá das brenhas’ (como dizemos por aqui), nunca tiveram um ar-condicionado em casa, vêm reclamar dos nossos ...”; 2) Professores – “esses alunos não querem nada com nada, não se esforçam, não gostam de ler, ficam conversando e dormindo na hora da aula, e quando chega o dia da prova, reclamam que não entenderam, queixam-se da nota. Quer saber, não vou esforçar por eles, vou agir com rigor e eles que se dêem mal”. É fácil perceber que esse é o pensamento da maioria dos profissionais, que prefere se colocar numa posição superior, do tipo “eu sei tudo”, “enxergo fácil tudo isto”, “sou vivido no ramo e muito esperto”. (...) Como devemos agir então? (...) Tudo fica mais fácil quando iniciamos pelo ponto certo, saber quem e o que quer esse aluno, caso contrário não conseguiremos ler os sinais de insatisfação dos alunos calouros, nem, muito menos, dos veteranos.”

A reflexão trazida nos leva a crer que nós gestores e professores, não temos, como regra, a paciência de aprendermos com a oitiva dos reclames de nossos alunos, colegas de magistério e colaboradores. Só aprende quem primeiro escuta. Mister lembrar que o processo de educação é bilateral, sendo uma mão dupla entre aluno e professor. Devemos possuir a parcimônia para escutar os anseios alheios e aprender com eles, sob pena de não podermos educar e ensinar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos que a falta de diálogo entre os atores do ensino superior, alunos, discentes e gestores, traz uma dificuldade ao aprendizado, pois se estes importantes personagens não conseguem ouvir e dialogar entre si, como irão aprender e ensinar mutuamente. Ademais, os valores segurança e justiça foram prejudicados pela constante manipulação dos critérios avaliativos das Instituições de Ensino Superior no Brasil, mudanças nem sempre necessárias e que afetam a qualidade do ensino.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *OAB cria comissão nacional para debater avanços no selo OAB recomenda*. Brasília: OAB, 2013.

² Buscando a satisfação dos discentes no ensino superior, páginas 1 e 2. Publicado em Programa de capacitação para coordenadores de cursos de Instituições de Ensino Superior.

SCHIARANTOLLA, Alessandra. *Buscando a satisfação dos discentes no ensino superior*. Belo Horizonte: Carta Consulta, 2013.

EXTENSÃO DA IMUNIDADE DO ICMS NAS EXPORTAÇÕES

GABRIEL ARBEX VALLE*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Imunidade de ICMS sobre exportação. 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, questão que tem sido levada ao exame do Judiciário brasileiro diz respeito à extensão da imunidade do art. 155, § 2º, inciso X, alínea a, da CRFB/88. Discute-se se essa imunidade seria aplicada somente à última operação da cadeia produtiva (a que efetivamente exporta a mercadoria) ou se seria extensível a toda a cadeia de circulação de mercadorias.

Em decisão publicada no dia 09 de setembro de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral dessa questão constitucional, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Essa decisão foi prolatada nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.352, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul. Reconhecida a repercussão geral do tema, o Ministro Relator Dias Toffoli deu provimento ao agravo para admitir o recurso extraordinário, que foi substituído para julgamento de tema de repercussão geral pelo processo nº RE/754.917 (reautuação), pendente de julgamento. Consta na ementa da decisão o seguinte:

TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO DE EXPORTAÇÃO. IMUNIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 155, § 2º, X, A, CF/88. CADEIA DE PRODUÇÃO QUE VISE AO COMÉRCIO E AO TRÂNSITO DE PRODUTOS COM DESTINO AO EXTERIOR. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Originariamente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu a questão da seguinte forma:

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL/LFG. Especialista em Direito Privado pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix/PRAETORIUM. Ex-Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Ex-Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ICMS. EMBALAGENS PRODUZIDAS PARA PRODUTOS DESTINADOS AO EXTERIOR. ART. 155, §2º, X, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA IMUNITÓRIA.

A desoneração prevista pelo art. 155, §2º, X, a, da Constituição Federal, é restrita às operações de exportação de mercadorias, não alcançando a saída de peças, partes e componentes no mercado interno, ainda que, ao final, venham a compor o produto objeto de exportação.

PRELIMINAR REJEITADA.

APELAÇÃO DESPROVIDA, por maioria.

Portanto, não havendo, ainda, decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão em comento, devem ser destacadas suas peculiaridades, permitindo ao profissional do Direito a adequada formação de sua convicção, sendo certo que há duas vertentes juridicamente sustentáveis interpretando o dispositivo constitucional que trata a respeito dessa regra imunizante.

2 IMUNIDADE DE ICMS SOBRE EXPORTAÇÃO

Conforme já mencionado, a questão posta sob análise diz respeito à possibilidade ou não de extensão da imunidade do art. 155, § 2º, inciso X, da CRFB/88 para toda a cadeia de circulação de mercadorias nas operações destinadas à exportação. Preconiza esse dispositivo constitucional:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993):

(...)

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Nesse mesmo artigo da Constituição da República há previsão expressa em seu inciso XII, alínea e, de que caberá à lei complementar “excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, a”. Com base nesse permissivo constitucional, a Lei Complementar nº 87/96 passou a dispor no seu artigo 3º o seguinte:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços; (Vide Lei Complementar nº 102, de 2000)

(...)

Parágrafo único. Equipara-se às operações de que trata o inciso II a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a:

I - empresa comercial exportadora, inclusive tradings ou outro estabelecimento da mesma empresa;

II - armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro.

A partir da interpretação dos dispositivos que regulam a matéria, surgem no meio jurídico nacional duas linhas de entendimento, uma sustentando que toda a cadeia de circulação de mercadorias estaria imune à incidência do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação - ICMS (no caso de o destino final da mercadoria ser a exportação), outra defendendo que apenas a última operação da cadeia, que efetivamente promove a exportação, estaria abarcada pela imunidade.

Assim é que, outorgando uma interpretação ampliativa ao alcance da imunidade do ICMS sobre as exportações de mercadorias, sustenta a primeira corrente que a benesse constitucional seria extensível a toda a cadeia de circulação da mercadoria exportada. Defende, portanto, que o ICMS é imune em toda a cadeia de circulação de mercadorias no caso de o destino final da mercadoria ser a exportação.

Segundo argumenta a primeira vertente, o intuito da Constituição da República de 1988, ao estabelecer que o ICMS não incidirá sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, não foi o de beneficiar apenas a operação contratada entre o exportador brasileiro e o seu cliente estrangeiro – ou ainda a venda com fim específico de exportação nos termos da LC nº 87/96 -, mas sim o de desonerar toda a cadeia de produção da mercadoria a ser posteriormente exportada.

A esse respeito, aduz que a imunidade é uma hipótese de não-incidência tributária constitucionalmente qualificada, sendo que somente o próprio texto constitucional pode criar essa figura jurídica. Por essa razão, diz-se que a norma de imunidade é uma norma de finalidade, pois busca atender um objetivo, que seria a garantia da efetividade dos princípios e valores da Constituição da República.

Sustenta, portanto, que as regras de interpretação das imunidades são orientadas por valores e princípios adotados pela Constituição da República, razão pela qual se deve buscar uma interpretação ampla, sem descurar do efeito econômico, para que a razão de ser da imunidade se efetive. Nesse sentido, destaca o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a necessidade da interpretação ampla dos dispositivos constitucionais imunizantes. A esse respeito:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE HERMENÊUTICA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E CONFINS. NÃO INCIDÊNCIA. TELEOLOGIA DA NORMA. EMPRESA EXPORTADORA. CRÉDITOS DE ICMS TRANSFERIDOS A TERCEIROS.

I – Esta Suprema Corte, nas inúmeras oportunidades em que debatida a questão da hermenêutica constitucional aplicada ao tema das imunidades, adotou a interpretação teleológica do instituto, a emprestar-lhe abrangência maior, com escopo de assegurar à norma supralegal máxima efetividade.

II – A interpretação dos conceitos utilizados pela Carta da República para outorgar competências impositivas (entre os quais se insere o conceito de “receita” constante do seu art. 195, I, “b”) não está sujeita, por óbvio, à prévia edição de lei. Tampouco está condicionada à lei a exegese dos dispositivos que estabelecem imunidades tributárias, como aqueles que fundamentaram o acórdão de origem (arts. 149, § 2º, I, e 155, § 2º, X, “a”, da CF). Em ambos os casos, trata-se de interpretação da Lei Maior voltada a desvelar o alcance de regras tipicamente constitucionais, com absoluta independência da atuação do legislador tributário. (...)” (RE 606107, Relator(a): Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013).

Continua essa vertente argumentando que, diferentemente das regras de isenção, as regras de imunidade não devem jamais ser interpretadas restritivamente, de forma que a interpretação a ser dada ao artigo 155, § 2º, inciso X, alínea a, da CRFB/88, deverá levar em consideração os princípios e valores que a norma pretende albergar (interpretação teleológica), bem como os demais dispositivos do ordenamento jurídico pátrio.

Aduz que a finalidade principal das normas que estabelecem a desoneração tributária na exportação, seja em relação ao ICMS ou a outros tributos, é tornar o produto nacional mais competitivo no mercado internacional, incentivando o comércio exterior e evitando a denominada exportação de tributos, que ocorre sempre que certos impostos ou contribuições pagos no mercado interno se tornam custo e acabam sendo agregados ao preço da mercadoria a ser exportada.

Pelo que foi exposto, conclui essa primeira corrente que a regra de imunidade prevista no art. 155, §2º, inciso X, alínea a, da CR/88, não está limitada ao exportador direto ou indireto (empresa exportadora ou a ela equiparada), mas sim a toda a cadeia de produção, a qual vise o comércio e o trânsito de produtos com destino no exterior.

Em sentido diametralmente oposto, a segunda corrente sustenta que a imunidade prevista no art. 155, § 2º, inciso X, alínea a, da CRFB/88 se aplica apenas sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, sendo esta entendida como a operação que efetivamente resulta na exportação da mercadoria, e não sobre toda a cadeia produtiva que culmina, ao final, na exportação do produto.

Informa que o sistema normativo constitucional, notadamente o art. 155, §2º, inciso X, alínea a, da CR/88, não possui a extensão material pretendida pela primeira corrente. Realmente, com razão esse entendimento, pois, pela leitura desse dispositivo constitucional (o ICMS “não incidirá: a) nas operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatário no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores”), infere-se que, ao assegurar a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações anteriores, expressamente está determinada a incidência do ICMS sobre as referidas operações, tudo em atenção ao princípio da não-cumulatividade.

Com efeito, o art. 155, §2º, inciso X, alínea a, da CRFB/88, é claro ao expor que o ICMS incide nas operações e prestações anteriores à operação que efetivamente exporta uma mercadoria. Portanto, não há como estender a imunidade do ICMS na exportação para toda a cadeia produtiva, sendo o texto constitucional é expresso no sentido oposto ao defendido pela primeira vertente.

Comentando acerca desse dispositivo constitucional, Machado (2010, p. 403) expõe que:

Na letra “a”, com nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 42/2003, além da imunidade, tem-se assegurado o direito ao crédito do ICMS relativo a operações anteriores. Mera explicitação que se fez necessária em face da insistência dos Estados na exigência do estorno desses créditos. Note-se que o legislador constituinte reformador chegou ao exagero de garantir a manutenção e o aproveitamento. É evidente que só tem sentido manter o crédito – entenda-se, não fazer o correspondente estorno – para assegurar sua utilização, ou aproveitamento, no sistema de apuração dos valores a serem pagos em cada período.

Ademais, sem razão a primeira corrente quando sustenta que o objetivo da norma constitucional imunizante seria evitar a denominada exportação de tributos, pois o favorecimento das exportações pela desoneração da carga tributária, no caso, é garantido pela regra da não cumulatividade, que faz gerar o crédito fiscal em relação às operações anteriores.

Portanto, a desoneração prevista pelo art. 155, §2º, inciso X, alínea a, da Constituição da República, é restrita às operações de exportação de mercadorias, não alcançando a saída de peças, partes e componentes no mercado interno, ainda que, ao final, venham a compor o produto objeto de exportação.

Confirmando a exegese emprestada ao dispositivo invocado, é por isso que o texto constitucional assegura, em contrapartida à imunidade na efetiva exportação, o direito à manutenção e ao aproveitamento dos créditos de ICMS incidentes nas operações anteriores.

Como se não bastasse, a imunidade é uma exceção à tributação, sendo cediço que, segundo as tradicionais regras de hermenêutica, as exceções devem ser interpretadas restritivamente. Deveras, sem se olvidar dos entendimentos em contrário, a interpretação que deve prevalecer a respeito das imunidades tributárias é a restritiva, pois ela implica na redução da arrecadação tributária, que tem como destinação o custeio das atividades estatais em interesse da coletividade.

Segundo Alexandre (2012, p. 238), “É princípio de hermenêutica que as exceções devem ser interpretadas estritamente, sem a possibilidade de utilização de restrições e, principalmente, de ampliações ou analogias”. Continua explanando o doutrinador que “Na esteira deste raciocínio, o CTN submeteu determinados institutos tributários a uma interpretação necessariamente literal. Todos se referem a situações que configuram exceções a importantes regras tributárias”.

Nesse sentido, confirmam-se julgados do Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação de regras imunizantes:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 149, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXTENSÃO DA IMUNIDADE À CPMF INCIDENTE SOBRE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS RELATIVAS A RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO ESTRITA DA NORMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. I - O art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal é claro ao limitar a imunidade apenas às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico incidentes sobre as receitas decorrentes de exportação. II - Em se tratando de imunidade tributária a interpretação há de ser restritiva, atentando sempre para o escopo pretendido pelo legislador. III - A CPMF não foi contemplada pela referida imunidade, porquanto a sua hipótese de incidência - movimentações financeiras - não se confunde com as receitas. IV - Recurso extraordinário desprovido. (RE 566259/RS - RIO GRANDE DO SUL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ART. 150, VI, D, DA CF. ABRANGÊNCIA. IPMF. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, d, da Constituição Federal deve ser interpretada restritivamente e que seu alcance, tratando-se de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, estende-se, exclusivamente, a materiais que se mostrem assimiláveis ao papel, abrangendo, por consequência, os filmes e papéis fotográficos. Precedentes. II – A imunidade prevista no art. 150, VI, d, da Lei Maior não abrange as operações financeiras realizadas pela agravante. III – Agravo regimental improvido. (RE 504615 AgR / SP - SÃO PAULO. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Órgão Julgador: Primeira Turma. DJe-094 DIVULG 18-05-2011 PUBLIC 19-05-2011).

Neste ponto, vale uma observação. Essa questão relativa à forma de interpretação das imunidades suscita divergências na doutrina e na jurisprudência. É defensável o entendimento de que não se deve, aprioristicamente, assumir uma postura ampliativa ou restritiva da norma que prevê a imunidade. Conforme leciona Paulsen (2012, p. 39), “deve, sim, perscrutar seu efetivo alcance considerando a regra de imunidade, seu objeto, sua finalidade, enfim, todos os meios interpretativos ao seu alcance”.

Sobre o assunto, Paulsen (2012, p. 39), apontando a existência de divergência jurisprudencial, propõe a solução que considera adequada para essa cizânia interpretativa:

É comum colocarem-se divergências sobre o critério para interpretação das imunidades, se ampliativo ou restritivo. O STF tem diversos precedentes do seu Plenário apontando para uma interpretação restritiva, como quando decidiu o alcance da imunidade das receitas de exportação (art. 149, § 2º, I). Mas também tem precedentes que ampliam o alcance de regras de imunidade, como no caso da imunidade recíproca, que a CF diz abranger os entes políticos (art. 150, VI, a), suas autarquias e fundações públicas (art. 150, § 2º), mas que o STF estende a empresas públicas e até mesmo a sociedades de economia mista quando exerçam serviço público típico, em regime de monopólio ou em caráter gratuito, sem concorrência com a iniciativa privada. Aliás, para a mesma norma de imunidade, por vezes o STF adota critérios distintos, ora ampliativo, ora restritivo. Entendemos que não é dado ao aplicador assumir qualquer premissa que o condicione a estender ou a restringir a norma que imuniza; deve, sim, perscrutar seu efetivo alcance considerando a regra de imunidade, seu objeto, sua finalidade, enfim, todos os meios interpretativos ao seu alcance (literal, sistemático, teleológico).

Corroborando o entendimento defendido pela segunda vertente, em casos análogos ao presente o STF tem jurisprudência consolidada no sentido de que a imunidade tributária prevista no artigo 155, § 2º, inciso X, alínea a, da Constituição da República, excludente da incidência do ICMS às operações que destinem ao exterior produtos industrializados, não é aplicável às prestações de serviço de transporte interestadual de produtos industrializados destinados à exportação (RE 340.855 AgR/MG, DJ 04/10/2002; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 265.890-1 – Minas Gerais, DJ 24/06/2005).

Ademais, em consonância com os argumentos da segunda corrente, explica Paulsen e Melo (2012, p. 323) que “Na denominada ‘Exportação via Balcão’, em que o

fornecedor apenas entrega a mercadoria a pessoas localizadas na fronteira, para posterior efetivação de vendas, será devido o imposto” (destaque nosso).

A jurisprudência, apesar de ainda escassa a respeito da questão aqui suscitada ao debate, oscila entre os dois entendimentos. A primeira vertente possui respaldo nos seguintes julgados, respectivamente, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL – ICMS – EXPORTAÇÃO DE CAFÉ – OPERAÇÃO ACOBERTADA PELA NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS – BENEFICIAMENTO DA MERCADORIA – IRRELEVÂNCIA.

- A imunidade conferida no artigo 155, § 2º, X, “a”, da CF/88 estende-se a qualquer participante da cadeia produtiva de mercadoria destinada à exportação, razão pela qual faz-se irrelevante eventual beneficiamento do café adquirido pela exportadora antes de seu envio ao mercador externo.

- A LC 87/4996 prevê, sem ressalvas, a extensão do instituto da não-incidência em relação aos produtos primários industrializados ou semi-elaborados, de modo que as exigências contrárias insertas na Lei Estadual 6763/75 não podem prevalecer sobre a aludida lei complementar, sob pena de afrontar o art. 155, XII, “e”, da Constituição Federal. (TJ/MG, Apelação Cível nº 1.0003.07.023864/1/001, Rel. Dídimo Inocêncio de Paula, 3ª Câmara Cível, publicado em 26.8.2011).

EMENTA: Ação Anulatória de lançamento fiscal - ICMS Imunidade tributária.

- A imunidade concedida às exportações beneficia toda a cadeia produtiva, eliminando do campo de incidência do ICMS todo o ciclo de exportação, desde as operações de aquisição de matéria prima e insumos, até o fim do ciclo, quando a pessoa física ou jurídica estrangeira toma a mercadoria ou serviço. (TJ/SP, Apelação Cível nº 0019522-68.2011.8.26.0053, Rel. Des. Alves Bevilácqua, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 19.2.2013).

Em sentido contrário, a segunda corrente foi adotada em julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ICMS. EMBALAGENS PRODUZIDAS PARA PRODUTOS DESTINADOS AO EXTERIOR. ART. 155, §2º, X, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA IMUNITÓRIA.

A desoneração prevista pelo art. 155, §2º, X, a, da Constituição Federal, é restrita às operações de exportação de mercadorias, não alcançando a saída de peças, partes e componentes no mercado interno, ainda que, ao final, venham a compor o produto objeto de exportação.

PRELIMINAR REJEITADA.

APELAÇÃO DESPROVIDA, por maioria.

(Apelação Cível nº 70030147441. Segunda Câmara Cível. Comarca de Porto Alegre. Relator: Luiz Felipe Silveira Difini. Publicação: Diário da Justiça do dia 18/08/2010).

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ICMS. BENEFICIAMENTO POR ENCOMENDA PARA FINS DE EXPORTAÇÃO. IMUNIDADE. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS FISCAIS. A LC 87/96, no seu art. 3º, parágrafo único, só equipara saídas internas a operações com o fim específico de exportação para o exterior destinadas à empresa comercial exportadora, inclusive tradings ou outro estabelecimento da mesma empresa (inciso I) ou destinadas à armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro (inciso II). Não é o caso de industrialização por encomenda realizada para outra empresa que efetivamente exporta as mercadorias. Não sendo a autora a importadora de direito das mercadorias, e não sendo a operação para fins específico de exportação, nos termos da LC 87/96, não aproveita à autora a imunidade constitucional prevista no art. 155, § 2º, X, a, da CF, tampouco o direito à transferência de saldo credor de forma irrestrita prevista no art. 25, § 1º da LC 87/96. Verba honorária reduzida para atender às moduladoras dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70031914641, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 28/10/2009).

Conforme já mencionado no capítulo introdutório, em decisão publicada no dia 09 de setembro de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional aqui debatida, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Essa decisão foi prolatada nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.352, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul. Reconhecida a repercussão geral do tema, o Ministro Relator, Dias Toffoli, deu provimento ao agravo para admitir o recurso extraordinário, que foi substituído para julgamento de tema de repercussão geral pelo processo nº RE/754917 (reautuação), pendente de julgamento.

3 CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto no presente trabalho, a partir da interpretação dos dispositivos que regulam a matéria (art. 155, § 2º, inciso X, alínea a, e art. 3º, inciso II, e parágrafo único, incisos I e II, da LC nº 87/96), surgem no meio jurídico nacional duas linhas de entendimento a respeito da extensão da imunidade do art. 155, § 2º, inciso X, da CRFB/88, uma sustentando que toda a cadeia de circulação de mercadorias estaria imune à incidência do ICMS (no caso de o destino final da mercadoria ser a exportação), outra defendendo que apenas a última operação da cadeia, que efetivamente promove a exportação, estaria abarcada pela imunidade.

Apesar de ambas as vertentes possuírem argumentação juridicamente sustentável, entendemos a segunda corrente como mais condizente com os dispositivos constitucionais e legais que tratam da matéria.

Com efeito, a imunidade prevista no art. 155, § 2º, inciso X, alínea a, da CRFB/88 aplica-se apenas sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, sendo esta entendida como a operação que efetivamente resulta na exportação da mercadoria, e não sobre toda a cadeia produtiva que culmina, ao final, na exportação do produto.

Isto pois, ao assegurar a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações anteriores, o art. 155, § 2º, inciso X, alínea a, da CRFB/88 expressamente está determinando a incidência do ICMS sobre as referidas operações, pelo que não vislumbramos como possa ser extensível essa regra imunizante às demais operações da cadeia circulatória.

No momento, deve-se aguardar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito dessa questão, que já teve sua repercussão geral reconhecida, encontrando-se o mérito pendente de julgamento.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 6.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método, 2012.

ANGHER, Anne Joyce (Org.) *Vade-Mecum acadêmico de direito*. 12.ed. São Paulo: Rideel, 2011. (Série Vade Mecum 2011).

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 4.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos federais, estaduais e municipais*. 7.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DIREITO DE PRIVACIDADE E INFORMAÇÕES DISPONÍVEIS

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*

Recentemente, colocou-se questão se os órgãos públicos que disponibilizam informações a pessoas, poderiam ou não fornecer a entidades que, embora privadas, têm caráter público. A questão que se colocava é se feriria tal cessão de dados a privacidade de brasileiros e residentes.

Examinarei neste estudo a polêmica, à luz do artigo 5º inciso XXXIII da Constituição Federal que, na minha interpretação, define, de forma clara e linear, os limites do direito à privacidade e aquele do interesse coletivo ou geral da sociedade em conhecer dados e informações para sua proteção. Não se pode interpretar o artigo 5º, incisos X, XI e XII desconectados do inciso XXXIII.

Estão os quatro dispositivos assim redigidos:

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

.....

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

.....

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

.....

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; ...”.

O primeiro deles, nitidamente, assegura a inviolabilidade da

* Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

- a) intimidade,
- b) vida privada,
- c) honra,
- d) imagem,

das pessoas.

Intimidade e vida privada representam, de rigor, um pleonismo enfático do constituinte, pois a vida privada diz respeito à intimidade do cidadão, valendo a repetição da lei maior como forma de assegurar que, em seus atos da vida corrente, tenha ele a certeza de que outros não o perturbarão, por variados motivos, inclusive mera curiosidade.

Já a honra e a imagem, que também se assemelham em seu conteúdo ôntico, merecem a proteção da disposição suprema para que não sejam desfiguradas, razão pela qual considerou, o constituinte, que a violação de tal direito (vida privada/intimidade e honra/imagem) poderá ensejar direito a indenização moral ou material.

O inciso XI, entretanto, abre campo para que o direito assegurado no comando anterior possa ser afastado, por força de interesse coletivo ou geral, pois em caso

- a) de flagrante delito,
- b) desastre,
- c) prestação de socorro,
- d) determinação judicial,

pode a casa, que é o centro do exercício do direito à privacidade e, portanto, inviolável, ser invadida.

Prevalece, neste particular, o interesse coletivo ou geral a que faz menção, em outra dimensão, o inciso XXXIII retrocitado.

Atuar, em ocorrência delituosa ou não, para proteger pessoas ou enfrentar criminosos a bem da justiça, evitar um desastre ou atender suas vítimas, prestar socorro a quem dele necessite ou por cumprimento de decisão judicial para as finalidades nela determinadas, que são aspectos inerentes a direitos individuais indisponíveis, a interesse coletivo ou geral, afasta o direito à privacidade que, portanto, não é absoluto.

Por fim, o inciso XII garante o sigilo de dados, pela Constituição só possível de ser quebrado, nas comunicações telefônicas, por determinação judicial, mas também em outras hipóteses, como é admitido pela jurisprudência, no concernente a qualquer tipo de dados, sempre na linha de que a sua quebra deva atender a interesse geral e coletivo.

Por fim, o inciso XXXIII, que me interessa analisar neste estudo, completa o tratamento constitucional sobre o direito à privacidade, dando à sociedade em geral o direito de receber informações dos órgãos públicos:

- a) de seu interesse particular

ou de

b) interesse geral ou coletivo.

A única ressalva diz respeito às informações que possam por em risco a segurança da sociedade e do Estado, conforme realcei em artigo para o Jornal do Advogado-OAB São Paulo, julho de 2013, p.13, ao comentar a Lei 12.527/11:

“a própria lei, estabelece, em inúmeros dispositivos, que não há irrestrito direito à informação, o que se compreende, perfeitamente, visto que, quando a segurança do Estado e da sociedade está em jogo, o mesmo ocorrendo com a própria segurança do indivíduo, o sigilo é fundamental.

Como professor da Escola de Comando e Estado Maior do Exército, há 23 anos, já participei de banca de mestrado, em cursos militares, tendo por tema o serviço de inteligência no Brasil e no mundo, em que a banca decidiu divulgar o teor da dissertação, aprovada com louvor, apenas no âmbito da própria escola”.

À evidência, se não estiver em questão a segurança da sociedade e for coletivo ou geral o interesse de que os dados sejam conhecidos, podem ser disponibilizados pelos órgãos públicos.

Em resumo, o direito à privacidade não é absoluto e a Constituição brasileira abre espaço para que seja relativizado, a meu ver, sendo esta relativização um “poder-dever” do Estado e de seus governos, sempre que o interesse coletivo ou geral esteja em jogo.

Num mundo cuja complexidade da existência aumenta diariamente e cujos meios de comunicação eletrônica trouxeram o rompimento de todos os padrões clássicos de convivência - tanto que a denominada “amizade”, via internet, é hoje de maior constância que a presencial -, todas as relações na sociedade foram consideravelmente alteradas, exigindo uma permanente atualização dos costumes e do ordenamento jurídico para discipliná-las.

A era digital gerou o que mostro em meu livro “A era das contradições” (Ed. Futura no Brasil e Universitária Editora em Portugal), um conflito permanente entre os avanços tecnológicos e os retrocessos na segurança, de tal maneira que a Informática, de um lado, aproximou o mundo, mas de outro, tornou-o consideravelmente mais inseguro pelas violações de direitos, pelas fraudes, pelos crimes cibernéticos e por toda a série de criações dos “hackers”, voltados para a marginalidade.

Com todos os avanços tecnológicos, o mundo hoje é muito mais inseguro do que o era no passado.

Exatamente, objetivando dar segurança maior à sociedade, em suas relações privadas e comerciais, é que foi criada as instituições de proteção ao crédito, sendo instituições privadas, mas de caráter público.

Não são, como disse a eminente Ministra Cármen Lúcia, em decisão monocrática para anular acordo do TSE com uma destas entidades uma “entidade privada com finalidades privadas”. Suas finalidades são, claramente, de interesse público.

Assim é que, lastreada sua criação está no artigo 43, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, cuja dicção é a seguinte:

“O consumidor, sem prejuízo do disposto, no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

...

§4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público” (grifos meus).

Nelson Nery Jr. e Tércio Sampaio Ferraz Jr., em parecer a que tive acesso, sobre este dispositivo assim se manifestaram:

“O objetivo da disciplina referente a cadastro de dados contida no CDC 43 é fazer com que haja transparência na relação entre o consumidor e o fornecedor e também com que haja uma lisura no armazenamento dessas informações, ou seja, que este não se preste a vedar o acesso do consumidor ao mercado por informações incorretas ou imprecisas a respeito de seu perfil ou potencialidade de solver as obrigações contraídas. Não se trata, neste dispositivo, de repetir a regra sobre o sigilo dos dados, constitucionalmente já assegurada, mas de disciplinar o *modus operandi* da obtenção, alteração, fornecimento e armazenamento das informações”.

O interesse, portanto, da coletividade em permitir a lisura nas relações de consumo entre fornecedores e consumidores, num mundo em que a informática tornou mais frágil a segurança jurídica, é que torna as instituições de proteção ao crédito de interesse geral e coletivo, sendo como o próprio dispositivo define “serviços de proteção ao crédito”.

Tal perfil da Instituição é que levou o Tribunal de Contas da União, nos autos do processo nº 001 212/2002/3 publicado no Diário Oficial de 16/07/2002, a declarar, na parte que interessa a este estudo:

“Ementa:

Denúncia referente a convênio celebrado entre a Secretaria da Receita Federal e a Febraban para o fornecimento de dados cadastrais de pessoas físicas e jurídicas constantes do banco de dados do órgão federal. Fornecimento de informações referentes à identificação dos contribuintes. Não incidência da proteção do sigilo fiscal”.

devendo-se realçar, no voto do relator, o ilustre Ministro Walton Rodrigues, a sua conclusão:

“Da mesma forma parece ser o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que ao julgar o RESP 83824/BA (Relator Min. Eduardo Ribeiro), entendeu não estar a informação relativa ao endereço protegida por sigilo fiscal conforme se verifica na ementa a seguir reproduzida:

Imposto de renda, Informações, Requisição. Os elementos constantes das declarações de bens revestem-se de caráter sigiloso que não deve ser afastado se não em situações especiais em que se patenteie relevante interesse da administração da Justiça. Tal não se configura quando se trate apenas de localizar bens para serem penhorados, o que é rotineiro na prática forense. Injustificável, entretanto, negar-se o pedido na parte em que pretende obter dados pertinentes ao endereço do executado. Em relação a isso não há motivo para sigilo.”

Dessa forma, não há como antever o objeto do convênio firmado entre a SRF e a Febraban, especificamente na natureza dos dados a serem fornecidos de uma parte, a outra. Violação de garantias constitucionais à intimidade ou à vida privada.

Diante do exposto VOTO para que o Tribunal de Contas da União adote a DECISÃO que ora submeto a apreciação deste Plenário. Sala das Sessões, em 26 de junho de 2002.

Walton Alencar Rodrigues - Ministro-Relator”.

Assim é que a antiga corregedora do TSE, eminente Ministra Nancy Andrighi, no convênio então firmado com uma instituição de proteção ao crédito determinou:

“Justifica o pedido ressaltando a importância da relação de parceria no combate a fraude e proteção do mercado de crédito brasileiro.

A disciplina legal que envolve o acesso às informações constantes do cadastro eleitoral está definida no art. 9º, I, da Lei nº 7.444, de 20/12/85, que assim dispõe:

“Art. 9º O Tribunal Superior Eleitoral baixará as instruções necessárias à execução desta Lei, especialmente, para definir:

I - a administração e a utilização dos cadastros eleitorais em computador, exclusivamente, pela Justiça Eleitoral”.

Esta Corte Superior, por seu turno, ao regulamentar o supracitado dispositivo legal estabeleceu, no art. 29 da Res.-TSE nº 21.538/2003, *verbis*:

“Art. 29. As informações constantes do cadastro eleitoral serão acessíveis às instituições públicas e privadas e às pessoas físicas, nos termos desta resolução (Lei nº 7.444/85, art. 9º, I).

§1º Em resguardo da privacidade do cidadão, não se fornecerão informações de caráter personalizado constantes do cadastro eleitoral.

§2º Consideram-se, para os efeitos deste artigo, como informações personalizadas, relações de eleitores acompanhadas de dados pessoais (filiação, data de nascimento, profissão, estado civil, escolaridade, telefone e endereço).

§3º Excluem-se da proibição de que cuida o §1º os pedidos relativos a procedimento previsto na legislação eleitoral e os formulados:

- a) pelo eleitor sobre seus dados pessoais;
- b) por autoridade judicial e pelo Ministério Público, vinculada a utilização das informações obtidas, exclusivamente, às respectivas atividades funcionais;
- c) por entidades autorizadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, desde que exista reciprocidade de interesses (Lei nº 7.444/85, art. 4º)”

Do pedido extrai-se que, à exceção do CPF, os demais dados poderão ser fornecidos livremente à interessada, por não se enquadrarem na vedação do § 1º do art. 29 da Res.-TSE nº 21.538, de 2003.

Com relação ao pedido do número do CPF, anoto que a alínea “c” do supracitado dispositivo legal autoriza o TSE a celebrar ajustes, objetivando o acesso às

informações constantes do cadastro eleitoral, desde que haja reciprocidade de interesses.

Dado o exposto, considerando os termos da pretensão firmada pela requerente e os permissivos legais, entendo que não existe óbice ao fornecimento de relação contendo o nome do eleitor, número de inscrição e informações a respeito de óbitos, desde que sem ônus para a Justiça Eleitoral” (grifos meus).

E, de rigor, tais informações podem ser obtidas POR QUALQUER CIDADÃO, pelo *site* da Internet, não sendo sigilosas, nem ferindo sua divulgação o direito à privacidade. O grande problema é que, para obter a informação via Internet, por ser informação individual, o tempo demandado seria um empecilho, quando o acesso a ela objetiva, fundamentalmente, como disse a eminente Ministra Nancy Andrighi, gerar uma “*parceria no combate à fraude e proteção do mercado de crédito brasileiro*”.

Não sem razão, o juiz assessor de informática do TJ-SP Fernando Tasso declarou ao Estado de São Paulo, quando perguntado por repórter daquele matutino:

“- O senhor identifica algum tipo de violação de sigilo na cessão de dados do TSE à Serasa?

Não. No termo de cooperação técnica firmado entre eles fica claro ali qual a finalidade da cessão: a de solucionar casos de homonímia em eventuais consultas que se faça na SERASA. Não é violação” (07/08/2013).

O aspecto, a meu ver, mais relevante a ser examinado, nesta cessão de meros dados cadastrais, reside no fato de que qualquer pessoa pode acessar a informação cadastral, via internet, sem que isto represente maculação à privacidade. Por que, então, a informação fornecida num inequívoco, indiscutível, claríssimo, meridiano proveito de toda a sociedade na proteção coletiva à fraude, seria quebra de sigilo? O mesmo ato, praticado individual ou coletivamente, seria e não seria violação à privacidade, conforme sua origem!!! E o diferencial que ainda torna mais curiosa a distinção é que, no acesso individual, não haveria nenhum interesse coletivo a ser assegurado, e, no acesso pela consulente, o próprio Tribunal Superior Eleitoral reconheceu o nítido interesse da sociedade.

Aspecto relevante a ser finalmente considerado, nesta perfunctória análise da questão diz respeito à fraude, hoje comum e de difícil contenção, que é a utilização de documentos de pessoas falecidas, como se vivas estivessem, por fraudadores, para lesarem a sociedade empresarial, as instituições em geral e o próprio poder público.

De rigor, o convênio firmado entre o TSE e uma instituição de proteção ao crédito e, monocraticamente, cancelado pela preclara Ministra Carmen Lúcia, brilhante administrativista e professora de renome nacional e internacional, objetivava permitir, em proteção ao crédito, detectar, via cadastro de eleitores falecidos, todos os fraudadores que se utilizam - e fartamente - de documentos de pessoas mortas no intuito de lesar o patrimônio público e privado.

Neste caso, claramente, o fornecimento de dados pelo Tribunal Superior Eleitoral NÃO SERIA QUEBRA DE PRIVACIDADE, como muitos alegaram, MAS DEFESA DA HONRA, DA IMAGEM do falecido, criminosamente, feridas por aqueles que se utilizam de seus documentos para prejudicar a sociedade em geral.

Como se percebe, os convênios desta natureza objetivam, nitidamente, proteger a imagem do eleitor morto e não quebrar sua privacidade.

Nada obstante, as manifestações em contrário dos eminentes magistrados e juristas, minha inteligência da questão é que a informação de meros dados cadastrais para proteção ao crédito não fere a privacidade da pessoa.

E, de rigor, que privacidade é quebrada com o mero conhecimento do nome da pessoa, sua inscrição e se está viva ou morta?

Com o devido respeito à Ministra Cármen Lúcia - sabe ela por inúmeras manifestações escritas e em palestras, rádio e televisão o quanto admiro sua postura ética e seu profundo conhecimento do direito - parece-me que não há qualquer violação à privacidade do cidadão em ter apenas seu nome, seu endereço e se está vivo ou morto divulgados, mas, ao contrário, uma notável proteção à sociedade contra a fraude e uma fantástica defesa da honra e da imagem dos eleitores falecidos.

O ESTADO DE BEM-ESTAR, O DIREITO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES

JULIO CEZAR RACHEL DE PAULA*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Estado de bem-estar e regimes de bem-estar. 3 O paradoxo entre as políticas sociais no Brasil, o Código Penal brasileiro de 1940 e seus mandamentos. 4 A reforma do Código Penal de 1940 e suas inovações. 5. Direito Penal e enfrentamento da criminalidade moderna. 5.1 Direito penal do inimigo. 5.2 Movimento de lei e ordem. 5.3 Tolerância zero. 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Estado de Bem-Estar Social pode ser considerado como uma das mais importantes conquistas da civilização ocidental. Configura-se como uma síntese dos grandes avanços na história social, política e econômica nos últimos trezentos anos. Seu conceito agrega ideais de liberdade, democracia, valorização da pessoa humana, segurança, além do trabalho, justiça social e bem-estar das populações envolvidas. (DELGADO; PORTO, 2007)

As bases do Estado de Bem-Estar Social foram assentadas na segunda metade do século XIX, sendo que seu pleno desenvolvimento ocorreu no século XX. O ponto de partida para se entender essa trajetória é a análise perspectiva da cidadania.

Para Marshall (1987) a cidadania constituiu, mesmo em suas formas iniciais, um princípio de igualdade. O autor considera a cidadania em três dimensões: a civil, a política e a social.

Enquanto a primeira refere-se aos direitos necessários ao exercício da liberdade individual e é garantida pelo sistema legal, a cidadania política pode ser traduzida como o direito de participar do poder político direta ou indiretamente, sendo que as instituições que representam essa dimensão são o parlamento e os conselhos do Governo local. A cidadania

* Tenente-Coronel da Polícia Militar de Minas Gerais. Mestre em Administração Pública (Fundação João Pinheiro/MG). Especialista em Direito Penal (Universidade de Salamanca/ESP). Especialista em Gestão Estratégica de Segurança Pública (Fundação João Pinheiro/MG). Bacharel em Direito (UNIFEMM). Coordenador do Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processual Penal Militar (Academia de Polícia Militar/MG). Professor de Direito Penal (Centro Universitário UNA).

civil precedeu historicamente a cidadania política.

A cidadania social é definida como o conjunto de direitos e obrigações que possibilita a participação igualitária de todos os membros de uma comunidade nos seus padrões de vida. Significa o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança. Permite que as pessoas compartilhem da herança social e tenham acesso à vida civilizada, sendo que as instituições mais ligadas a ela são o sistema educacional e os serviços sociais.

Marshall (1987) assevera que o mercado reforça os direitos individuais – direito ao trabalho, direito de propriedade; e fornece uma base para a expansão de uma cidadania civil que torna as pessoas iguais perante a lei, independente do seu status. Entretanto, Roberts (1997) aponta uma contradição: “esse mesmo mercado gera disparidades de riqueza, destrói as solidariedades comunitárias tradicionais que antigamente mitigavam a miséria, e aumenta a insegurança econômica do indivíduo”.

A cidadania política minimiza parte dessa desigualdade, quando dá aos desfavorecidos o direito de organizarem e se manifestarem através do voto, com vistas à diminuição das desigualdades econômicas. Mas essa desigualdade só será efetivamente reduzida se existir um padrão básico de vida e cultura.

Nesse contexto, a cidadania social surge como um meio para integração social, diante das desigualdades criadas pelas economias de mercado, tornando o capitalismo civilizado para coexistir com a democracia.

Marshall (1987) considera que a educação, especialmente a das crianças, está diretamente ligada à cidadania. Parte do pressuposto de que a educação é um pré-requisito necessário à existência e prática da liberdade civil, uma vez que os direitos civis “se destinam a ser utilizados por pessoas inteligentes e de bom senso, que aprenderam a ler e escrever”.

Existem diferentes concepções, diferentes significados de cidadania social. O corpo de direitos e obrigações reflete os padrões de determinadas sociedades em determinados níveis de desenvolvimento. Assim, não há consenso sobre o nível de bem-estar a ser proporcionado à sociedade como um todo. Cada grupo, cada segmento da sociedade deverá ser tratado com suas peculiaridades. Existe uma capacidade da cidadania social em se ampliar e se redefinir e sua análise deve se adequar a contextos específicos.

Cidadania social traz implícito o conceito de igualdade e solidariedade. Exige um sentimento de participação, de identidade, de obrigação comum. Compreende a lealdade de homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum. Pressupõe a existência de um desejo não só de lutar para adquirir direitos, mas também de usufruir os mesmos, quando adquiridos.

Na ausência dessas relações sociais de apoio ou, aliadas a elas, o Estado pode interferir coordenando recursos e aplicando-os em benefício da sociedade através de sua infraestrutura complexa e interdependente de serviços, atuando na provisão de políticas sociais.

As políticas sociais podem ser traduzidas como todas as políticas que os governos desenvolvem em prol do bem-estar e da proteção social. Em geral constituem-se de ações que visam à promoção de equidade.

Em virtude de, no mundo atual, persistirem elevados níveis de pobreza, é necessário que o Estado busque cada vez mais formular políticas sociais que proporcionem bem-estar às populações; colaborando na construção de um padrão básico de cidadania social que não só ajude a diminuir a pobreza e garanta que ela não se perpetue, mas que contribua ainda para a integração social. (ROBERTS, 1997)

A política social envolve a alocação e distribuição de recursos, independente do mercado. Mas é preciso considerar que serão sempre opções políticas. Segundo Santos (1987) “chama-se de política social a toda política que ordene escolhas trágicas segundo um princípio de justiça consistente e coerente”. Diz ainda: “toda escolha social é uma escolha trágica no sentido radical de que, mesmo decisões altamente benéficas reverberam, em algum lugar, metamorfoseadas em mal”.

O presente trabalho objetiva estudar o estado de bem-estar (*Welfare State*) implementado no Brasil nas décadas de 1930 até meados dos anos 1940 e suas consequências, mormente a edificação de um novo Código Penal, de caráter nitidamente retributivo. Passo seguinte, apresenta algumas nuances do novo diploma repressivo, bem como as mudanças nele ocorridas em 1984, restritas à parte geral. Por último, explora as novas tendências do Direito Penal, sobretudo pela exposição de teorias que pretendem romper com o minimalismo penal, estabelecendo um novo paradigma, qual seja, a implementação de um Direito Penal máximo.

2 ESTADO DE BEM-ESTAR E REGIMES DE BEM-ESTAR

Quando se fala em políticas sociais se pensa em Estado de Bem-Estar. Segundo Wilensky *apud* Faria (2007), “a essência de Estado de Bem-Estar Social reside na proteção oferecida pelo governo na forma de padrões mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação e educação, assegurados a todos os cidadãos como um direito político, não como caridade”.

Esping-Andersen (2001) postula uma definição que possibilite aferir se as políticas sociais são emancipadoras, se ajudam à legitimação do sistema ou ainda se contradizem ou ajudam o mercado. Sugere que seria mais apropriado que se exigisse um Estado de Bem-Estar que satisfizesse mais que necessidades básicas ou mínimas.

Assim, propõe uma reconceituação do *Welfare State*. Afirma que quando os direitos sociais são assegurados com base na cidadania e não no desempenho, ocorre uma “desmercadorização” do status do indivíduo. A base será o direito de todos e não o direito dos cidadãos em função do seu desempenho, de sua posição no mercado de trabalho. As políticas sociais tornarão os indivíduos mais independentes do mercado.

Mas o conceito de cidadania social também envolve estratificação social. Assim, o *Welfare State* não pode ser compreendido apenas em termos de direitos e garantias. É preciso considerar a forma como as atividades estatais se entrelaçarão com o papel do mercado e da família nos termos da provisão social.

Ainda segundo Esping-Andersen (2001) “o *welfare state* não é apenas um

mecanismo que intervém – e talvez corrija – a estrutura de desigualdade; é, em si mesmo, um sistema de estratificação. É uma força ativa no ordenamento das relações sociais”. Como exemplo disso, cita a assistência social a pessoas necessitadas, que promove dualismos sociais – pune e estigmatiza os beneficiários. Cita ainda a seguridade social promovida por reformistas conservadores que consolidavam divisões, aplicando programas distintos para grupos diferentes.

Os regimes de Bem-Estar representam a forma pela qual instituições interdependentes do Estado, do mercado e da família se arranjam e se combinam para a tarefa de produção e distribuição de Bem-Estar. Essa combinação de instituições atende a uma determinada estrutura de riscos sociais e define, em cada lugar, um regime específico de provisão de Bem-Estar. Nesse sentido, Esping-Andersen (2001) identifica três modelos distintos:

No primeiro tipo, denominado “liberal-residual”, o valor da igualdade tem menor importância. A liberdade assume papel preponderante e o foco principal é a assistência aos comprovadamente pobres. Utiliza os mecanismos de mercado e distribui benefícios modestos. É o modelo clássico dos EUA.

O tipo “corporativista”, ou “meritocrático-particularista” caracteriza-se por uma cobertura social estratificada por corporações. O acesso é garantido pela inserção formal e regulada no mercado de trabalho. Aqui existe a preocupação com a preservação da família tradicional e o Estado só interfere quando a família não é mais capaz de servir os seus membros. É um modelo característico de nações como a Áustria, a França, a Alemanha e a Itália.

O tipo “social-democrata” ou “institucional-redistributivista”, bem representado pela Suécia, apresenta princípios de igualdade e universalidade como definidores das políticas públicas de inclusão social. O papel do Estado é maior em relação ao da família. O indivíduo é capacitado a ter uma independência individual, ou seja, fica emancipado tanto do mercado quanto da família.

Durante o século XX, a criação e implantação dos regimes de bem estar social, que expressaram diferentes concepções de justiça social, ocorreram sob diferentes condições políticas e institucionais, particularmente no que diz respeito aos princípios democráticos. Os modelos de regime de Bem-Estar são resultado de processos históricos diferentes, gerando políticas diferentes.

3 O PARADOXO ENTRE AS POLÍTICAS SOCIAIS NO BRASIL, O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940 E SEUS MANDAMENTOS

A história demonstra que as políticas de bem-estar social surgidas no Brasil, mormente a partir do início da década de 1920, tiveram muito mais a função de atuar como instrumento de controle de movimentos trabalhistas que começavam a surgir no país - com o advento da industrialização - do que propriamente garantir-lhes direitos.

A estratégia dessas políticas consistia em antecipar aos trabalhadores muitas de suas reivindicações e, com isso, restringir a legitimidade das lideranças trabalhadoras nas reivindicações sociais, limitando com isso a capacidade de mobilização dos trabalhadores em geral. (MEDEIROS, 2001)

Nesse prisma, é nítido que a grande marca do nascimento do Welfare State brasileiro é o autoritarismo, sobretudo pelo fato dele não ter nascido a partir das barganhas políticas dos trabalhadores com o Estado, mas pela imposição com caráter controlador deste último. (grifo nosso)

Os anos de 1930, segundo Draibe (1989), são os que propiciaram o que a autora chama de “movimento de criação da base institucional-legal para as políticas sociais brasileiras”.

Foi nesse período que o Brasil implementou as bases modernas de seu sistema de seguridade social, delineou políticas voltadas para os trabalhadores urbanos, criou o Ministério do Trabalho e editou diversas leis voltadas para a proteção dos trabalhadores.

Foi também nessa época que surgiram ordenamentos legais protegendo o trabalho feminino, o trabalho do menor, a jornada de trabalho, férias, demissões e acidentes de trabalho. A Justiça do Trabalho advém desse período, com o fulcro de dirimir as pendengas justralhistas que passaram a surgir a partir da criação dos direitos voltados à proteção do trabalhador.

As políticas de saúde e educação foram unificadas no Ministério dos Negócios de Educação e Saúde Pública, a previdência social foi estatizada, deixou de ser organizada por empresas e passou a ser por categorias profissionais, e as contribuições previdenciárias passaram a ter participação paritária da União, o que simultaneamente desonerou o capital no que diz respeito a gastos com seguros sociais, garantiu níveis mínimos de manutenção da força de trabalho e legitimou politicamente o Estado. (BARCELLOS, 1983)

Medeiros (2001) afirma que sob o Governo Vargas, a década de 1930 é caracterizada pelo significativo aumento do papel do Estado na regulação da economia e da política nacionais como estratégia ao desenvolvimento.

Esse período perseguiu, segundo o mesmo autor, três objetivos básicos:

- “(i) evitar que os movimentos de trabalhadores se tornassem base de apoio para grupos de oposição que reivindicavam mudanças mais profundas na organização da sociedade;
- (ii) despolitizar as relações de trabalho, impedindo que as organizações de trabalhadores se legitimassem como instrumento de reivindicação;
- (iii) fazer dos trabalhadores um ponto de apoio, ainda que passivo, do regime.”

Foi no período de 1935 a 1964, que o Brasil viveu a fase conhecida como democracia populista de sua política. O então presidente do país, Getúlio Vargas, implementou, como demonstrado nas linhas anteriores, várias leis, dentre elas a Consolidação das Leis Trabalhistas, com o objetivo precípua de evitar que os movimentos advindos da

Revolução Industrial, em atividade na Europa e Estados Unidos, chegassem ao Brasil.

Foi também nesse período que entrou em vigor o Código Penal Brasileiro, através do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que recebeu influência marcante do Código Penal Italiano de 1930 e do Código Penal Suíço de 1937.

A construção do mencionado Código foi confiada, em 1937, pelo Presidente Getúlio Vargas, ao professor Alcântara Machado, então docente da Faculdade de Direito de São Paulo. O trabalho de Machado foi recheado de críticas, o que fez Vargas nomear uma Comissão Revisora, composta por Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra. A comissão contou com a contribuição do jurista Costa e Silva.

Não se pode olvidar que num curto espaço de tempo, entre 1930 e 1945, Getúlio Vargas, um ditador que contava com apoio das forças militares, editou uma série de normas, a maioria delas para beneficiar trabalhadores e suas famílias, porém, em igual medida, não esqueceu de melhorar os mecanismos de controle do Estado.

Para tanto, determinou a redação de uma nova Constituição, com postulados nitidamente fascistas, baseada nas Constituições da Itália e Polônia; ampliou os poderes presidenciais, assegurando-lhe o direito de intervir nos poderes Legislativo e Judiciário. E criou ordenamentos nitidamente repressivos, como foi o caso do Código Penal de 1940. Tudo isso lhe dava a segurança necessária para governar e colocar em prática suas estratégias.

Nesse sentido, é o Código Penal de 1940 um estatuto de caráter nitidamente repressivo e retributivo, construído sobre a crença da necessidade e suficiência da pena privativa de liberdade (prisão) para o controle do fenômeno do crime. A própria medida de segurança, dentro da realidade brasileira, outra coisa não tem sido senão privação de liberdade, muitas vezes com arremedo de prisão perpétua.

A situação, desde àquela época, vem piorando do ponto de vista prático. Isto porque não se tem construído no Brasil, em número suficiente, estabelecimentos prisionais capazes de receber os cidadãos em conflito com a lei penal - o que faz evidenciar do Código de 40 seu caráter retributivo, com os reclusos vivendo em condições sub-humanas, fazendo do período de execução da pena em verdadeiro estágio para incremento das tendências delinquentiais.

4 A REFORMA DO CÓDIGO PENAL DE 1940 E SUAS INOVAÇÕES

Em 1980, o então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel deu início a novos estudos para reformar o Código de 1940. Foi constituída, em abril de 1980, uma comissão integrada pelos juristas Francisco de Assis Toledo, Francisco Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Junior, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti e Hélio Fonseca.

O ano de 1981 foi dedicado aos debates e seminários em torno dos temas, e em 1982 o projeto do novo Código Penal Brasileiro foi encaminhado ao Presidente da República,

João Figueiredo, para sanção. Apesar da comissão que trabalhou no projeto ter apresentado proposta de reforma de todo o Código Penal (parte geral e parte especial), citado Presidente sancionou somente a nova parte geral, através da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Desta maneira, o Código Penal atualmente em vigor no Brasil possui uma parte geral de 1984 e a parte especial de 1940.

No tocante à parte geral a comissão que trabalhou na sua edificação orientou-se pelos ensinamentos da Escola Moderna Alemã e, dentre outras inovações, trouxe a ideia da prevenção da pena (caráter preventivo da pena). Surge, a partir daí, a ideia de prevenção geral e prevenção especial.

Vale ressaltar que antes da reforma promovida em 1984, o Diploma Repressivo brasileiro adotava a Teoria Causal-naturalista da ação, idealizada no final do século XIX por Franz Von Liszt e Ernest Von Beling. Entretanto, com a reforma da parte geral, passou-se a adotar a Teoria Finalista da Ação, construída por Hans Welzel no início do século XX.

Em decorrência dessa significativa mudança teórica, que refletiu diretamente no estudo do dolo e da culpa, passou a doutrina brasileira a buscar novo entendimento acerca da questão. A Teoria do Crime, segundo Fragoso (1995), é a parte da Dogmática Jurídico-Penal que estuda o crime como fato punível, do ponto de vista jurídico, para estabelecer e analisar suas características gerais, bem como suas formas especiais de aparecimento.

Não há, no Direito Penal Brasileiro, diversamente do que ocorre em outros sistemas penais, distinção entre crime e delito; tais expressões são empregadas como sinônimas. Ao contrário da contravenção penal, que recebe tratamento diferenciado, por tratar das infrações penais de menor potencial ofensivo. O Brasil, portanto, filiou-se ao critério bipartido, adotado também em países como a Alemanha e a Itália.

No artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro temos a seguinte definição:

“Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Na verdade, não há diferença substancial entre contravenção e crime. O critério de escolha dos bens que devem ser protegidos pelo Direito Penal é político, da mesma forma que é política a rotulação da conduta como contravenção ou criminosa. O que hoje é considerado crime amanhã poderá vir a tornar-se contravenção, e vice-versa.

Nas lições de Zaffaroni (2009), a Teoria do Delito é a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação; contrariamente, atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente em tornar mais fácil a averiguação da presença ou ausência do delito em cada caso concreto.

Greco (2010) ensina que embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois que é um todo unitário, para efeitos de estudo faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuricidade e a

culpabilidade. Pode-se dizer que cada um desses elementos, na ordem em que foram apresentados, é antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento seguinte.

Para Welzel (1956), a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

Diante disso, é correto afirmar que o fato dos elementos constitutivos do crime serem analisados individualmente não descaracteriza o ato criminoso que criou, alterou ou produziu efeitos no mundo jurídico (fato-crime), mas, unicamente facilita a tarefa de averiguar a conduta humana criminosa, para uma justa aplicação da reprimenda, se for o caso.

O método fornece ao juiz um sistema de proposições que, aplicado por este, torna previsíveis suas decisões e, por conseguinte, reduz a margem de arbitrariedade, e proporciona segurança jurídica, ainda que, por certo, a segurança jurídica não dependa apenas da previsibilidade das decisões judiciais.

Para Zaffaroni (2009), efetivamente quando o juiz, o promotor de justiça, o defensor, ou quem quer que seja, encontrarem-se diante da necessidade de determinar se existe delito em um caso concreto, como por exemplo, a conduta de um sujeito que se apoderou de uma joia em uma joalheria - incumbindo-lhes averiguar se essa conduta constitui ou não delito, a primeira coisa que devem saber é que caráter deve apresentar uma conduta para ser considerada delito.

A lei penal brasileira não diz claramente, em seu bojo, o que vem a ser o crime. A única menção (não tão esclarecedora) está contida na Lei de Introdução ao Código Penal, que estatui que ao crime é reservada uma pena de reclusão ou de detenção, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.

A linha adotada pelo legislador de 1940, e também pelo de 1984, contraria o pensamento do pensamento legiferante de 1830, quando da edificação do Código Criminal, bem como de 1890 (Código Penal), que traziam o conceito de crime. Hoje, tal conceituação está a cargo da doutrina, conforme será visto nas linhas posteriores.

Ressalta-se, por oportuno, que muito embora se diga que a conceituação tenha sido relegada à doutrina, a sua realização mais completa (analítica) é apenas possível através da busca das disposições contidas no Código.

De acordo com a doutrina, o crime pode ser definido basicamente pelos seguintes conceitos: formal, material, e analítico.

Afirma Jesus (2010) que o conceito formal deriva da análise do crime sobre o "aspecto da técnica jurídica, do ponto de vista da lei" [1]. Neste sentido, completa o doutrinador, abundam definições: "Crime é o fato humano contrário à lei" (Carmignani). "Crime é qualquer ação legalmente punível." (Maggiore) "Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça da pena." (Fragoso) "Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena." (Pimentel) , "todo ato ou fato que a lei proíbe sob ameaça de uma pena" (Bruno), "o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência" (Liszt), "ação punível: conjunto dos pressupostos da pena"

(Mezger), *l'azione vietata dal diritto con la minaccia della pena* (Petrocelli)".

Segundo Fragoso (1995), sob o aspecto material, é o crime um desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um bem, ou a um valor da vida social. Crime é, assim, numa definição material, a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena.

Por último o conceito analítico, o mais utilizado. A classificação analítica tem várias vantagens, como demonstra a analogia de Machado *apud* Fragoso (1995): "Ainda que, formalmente, a água seja água e, materialmente, seja um líquido insípido, inodoro e incolor que serve para, entre outras coisas, saciar a sede, analiticamente a sua composição é H₂O." Preliminarmente, disciplina Fragoso (1995) que "a expressão 'elemento' é inadequada, pois dá a ideia de partes simples de um composto. Seria mais adequado falar em 'características' ou em 'requisitos'", embora este mesmo autor admita que esta questão não afete a "essência das coisas".

O estudo do crime dentro do conceito analítico pode ser retratado através de visões, critérios ou correntes: bipartido, tripartido e quadripartido.

Para a corrente bipartida, crime é todo "fato típico e ilícito", logo, para os defensores desta corrente, a culpabilidade não faz parte do conceito analítico de crime, sendo então apenas um pressuposto de aplicação da pena. No Brasil, seguem este entendimento doutrinadores como: Damásio de Jesus, Celso Delmanto, Júlio Fabbrini Mirabete, Fernando Capez, Renê Ariel Dotti, entre outros.

A corrente da concepção tripartida é majoritária, (crime como sendo o fato típico, ilícito ou antijurídico e culpável), sendo adotada pelos doutrinadores Rogério Greco, Luis Regis Prado, Cezar Roberto Bitencourt, Francisco de Assis Toledo, Edgard Magalhães Noronha, Heleno Fragoso, Frederico Marques, Paulo José da Costa Júnior, Aníbal Bruno, Néelson Hungria, Guilherme Nucci, Fernando Galvão, Juarez Tavares, entre outros.

O fato típico é composto dos seguintes elementos: conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; resultado; nexos de causalidade entre a conduta e o resultado e tipicidade formal e conglobante.

A ilicitude, expressão sinônima de antijuridicidade, é aquela relação de contrariedade, de antagonismo, que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Somente será lícita a conduta se o agente houver atuado amparado por uma das causas excludentes da ilicitude, conforme art. 23 do Código Penal, ou ainda, se tiver o consentimento do ofendido, com certas condições.

A culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente. São elementos integrantes da culpabilidade, de acordo com a concepção finalista por nós assumida: imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato, exigibilidade de conduta diversa.

5 DIREITO PENAL E ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE MODERNA

Nas linhas anteriores viu-se a construção, ou a busca da construção, do *Welfare State* no Brasil, nos anos de 1930 a meados da década de 40, a concessão de importantes direitos ao trabalhadores e a construção de leis repressivas consentâneas com a necessidade do governo Vargas, como foi o caso do Código Penal de 1940. Fez-se, também, breves considerações sobre a reforma penal de 1984, que revogou parcialmente o Código Penal de 1940, e panoramicamente discorreu-se sobre o crime na ótica da teoria finalista da ação.

É sabido que hoje, mais do que nunca, vive-se um momento delicado quando o assunto é segurança pública. Massom (2011) afirma que fenômenos como a globalização, a massificação dos problemas e a configuração de uma sociedade de risco, implicaram, e ainda implicam, em profundas alterações no Direito Penal.

Surge, a partir daí, o chamado expansionismo penal, com o clamor de que o Direito Penal deve ser mais incidente, repressor e punitivo. A coerção passa a ser vista como importante instrumento de controle social. Em decorrência disso, para muitos doutrinadores e também boa parte da sociedade, deve o Direito Penal caminhar em direção à chamada corrente do Direito Penal Máximo, abandonando a tese minimalista, até então recorrente.

Dentro dessa visão maximalista surgiram algumas teses:

5.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Nos dizeres de Gomes¹ (2005), a teoria do Direito Penal do Inimigo foi formulada pelo alemão Günter Jakobs², cujo preceito fundamental é não deixar impune o culpado, seja qual for o delito, com menor importância ou com maior expressividade.

De acordo com o próprio Gomes (2005), o alemão Günter Jakobs referia-se a esses inimigos como sendo delinquentes organizados, terroristas, autores de delitos sexuais e aqueles que praticavam condutas tidas como perigosas. Esses indivíduos não podem ser tratados como pessoa sendo que, não justificaria um processo penal contra ele e sim um procedimento de guerra. O jurista elenca as características do direito penal do inimigo, segundo Jakobs:

- a) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez) e, sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro);
- b) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal;

¹ Luíz Flávio Gomes é Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito Penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista.

² Günter Jakobs, tido como um dos mais brilhantes discípulos de Welzel, foi o criador do funcionalismo sistêmico (radical) que sustenta que o Direito Penal tem a função primordial de proteger a norma e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais. (GOMES, 2005, p.1).

- c) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade;
- d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo;
- e) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança;
- f) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação;
- g) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade);
- h) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos;
- i) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios;
- j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade. (GOMES, 2005, p. 1).

Novamente, Gomes (2005) recorre a Jakobs para mencionar que o Estado conceberia dois direitos penais, um para o cidadão, que deve ser respeitado e a ele devem ser dadas todas as garantias legais, e outro direito penal para o inimigo, aquele que é visto como fonte de perigo para o Estado.

Assevera Shecaira³ (2009), ao invocar Jakobs, que os cidadãos são titulares de direitos e deveres e, com o inimigo, o Estado se comunicaria através da coação. Os cidadãos são reconhecidos como pessoas e os inimigos não pessoas, dessa forma, esses últimos perdem a qualidade de ser humano, iniciando um processo de “coisificação”.

Greco (2010) demonstra que os adeptos ao Direito Penal do inimigo são contrários às penas alternativas por entenderem que indivíduos que cometem crimes de menor importância, sem ficarem encarcerados, acabariam estimulando no futuro o cometimento de crimes graves.

O mesmo Greco (2010), sobejamente contrário à teoria de Jakobs, interroga:

Em muitas passagens de sua obra, Jakobs aponta como exemplo as atividades terroristas. Tentando adaptar esse raciocínio à realidade brasileira, poderiam ser considerados como inimigos, por exemplo, os traficantes que praticam o comércio ilícito de drogas, principalmente nas grandes cidades, a exemplo do Rio de Janeiro, e que, basicamente, criam um estado paralelo, com suas regras, hierarquias, etc.? (GRECO, 2009, p.7).

Assim, percebe-se que o Direito Penal do Inimigo, proposto por Jakobs, desconsidera o inimigo como um cidadão, bem como anula com relação a este a incidência do princípio da dignidade humana, tão requerido ao longo dos tempos.

5.2 MOVIMENTO DE LEI E ORDEM

Conforme Shecaira (2009) essa teoria foi utilizada no velho regime, tendo um

³ Sérgio Salomão Shecaira é professor titular de Direito Penal da USP e ex-presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

caráter extremamente punitivo com a intensificação de ações repressivas em virtude de leis penais. Os adeptos dessa corrente de pensamento postulam que a sociedade está dividida em homens bons e maus, certo que ações como a edição de leis severas e penas longas é que poderiam frear os eventos criminosos. Uma forma de fazer justiça àqueles que não cometem delitos.

As principais características desse movimento se encontram alicerçadas em uma pena que justifica o castigo; os crimes bárbaros devem ser punidos com penas severas e longas; as penas para os crimes violentos devem ser cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima com regime diferenciado de outros presos; ampliação da prisão provisória e a diminuição dos poderes de individualização do juiz, que por sua vez, teria menor controle da execução da pena, transferindo tais poderes para os diretores de penitenciárias. (ARAÚJO JÚNIOR⁴, 1991 *apud* SHECAIRA, 2009).

Nesse contexto, Shecaira (2009), ao analisar tal movimento, assim menciona:

Entre nós, vemos um preocupante avanço de tal movimento com a criminalização mais gravosa de determinadas condutas delituosas e com o aumento da repressão estatal, sem quaisquer critérios científicos. Para tanto, basta que se vejam os efeitos das famigeradas Leis de Crimes Hediondos e do Regime Disciplinar Diferenciado, unanimemente criticadas pela doutrina. (SHECAIRA, 2009, p. 271)

Baseado nisso, Greco (2010) ensina que o movimento da Lei e Ordem postula que o Direito Penal é o protetor maior da sociedade. Para que um comportamento antissocial seja um bem tutelado juridicamente basta que o legislador o transforme em infração penal.

Sob esse prisma, o mesmo autor assevera que esse movimento promove o caráter educacional de uma sociedade através do Direito Penal, culminando com a situação de que em caso de cometimento de infrações menos violentas haja, por consequência, a reprimenda de forma grave daquele ordenamento jurídico. Os adeptos, portanto, do movimento de Lei e Ordem, entendem pela aplicação em grau máximo do Direito Penal, promovendo o juízo de censura, independentemente do comportamento delituoso.

De acordo com Shecaira (2009), no ano de 2008 nos Estados Unidos a política de Tolerância Zero foi uma das vertentes do movimento da Lei e Ordem, onde aconteceu o maior número de prisões e, por sua vez, o encarceramento se manteve em estabelecimentos penais.

5.3 TOLERÂNCIA ZERO

A política denominada Tolerância Zero é utilizada conforme o contexto sendo que, o sentido é quase sempre o mesmo: “haverá um endurecimento das relações a partir de agora”. (SHECAIRA, 2009, p. 262)

Nota-se que a Tolerância Zero pode ser utilizada em qualquer contexto político,

⁴ ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo: aspectos.* In: Sistema Penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

seja criminal do ponto de vista em que um Deputado Federal promete que a partir de hoje haverá tolerância zero com cidadãos infratores, ou do ponto de vista familiar, onde os pais dizem aos filhos que haverá tolerância zero com o retorno das aulas, e por último, no aspecto trabalhista, em que haverá tolerância zero com os chefes que assediam moralmente seus funcionários.

Conforme Shecaira (2009), o advento do capitalismo trouxe mudanças substanciais nas relações individuais e coletivas, sejam no aspecto familiar, comunitário e trabalhista. Um dos reflexos observados foi a estagnação de uma parcela da população que passou a viver sem dignidade, mérito ou honra, comprometendo assim o sentimento de segurança humana. O programa Tolerância Zero busca soluções para as várias facetas criminais como descrença do egresso à sociedade, razões e justificativas do crime e na exclusão produzida pelas relações sociais.

De acordo com Soares (2000), a concepção estratégica denominada Tolerância Zero evidencia os crimes da qualidade de vida, que são rotineiramente desprezados por serem consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo. Essa estratégia foi muito utilizada no enfrentamento a criminalidade em Nova York e que se baseou na teoria conhecida como Consertando as Janelas Quebradas.

Nessa seara, destaca-se que a política de Tolerância Zero potencializa a prisão do indivíduo por qualquer infração penal, certo que a ideia do Darwinismo social é trazida à baila, “aqueles que não se encaixam na sociedade de consumo são os responsáveis pelo seu próprio destino”. (SHECAIRA, 2009, p. 272).

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo trazer à lume pressupostos normativos/valorativos delineadores das políticas sociais, bem como explorar aspectos relacionados aos chamados regimes de Bem-Estar, reverberado nos escorreitos ensinamentos de um de seus autores mais festejados: Gosta Esping-Andersen.

Passo seguinte, apresentou as medidas implementadas pelo Presidente do Brasil, Getúlio Vargas, nos idos de 1930 e 1940, rumo à construção de um *Welfare State*, sobretudo através da edificação de leis trabalhistas concessivas de direitos importantes.

Paralelamente à concessão desses direitos, determinou o citado chefe que fosse edificado um novo Código Penal (1940), extremamente repressivo, mas que foi elaborado com tanto zelo que o fez receber no 2º Congresso Latino Americano de Criminologia, realizado na cidade de Santiago do Chile, no ano de 1941, uma moção de aplauso pela sua estrutura e técnica redacional.

Mencionado Código, que ainda está em vigor, teve sua parte geral revisada em 1984, a partir de uma comissão de notáveis juristas, capitaneada por Nelson Hungria. Aspectos desta revisão, mormente relacionados com a teoria do crime, também foram abarcados neste estudo.

Em decorrência da tensão, ou melhor, da relação Estado versus Direito explorada neste trabalho, entendemos que não podia ficar fora da abordagem questões relacionadas ao Direito Penal Máximo. Isto porque, como regra, os países da Europa Ocidental e também da América Latina, mormente àqueles que adotam regimes democráticos, apresentam tendência em reduzir a incidência do Direito Penal, donde surge a chamada tese do Direito Penal Mínimo.

Nesse sentido, abordou-se três das principais correntes que procuram romper com o minimalismo penal, já recepcionadas em países como a Inglaterra, por exemplo. No Brasil, regra geral, os doutrinadores refutam o maximalismo penal.

À guisa de exemplo, Greco (2010), ao discorrer sobre o Direito Penal do Inimigo, assevera que indivíduos com alta periculosidade, dentro da visão maximalista, são estereotipados como irrecuperáveis e lhes é imposto uma medida de privação de liberdade sem prazo definido. Conclui que isto é tratar o ser humano como se indivíduo não fosse, bem como a extrema falta de sensibilidade do Direito Penal.

Com mesmo posicionamento, Beccaria (2005) menciona que a expectativa de um indivíduo sofrer um castigo inevitável, mesmo que seja moderado, causará uma sensação muito maior do que a esperança de impunidade.

De acordo com Nucci (2007), o Direito Penal do Inimigo não deve ser inserido em um Estado Democrático de Direito, e se estivesse seria um Estado Totalitário. O Direito Penal deve ser invocado para aquelas condutas sérias e relevantes. Se fosse levado a efeito o Direito postulado por Jakobs, aqueles que detêm o poder poderiam definir os inimigos do Estado, para fins de Direito Penal.

Conforme Capez (2011), o Estado Democrático de Direito tem a função de assegurar, dentre outros, a igualdade entre os homens, a submissão às leis, a igualdade entre os poderes evitando o arbítrio, as garantias individuais, o combate ao preconceito e a redução das desigualdades sociais.

No mesmo sentido de Capez, Bitencourt (2007) postula que:

A formalização do Direito Penal limita a intervenção jurídico penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. O Estado não pode – a não ser que se trate de um Estado totalitário – invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. (BITENCOURT, 2007, p. 9)

A discussão, em torno dessa questão, é instigante, pois comporta muitos ângulos de visão. Considera-se preferível segurar na história do Direito Penal para firmar convicção. É sabido que o Direito Penal sempre foi extremamente cruel e parcial, em outras palavras, sempre soube quem quis alcançar.

Nesse sentido, é certo que tudo o que foi até aqui conquistado, fruto das discussões e do sangue de muitos antepassados, deve ser preservado, sob pena de regressão a um período escabroso da história da humanidade.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Tanya Maria Macedo (Coord.). *A política social brasileira 1930-64: evolução institucional no Brasil e no Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística, 1983.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marquês di. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. 18.ed. São Paulo: Hemus, 2005. p. 14-16, p. 54-65.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 15.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O estado de bem-estar social no capitalismo contemporâneo. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

DRAIBE, Sônia Miriam. A reforma dos programas sociais brasileiros: panoramas e trajetórias. XXIV Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS), GT12: Política e Economia. Petrópolis, 2000.

DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: Para a década de 90: prioridades e perspectivas de políticas públicas - políticas sociais e organização do trabalho. Brasília: IPEA, 1989. v.4

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Lua Nova*, n. 24, p. 85-116, 1991.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Uma genealogia das teorias e tipologias do estado de bem-estar social. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 15.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1995. v.1

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo. *Revista jurídica eletrônica Unicoc*. Ribeirão Preto, n. 2, p. 1-5, out. 2005. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/direito-penal-inimigo-inimigos-71328089>>. Acesso em: 11 set. 2012.

GRECO, Rogério. Direito penal do inimigo. *Clubjus*, Brasília, 02 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.24050>>. Acesso em: 12 set. 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. v.1

HÖFLING, Eloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. Campinas: Unicamp, 2001. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?pid=S010132622001000300003&script=sci_arttext&tlng=pt>.

Acesso em: 20 set 2012.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral*. São Paulo: Método, 2011.

MEDEIROS, Marcelo. *A trajetória do welfare state no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990*. Brasília: IPEA, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.1

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

ROBERTS, Bryan R. A dimensão social da cidadania. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v.12, n. 33, p.5-22, fev. 1997.

SANTOS, Wanderley Guilherme. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme; COIMBRA, Marco Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 77, p. 261–278, mar./abr. 2009.

SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: quinhentos dias no front da Segurança Pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras; Depalma, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal: parte geral*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v.1

(AINDA) ISONOMIA PROCESSUAL: CONDIÇÃO *SINE QUA NON* PARA A EFETIVIDADE MATERIAL DO PROCESSO?*

LEONARDO OLIVEIRA SOARES^{**}

SUMÁRIO

1 Escalada rumo à uniformização jurisprudencial. 2 Relação (uma das) entre normas e princípios processuais e materiais. 3 Isonomia processual como pressuposto para efetividade material do processo. 4 Recorribilidade da decisão que determina a conversão de agravo/Divergência jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça. 4.1 Previsão de agravo no regimento interno de Tribunal local. 4.2 Cabimento de impetração de mandado de segurança - constitucionalidade do art. 527, parágrafo único do CPC. 5 Autoridade dos precedentes jurisprudenciais. 6 Uniformização jurisprudencial e devido processo legal. 7 Uniformização jurisprudencial à luz do Texto Constitucional pátrio: óbice sistêmico? 8 Igualdade processual e flexibilização do procedimento. 9 Conclusões.

1 ESCALADA RUMO À UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Nos últimos anos, ocorreu significativa escalada legislativa para alcançar-se harmonia interpretativa no direito pátrio. A esse respeito, citam-se duas significativas alterações: a) a autorização genérica (art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC) para que os Tribunais (*rectius*: os relatores) julguem, de forma monocrática, desde que amparados em posição jurisprudencial consolidada no respectivo órgão judicante ou em Tribunal Superior, e b) a previsão de julgamento de recursos especial e extraordinário pela técnica da amostragem (artigos 543-C e 543-B do CPC, respectivamente).

* O texto corresponde, em alguma medida, ao divulgado no livro *PRIMEIROS ESCRITOS DE DIREITO PROCESSUAL: faz escuro mas eu canto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. A presente versão foi, contudo, revista, atualizada e alvo de substancial acréscimo, inclusive de notas de rodapé, o que propiciou a apresentação de novas e mais refletidas conclusões sobre o tema e outros correlatos. Daí a justificativa para a colocar-se o termo *ainda*, entre parêntesis, antes do título que fora conferido ao primitivo trabalho. Publicado na *Revista Forense*. v. 419, jan./jun. 2014.

** Advogado Regional do Estado em Ipatinga. Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na FADIPA (MG). Autor do livro *Primeiros Escritos de Direito Processual: faz escuro mas eu canto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

Em notícia publicada no sítio eletrônico do STJ,¹ colhe-se a informação de que o ponto não deixou de ser considerado pela comissão de juristas, outrora encarregada de elaborar o anteprojeto de CPC, vez que se pretende, entre outras inovações, disciplinar o chamado incidente de coletivização,² a envolver demandas de massa.

No particular, registra-se, entendeu-se por bem não atualizar o estudo, dentre outros motivos, para que o leitor formule seu próprio juízo ao propósito da forma como as técnicas de padronização decisória foram tratadas, seja no PLS 166/2010, apresentado ao Senado Federal, seja no substitutivo, votado em referida Casa legislativa (PL 8.046/2010),³ seja, enfim, no texto base de novo CPC, aprovado, em 26 de novembro de 2013, na Câmara dos Deputados.⁴

Pois bem. Presente esse contexto, e mediante recorte específico, discorre-se sobre um dos múltiplos desdobramentos do princípio constitucional da igualdade, qual seja a uniformização de interpretação das regras e princípios processuais apresenta-se como condição *sine qua non* para que se possa falar em efetividade material possível⁵ do processo.

Destaca-se que essa atualizada e ampliada versão do escrito continua a apresentar como pano de fundo, e em perspectiva crítica, o fenômeno atual de concretização jurisprudencial do direito pátrio. Sem perder de vista, contudo, a pretendida mudança desse cenário, desde quando esteja em vigor novo CPC. Atualizada, porque atenta ao estágio de votação de cogitado projeto legislativo. Ampliada, porque - aconselhado pela prudência - lançou-se breve olhar sobre o que se denominou, no texto, de expansividade principiológica constitucional, relacionando-a ao universo da harmonização interpretativa do direito a ser levada a cabo, via (também) Poder Judiciário.

Antes, porém, de analisar o problema central, já agora delimitado, desse novo escrito uma ressalva periférica vem a calhar.

Por esse caminho, pois, inicia-se propriamente a exposição.

2 RELAÇÃO (UMA DAS) ENTRE NORMAS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E MATERIAIS

¹ A notícia recebeu o título “Comissão de juristas encerra primeira etapa do novo Código de Processo Civil.” Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95196>. Acesso em: 13 jan. 2014.

² Com a habitual profundidade, o ilustre Professor Dr. José Marcos Rodrigues Vieira visualizou, no que denominou de “coletivização do processo”, a “4ª onda renovatória” deste. O texto da conferência intitulada Ação civil pública e processo coletivo, na qual o tema foi explorado, encontra-se disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/pal022011.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2014.

³ Robusta análise crítica do Projeto pode ser lida em DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Comentários ao Projeto de novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal. *RIAMG*, 17/23-47.

⁴ Informação colhida em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/457989-CAMARA-CONCLUI-VOTACAO-DO-TEXTO-BASE-DO-NOVO-CPC-E-ADIA-POLEMICAS.html>>. Acesso em: 31 nov. 2013.

⁵ A versão anterior não contemplou a ressalva em apreço, notadamente em virtude de que, naquela oportunidade, não se refletiu sobre a incidência da principiológica constitucional, no plano das relações jurídicas travadas no Estado Democrático de Direito.

Não se pretende questionar os denominados escopos social, político e jurídico do processo (*rectius*: da jurisdição). No entanto, ainda que se possam apresentar objeções à escola instrumentalista do processo, como, de resto, a quaisquer outras correntes doutrinárias, não se nega haver ponto de contato entre normas e princípios materiais e processuais, respectivamente. A partir da passagem literária lançada na epígrafe do escrito, pode dizer-se que os mandamentos substantivos correspondem à realidade nua e crua do direito, cabendo aos comandos adjetivos conferir aos primeiros sentido, significado, leia-se vida.⁶ Por outras palavras, e em termos jurídicos:⁷

“A inquestionável autonomia do Direito Processual não pressupõe a sua neutralidade em relação ao direito material. Ao contrário, há entre eles um vínculo indiscutível, eis que se integram na tarefa de criação das normas jurídicas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas)”.

Decerto não se ignora, de outro lado, a voluntária e cotidiana observância das regras materiais. Apenas se busca dar ênfase à construção participada (leia-se: em contraditório) de decisões em sociedade plural, regida por normas que contemplam conceitos indeterminados e princípios, notadamente de ordem constitucional, a autorizar, vá a obviedade!, múltiplas e legítimas interpretações no Estado Democrático de Direito pátrio.

Dito isso, destaca-se, doravante, particularidade a ser observada para que, no relacionamento entre os comandos materiais e processuais vigentes, possa materializar-se, tanto quanto factível, o mandamento maior da isonomia na esfera jurisdicional.

3 ISONOMIA PROCESSUAL COMO PRESSUPOSTO PARA EFETIVIDADE MATERIAL DO PROCESSO

A busca pela igualdade não se prende ao universo do *common law*. Com efeito, atende a elementar regra de bom senso que casos iguais devem receber tratamento uniforme. Bem por isso, é preocupação da mais autorizada doutrina nacional⁸ o papel a ser desempenhado pelos Tribunais pátrios⁹ na harmonização de interpretação da legislação constitucional e federal, respectivamente.

Uniformização, a seu turno, que engloba, por certo, a interpretação das normas e princípios processuais, pois não se pode falar em produção de resultados iguais - ao fim das

⁶ Em atualíssimo escrito, sustentou-se que a aplicação do direito material no processo, observado o contraditório dinâmico, deve atentar, sempre, para a máxima eficácia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, deve ser vista a relação entre normas materiais e processuais ora sugerida. THEODORO JR., Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=601>. Acesso em: 22 jan. 2010.

⁷ DIDDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11.ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. v.1, p. 22.

⁸ Em dois judiciosos artigos, defendeu-se a relevância do respeito aos precedentes, quer se trate, quer não de país vinculado à tradição do denominado sistema de *civil law*. MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes*. *RePro*, 172. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. *RePro*, 172.

⁹ No caso do STJ, tal função está prevista no art. 105, inc. III, alínea c da CF/88.

contas, desejada por quem? - sem que se tenha assegurada, primeiro e como pressuposto inarredável, a igualitária participação no processo.

A fim de tornar menos teórica a exposição, ilustra-se a relevância da harmonia procedimental, aqui defendida, lançando mão das interpretações do STJ para a regra disposta no art. 527, parágrafo único do CPC atual.

Ressalte-se que a discussão se mostra oportuna, mesmo que se considere o Código de Processo Civil em elaboração legislativa. Sim, pois, sem prejuízo de outras hipóteses de cabimento, o recurso de agravo será mantido para recorrer de decisões interlocutórias específicas, tais quais as referentes à apreciação de requerimento de antecipação de tutela ou providência cautelar.¹⁰

4 RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE DETERMINA A CONVERSÃO DE AGRAVO/DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com o advento da Lei 11.187/05, estabeleceu-se a irrecorribilidade da decisão que converte agravo (art. 527, parágrafo único do CPC).

Ao interpretar o dispositivo, a Corte Especial do STJ considerou,¹¹ presentes dadas circunstâncias, cabível o manejo de mandado de segurança para insurgir-se contra a conversão.

Empreste-se ou não adesão ao posicionamento em pauta, ressalta-se que um dos pressupostos para chegar-se ao *veridictum* em tela consistiu, precisamente, no reconhecimento de que a decisão conversiva é irrecorrível.

De outro lado, a 2ª Seção de referido Tribunal, em julgamento¹² posterior ao realizado pela Corte, admitiu, para a hipótese, o cabimento do chamado agravinho, desde que houvesse sua previsão no regimento interno do Tribunal local.

Aludida diversidade de entendimentos aponta, então, para coexistência de meios para impugnar pronunciamento rotulado de irrecorrível pelo legislador.

Considerada a hoje reinante e, por que não dizer, preocupante proliferação de decisões liminares,¹³ mencionada diversidade merece exame, a começar pelo segundo entendimento ora gizado.

¹⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Orgs). Posição, dentre outros, defendida por GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais para o novo processo civil. *Bases científicas para um renovado direito processual civil*. 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 24.

¹¹ RMS 25.934/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 9.02.2009.

¹² RMS 26.828/RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, *Dje* 28.10.2009. Posição reiterada no julgamento do AgRg no RMS 27349/PE, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 09.10.2008.

¹³ Relatório apresentado por eminente jurista italiano dá notícia de que o (suposto) abuso do direito de ação, de que os requerimentos infundados de medidas proferidas *inaudita altera pars* são exemplos, constitui-se em

4.1 PREVISÃO DE AGRAVO NO REGIMENTO INTERNO DE TRIBUNAL LOCAL

Para análise da decisão proferida pela 2ª Seção dois pontos devem ser considerados, a saber: a) a constitucionalidade de norma interna que institua o agravo regimental, e b) a possibilidade de o regimento em questão estabelecer a forma de exercício de recurso previsto em lei federal.

Para refutar a consideração apresentada no item a), basta defender, com apoio em sólida doutrina,¹⁴ que norma daquela natureza não pode versar o tema em apreço, sob pena de carregar consigo a pecha de inconstitucionalidade formal, haja vista a competência legislativa da União disposta no art. 22, inc. I da CF/88.

De outro lado, a favor da interpretação desenvolvida no item b), pode ser dito, também com apoio em respeitável doutrina,¹⁵ que não se cuida de instituir recurso, pois o comando em foco apenas estabelece procedimento a ser adotado, no âmbito do Tribunal, ao propósito de espécie recursal prevista na legislação federal pertinente.

Superada por esse ângulo a primeira objeção, resta enfrentar o segundo ponto. Ora, o fato de se conferir ao Tribunal a prerrogativa de disciplinar aludido procedimento não leva à conclusão de que esteja autorizado a estabelecer a recorribilidade mesma, no caso, sob a forma do denominado agravinho, para hipótese em que o legislador - bem ou mal, pode questionar-se - estatuiu a vedação. Do contrário, condicionar-se-ia o direito ao reexame de decisões jurisdicionais - desdobramento da garantia constitucional devido processo legal¹⁶ - às disposições regimentais e transitórias dos Tribunais de cada um dos Estados da federação brasileira.

Forçoso convir que as muitas normas dessa espécie existentes e a serem criadas, com a conseqüente e inevitável multiplicidade de interpretações, certamente apontarão para sentido oposto ao da pretendida e possível, enfatiza-se, uniformização procedimental versada no presente texto.

Não bastasse, se se admitir que o Tribunal local (leia-se: seu regimento) possa estabelecer hipótese de recorribilidade em manifesta contrariedade ao que dispôs o legislador federal constitucionalmente competente para tanto, não será de todo improvável que se

preocupação que extrapola, e muito, o direito pátrio. TARUFFO, Michelle. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo*, 177/168-170.

¹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 51-52.

¹⁵ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.181. Diante da expressa vedação à recorribilidade, afasta-se a aplicação, por analogia, do art. 39 da Lei 8.038/90. Dito artigo, sabe-se, prevê o cabimento de agravo de decisão monocrática proferida por membro de Tribunal (STJ e STF). Nesse sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7.ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. v.3. p. 170-172.

¹⁶ Devido processo legal, aqui, concebido como “*princípio procedimental*”. Sobre a “distinção” entre devido processo legal substancial e procedimental, confira-se ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”. *RePro*163/50-59. Em suas conclusões, sugere o respeitado autor que se desenvolvam estudos considerando-se o devido processo legal como princípio procedimental, nos moldes do que, supõe-se, apresente-se o texto. Sem que isso signifique desconsiderar a relevância do princípio na efetivação dos direitos fundamentais materiais.

chegue a desenvolver raciocínio análogo, mas para vetar, com apoio em regra interna *corporis*, o cabimento desta ou daquela modalidade recursal prevista em lei. Indo mais além, nada impediria que se implantasse, via regimento, restrição geral, quiçá extensiva a todos os recursos a serem julgados pelo Tribunal, tudo a depender, em primeiro lugar, da sobrecarga de trabalho do respectivo órgão julgador. Possibilidade que haverá de ser, com efeito, vista com bons olhos por todos aqueles que consideram a interposição de recurso (exercício regular de garantia constitucional) tão só como obstáculo para a efetividade/celeridade da prestação da tutela jurisdicional (*rectius*: apenas como obstáculo para o bom funcionamento do Poder Judiciário).¹⁷

Ao propósito, merece registro a seguinte constatação doutrinária:¹⁸

“Fizemos, durante cinquenta anos, intenso discurso de acesso à justiça. Conclamamos a sociedade a acreditar no sistema. E, agora, lamentavelmente, que essa mesma sociedade parece ter acreditado, porque veio, e veio intensamente, com suas múltiplas demandas por justiça, pensamos, na doutrina, com inspiração na jurisprudência, em eliminar hipótese de controle das decisões judiciais pela via recursal; pensamos e propomos alterações legislativas que deixam de considerar a estrutura constitucional do direito fundamental de acesso à justiça e, assim por diante”.

Em síntese, não será por meio de concessões, e muito menos de restrições recursais ilegítimas, ainda mais de natureza regimental, que o Estado brasileiro dará concretude à promessa constitucional de acesso à justiça, quer-se dizer, à jurisdição.

4.2 CABIMENTO DE IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 527, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC

Refutada a tese firmada pela 2ª Seção, veja-se a estabelecida pela Corte Especial.

Para isso, em primeiro lugar, faz-se necessário analisar a constitucionalidade da norma que veda a recorribilidade do pronunciamento conversivo em evidência.

Nada obstante autorizadíssima lição doutrinária em sentido oposto ao que se vai expor,¹⁹ a regra em tela não padece de inconstitucionalidade. De fato, o critério decisivo para que se admita a conversão reside, precisamente, na preservação de utilidade do recurso interposto.

¹⁷ O ambiente restritivo aludido no texto alcança a esfera legislativa, haja vista a disciplina do instituto da sucumbência recursal no projeto de novo CPC, por intermédio do qual se pretende inibir a interposição de recursos. Sobre o tema, discorreu-se, de modo crítico, em dois estudos, para os quais se toma a liberdade de remeter o leitor. Ei-los: “Primeiras considerações sobre a denominada sucumbência recursal no Estado de Direito Transnacional” e “Sucumbência recursal no Estado Democrático de Direito brasileiro: estímulo à redução ou ao aumento de duração dos processos?” SOARES, Leonardo Oliveira. *Primeiros escritos de direito processual*: faz escuro mas eu canto. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 211-221 e p. 223-238, respectivamente.

¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Teoria geral dos recursos. *RePro*, 164/ 333-341.

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.5, p. 692.

Assim, se o direito ao reexame de decisões jurisdicionais se constitui em desdobramento do devido processo legal e, mais, se há previsão legal para tanto na espécie, a incompatibilidade com o Texto Constitucional estará antes no pronunciamento inviabilizador do imediato trâmite recursal que no dispositivo normativo que autoriza a conversão. Ou seja, a partir do caso concreto, poder-se-á falar de inconstitucionalidade, mas sempre do decisum que torne - por via oblíqua - irrecurável a interlocutória.

Explica-se. Caso não se julgue, de imediato, agravo interposto, v.g., das decisões antecipatórias e cautelares, haverá perda do respectivo objeto.²⁰ Realmente, pois se a medida de urgência for cassada, na sentença, o recebimento da apelação, no duplo efeito, não terá o condão de ressuscitar, por assim dizer, a decisão proferida sob cognição sumária, em prejuízo do pronunciamento exauriente. De outro lado, ratificado, na sentença, o adiantamento de eficácia, bastará que o Tribunal aprecie o ponto nas razões de apelação independentemente, até porque inócua, da reiteração das teses desenvolvidas no agravo retido (*rectius*: antes convertido). Nesse último caso, em virtude de os efeitos, primeiro irradiados da interlocutória, decorrerem, agora, da sentença.

Em vista disso, afirma-se que a inconstitucionalidade material da decisão irrecurável em tela²¹ desafiará, sim, impetração originária, nos moldes do que decidiu a Corte Especial do STJ.

5 AUTORIDADE DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Como os posicionamentos do STJ, a essa altura já analisados, não possuem caráter vinculante, a duplicidade de meios para impugnar o decisum conversivo se fará, por hipótese, presente, conforme haja ou não a previsão regimental questionada no tópico anterior.

Diante dessa constatação, exsurge a pergunta: será hora de estabelecer-se a obrigatoriedade de respeito a precedentes de mencionado Tribunal? Ao que parece, o direito brasileiro caminha - quer-se dizer: continuará a caminhar - nesse sentido. Ao propósito, segue expressiva passagem de documento²² divulgado pela respeitável Comissão de Juristas, então encarregada de elaborar o anteprojeto de CPC:

“A Força da Jurisprudência restou deveras prestigiada em todos os graus de jurisdição, viabilizando a criação de filtros em relação às demandas *ab origine*, autorizando o juiz a julgar a causa de plano consoante a jurisprudência sumulada e oriunda das teses emanadas dos recursos repetitivos, sem prejuízo de tornar obrigatório para os tribunais das unidades estaduais e federais, a adoção das teses firmadas nos recursos representativos das controvérsias, previstos, hodiernamente no artigo 543-C do CPC, evitando a desnecessária duplicação de julgamentos, além de

²⁰ Em recentíssima demanda (RO 38.650) de que participou o autor do presente artigo, o STJ acolheu a tese ora defendida. A respeito, consulte-se SOARES, Leonardo Oliveira. Agravo de instrumento e recurso ordinário em mandado de segurança contra pronunciamento jurisdicional específico: uma distinção necessária e duas constatações. *RDDP*, 129/68-75.

²¹ Ressalvado, em todo caso, o cabimento de embargos declaratórios.

²² Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95196>. Acesso em: 13 jan. 2014.

manter a higidez de uma das funções dos Tribunais Superiores, que é a de uniformizar a jurisprudência do país”.

No particular, andar bem o legislador se instituir procedimento²³ servil ao devido processo legal para chegar-se à interpretação uniformizadora. De fato, pois a legitimidade da obrigatoriedade ora cogitada (*rectius*: a maior ou menor força persuasiva de tal ou qual precedente) reclama que a decisão paradigma seja proferida em processo regido pelas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Obrigatoriedade, diga-se de passagem, que haverá de alcançar, em primeira mão, o órgão jurisdicional de que oriundo o precedente. Afinal, no direito, como, de resto, na vida o exemplo ainda se constitui em poderoso meio para o estímulo de condutas.

Bem, reconhece-se que o ponto - ausência de efeito vinculante necessário - reclama esclarecimento. Antes, contudo, de apresentá-lo, outro, pertinente à situação específica analisada no texto, faz-se oportuno.

6 UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Sim, nada obstante a obrigatoriedade de respeito a precedentes apresente-se como meio para chegar-se à uniformização de interpretação do direito, sugere-se outro modo para equacionar o problema atual da conversão. Ou seja, sustenta-se que a recorribilidade imediata de determinadas decisões incidentais, tais como as que versem antecipação de tutela e medidas cautelares, constitui-se em mero desdobramento do devido processo legal constitucionalmente assegurado.

Assim, será possível falar de inconstitucionalidade, mas do pronunciamento conversivo, toda vez que leve à perda do objeto.

Dessa maneira, a partir da interpretação ora proposta, viabilizar-se-á a reapreciação útil de específicas e mais relevantes interlocutórias, sem que se tenha de cogitar de meio(s) para questionar a conversão.

Sob essa ótica, a solução para o impasse em destaque não residirá na admissibilidade do mandado de segurança, muito menos no cabimento do agravo interno. Até porque, ocioso dizer, a pertinência de uma e outra medidas, no plano processual, não leva, de modo necessário, a julgamento de mérito favorável àquele que venha lançar mão de um dos respectivos meios para combater a indevida conversão.

Agora, o segundo esclarecimento.

²³ Proveitosa, aqui, a lição de Cássio Scarpinella Bueno ao propósito do procedimento que deverá ser adotado para *legitimar* a chamada súmula impeditiva de recursos, cujo caráter persuasivo, pelas razões expostas no texto, afigura-se mais apropriado ao direito pátrio. *Curso sistematizado de direito processual civil. Recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos Recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p. 48-49.

7 UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL À LUZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL PÁTRIO: ÓBICE SISTÊMICO?

Consoante destacado na introdução do texto, aconselhado pela prudência, o autor das presentes linhas teve por bem desenvolver o tópico que ora se inicia. Oxalá se mostre oportuna a reflexão.

Pois bem. O direito brasileiro vem experimentado o que se convencionou chamar de sua constitucionalização.

Por isso, as relações jurídicas disciplinadas, em primeiro momento, pelos diferenciados ramos jurídicos, passaram a sofrer a salutar influência dos mandamentos estatuídos na Constituição Cidadã.

Do extenso e particularizado Texto Constitucional em foco é possível, entretanto, inferir - de modo expresso ou não - vasta gama de princípios. Daí, crê-se, o principal óbice à uniformização e vinculação decisórias,²⁴ orientadoras da elaboração do novo CPC para o Brasil, decorre, antes e acima de tudo, do próprio sistema constitucional em vigor. Ou melhor, pode ser identificado precisamente na relevância que aludido sistema passou a ostentar para a regência das relações jurídicas travadas no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nessa perspectiva, pode dizer-se tratar de limitação imanente, por assim dizer, ao fenômeno diacrônico de concretização dos princípios constitucionais.

Esse, em síntese, o fundamento pelo qual se optou, no texto,²⁵ pelo reconhecimento, regra geral, de força meramente persuasiva aos precedentes construídos, insista-se, segundo o devido processo legal. Por outras palavras, estabelecer quando e como as razões do *decisum* referência deverão ser acolhidas ou refutadas, seja pelo respectivo Tribunal Superior, seja pelos demais órgãos do Poder Judiciário pátrio, é tarefa a recair sobre aqueles que irão participar, em contraditório, dos diferenciados processos jurisdicionais passíveis de ser instaurados no Brasil. Sem prejuízo, por certo, de o legislador estabelecer as balizas para tanto.

Do parágrafo anterior, não se extrai, fique claro, que se esteja a defender, de modo irresponsável e descomprometido com a afirmação dos direitos fundamentais, espécie de loteria jurisprudencial. Ao contrário, admite-se, sim, a oportunidade da harmonização

24 Pela adoção de sistema de precedentes vinculantes, vide, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. O eminente jurista apresentou breve resumo de seu pensamento em conferência, de igual título, cujo texto encontra-se disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/files_/Confer%C3%A2ncia_IAP2.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2013. Desnecessário dizer que não se cuida, o presente escrito, de crítica às judiciosas lições do renomado autor ao propósito do tema, seja porque, para tanto, haver-se-ia de analisar cada qual dos argumentos desenvolvidos na obra em destaque - o que extrapola o alcance do presente artigo doutrinário - seja porque, fundamentalmente, não se dispõe de forças para realizar tal empreitada. Em suma, buscou-se apenas chamar a atenção para a expansiva concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito brasileiro atual, relacionando-a ao exercício da atividade jurisdicional. E nada mais.

25 O recorte visou a pontuar que não fica excluída a oportunidade de determinadas decisões irradiarem efeito vinculante, como, v.g., ocorre no plano do controle concentrado de constitucionalidade. A análise do tema, dada a sua abrangência, fica reservada para outro escrito.

interpretativa, sem, entretanto, que para isso se tenha de tolher eficácia ao que se rotulou de expansividade principiológica constitucional.

Pouco convencido do que se acaba de ler, é lícito a você, caro leitor, formular a contundente objeção: mas, e o sistema de *commow law*? Respondo-lhe então, que “sem que se emprenda, nesse momento, exame sobre o modo de concretização judicial do direito nos países filiados a respectivo sistema, não se pode negar ao menos o seguinte dado objetivo: nenhum país daquela família apresenta, salvo melhor juízo, Texto Constitucional tão minudente quanto o brasileiro, com a correlata possibilidade de serem inferidos - direta ou indiretamente - tantos princípios e subprincípios constitucionais quantos forem as conveniências, vá a expressão!, do intérprete”.²⁶

Ainda relutante, é de se permitir-lhe, e já, apresentar outra pertinente ressalva, materializada no seguinte questionamento: mas por que então a Lei Maior brasileira previu a existência de Tribunais superiores cuja missão primeira é zelar pela integridade da interpretação do direito constitucional e infraconstitucional no país?

Ora, ora, e seja como for, ainda sobre a uniformização, não se pode “deixar de ressaltar que a reiterada aplicação uniforme do direito abre espaço, muita vez, para cristalizar-se interpretação de todo questionável. De outro lado, vale frisar que a multiplicidade de compreensões de determinada norma ou princípio jurídicos, em mesmo contexto, pode ensejar, com alguma frequência, insegurança jurídica e, ao fim e ao cabo, violação ao princípio constitucional da isonomia. Por outras palavras, muita vez, irá o intérprete deparar problema sistêmico, que muito bem pode ser resumido na máxima popular, segundo a qual se correr o bicho pega, se ficar o bicho come”.²⁷

Diante dos esclarecimentos prestados (terão sido satisfatórios?), desponta, enfim, a derradeira perplexidade: no final das contas, qual o motivo para se discorrer sobre a igualdade participativa?

A razão é simples. Se nem mesmo sobre as regras formais houver consenso hermenêutico mínimo, parece de todo improvável alcançar-se a harmonia interpretativa, nos limites delineados acima, no plano material. Por outras palavras, a ausência de previsibilidade quanto às regras do jogo potencializa, por assim dizer, ainda mais a incerteza que acompanha, em maior ou menor escala, o desfecho principiológico dos processos jurisdicionais em curso no Brasil.

8 IGUALDADE PROCESSUAL E FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Está em adiantada fase de votação legislativa projeto de novo CPC para o Brasil.

26 SOARES, Leonardo Oliveira. Agravo de instrumento e recurso ordinário em mandado de segurança contra pronunciamento jurisdicional específico: uma distinção necessária e duas constatações. *RDDP*, 129/74.

27 SOARES, Leonardo Oliveira. A desconsideração atípica da coisa julgada material e o princípio constitucional da inafastabilidade. *RePro*, 223/203.

Entre as inovações, merece destaque a previsão de que, por intermédio de flexibilização procedimental, sejam construídos o caminho e respectivo calendário processual adequados ao caso concreto.

Sem que se examine, neste momento, a pertinência da inovação com a garantia devido processo legal,²⁸ assegurada no art. 5º, LIV da CF/88, é fato que, uma vez positivada, ensejará a possibilidade de que desponte gama diversificada de percursos, ao menos em tese, por que poderão passar as partes e o juiz durante o desenrolar do processo. Desnecessário dizer que, por esse modo, caminha sem sentido de todo contrário ao da harmonização processual defendida no texto.

É o quanto basta para finalizar a abordagem com a atenção voltada para o cenário atual, sem, entretanto, perder de vista a perspectiva futura que o tema isonomia processual, de antemão, comporta. Ou melhor, é o quanto basta para, ingenuamente, dar por encerrada a discussão ao propósito.

9 CONCLUSÕES

A busca pelo tratamento igualitário não representa peculiaridade dos sistemas jurídicos de *common law*.

Dada a sua atribuição constitucional, deve o Superior Tribunal de Justiça, em primeiro lugar, uniformizar a interpretação da legislação processual vigente à luz do devido processo legal.

A obrigatoriedade de respeito a precedentes dos Tribunais superiores apresenta-se, sob a ótica legislativa, como norte para alcançar-se harmonização de interpretação das regras e princípios (materiais e processuais).

Será, contudo, antidemocrática e conseqüentemente carecedora de legitimidade a obrigatoriedade ora tratada, caso a decisão paradigma venha ser proferida sem a observância do devido processo legal.

Ainda que se tenha por obrigatório determinado entendimento jurisprudencial, isso, por si só, não leva a maior efetividade do processo.

28 Em dois escritos, posicionou-se de modo contrário à inovação em tela. SOARES, Leonardo Oliveira. Flexibilização procedimental: afirmação do *due process of law*? RT 931, maio 2013 e SOARES, Leonardo Oliveira. Calendário Processual, sucumbência recursal e o Projeto de novo CPC para o Brasil. *RePro*, 227, jan. 2014. Pela flexibilização ampla, com abundantes remissões à doutrina europeia, vide substancial estudo de ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *RePro*, 193, mar. 2011. De forma mais restrita, pois reservada (a flexibilização) a casos *excepcionais*, consulte-se REDONDO, Bruno Garcia. Devido processo “legal” e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *RDDP* 130, jan. 2014. Pela adoção da técnica em apreço, a partir dos princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo, veja-se MEIRELES, Edilton. Dever de gestão processual adequada. *RBDPro*, 76. Belo Horizonte, Fórum, out./dez. 2013.

Com efeito, não será o acatamento da tese fixada pela Corte Especial e, menos ainda, a concordância com a estabelecida pela 2ª Seção que irá harmonizar o direito ao duplo grau de jurisdição, envolvendo as medidas antecipatórias e cautelares, ao devido processo legal constitucionalmente assegurado.

Mesmo que construídos sob a égide do *due process of law*, melhor se afigura, como regra geral, atribuir aos precedentes força meramente persuasiva. Dentre outras razões, em decorrência da vasta e expansiva principiologia constitucional que rege, deve reger as relações jurídicas no Estado Democrático de Direito brasileiro atual, a recomendar, quando nada, cautela ao se cogitar dos limites sistêmicos para implantação das técnicas legislativas de uniformização e vinculação decisórias.

De toda maneira, a existência de consenso interpretativo mínimo ao propósito das regras processuais se constitui em condição *sine qua non* para a efetividade material possível do processo.

Finalmente, a faculdade de flexibilização do procedimento inserta no CPC projetado caminha em sentido diametralmente oposto ao da isonomia processual trabalhada no texto.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 167-200, mar. 2011.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”. *Revista de Processo*, v.163, São Paulo, Revista dos Tribunais, set. 2008.

BRASIL. Comissão de juristas encerra primeira etapa do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95196>. Acesso em: 13 jan. 2014.

CHEIM, Jorge Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7.ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. v.3.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Comentários ao Projeto de novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, n. 17, Belo Horizonte, 2011.

DIDDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11.ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. v.1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais para o novo processo civil. Bases Científicas para um renovado direito processual civil. CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON, Petrônio (org.). 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes. *Revista de Processo*, v. 172, São Paulo, Revista dos Tribunais, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/files/_Confer%C3%A0ncia_IAP2.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2013.

MEIRELES, Edilton. Dever de gestão processual adequada. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 76, Belo Horizonte, Fórum, out./dez. 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.5.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REDONDO, Bruno Garcia. Devido processo “legal” e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 130, São Paulo, Dialética, jan. 2014.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. Curso sistematizado de direito processual civil. Recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos Recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 5.

SOARES, Leonardo Oliveira. A desconsideração atípica da coisa julgada material e o princípio constitucional da inafastabilidade. *Revista de Processo*, v. 223, São Paulo, Revista dos Tribunais, set. 2013.

SOARES, Leonardo Oliveira. Agravo de instrumento e recurso ordinário em mandado de segurança contra pronunciamento jurisdicional específico: uma distinção necessária e duas constatações. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 129, São Paulo, Dialética, dez. 2013.

SOARES, Leonardo Oliveira. Calendário Processual, sucumbência recursal e o Projeto de novo CPC para o Brasil. *Revista de Processo*, v. 227, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan. 2014.

SOARES, Leonardo Oliveira. Flexibilização procedimental: afirmação do *due process of law*? *Revista dos Tribunais*, v. 931, São Paulo, Revista dos Tribunais, maio 2013.

SOARES, Leonardo Oliveira. Primeiras considerações sobre a denominada sucumbência recursal no Estado de Direito Transnacional. *Primeiros Escritos de Direito Processual: faz escuro mas eu canto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOARES, Leonardo Oliveira. Sucumbência recursal no Estado Democrático de Direito brasileiro: estímulo à redução ou ao aumento de duração dos processos? *Primeiros Escritos de Direito Processual: faz escuro mas eu canto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

TARUFFO, Michelle. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual - relatório geral. *Revista de Processo*, v. 177, São Paulo, Revista dos Tribunais, nov. 2009.

THEODORO JR., Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=601>. Acesso em: 22.01.2010.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Ação civil pública e processo coletivo. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/pal022011.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Teoria geral dos recursos. *Revista de Processo*, v.164, São Paulo, Revista dos Tribunais, out. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172, São Paulo, Revista dos Tribunais, jun. 2009.

“O adjetivo é a alma do idioma, a sua porção idealista e metafísica. O substantivo é a realidade nua e crua, é o naturalismo do vocabulário”. (Machado de Assis, Teoria do Medalhão)

OS LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: o caso da judicialização da saúde

LUÍZA VIANA MELO*

SUMÁRIO

1 Considerações iniciais. 2 Judicialização dos direitos sociais e suas principais controvérsias. 3 Limites e possibilidades do controle judicial de políticas públicas. 4 Como decidem atualmente os juízes em matéria do direito à saúde. 5 Conclusão.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A judicialização, em especial a de políticas públicas de saúde, pelos seus nítidos reflexos financeiros e por atingir um grande número de pessoas, é um fenômeno complexo e que merece um estudo acurado, o que irá exigir uma investigação inicial sobre seu contexto de desenvolvimento. Nele está o seu esteio e base para sua compreensão: o neoconstitucionalismo e a ampliação da participação democrática no Brasil, a partir de 1988.

Nesse sentido, o presente trabalho visa a enfrentar as principais críticas em torno da judicialização da política e das relações sociais a partir do contexto acima delineado e, sobretudo, com respaldo nas escolhas feitas pela Constituição da República de 1988 e no atual entendimento do Direito Administrativo em relação ao controle judicial de políticas públicas. Todavia, o presente estudo não pretende uma defesa cega da judicialização, mas busca sustentar que a raiz da complexidade desse fenômeno não está, simplesmente, nas suas críticas recorrentes.

Ao contrário, a crítica primordial referente à judicialização deve se concentrar na forma como o Judiciário vem interpretando o direito social pleiteado: ele é apreciado de forma absoluta, quase incontrastável com outras variantes, a exemplo do custo dos direitos, da igualdade e proporcionalidade, da legislação infraconstitucional, das provas trazidas ou não aos autos, e, até mesmo, das suas críticas recorrentes. Assim, em muitas decisões, ao tema da concretização dos direitos sociais pela via judicial não é destinada a reflexão profunda que ele merece, o que acaba por produzir distorções e acirrar desigualdades.

* Bacharelada da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG.

2 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E SUAS PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS

A compreensão do controverso fenômeno da judicialização das relações sociais e, em especial, da judicialização da saúde demanda uma análise acerca do contexto que propiciou o seu surgimento: o período da redemocratização, que inaugurou no Brasil o chamado neoconstitucionalismo. Se a partir da CRFB/88 foi possível aos cidadãos brasileiros pleitear direitos sociais em sede judicial, de forma direta e imediata, é porque mudanças de paradigmas foram operadas no interior de ordenamento jurídico pátrio, sendo necessário compreender as transformações no direito constitucional para compreender o complexo fenômeno da judicialização da saúde.

Dessa maneira, em um primeiro momento, é preciso identificar as características e como surgiu o neoconstitucionalismo. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, esse fenômeno desenvolveu-se na Europa ao final da Segunda-Guerra Mundial, inaugurando o modelo de Estado constitucional de direito.¹ Ainda segundo o citado autor, a nova percepção de constituição apresentou três marcos fundamentais, a saber: marco histórico, marco filosófico e marco teórico.²

O marco histórico indica o momento em que surgiu o neoconstitucionalismo. Na Europa, o contexto foi o do pós-guerra e no Brasil, foi a partir do processo de redemocratização iniciado com a Constituição da República de 1988. O marco filosófico do fenômeno aqui analisado é o pós-postivismo, no qual “se busca ir além da legalidade estrita, mas despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”.³ Por fim, no tocante ao marco teórico, Barroso apontou três grandes transformações que inovaram a aplicação do direito constitucional.

A primeira transformação que propiciou o desenvolvimento do novo direito constitucional em seu marco teórico foi o reconhecimento da força normativa à Constituição. Isto é, ela deixou de ser um documento meramente político ou um simples convite à atuação dos poderes e ganhou status de norma jurídica, com força vinculativa e obrigatória e de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. As normas constitucionais, então, passaram a ser dotadas de imperatividade e o seu descumprimento demanda a incidência de mecanismos de cumprimento forçado.

Se estão previstas na Constituição, essas normas detêm o mínimo de eficácia e podem ser aplicadas de forma direta pelos juízes, apresentando, consoante leciona Ingo Sarlet, uma dimensão de direitos subjetivos, cujo não cumprimento ou cumprimento defeituoso, é passível de tutela judicial. Essa é a força normativa da Constituição no chamado

1 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 204-205.

2 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 205-216.

3 *Ibidem*, p. 208.

neoconstitucionalismo.⁴ Além disso, segundo consignado por Ana Paula de Barcellos, o neoconstitucionalismo é marcado não só pela força imperativa da Constituição, como também pela superioridade hierárquica, centralismo de suas normas e, precipuamente, pela primazia dos direitos fundamentais.⁵

A segunda transformação mencionada por Luís Roberto Barroso refere-se à expansão da jurisdição constitucional por meio da ampliação das hipóteses de exercício do controle de constitucionalidade pelo STF (Supremo Tribunal Federal).

A terceira e última grande transformação listada por Barroso é a nova interpretação constitucional, haja vista que o trabalho do juiz não se reduz à técnica de buscar no ordenamento jurídico a norma aplicável ao caso, mas o juiz é também criador do direito, fazendo valorações de sentido de cláusulas gerais e princípios constitucionais⁶. Então, os três marcos fundamentais do neoconstitucionalismo, o histórico, o filosófico e o teórico, consoante preleciona Barroso, conduziram à atual constitucionalização do direito no Brasil. O fenômeno da constitucionalização é fruto do neoconstitucionalismo e se traduz pela irradiação dos valores constitucionais por todo o ordenamento jurídico. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

“Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral.”⁷

E, na lição de Ana Paula de Barcellos, o principal valor constitucional que vai irradiar e nortear todo o sistema jurídico vigente no Brasil é a dignidade da pessoa humana, prevista no seu art. 1º, III da CRFB/88. Em nome desse vetor, que é um dos pilares da Constituição Cidadã, serão salvaguardados os direitos fundamentais. Diante dessa nova lógica constitucional, baseada na primazia dos direitos fundamentais, todos os Poderes estão vinculados a ela e devem atuar e zelar para que os fins colocados na Constituição sejam atingidos.⁸

Outrossim, a constitucionalização permitiu que o amplo rol de direitos fundamentais garantidos na CRFB/88, como os direitos sociais elencados em seu art. 6º, a exemplo da saúde, educação, trabalho e moradia, pudessem ser pleiteados judicialmente. Conseqüentemente, a constitucionalização propiciou a ascensão institucional do Poder

4 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 299-300.

5 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2013. p. 9.

6 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 213.

7 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 242.

8 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2013. p. 9-10.

Judiciário, uma vez que, por meio desse Poder, os cidadãos poderiam garantir e exigir o cumprimento dos direitos fundamentais, lutando por justiça social.

Todos esses fatores surgidos no contexto do neoconstitucionalismo, a exemplo da constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão do Judiciário, conduziram, nas palavras de Barroso, à judicialização das relações sociais.⁹ Conseqüentemente, conforme equacionado pelo referido jurista, a judicialização das relações sociais foi um fenômeno paralelo ao da constitucionalização do direito.

Nos termos das exposições acima, a judicialização da política floresceu no contexto do Estado Constitucional e caracterizou-se pela possibilidade de os cidadãos se utilizarem do Poder Judiciário para cobrar do Poder Público a realização dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, a exemplo da saúde e educação.

Nesse ponto parece surgir uma controvérsia em torno da judicialização dos direitos prestacionais.¹⁰ Conforme assentado na doutrina, os direitos fundamentais, notadamente os sociais ou direitos de segunda geração¹¹ estão intimamente ligados às políticas públicas, uma vez que é por meio delas que esses direitos serão realizados, o que já evidencia uma particularidade em torno da forma de sua efetivação: esses direitos possuem uma eficácia gradual, devendo ser concretizados não de forma imediata, mas por intermédio de políticas públicas, sendo que, não raro, a gradatividade da eficácia dos direitos ora estudados está condicionada à “ditadura dos cofres vazios”,¹² isto é, à reserva do possível.¹³

Desse modo, sendo as políticas públicas o meio a partir do qual os direitos prestacionais são concretizados, não haveria espaço para a atuação ou controle judicial no âmbito das mencionadas políticas públicas, haja vista que elas são elaboradas pelo Poder Legislativo e levadas a cabo pelo Executivo. Esses dois poderes são os que, em tese, detêm a expertise necessária para alocar recursos escassos, são os espaços apropriados para a discussão de questões de ordem político-social, além de serem os detentores de legitimidade democrática para definir as prioridades no âmbito das políticas públicas, uma vez que foram eleitos pelo povo.¹⁴ Ademais, a interferência do Judiciário no arranjo das políticas públicas

9 BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, p. 249.

10 Os direitos sociais também podem ser chamados de direitos positivos ou prestacionais, uma vez que demandam por parte do Estado uma atuação positiva, por meio da realização de prestações que objetivam a diminuição das injustiças sociais. Nesse sentido, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet. Ao revés, os chamados direitos de defesa (direitos de primeira geração), a exemplo dos políticos e civis, demandam por parte do Estado uma abstenção, uma omissão, a fim de proteger os indivíduos de ingerências em sua autonomia pessoal. Esses direitos apresentam aplicação imediata e plena eficácia, pois as normas que os consagram receberam do Constituinte, em regra, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa. Sobre o tema, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 274 e 283.

11 MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. 23.ed. atual. até EC n 56/07. São Paulo: Atlas, 2008. p. 31-32.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1.ed., 3.tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 109.

13 A definição da reserva do possível guarda estreita relação com o fato de os direitos sociais apresentarem um custo ou relevância econômica. Destarte, a reserva do possível refere-se à verificação da efetiva disponibilidade de recursos para a prestação dos direitos sociais; à disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos e à proporcionalidade e razoabilidade da prestação. Maiores considerações acerca da definição da reserva do possível: SARLET, Ingo Wolfgang, *Ibidem*, p. 284- 287.

14 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.p.22-24

constitui violação ao princípio da tripartição dos poderes, em razão de a definição das prioridades ou o conteúdo das políticas públicas ser insindicável pelo Judiciário, em face de seu conteúdo discricionário.

Todas essas críticas, rotineiramente desferidas contra o fenômeno da judicialização das relações sociais e contra o ativismo judicial, não podem ser tidas como absolutas, de modo a suprimir as conquistas alcançadas pelo neoconstitucionalismo, que vinculou todos os Poderes e atores sociais à concretização dos fins colocados na Carta Maior.

Igualmente, as críticas contra a judicialização de políticas públicas não podem negligenciar o novo papel assumido pelo Judiciário no último quartil do século XX, contexto do pluralização da participação democrática para além das arenas clássicas da representação, do voto e das eleições. Nesse cenário da chamada democracia não hegemônica,¹⁵ em especial nos países latino-americanos que passavam por processos de redemocratização, a exemplo do Brasil, a provocação do Poder Judiciário para a efetivação de direitos sociais, de per si, não configura afronta à tripartição dos poderes. Ao contrário, em um contexto de democracia não-hegemônica, o Judiciário apresenta-se como um canal adicional de participação para os cidadãos, permitindo remediar o déficit de igualdade da democracia estritamente formal.¹⁶

Então, o novo constitucionalismo contribuiu para expor o déficit de representação democrática e, simultaneamente, permitiu a sua superação por meio da chamada soberania complexa¹⁷. Nessa senda, segundo esposado por Luís Werneck Vianna, o constitucionalismo democrático foi marcado não apenas pela universalização do judicial review¹⁸, mas também pela afirmação de direitos fundamentais que impõem limites à regra da maioria, produzindo, então, um verdadeiro “alargamento da soberania.”¹⁹

15 Conceito elaborado por Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer para indicar uma democracia que combinasse a clássica representação com formas de participação da população no processo de tomada de decisão, reconhecendo, assim, a pluralidade social, a voz dos grupos minoritários, como mulheres, negros e índios. O caminho para a participação de todos os setores da sociedade no âmbito político aponta para a relativização da representatividade, uma vez que ela sozinha não é capaz de fazer com que os interesses das minorias e dos menos favorecidos façam parte do debate político. A solução apontada por Sousa e Avritzer foi a conciliação entre democracia representativa e a participativa, permitindo essa última a reinvenção da emancipação social. É importante frisar que em países em desenvolvimento, como o Brasil, a combinação entre participação e representação se deu aos moldes de uma complementação e nos países desenvolvidos como os Estados Unidos essa relação é bem menos intensa, pois a participação e representação apenas coexistem. SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento, 2003, p. 45-65.

16 ARAÚJO, Gisele Silva. Participação através do direito: a judicialização da política. In: Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, 8, 2004, Coimbra. A questão social do novo milênio. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/GiseleSilvaAraujo.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2013, p. 14.

17 ARAÚJO, Gisele Silva. Participação através do direito: a judicialização da política. In: Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, 8, 2004, Coimbra. A questão social do novo milênio. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/GiseleSilvaAraujo.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2013, p. 03.

18 O Judicial Review traduz o sistema de controle pelo Judiciário sobre os atos dos demais poderes usado no sistema jurídico norte-americano dentro da lógica segundo a qual os poderes devem ser limitados a partir de um controle de constitucionalidade. Sobre o tema vide VIANNA, Luiz Werneck. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.364-365.

19 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 360.

O entendimento de que a judicialização da política contribui para a participação cidadã é também sustentado por Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos. Para esses autores, o constitucionalismo democrático tornou o Judiciário um espaço legítimo de participação democrática, tendo em vista a soberania complexa das sociedades contemporâneas. A busca pela aquisição de direitos a partir do Judiciário não é um atalho ou burla à democracia representativa. Isso porque, conforme defendido por Vianna e Burgos, a soberania complexa implica uma pluralidade de formas expressivas dessa soberania não apenas envolvendo a clássica democracia representativa, como também a democracia deliberativa, a democracia participativa e as organizações não governamentais.²⁰ A soberania complexa, enfim, é caracterizada pela pluralidade e não pela unicidade e indivisibilidade.²¹

Outro argumento que fundamenta a possibilidade de interferência e controle do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, sem que isso signifique violação da tripartição dos poderes, é o fato de que ainda que as políticas públicas tenham seus contornos definidos segundo a discricionariedade dos legisladores e gestores públicos, a definição das prioridades para alocação de recursos escassos deverá se conformar aos fins estabelecidos na Carta Magna.²²

Nessa esteira, Maria Paula Dallari Bucci preleciona que a temática das políticas públicas é caracterizada por uma interpenetração entre as esferas política e jurídica, sendo essa matéria objeto de interesse para o direito público.²³ Justifica tal afirmação o fato de as políticas públicas estarem atreladas à legalidade, à medida que devem servir de meio para a efetivação de direitos colocados constitucionalmente. Ainda, é importante frisar a existência de políticas descentralizadas reguladas,²⁴ em que a CR/88 já estabelece de antemão os limites mínimos a serem investidos pelas unidades subnacionais em saúde e educação. Destarte, as políticas públicas encontram-se vinculadas às diretrizes fixadas em âmbito constitucional, o que, em tese, autoriza o controle judicial sobre elas.

3 LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

20 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 370.

21 ARAÚJO, Gisele Silva, *op.cit.*, p. 15.

22 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2013. p. 10-12.

23 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241-255.

24 Segundo Marta Arretche, a “Constituição Federal de 1988 determinou que os governos subnacionais devem destinar, no mínimo, 25% de suas receitas de impostos e transferências para o ensino. Este mecanismo de regulação das finanças subnacionais não foi uma inovação da CF 88. “Ademais, a Emenda Constitucional nº 29/2000” definiu um patamar mínimo inicial, para 2000, de 7% das receitas municipais e estaduais a serem aplicadas em saúde, e um acréscimo de 5% sobre o montante empenhado pelo Ministério da Saúde em 1999. Nos anos seguintes, até 2004, os percentuais previstos para estados e municípios deveriam elevar-se até atingir 12% das receitas estaduais e 15% das receitas municipais, enquanto a participação da União seria corrigida pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB)”. ARRETCHE, Marta. *Federalismo e igualdade territorial: uma contradição em termos? Dados*, Rio de Janeiro, v. 53, p. 13-19, 2010.

No item inaugural, apresentou-se o cenário que legitimou o Judiciário a atuar como espaço de concretização dos direitos sociais e de participação democrática. Em um contexto marcado pela supremacia das normas constitucionais, todos os atores sociais, a exemplo dos cidadãos comuns, Ministério Público, membros do Poder Legislativo, da Administração Pública e do Poder Judiciário, estão comprometidos com a realização dos comandos constitucionais. Não apenas isso, entre esses sujeitos deve ser repartida a responsabilidade quanto ao controle do cumprimento das disposições colocadas na Carta Magna.²⁵

Dessa feita, esse novo papel conferido ao Poder Judiciário irá demandar um controle judicial sobre a Administração Pública a fim de fiscalizar se, de fato, as políticas públicas elaboradas pelo Legislativo e levadas a cabo pelo Executivo atendem ao princípio da eficiência, produzindo os resultados propostos segundo os ditames constitucionais.

Controle judicial pode ser entendido enquanto poder de fiscalização e correção que sobre a Administração exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, com o escopo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.²⁶

Se hodiernamente é possível o controle judicial dos atos da administração, inclusive sobre seus aspectos ditos discricionários, é porque o próprio Estado, bem como o Direito Administrativo e Constitucional, sofreu transformações ao longo dos anos. No contexto do Estado liberal, predominava o controle sobre os atos estatais apenas sobre sua legalidade (estrita), estando insindicável pelo Judiciário os atos não vinculados.

Nesse sentido, a doutrina tradicional do Direito Administrativo, representada no Brasil por autores como Cretella Júnior,²⁷ rechaça o controle jurisdicional sobre os atos discricionários da administração, posicionamento esse que vem perdendo fôlego na atualidade, mormente porque o parâmetro da legalidade não é, no constitucionalismo contemporâneo, o único a vincular o agir dos Poderes.

A classificação e os parâmetros do controle da Administração foram ampliados no constitucionalismo contemporâneo, podendo-se falar em um gênero maior: o controle da juridicidade, cujo objetivo é, segundo Onofre Alves Batista Júnior, verificar a conformação da atuação da Administração às normas jurídicas, o que abarcaria não apenas o controle da legalidade (conformidade com as leis), como, inclusive, o controle da juridicidade *stricto sensu*, isto é, conformidade com os demais princípios.²⁸

Nessa senda, conforme exposto alhures, o neoconstitucionalismo foi caracterizado, entre outros aspectos, pela supremacia da Constituição e pela força imperativa

25 LEAL, Rogério Gesta. O controle da administração pública no Brasil em face de sua necessária transparência. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*. Belo Horizonte, ano 1, n.1, p. 5, jan./abr. 2012.

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 690-691.

27 Segundo o administrativista Cretella Júnior, o ato administrativo discricionário define-se enquanto “(...) manifestação concreta e unilateral da vontade da Administração que, fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculado de qualquer lei que lhe dite previamente a oportunidade e a conveniência da conduta, sendo, pois, neste campo, insuscetível de revisão judiciária”. CRETELLA JÚNIOR. *Curso de direito administrativo*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 223-224.

28 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 354.

de suas normas e princípios que, então, passaram a condicionar o agir de todos os Poderes. Logo, o moderno constitucionalismo abriu margem para se questionar, e, conseqüentemente, controlar judicialmente a legitimidade de outros aspectos do ato administrativo para além da legalidade, a exemplo da economicidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência do agir da Administração.²⁹

A ideia de controle jurisdicional para além da legalidade, defendida por Onofre Alves Batista Júnior, também é compartilhada por Germana de Oliveira Moraes, para quem o controle jurisdicional pode recair sobre os atos administrativos não vinculados, tendo em vista a superação do positivismo legalista que, no século XIX, reduziu o Direito à lei³⁰. Igualmente, na esteira das inovações trazidas pela Constituição Cidadã, Rogério Gesta Leal defende o controle judicial dos atos da Administração para além da legalidade estrita, adentrando, desse modo, no aspecto discricionário do ato, tendo em vista que o Judiciário poderia empreender uma análise acerca da proporcionalidade e razoabilidade do ato.³¹

Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que a discricionariedade não faculta ao administrador agir sem propósitos, de forma arbitrária, mas ao conferir certa margem de liberdade ao administrador, a lei pretende que seja adotada, em cada caso concreto, apenas a providência capaz de atender com precisão à sua finalidade que a inspirou,³² tendo em vista que a administração sujeita-se ao dever de boa-administração.

Destarte, observa-se que boa parte dos jus-administrativistas, à exceção da corrente mais tradicional, é uníssona ao defender o controle judicial dos atos discricionários. A mesma harmonia, no entanto, não se aplica quanto ao tema da possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que o mérito é o campo de liberdade, previsto na lei e que efetivamente se mantém diante do caso concreto, concedido ao administrador para que este se decida entre duas ou mais soluções admissíveis, segundo critérios de conveniência e oportunidade.³³ Dessa feita, o mérito, enquanto cerne do ato administrativo, não pode ser invadido pelo Poder Judiciário.

Por outro viés, Onofre Alves Batista Júnior sustenta a possibilidade de sindicabilidade do mérito, uma vez que a Administração não é livre para ser ineficiente, uma vez que seu dever permanente é a melhor persecução do bem comum.³⁴ Nesse sentido, leciona Batista Júnior:

“no mérito do ato administrativo o processo decisório não se resume a uma mera opção do decisor, segundo seus juízos objetivos. O administrador não tem uma prerrogativa de livre escolha, isto é, a discricção não significa liberdade para o administrador eleger qualquer solução segundo sua vontade, mas reflete um espaço

29 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 48.

30 MORAES, Germana de Oliveira, 2004, p. 111.

31 LEAL, Rogério Gesta. O controle da administração pública no Brasil em face de sua necessária transparência. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p. 4, jan./abr. 2012.

32 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18.ed., rev.,e atual. até a Emenda Constitucional 45 de 8/12/04. São Paulo: Malheiros, 2005. p.886, 896.

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op.cit.*p. 888-889.

34 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 364.

de valoração deixado aos cuidados da AP, para que esta exerça seu poder-dever de melhor satisfazer aos interesses e necessidades sociais.”³⁵

Igualmente, Alexandre de Moraes defende a possibilidade de o Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo discricionário, mormente no que diz respeito ao atendimento do princípio constitucional da eficiência da Administração Pública.³⁶ Nesse sentido, o referido autor dispõe que, no contexto da nova ótica constitucional, de consagração dos princípios orientadores da Administração Pública, havendo:

“(…) um reforço à plena possibilidade de o Poder Judiciário (CRFB/88, art. 5º, XXXV), em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Magna, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, inclusive responsabilizando as autoridades omissas”.³⁷

Os doutrinadores acima mencionados apresentam vários argumentos que sustentam a sindicabilidade dos atos discricionários da Administração. Dentre esses argumentos, dois podem ser elencados para subsidiar a defesa do controle jurisdicional de políticas públicas, em especial as de saúde: defesa de um controle jurisdicional a partir do parâmetro dos princípios, em especial o da eficiência, o qual se filia à ideia de que a administração tem como dever permanente atingir o bem comum da melhor maneira possível, (i); e a noção de que a discricionariedade não é ilimitada (ii), uma vez que a margem de liberdade conferida ao administrador tem como propósito permitir que a finalidade legal seja atingida da forma mais adequada e precisa em virtude do dever de boa administração.

Então, quando o art. 196 da CRFB/88 dispõe que a saúde é “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas”³⁸ não se está autorizando que a Administração desenvolva qualquer política pública, mas aquela que se mostre eficiente e adequada para que a finalidade de garantia do direito à saúde a todos seja atingida da melhor forma possível, maximizando, assim, a efetividade desse direito fundamental.

Cumprido destacar que, sendo o ato de conteúdo político, como o são as políticas públicas, terá alto teor de discricionariedade e, como todo ato discricionário tem um componente jurídico, em conformidade com a nova concepção de discricionariedade à luz do constitucionalismo contemporâneo, ele será passível de intervenção do Poder Judiciário.³⁹

Dessa feita, não há ato administrativo insindicável pelo Poder Judiciário, desde que tal agir viole direitos ou represente potencial risco às garantias asseguradas pelo ordenamento jurídico brasileiro, em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB/88). Esse princípio, também chamado por Celso Antônio Bandeira de Mello como princípio da universalidade da jurisdição,⁴⁰ ao dispor que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída do Poder Judiciário, garante que qualquer ato

35 *Ibidem*, p. 362.

36 MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 243, p. 23-24, set./dez. 2006.

37 MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 243, p. 23-24, set./dez. 2006.

38 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

39 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 165.

40 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 883.

que, em teoria, configure ofensa a um direito possa ser submetido à análise do órgão jurisdicional. Assim, busca-se assegurar a ordem e a paz social, sendo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional imprescindível em um Estado Democrático de Direito.

Então, percebe-se que, no atual cenário do constitucionalismo brasileiro, os agentes políticos estão vinculados minimamente à promoção dos direitos fundamentais garantidos em sede constitucional⁴¹ e a judicialização surge como uma forma de controle das políticas públicas para implementação desses mesmos direitos fundamentais.

A provocação do Poder Judiciário, seja a partir de uma demanda coletiva, seja por meio de uma ação individual, para a efetivação de um direito fundamental garantido constitucionalmente, é um ato que pressupõe o controle das políticas públicas. A decisão tomada pelos juízes, determinando, por exemplo, que o Estado forneça um medicamento ou um procedimento cirúrgico demanda por parte da Administração uma realocação de recursos e o desvio de verba que já estava sendo utilizada em uma política pública vigente para atender ao provimento judicial.

A intervenção ou controle do Judiciário nos termos mencionados acima indica um controle de políticas públicas já enunciadas, o que não exclui um controle sobre a elaboração de uma política pública.

Ainda que, dentro da esfera das escolhas válidas tomadas pelos Administradores, eles possam optar por uma política pública X ou Y, essa ponderação deve ser feita à luz de parâmetros constitucionais e legais, o que torna imperativo o controle judicial sobre a elaboração de políticas públicas, conforme defendido por Luciana Melquíades Duarte.⁴²

A administração, quando da suas escolhas alocativas, não poder olvidar as prioridades estabelecidas na CRFB/88, as quais apontam para a preservação do núcleo essencial dos direitos sociais na medida em que tal núcleo consiste no mínimo imprescindível para a dignidade humana e, portanto, em limite material para sua restrição.

Cumprido destacar, inclusive, que ao elaborar políticas públicas, a Administração não pode se olvidar do princípio da eficiência, expresso no art. 37, *caput*, da CRFB/88, o qual traduz o dever de buscar a melhor forma de realização do bem comum e dos interesses sociais, consoante defendido por Onofre Alves Batista Júnior.⁴³ Assim, em virtude do parâmetro dos princípios constitucionais e do dever de boa administração, isto é, dever de sempre buscar a melhor e mais precisa solução para atender à finalidade legal,⁴⁴ também pode ser feito o controle jurisdicional sobre a elaboração de políticas públicas.

41 BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 603.

42 DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 289.

43 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 364.

44 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17.ed. rev., atual. até a Emenda 41. São Paulo: Malheiros, 2004.

Esse posicionamento não é compartilhado por Vanice Regina Lírio do Vale. A autora ressalta que a judicialização dos direitos fundamentais nem sempre irá significar um verdadeiro controle das políticas públicas, devendo ser diferenciadas as hipóteses de sindicabilidade das políticas públicas e os casos de tutela individual de direitos fundamentais, pois nesses últimos não há produção de controle judicial.⁴⁵

Para a referida autora, o controle de políticas públicas pelo Judiciário ocorreria naquelas demandas que exigem uma política pública ainda inexistente, repudiam-na ou requerem a reprogramação de um quadro normativo de ação já em vigor. As demandas que apresentam esses tipos de requerimentos promovem, na interpretação de Vanice do Valle, um verdadeiro controle das políticas públicas, pois o impacto da decisão judicial recairá sobre toda a coletividade, não tendo o compromisso exclusivo “com a garantia em favor daquele que invocou a prestação jurisdicional”,⁴⁶ algo que ocorre nas demandas pleiteando a concretização individual de um direito.

Não obstante, o presente trabalho apresenta um entendimento diverso do esposado por Valle no que tange à judicialização dos direitos fundamentais como forma de controle das políticas públicas. Defende-se aqui que o controle judicial das políticas públicas de saúde, elaboradas pelo Poder Legislativo e elevadas a cabo pelo Executivo, pode existir não apenas na hipótese de omissão desses Poderes e descumprimento de preceitos constitucionais quando da formulação da política pública, mas, também, quando a execução de uma política pública é deficitária e lesa o mínimo existencial, situação essa que deve ser aferida cuidadosamente no caso concreto, posicionamento esse defendido por Luís Roberto Barroso.⁴⁷

Dessa sorte, o controle de políticas públicas de saúde não se restringe ao momento de sua elaboração, como asseverou Valle, ainda que essa forma de controle apresente muitos pontos positivos se contrastada com o controle das políticas públicas já em sua fase de execução. Nestas últimas, serão frequentes as ações individuais que pleiteiam a realização do direito à saúde.

Em regra, essas demandas que alegam a violação ao mínimo existencial de um cidadão não pleiteiam a formulação de uma política pública inexistente ou a reforma de uma já enunciada. Mas nem por isso o impacto das decisões do Judiciário nesses casos tem alcance exclusivamente individual, especialmente se se considerar um atual cenário de judicialização excessiva e seus impactos, financeiros ou de outra ordem, sobre o Estado e os demais cidadãos.

Mas o potencial das demandas individuais para produzir consequências sobre toda a coletividade, intervindo no arranjo das políticas públicas, não é evidenciado apenas por tal efeito nefasto. Basta lembrar a contribuição das ações individuais que pleiteavam o coquetel

45 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 143-144.

46 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 145.

47 BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v.11, n. 15, p. 20-26, 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2013.

de medicamentos antirretrovirais para a formulação de uma política pública no Brasil de combate à AIDS cujo sucesso e reconhecimento se dão ao nível internacional.⁴⁸

Com efeito, as ações individuais almejando a concretização de um direito fundamental, a exemplo daquelas para obrigar o Estado a fornecer medicamentos, não são isoladas, mas vêm se multiplicando de forma vertiginosa. O impacto desse fenômeno, mormente em razão de o Poder Judiciário ter frequentemente proferido decisões favoráveis aos autores/administrados, tem o condão de produzir um verdadeiro controle (de resultado) sobre as políticas públicas, pois o provimento dos pedidos implica gastos para os entes públicos, que, não raro, têm de realocar as verbas de um programa ou política pública em vigor para cumprir o comando judicial.

Se as ações individuais já têm o condão de produzir o controle judicial de políticas públicas, as ações coletivas também o terão e, provavelmente, com muito mais êxito e gerando menos críticas contra a judicialização de direitos. As vantagens da ação coletiva não significam que existe uma preferência pela tutela coletiva de direitos fundamentais. Mas é inegável que a aplicabilidade geral das decisões em sede de ação coletiva favorece a universalidade e reduz as distorções, mais comuns em demandas individuais. Além disso, a ampliação do debate e participação do Ministério Público como legitimado ativo, podendo esse órgão endossar os meios de prova a partir do inquérito civil, favorecem a discussão ao nível de uma macro justiça. Assim, as ações coletivas mitigam importantes críticas que recaem sobre a judicialização dos direitos sociais, a exemplo da suposta falta de alcance ou expertise do magistrado quanto à macro justiça e à realocação de recursos escassos.

A relevância de se debater os limites e contornos do controle judicial das políticas públicas exsurge como uma importante tarefa em face da realidade brasileira: de um lado, um Estado forte e que conta, em tese, com disponibilidade de recursos, em função da elevada arrecadação tributária, que deveria subsidiar o desenvolvimento do país e, de outro lado, a realidade do desperdício de dinheiro público, precariedade dos serviços públicos disponíveis para a população e gastos estrondosos para custear a máquina estatal e a propaganda política. Nesse cenário, quais os limites que o Estado deve observar ao gastar o dinheiro público, quais as prioridades devem ser contempladas no orçamento estatal? Até que ponto vai a discricionariedade dos agentes públicos na definição das políticas públicas e dos gastos com ela?

Esses questionamentos podem ser solucionados a partir da tendência atual de redução e limitação da discricionariedade pelos fins colocados pela lei, pelos princípios constitucionais, explícitos ou não, pelos princípios gerais do direito e pelos vetores da razoabilidade, proporcionalidade, economicidade e eficiência, conforme defendido acima. Dessa feita, sobre a tarefa de elaboração e execução das políticas públicas será estendida a tendência da doutrina jus-administrativista de redução da discricionariedade, o que se justifica a partir da própria lógica do constitucionalismo contemporâneo.

Consoante exposto alhures, esse fenômeno envolveu certas características dentre as quais despontam a força imperativa das normas constitucionais, seu status jurídico e o protagonismo assumido pelos direitos fundamentais a partir da Constituição Cidadã. Em função disso, os agentes públicos estão vinculados, nem que o seja em um grau mínimo, à

⁴⁸ WANG, Daniel Wei Liang. Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde. 2009. 96 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 51.

promoção dos direitos fundamentais, sendo as políticas públicas uma importante ferramenta na persecução desse comando que emana da Carta Magna.

Segundo consignado por Ana Paula de Barcellos, políticas públicas traduzem ações estatais e essas, por sua vez, demandam dispêndio de recursos, os quais são limitados. Diante dessa realidade, o Poder Público deve priorizar em que iniciativa o dinheiro público disponível será investido. Essa escolha está intrinsecamente ligada aos comandos constitucionais sobre os fins que devem ser perseguidos pela Administração Pública em caráter prioritário. Por conseguinte, em face da redução da discricionariedade administrativa e considerando o caráter vinculativo das prioridades constitucionais, “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas de estatura constitucional.”⁴⁹

Em suma, a definição dos gastos públicos, que ocorre no bojo da elaboração e execução de uma política pública, não é uma atividade exclusivamente política e discricionária, mas vincula-se à obediência às normas e fins colocados pela Carta Maior. Sendo as normas constitucionais de status jurídico e que vinculam os gastos e políticas públicas, essas atividades são passíveis de controle judicial. Arguir o contrário, ou seja, a impossibilidade de controle judicial de políticas públicas é, nas palavras de Ana Paula de Barcellos, “esvaziar a normatividade de boa parte dos comandos constitucionais relacionados com os direitos fundamentais, cuja garantia e promoção dependem, em larga escala, das políticas públicas.”⁵⁰

Portanto, a submissão de uma demanda ao judiciário para a realização de um direito social, a exemplo da saúde, é um ato que desencadeará um controle do mencionado Poder sobre a política pública. Esse controle pode ter diferentes modalidades ou objetos, como preceituou Barcellos: (i) controle da fixação de metas e prioridades e (ii) do resultado final esperado das políticas públicas; (iii) controle da quantidade de recursos a ser investida; (iv) controle do atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público e, por fim, (v) controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos.

Geralmente, predomina o controle na modalidade resultado final esperado das políticas públicas,⁵¹ típico das numerosas demandas que pleiteiam a condenação do Estado no fornecimento de medicamentos ou procedimentos e serviços médicos. Destarte, a forma como

49 BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 605.

50 *Ibidem*, p. 606.

51 Consoante leciona Barcellos, o controle da fixação de metas e prioridades e controle do resultado final esperado das políticas públicas representam uma forma de intervenção sobre o conteúdo das políticas públicas e significam uma maior ingerência do Poder Judiciário sobre os Poderes Legislativo e Executivo. Consequentemente, as críticas à judicialização (falta de legitimidade dos magistrados, que ao decidirem sobre políticas públicas invadem decisões majoritárias; presunção de que os juízes tomariam melhores decisões no âmbito de políticas públicas e, por último, a crítica quanto à falta de conhecimento dos juízes para realocar recursos escassos e avaliar nas demandas individuais, micro justiça, a realidade da ação estatal como um todo, ou seja, a macro justiça) irão incidir de forma mais acentuada sobre os dois primeiros objetos do controle de políticas públicas aqui estudados.. BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 605-637.

os juízes decidem nessas demandas terá impacto direto sobre os contornos e, principalmente, sobre as consequências desse controle do resultado final esperado das políticas públicas.

4. COMO DECIDEM ATUALMENTE OS JUÍZES EM MATÉRIA DO DIREITO À SAÚDE

Até o presente momento do estudo, preocupou-se em desvelar o significado das demandas individuais no atual cenário de acesso à justiça e aumento da participação democrática, ao lado da possibilidade e do dever de o Judiciário intervir nessas demandas envolvendo direitos sociais. Por fim, foi defendida a ideia de que tal intervenção judicial traduz um verdadeiro controle de políticas públicas.

A tentativa empreendida foi a de relativizar certas críticas em torno da judicialização dos direitos sociais, a exemplo da falta de conhecimento técnico dos juízes, argumentos de violação à tripartição dos poderes e das escolhas majoritárias e o alcance reduzido das ações individuais, que se ocupam com a micro justiça.

O constitucionalismo contemporâneo, vivenciado no Brasil a partir da CRFB/88, ofereceu subsídios para afastar boa parte de tais críticas, pois o novo direito constitucional foi marcado pela força normativa dos comandos constitucionais, dotando-os de efetividade. Outra característica foi o protagonismo dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana. Em função desses atributos, foi possível ao Judiciário intervir nas decisões do Executivo e Legislativo, exercendo uma forma de controle jurisdicional para preservar um direito fundamental protegido em sede constitucional, particularmente quando o mínimo existencial estiver ameaçado.

Assim, o controle judicial sobre a Administração tem como parâmetro a Constituição e os princípios ali elencados, não significando uma ingerência arbitrária do Judiciário sobre os demais poderes. Endossa Luís Roberto Barroso, afirmando que “para ser legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.”⁵²

Entretanto, as decisões atuais em sede de demandas individuais pleiteando bens e serviços contra a Administração Pública, precipuamente as demandas por medicamentos e procedimentos médicos, vêm demonstrando-se alheias às leis e políticas públicas vigentes nessa seara, ao arrepio das ponderações e escolhas válidas feitas pelo legislador e pelo Executivo, tomadas no âmbito das listas de medicamentos, das disposições da ANVISA e da Lei do SUS (Lei 8.080/90), por exemplo. São decisões que parecem desconsiderar seus efeitos econômicos, o custo dos direitos e os limites da reserva do possível.

52 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v.11, n. 15, 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2013. p. 11-12.

Além disso, muitas das atuais decisões se mostram alheias a recomendações científicas de contraindicação do medicamento ou procedimento pedido e, em muitos exemplos, consideram o direito à saúde apenas como um direito individual, negligenciando sua dimensão coletiva e sua concretização mediante políticas públicas, de modo a assegurar a igualdade e universalidade na sua realização.

Destarte, o resultado de tais provimentos judiciais é o acirramento das desigualdades e distorções, tanto sociais, quanto em relação ao acesso à justiça, frustrando a contribuição maior do constitucionalismo contemporâneo e da própria judicialização: construção de um Poder Judiciário como espaço de participação democrática para grupos da sociedade que não têm acesso aos canais de comunicação ou visibilidade perante o poder político.

Por conseguinte, busca-se investigar aqui os principais problemas das decisões e, para tanto, deve-se analisar o caso da judicialização da saúde, pois as arbitrariedades acima mencionadas se mostram patentes e repetitivas nesse tipo de demanda.

O primeiro embaraço que desponta nessas demandas refere-se à interpretação que vem sendo adotada pelo polo ativo das demandas em estudo e, muitas vezes, acatada pelos juízes no que concerne à solidariedade ou competência comum entre os entes federativos para cuidar do direito à saúde. Sob o argumento da solidariedade, vem-se fundamentando a formação de um litisconsórcio passivo entre os entes federativos nas ações envolvendo pedido de medicamentos e procedimentos cirúrgicos, o que denota uma deturpação do sentido de competência comum, presente no art. 23, II, da CRFB/88,⁵³ cujo escopo foi estimular uma cooperação entre os entes federativos, mas não uma superposição entre a atuação deles.

Indubitavelmente, essa superposição inviabiliza a prestação de serviços públicos de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.⁵⁴ Apesar de haver a solidariedade entre os entes no que se refere à promoção de ações e serviços públicos de saúde, essa atuação da Administração é marcada, também, pela hierarquização, regionalização e direção descentralizada nos termos do art. 198 da CRFB/88.⁵⁵ Portanto, decisões que negligenciam essas três diretrizes das ações e serviços públicos de saúde tornam inviável e demasiadamente custoso seu próprio cumprimento, mobilizando mais de um ente federativo no cumprimento de uma mesma obrigação.

Sem prejuízo da solidariedade, a própria Lei 8.080/90, chamada Lei do SUS, operacionalizou o direito à saúde previsto constitucionalmente (art. 6º e 196 e seguintes da CRFB/88), ao fixar as atribuições, princípios e repartir as competências do SUS entre cada ente federativo, conforme se extrai dos seus artigos 16, XIII e XV e art. 18, I e II.⁵⁶ Destarte, em função do princípio da subsidiariedade e municipalização, previsto no art. 7º, I e IX da Lei

53 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2013.

54 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v.11, n. 15, p. 15, 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2013.

55 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2013.

56 BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em 29 jul. 2013.

8.080/90, os Municípios apresentam grande parte da responsabilidade na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular.

Além disso, a questão da repartição de competência para distribuição de medicamentos foi disciplinada pela Portaria nº 3.916/98⁵⁷ do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos, incumbindo ao gestor federal a formulação da Política Nacional de Medicamentos, mormente no que tange à elaboração da Relação Nacional de Medicamento (RENAME). Outrossim, por força da Portaria nº 2.577⁵⁸ de 2006 e nº 1.321⁵⁹, de 2007, é dever da União e Estados a aquisição dos medicamento excepcionais e de alto custo. O Município, por sua vez, define sua relação de medicamentos essenciais (REMUME) com base na RENAME sendo, na lógica do princípio da municipalização, de responsabilidade desse ente federativo assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde.⁶⁰

Portanto, a repartição da competência entre os entes federativos, especialmente no que toca à distribuição de medicamentos, na qual os Municípios não estão responsáveis pela aquisição de fármacos de alto custo e excepcionais, orienta os deveres de cada ente federativo, o que tem aplicação prática nas ações individuais pleiteando bens e serviços em matéria de saúde. Dessa forma, os Municípios são ilegítimos para figurar no pólo passivo dessas demandas quando o pedido envolve esses medicamentos excepcionais,⁶¹ o que afasta o uso do artifício do litisconsórcio passivo com a presença desse ente federativo nas ações de medicamentos de alto custo/excepcionais.

Uma segunda controvérsia envolve a forma como os juízes interpretam o próprio direito à saúde e, como se verá adiante, dessa interpretação ou da falta de uma profunda e verdadeira interpretação, derivam outros problemas: o acirramento das desigualdades, prejuízos aos cofres públicos e distorções das políticas públicas de saúde.

Muitos magistrados adotam o posicionamento de primazia desse direito fundamental diante de argumentos de ordem financeira, os quais são renegados a um segundo plano, muito embora a doutrina jus-constitucionalista e o próprio art. 196 da CRFB/88 evidenciem a eficácia gradual dos direitos fundamentais. Nos termos do referido dispositivo constitucional, o direito à saúde deve ser garantido mediante políticas públicas e, essas, via de regra, estão condicionadas à conjuntura econômica e à disponibilidade de recursos do Estado. No âmbito das decisões que tratam os limites financeiros como questões secundárias, seguem os excertos de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal:

“(…) Indisputável a obrigação do Estado em socorrer pacientes pobres da fenilcetonúria, eis que a saúde é dever constitucional que lhe cumpre bem

57 BRASIL. Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.saude.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=283>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

58 BRASIL. Portaria nº 2.577, de 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

59 BRASIL. Portaria nº 1321 de 05 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.brasilsus.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=48>. Acesso em: 29 jul. 2013.

60 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v.11, n. 15, p. 18-19, 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2013.

61 COSTA, Carla Carvalho. A judicialização da saúde pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*. Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 34-37, jul./dez. 2012.

administrar. A Constituição, por acaso Lei Maior, é suficiente para constituir a obrigação. **Em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade.**⁶² (...)"

"(...) Saliento, ainda, que **obstáculos de ordem burocrática ou orçamentária, até porque os Estado (grifou-se) s regularmente possuem programas de distribuição de remédios, não podem ser entraves ao cumprimento de preceito constitucional que garante o direito à vida**, conforme entendimento da Primeira Turma desta Corte ⁶³(...)" (Grifo nosso).

"(...) Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5, caput), **ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado**, entendo – uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida⁶⁴ (...)" (Grifo nosso)

Esse posicionamento de desconsideração das possibilidades econômico-financeiras do Estado e da reserva do possível pode dar ensejo a decisões violadoras dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o que pode ser observado, por exemplo, no deferimento de tratamentos de retinose pigmentar em Cuba. O veredicto nesse caso desconsidera, a uma só vez, os custos elevados na promoção da saúde de uma só pessoa, ao arpejo do comando constitucional (art. 196 da CRFB/88) de universalidade e igualdade das políticas e ações governamentais de saúde, bem como o parecer do Conselho Brasileiro de Oftalmologia e pesquisas médicas que concluíram pela ineficiência desse tratamento. Os recortes do REsp 353.147 ilustram o que foi afirmado acima:

"(...) Do acurado exame dos autos, depreende-se que o impetrante é portador, nos dois olhos, de doença denominada "retinose pigmentar", que ataca a retina e diminui progressivamente o campo de visão até a cegueira completa. **Nada obstante o estudo de tal doença ainda seja incipiente, recomendaram os médicos que acompanharam o impetrante, no Brasil, a Clínica Camilo Cienfuegos, sediada em Havana, Cuba**, por ser o único centro mundial em que os estudos para o tratamento da retinose pigmentar se encontram mais adiantados (...). Dessarte, defronte de um direito fundamental, cai por terra qualquer outra justificativa de natureza técnica ou burocrática do Poder Público, uma vez que, segundo os ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, "o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. (...) não se pode conceber que a simples existência de Portaria suspendendo os auxílios-financeiros para tratamento no exterior.⁶⁵ (...)"

Nesse mesmo REsp de nº 353.147, o voto da Ministra Eliana Calmon foi vencido, importando salientar que nele, a insigne magistrada faz lembrar que a medicina pública deve

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 198.263. Relator: Min. Sidney Sanchez. Brasília, DJ 30 de março, 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 342.413. Relatora: Min. Ellen Gracie. DJ de 09 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PETMC 1246/SC. Relator: Min. Celso de Mello, em 31.1.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 353.147. Relator: Min. Franciulli Netto. DJ de 18 de agosto de 2003, voto vencido, Min. Eliana Calmon. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100761900&dt_publicacao=18/08/2003>. Acesso em: 29 jul. 2013.

atentar para os limites e possibilidades financeiras do Estado. As palavras da Ministra vêm a endossar a ponderação que o julgador deve promover entre princípios, valores e direitos, muitas vezes em rota de colisão, quando se trata de casos envolvendo o direito fundamental à saúde:

“(…) É muito fácil o discurso liberal de que o direito à vida e à saúde é absoluto e acima de qualquer interesse. Mas a verdade é que só o conhecimento médico-administrativo pode priorizar os tratamentos e autorizá-los ou não, o que não pode ficar ao saber das informações obtidas pela parte, ou chanceladas pelo Judiciário que, sem o conhecimento fático necessário, enxerta razões subjetivas como fundamentos das decisões da Justiça, o que me parece lamentável, em termos de segurança jurídica.”⁶⁶(Grifo nosso).

O entendimento explanado pela Min. Eliana Calmon no REsp de agosto de 2003, muito embora vencido, servirá como um divisor de águas na jurisprudência do STJ a partir de 2004, com o MS de nº MS 8.895/DF⁶⁷, de relatoria da mesma Ministra. A partir desse último julgado, o STJ começou a entender pela denegação dos tratamentos em Cuba para cuidar de retinose pigmentar, em um entendimento que sopesa o direito fundamental à saúde em face de outras questões, a exemplo da observância do parecer técnico elaborado pelo Conselho Brasileiro de Oftalmologia. Esse foi contrário ao tratamento realizado em Cuba, em virtude da não comprovação da sua eficácia, isto é, pelo seu caráter experimental. Ademais, foi apontada a questão dos limites financeiros do Estado e a política de prioridades do Poder Executivo.

As decisões das mais altas Cortes brasileiras acima colacionadas refletem uma forma de aplicação do direito fundamental à saúde e à vida que vem se replicando nas instâncias inferiores: em muitos casos tais direitos são tidos como absolutos, o que inviabiliza o balanceamento entre eles e outros princípios, como o da igualdade e universalização no acesso à saúde, proporcionalidade e razoabilidade. Ademais, os princípios constitucionais acima mencionados devem ser analisados não de forma isolada, mas conjuntamente com outros elementos, a exemplo das leis orçamentárias e dispositivos constitucionais acerca dessa matéria, das políticas públicas de saúde vigentes, das listas de medicamentos em vigor, da Lei do SUS (Lei nº 8.080/90), dos pareceres e diagnósticos médicos e orientações da ANVISA.

O modo absoluto como o Judiciário vem interpretando e aplicando os princípios em sede de judicialização da saúde demanda um breve registro acerca da teoria dos princípios cujo desenvolvimento recebeu uma grande contribuição das obras *Levando os direitos a sério*, de Ronald Dworkin e *Teoria dos direitos fundamentais*, de Robert Alexy.⁶⁸ A doutrina elaborada pelos citados filósofos do Direito balizou a diferença entre regras e princípios, conceitos esses que parecem se confundir em algumas decisões proferidas em matéria do direito fundamental à saúde.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. Relatora: Min. Eliana Calmon. DJ, 7 de junho de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300142650&dt_publicacao=07/06/2004>. Acesso em: 29 jul. 2013.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v.11, n. 15, p. 7-9, 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2013.

Conforme esposado por Dworkin, as regras são aplicadas na modalidade tudo ou nada⁶⁹ e, como pontuou Alexy, regras são normas que só podem ser satisfeitas ou não.⁷⁰ Condensando os ensinamentos dos citados jus-filósofos, Luís Roberto Barroso concluiu sobre a questão da interpretação das regras:

“não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos.”⁷¹

Resta aqui mais uma distinção entre regras e princípios: aquelas garantem direitos definitivos e estes, direitos *prima facie*, isto é, que são exercidos na medida do possível, como mandamentos de otimização. Isso significa que os princípios se caracterizam pelo fato de poderem ser satisfeitos em diversos graus, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.⁷²

Assim, de ante de uma situação de tensão entre direitos fundamentais, como direito à vida e direito à saúde ou entre direitos fundamentais e princípios constitucionais, a exemplo do conflito direito à saúde versus universalização do acesso a tal direito, os juízes devem ponderar esses princípios e não tomar um deles, no caso, o direito à saúde, de modo definitivo e absoluto à semelhança de uma regra.

Consoante anotado por Alexy, nesses casos em que há colisão entre princípios, um deles irá ter precedência sobre o outro sob determinadas condições e balanceadas certas variáveis fornecidas tanto pelo arcabouço do Direito, como pelos fatos. Nessa esteira, os princípios devem ser analisados a partir do prisma do peso assumido por cada um deles, pois eles possuem pesos diversos e aqueles de maior peso têm precedência.⁷³

Outrossim, a forma absoluta como comumente o direito à saúde é tratado por alguns magistrados brasileiros pode ser cotejada não apenas com a teoria dos princípios, mas também com a *Ideia de Justiça* do filósofo e economista indiano Amartya Kumar Sen.⁷⁴

Em muitos casos, segundo evidenciado pelas decisões acima colacionadas e pelos sentimentos de caridade e empatia que envolvem o direito à saúde, como pontuou Oliveira Firmo, as decisões judiciais parecem querer eliminar as injustiças e mazelas da realidade brasileira por meio da sentença. Por essa razão, os direitos à vida e à saúde tornam-se nesses provimentos direitos absolutos, que não podem sofrer qualquer limitação por “argumentos secundários, de ordem financeira, técnica e burocrática”.

Evidencia-se, pois, a partir dessa forma de interpretação, o intento de se alcançar ou fazer justiça, enquanto um ideal, por meio do processo judicial e a partir de uma sentença favorável ao cidadão que pleiteia medicamentos ou procedimentos cirúrgicos.

69 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39.

70 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

71 *Ibidem*, p. 8.

72 *Op. cit.* p. 90, p. 103-104.

73 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

74 SEN, Amartya Kumar. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Entretanto, consoante anotado por Sen, a justiça deve ser abordada em compasso com a realidade, sendo almejada não uma justiça perfeita, mas a “melhoria da justiça” ou “remoção da injustiça”.⁷⁵ A teoria de justiça defendida pelo filósofo indiano preconiza um enfrentamento realista das questões que envolvem a justiça ao invés de buscar uma justiça perfeita e, por conseguinte, utópica.

Na esteira do pensamento do referido filósofo, proferir uma decisão que desconsidera a dimensão coletiva do direito à saúde, os princípios da igualdade, proporcionalidade e universalidade de tal direito, bem como o custo dos direitos, não só para o Estado, mas para os demais cidadãos, igualmente sem acesso aos serviços de saúde, significa buscar uma justiça transcendental por meio do processo.

A decisão idealista, embalada pela imponência que cerca o direito à saúde e que busca resolver as mazelas de um país marcado por escândalos de corrupção e má utilização dos recursos públicos, olvida o fato de que o Direito possui regras próprias. Essas condicionam o agir de todos os profissionais dessa seara, a fim de garantir a segurança jurídica e a equidade das decisões. E em respeito a tal regramento, as sentenças, por mais nobre que seja o desiderato, não podem solucionar os problemas da saúde no Brasil a custa de interpretações radicais e absolutas, de desconsideração dos elementos trazidos aos autos.

Destarte, o desafio de ponderar no decisum o direito fundamental à saúde com outras variáveis foi definido pelo Desembargador Osvaldo Oliveira Araújo Firmo da seguinte forma:

“Não se deve perder de vista que não fica a questão jungida exclusivamente ao princípio (constitucional), embora por ele – como vetor – se decida a causa. Na espécie incidirão outros elementos normativos, como as leis ordinárias, por exemplo, que muito comumente desafiam interpretação por suas manifestas ambigüidades semânticas (...). E em estando no campo interpretativo, é de se ter que múltiplas são as possibilidades racional e razoavelmente postas, remetendo a solução ao resultado da sintonia com o direito, este em permanente construção social e histórica.”⁷⁶

O citado jurista atenta ainda para o perigo de os magistrados preterirem o arcabouço das regras jurídicas e do critério técnico-cognitivo em nome de um sentimento de caridade e empatia para com o jurisdicionado, posto estar em jogo o direito à saúde. Em que pese a nobreza de tais sentimentos, eles podem conduzir a uma decisão equivocada e parcial, em que o direito fundamental sob exame é interpretado de forma absoluta, em prejuízo de outros princípios, em especial, a proporcionalidade.

Consoante lembrado por Oliveira Firmo, os direitos à saúde e à vida são de uma grandiosidade sedutora, o que não pode cegar o juiz a ponto de ele negligenciar os critérios técnicos próprios do Direito, sob pena de proferir uma decisão arbitrária e sem a devida fundamentação, comando este que emana da própria Carta Maior (art. 92, “e”, IX, CRFB/88)⁷⁷. O fato de estar em jogo um direito tão estimado, parece, de per si, justificar decisões cuja motivação é rasteira, superficial, baseada em princípios amplos, como o da

⁷⁵ SEN, Amartya Kumar. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.11.

⁷⁶ FIRMO, Osvaldo Oliveira Araújo. Direito à saúde: reflexão sobre a ética da decisão judicial. *Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará*, Fortaleza, v. 1, n. 29/30, p. 293-306, jan./dez, 2011.

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

dignidade da pessoa humana, sem que outros sejam colocados em exame, além do fato de ser descurado o arcabouço fático e probatório trazido pelas partes no processo.

Essa mesma preocupação com o respeito à técnica que deve pautar o trabalho de um juiz pode ser percebida em Melquíades Duarte, que consigna a importância de as decisões dos juízes se nortearem pela concordância prática e pela proporcionalidade, pois esses vetores constituem “o instrumental jurídico necessário para o exame da correção das escolhas feitas pelos órgãos legitimados para a formulação das políticas públicas a serem controladas em juízo.”⁷⁸ Nessa senda, a referida autora destaca que o juízo de ponderação dos juízes não pode se perverter em subjetivismos ou em decisões que refletem apenas a mera consciência do julgador. Assim, registra Duarte:

“Antes, as decisões judiciais devem ser calcadas na teoria da argumentação jurídica, que exige a apresentação de motivos legais, racionais e científicos, que conduzem o juiz aos seus pronunciamentos, sendo-lhes, ademais, exigida a resposta a eventuais contra-argumentos possíveis de serem opostos às suas conclusões, para que estas se corroborem como verdadeiras.”⁷⁹

A corrente interpretação do direito à saúde como um direito absoluto, que paira sobre a própria realidade econômica e social do país, aparenta mais ser um fruto de sentenças rasas, que não se alicerçam no instrumental técnico oferecido pelo Direito, a exemplo dos ditames constitucionais, da legislação ordinária, da doutrina e do arcabouço probatório trazido aos autos, do que por uma séria e fundamentada convicção dos nossos magistrados.

Assim, essas decisões descambam para uma verdadeira ingerência indevida do Poder Judiciário na órbita de outros Poderes, contribuindo para um quadro de graves danos ao erário, de acirramento da desigualdade e distorções nas políticas públicas.

Ocorre que a judicialização da saúde não tem promovido efeitos distributivos em benefício dos menos favorecidos, seja porque em muitos casos o provimento judicial se dá em favor de pessoas que têm condições de custear os tratamentos e medicamentos pleiteados, seja porque são tomadas decisões desproporcionais, que implicam um grande gasto estatal para o cumprimento de decisões em benefício de um único indivíduo, desviando-se, pois, recursos que abasteceriam uma política pública de saúde que atenderia uma grande parcela da população. Sobre esse pernicioso “direito à preferência”, Vanice Regina Lírio do Valle preleciona:

“Significa dizer que uma atuação cuja inspiração original envolve o discurso da busca de concretização de uma justiça distributiva – afinal, essa é a matriz teórica original da própria concepção dos direitos fundamentais de segunda dimensão – pode se converter, do ponto de vista concreto, numa inversão absoluta dessa lógica, consagrando uma espécie de direito à preferência em favor de um determinado jurisdicionado ou de uma área de atuação posta na pauta do controle sem que a constituição ou mesmo reconheça possível, o estabelecimento dessa mesma prioridade.”⁸⁰

78 DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde*: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 292.

79 *Ibidem*, p. 292-293.

80 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 111.

O efeito deletério do acirramento das desigualdades no bojo da judicialização da saúde pode, certamente, encontrar suas raízes no fato de os julgadores tratarem o direito à saúde unicamente como um direito individual, olvidando-se de sua dimensão ou impacto coletivo, consoante explanado alhures em face dos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet. Essa forma de interpretar o direito fundamental ora analisado evidencia, inclusive, a negligência dos magistrados para com as políticas públicas vigentes.

Outrossim, fica patente que as atuais decisões em matéria de judicialização da saúde vêm causando distorções nas políticas públicas de medicamentos em vigor, uma vez que grande parte das ordens judiciais fornece medicamentos que não fazem parte da lista do SUS, que possuem substitutos mais baratos e cuja comercialização não foi aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)⁸¹.

O balanço das decisões proferidas no Brasil sobre o direito social à saúde e, notadamente, nos casos em que se pleiteiam bens e serviços afetos a tal seara, aponta para uma falta de harmonia na jurisprudência. Os Tribunais pátrios, tanto os superiores, como os inferiores, possuem julgados díspares, que ora demonstram lucidez em relação ao tema em apreço, ponderando o direito à saúde com outras variáveis e levando em consideração as minúcias e provas do caso concreto, ora interpretam a saúde como direito absoluto e individual, alheio a qualquer argumento de ordem financeira ou burocrática, como a ANVISA e documentos científicos são entendidos nesses julgados.

Mas o problema maior das decisões não fundamentadas, ou fundamentadas superficialmente, não é meramente configurar um entendimento jurisprudencial antagônico. Ao decidirem dessa forma, os juízes negligenciam todas as construções e modificações operadas no Direito a partir do neoconstitucionalismo e de uma Constituição que prega um modelo mais intervencionista e social de Estado. Nesse cenário de um novo direito constitucional, aflorou a ampliação da participação democrática, que passou a se expressar não apenas por meio da representação política, como também por meio do Judiciário, influenciada pelo acesso à justiça. Ademais, no contexto desse novo modelo de Estado foi possível ao Poder Judiciário controlar os atos administrativos discricionários, tendo como baliza os princípios constitucionais e administrativos, a exemplo da eficiência, haja vista que o Estado passou a ser caracterizado como um Estado gestor.

No novo direito constitucional, a dignidade da pessoa humana se apresenta como um dos pilares do Estado brasileiro (art. 1º, III, CRFB/88)⁸² e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB/88)⁸³, como um de seus escopos. A partir dessas premissas, evidencia-se a opção constitucional por um Estado intervencionista e social cujos desideratos acima elencados serão alcançados por meio da proteção e concretização dos direitos fundamentais, dentre os quais, a saúde.

Entretanto, o protagonismo assumido pelos direitos fundamentais no neoconstitucionalismo não autoriza que a concretização da justiça material sacrifique outros fundamentos e comandos colocados, com força imperativa, pela própria Constituição, a saber:

81 VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil, *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n.2, abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000200007>. Acesso em: 31 jul. 2013.

82 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

83 Ibidem.

persecução da igualdade; universalidade; proporcionalidade; respeito à organização federativa do Estado brasileiro; legalidade; eficiência e finalidade como princípios norteadores da administração; desenvolvimento nacional; controle externo da Administração pelo Judiciário e decisões fundamentadas como um dever deste Poder.

Essa abnegação dos demais princípios e vetores que compõem o novo direito constitucional é o resultado maior das decisões que interpretam os direitos fundamentais de modo absoluto, raso e isolado do contexto, não apenas econômico e social, mas do próprio Direito do País.

Por último, a técnica jurídica à disposição do juiz deveria ancorar o seu labor, mas quando não utilizado esse instrumental jurídico, a decisão se torna ilegítima. A ausência de fundamentação legal, o simples e rotineiro hábito de utilizar a dignidade da pessoa humana como um “cheque em branco”, vulgarizando esse que é um dos fundamentos do Estado brasileiro (art.1º, III, CRFB/88), desautoriza todos os argumentos que ao longo dessa exposição defendemos em prol da judicialização da saúde, como os mencionados supra. A incongruência evidenciada a partir da forma como decidem atualmente os juízes nessa matéria é patente e deslegitima os instrumentos do neoconstitucionalismo que fundamentaram o próprio ativismo judicial.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou refletir acerca da judicialização sob o prisma de um novo direito constitucional e da pluralização da participação democrática. As novidades que ingressaram no cenário jurídico e político do país a partir do final da década de 1980 permitiram o desenvolvimento do fenômeno da judicialização dos direitos sociais e esse contexto favoreceu o ativismo judicial. Dentre as novidades desse cenário, destacamos, reiteradamente, a força imperativa da Constituição, a superioridade hierárquica e centralismo de suas normas, o protagonismo dos direitos fundamentais e a ampliação das formas de participação democrática diante da insuficiência de uma representação unicamente política, por meio de eleições.

As diretrizes acima mencionadas foram estudadas com um duplo objetivo. Primeiramente, confrontar e relativizar as rotineiras críticas sobre a judicialização. O segundo objetivo a ser alcançado por meio do estudo sobre as inovações trazidas pelo neoconstitucionalismo e ampliação da participação democrática foi o de compreender o contexto que permitiu o protagonismo judicial. Nesse sentido, defendeu-se, com espede em argumentos de ordem constitucional, democrática e jus-administrativa, a exemplo da redução da discricionariedade e do contexto de um Estado gestor, a legitimidade da concretização dos direitos sociais mediante a provocação do Poder Judiciário. Não apenas isso, sustentou-se um novo papel para esse Poder, à medida que ele passou a conferir visibilidade às demandas da população, atuando, assim, como mais um canal de participação democrática.

Contudo, as decisões proferidas no bojo de demandas que discutem direitos sociais, principalmente o da saúde, evidenciam um Judiciário que toma a concretização dos direitos sociais de forma negligente. Essas sentenças parecem demonstrar um descuido para

com as provas trazidas aos autos, as peculiaridades do caso concreto, a dimensão coletiva dos direitos sociais, seus custos e os mandamentos constitucionais de universalidade e igualdade no que atine à saúde.

O descuido, espera-se, não é proposital, mas suas raízes estão na própria forma como os direitos sociais são interpretado hodiernamente. Nessa senda, foi apresentado o emblemático exemplo da judicialização da saúde, em que esse direito, nas sentenças, assume uma faceta absoluta, próxima da lógica da aplicação das regras. A imponência do direito à saúde impede, não raro, que os condicionantes fáticos e jurídicos sejam, de fato, sopesados.

Surge aí, então, um paradoxo entre o contexto que permitiu a judicialização dos direitos sociais, bem como a construção de um Judiciário como espaço de participação democrática, versus a realidade da forma como esse mesmo Judiciário lida com as novas atribuições que lhe foram conferidas.

A conclusão que se extrai a partir desse paradoxo é que o cenário jurídico, político e social brasileiro ainda encontra-se em fase de adaptação frente às inovações e novos papéis que lhes foram conferidos a partir da redemocratização, sobretudo no que concerne à interpretação dos direitos fundamentais e cumprimento dos comandos de uma Constituição que modelou um Estado de cunho social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Gisele Silva. Participação através do direito: a judicialização da política. In: Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, 8, 2004, Coimbra. A questão social do novo milênio. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/GiseleSilvaAraujo.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

ARRETCHE, Marta. Federalismo e igualdade territorial: uma contradição em termos? *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 53, n. 3, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v.11, n.15, 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2013.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2.ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 29 jul. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.321, de 05 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.brasilsus.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=48>. Acesso em: 29 jul. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.577, de 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.saude.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=283>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. Relatora: Min. Eliana Calmon. DJ, 7 de junho de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300142650&dt_publicacao=07/06/2004>. Acesso em: 29 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 353.147. Relator: Min. Franciulli Netto. DJ de 18 de agosto de 2003, voto vencido, Min. Eliana Calmon. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100761900&dt_publicacao=18/08/2003>. Acesso em: 29 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PETMC 1.246/SC. Relator: Min. Celso de Mello, em 31.1.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 198.263. Relator: Min. Sidney Sanchez. Brasília, DJ 30 de março, 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 342.413. Relatora: Min. Ellen Gracie. DJ de 09 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 29 jul. 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, v.13, p. 135-136, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1.ed. 3.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COSTA, Carla Carvalho. A judicialização da saúde pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, jul./dez. 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FIRMO, Osvaldo Oliveira Araújo. Direito à saúde: reflexão sobre a ética da decisão judicial. *Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará*, Fortaleza, v. 1, n. 29/30, p. 293-306, jan./dez, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. O controle da administração pública no Brasil em face de sua necessária transparência. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./abr. 2012.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. In: GESTA LEAL, Rogério; DOS REIS, Jorge Renato (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. t.6.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18.ed., rev., e atual. até a Emenda Constitucional 45, de 8/12/04. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. 23 ed., atual. até EC nº 56/07. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 243, set./dez. 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEN, Amartya Kumar. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUSA, Pedro Ivo de; COURA, Alexandre de Castro. Controle judicial de políticas públicas. Anais, Salvador, Conpedi. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

THIBAU, Tereza Cristina Baracho. Ações coletivas e a judicialização de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: possibilidades e limites. MPMG Jurídico online, Belo Horizonte, n. 17, p. 33-36, 2009. Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/494/As%20a%C3%A7%C3%B5es%20coletivas%20e%20a%20judicializa%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Fábíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n.2, abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000200007>. Acesso em: 31 jul. 2013.

WANG, Daniel Wei Liang. Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde. 2009. 96 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

RESPONSABILIDADE CIVIL AQUILIANA DO ESTADO: da possibilidade de ajuizamento da ação indenizatória diretamente em face do servidor público causador do dano: análise crítica à luz da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores

RODRIGO DE MOURA RAMOS*

Sumário

1 Introdução. 2 Escorço histórico. 3 Responsabilidade civil extracontratual do agente por danos aos administrados. 3.1 Considerações iniciais. 3.2 Panorama da controvérsia: jurisprudência do STJ e do STF. 3.3 Responsabilidade civil do Estado e o art. 37, §6º, da CR/88. 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A CR/88 instituiu em seu artigo 37, § 6º, a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos atos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Neste contexto, surge a discussão quanto à possibilidade de o particular lesado ajuizar a ação de indenização diretamente contra o servidor público causador do dano, sem a presença da pessoa jurídica.

Em outras palavras, discute-se se a redação do referido dispositivo constitucional permitiria ao particular vítima da ação estatal escolher pelo ajuizamento da ação diretamente contra o servidor público ou se necessariamente a ação judicial deveria ser proposta em face do ente federativo, para que este, em seguida, ajuizasse a devida ação de regresso contra o agente público.

Tal discussão envolve, acima de tudo, a melhor interpretação a ser conferida ao artigo 37, § 6º, da CR/88. Segundo posicionamento manifestado pelo STF em algumas oportunidades – RE 327.904/PR; RE 344.133/PE; RE 720.275/SC –, referido dispositivo constitucional teria consagrado um sistema de dupla garantia: uma em favor do particular, cujo ônus probatório se limitaria à demonstração da conduta, dano e nexos de causalidade; outra em favor do servidor público, que teria em seu favor a prerrogativa de somente ser

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Analista em Direito da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais; Assessor Jurídico do Centro de Serviços Compartilhados – CSC; Gestor Ambiental – Assessoria Jurídica da Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Estado de Minas Gerais.

acionado pelo Estado, em ação regressiva. Assim, eventual ação promovida pelo administrado em face do agente estatal restaria viciada por ilegitimidade passiva.

Por outro lado, recentemente o STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.325.862/PR, acompanhou o posicionamento da doutrina majoritária e entendeu caber à vítima a escolha pela propositura da demanda indenizatória contra o Estado, o agente público ou ambos.

A controvérsia é bastante ampla e de significativos efeitos práticos. Isto porque, conforme observa Lopes Cavalcante¹, ao acionar diretamente o autor do dano, o particular estará abrindo mão da responsabilização objetiva do Estado, devendo provar a culpa do servidor. Do mesmo modo, o seu ressarcimento estará condicionado às possibilidades financeiras do agente público. Por outro lado, a ausência da Fazenda Pública no polo passivo da demanda lhe proporcionará um procedimento mais célere, com a execução mais simples e menos onerosa, já que não se subordinará ao regime de precatórios.

No decorrer deste trabalho, procuraremos demonstrar que a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em seu último julgado quanto à matéria é a que melhor se coaduna ao regime jurídico atual, já que reforça as garantias constitucionais estatuídas em prol dos administrados, e que, nada obstante o teor dos dois últimos julgados do STF, tal não se mostra suficiente a sustentar a mudança de orientação desta Corte, dadas as especificidades que circundaram as situações fáticas subjacentes às decisões.

2 ESCORÇO HISTÓRICO

Noticia a doutrina que o direito brasileiro jamais adotou teoria que acolhesse a total irresponsabilidade do Estado.² As Constituições de 1824 e de 1891, em consonância com as ideias da época, limitaram-se a prever a responsabilização dos funcionários públicos pelos atos abusivos que cometessem no exercício da função. Assim, não havia a possibilidade de o próprio ente político ser responsabilizado por conduta que resultasse em dano aos administrados.

Foi com o Código Civil de 1916 que a responsabilidade civil começou a assumir feições próximas da atual. Ainda que a redação de seu artigo 15 pudesse sugerir o contrário, Celso Antônio Bandeira de Mello observa que a tese da responsabilidade objetiva contava com adeptos entre doutores da máxima suposição, como Ruy Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti, estes últimos, magistrados dos mais ilustres.³

Conforme explica Carvalho Filho,

1 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Dizer o Direito*. 2013. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/01/em-caso-de-responsabilidade-civil-do.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.1025.

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.1028.

O dispositivo causou polêmica sobre a teoria que adotara. Embora alguns intérpretes chegassem a sustentar a adoção da responsabilidade objetiva, o texto parecia exprimir que a responsabilização das pessoas jurídicas de Direito Público, ou seja, do Estado, teria suporte na teoria da responsabilidade subjetiva, ou com culpa. Com efeito, a expressão procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei parecia indicar que a conduta administrativa teria que ser revestida de culpa. Advogava-se que os atos normais do Estado, mesmo que provocando danos a terceiros, não o responsabilizariam civilmente para o fim da reparação cabível.⁴

A Constituição de 1934, por seu turno, inovou ao prever a responsabilização solidária entre o funcionário público e a Fazenda Nacional por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos, o que foi repetido, posteriormente, pelo artigo 158 da Constituição de 1937.⁵

Somente com a Constituição de 1946 a teoria da responsabilidade objetiva do Estado foi efetivamente incorporada ao ordenamento jurídico nacional. Com redação bastante semelhante ao que atualmente consta no art. 37, § 6º, da CR/88, dispunha o caput do artigo 194 que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Completa o parágrafo único possibilitando ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

A Constituição de 1967 trouxe como importante mudança relativa à responsabilidade estatal a previsão expressa de que a ação regressiva em face do funcionário deveria pautar-se na culpa ou dolo deste.

Finalmente, a Constituição de 1988, mantendo a estrutura normativa anterior, incluiu a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas de direito privado quando prestadoras de serviço público. Muito embora o legislador tenha sido omissivo quanto à semelhante previsão no Código Civil de 2002, certo é que no contexto normativo instituído pós 1988, dúvidas não há quanto à equiparação das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público ao próprio Estado para efeitos de responsabilização patrimonial extracontratual, amparada na teoria da responsabilidade objetiva.⁶

3 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO AGENTE POR DANOS AOS ADMINISTRADOS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

4 FILHO, José dos Santos Carvalho. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, jan./fev./mar., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.1028-1029.

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, jan./fev./mar., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

Ao consagrar a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, o mesmo artigo 37, § 6º, do texto constitucional, permitiu a ação de regresso do ente federativo contra os responsáveis, caso estes tenham agido com dolo ou culpa. Portanto, diferentemente do que ocorre em relação ao Estado, a responsabilização de agente público em ação regressiva não dispensa a comprovação do elemento subjetivo.

Questão tormentosa que aflige doutrina e jurisprudência é quanto à legitimidade passiva de eventual ação indenizatória proposta pelo particular lesado. Em síntese, discute-se se a previsão expressa no texto constitucional quanto à possibilidade de ação de regresso do Estado em face do responsável caso este tenha procedido com dolo ou culpa teria fulminado, implicitamente, a viabilidade de manejo do pleito de ressarcimento pela vítima diretamente contra o agente público.

Durante muito tempo prevaleceu no âmbito do Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual caberia à vítima optar contra quem iria propor a ação, restando-lhe, neste contexto, três alternativas, quais sejam: propor a ação diretamente contra o autor do dano; intentá-la somente contra o Estado; por fim, a ação judicial poderia ser manejada em face de ambos, isto é, Estado e agente público, que, neste caso, responderiam solidariamente perante o autor.

Mesmo antes da Constituição de 1988 podem ser encontrados acórdãos afirmando tratar-se o caso de litisconsórcio facultativo, cabendo ao lesado propor a ação em face do agente público e do Estado, que responderiam conjuntamente. É o que se extrai do RE 90.071/SC, cuja ementa se segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA O ENTE PÚBLICO E O FUNCIONÁRIO CAUSADOR DO DANO - POSSIBILIDADE. O fato de a Constituição Federal prever direito regressivo às pessoas jurídicas de direito público contra o funcionário responsável pelo dano não impede que este último seja acionado conjuntamente com aquelas, vez que a hipótese configura típico litisconsórcio facultativo - voto vencido. Recurso extraordinário conhecido e provido.⁷

Seguindo esta mesma linha, pode ser citado, ainda, o acórdão proferido em sede de julgamento de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 106.483/DF, nos seguintes termos:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART-107 DA CF. POSSIBILIDADE DE ACIONAR O ESTADO E O FUNCIONÁRIO CAUSADOR DO DANO. CORREÇÃO MONETÁRIA AMPLA A PARTIR DO EVENTO DANOSO. 1. “O fato de a Constituição Federal prever direito regressivo às pessoas jurídicas de direito público contra o funcionário responsável pelo dano não impede que este último seja acionado conjuntamente com aquelas, vez que a hipótese configura típico litisconsórcio facultativo”. Precedente: RE 90.071. 2. A Lei nº 6.899 não infirmou a construção jurisprudencial que assegura a correção monetária

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 90.071. Relator: Cunha Peixoto. Brasília, DF, 18 de junho de 1980. DJ. Brasília.

ampla desde o evento danoso, no sentido da súmula 562. Agravo Regimental improvido.⁸

Deveras, este é também o entendimento que prevalece na doutrina e no STJ. Contudo, as decisões mais recentes do STF têm seguido orientação diversa, o que tem gerado divergências quanto ao entendimento dantes tido como incontroverso.

3.2 PANORAMA DA CONTROVÉRSIA: JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF

Conforme já tivemos a oportunidade de elucidar, os julgados mais antigos do STF seguiam o entendimento segundo o qual caberia ao lesado optar entre ajuizar a demanda contra a pessoa jurídica, diretamente contra o lesado ou contra ambos. A maior disponibilidade de recursos por parte do ente federativo aconselhava a propositura da ação em face deste, já que a garantia de ressarcimento seria maior.⁹ Ademais, por expressa disposição constitucional, o lesado estaria imune da comprovação de qualquer elemento subjetivo por parte do réu.

Por outro lado, o regime jurídico de prerrogativas estabelecido em prol da fazenda pública faz com que, por muitas vezes, o particular opte por abrir mão de um direito que lhe é expressamente assegurado pelo texto constitucional para que possa ter seu prejuízo ressarcido com maior brevidade. Com efeito, os prazos processuais diferenciados, a necessidade de reexame necessário e, principalmente, a submissão dos processos de execução ao regime de precatórios são fatores que desestimulam os administrados a litigar contra o Estado. Por isso, o ajuizamento da ação indenizatória diretamente contra o servidor público causador do dano sempre foi uma alternativa viável, aceita tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

No entanto, circunstâncias excepcionais têm levado o STF a decidir de forma diversa.

No julgamento do AgRg. no AI nº 167.659/PR, em decisão que tinha por substrato fático situação em que o particular, ofendido pelo Governador do Estado do Paraná, pleiteava indenização em face do Estado, o STF refutou a tese sustentada pela procuradoria do ente político, consistente na sua ilegitimidade passiva para responder pela conduta do agente público, já que a demanda deveria ter sido ajuizada diretamente contra o Governador. Segundo restou decidido pelo tribunal, o ato causador de danos patrimoniais e morais, no caso, foi praticado pelo Governador do Estado, no exercício do cargo, o que implicaria a responsabilização do Estado pelos danos. Assim, se o agente público, nessa qualidade, tiver agido com dolo ou culpa, deverá responder em ação regressiva.¹⁰

Decisão emblemática quanto ao tema foi a proferida no julgamento do RE 327.904/SP, de 15 de agosto de 2006, da relatoria do Ministro Carlos Britto. Na ocasião, o

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no AI nº 106.483. Relator: Rafael Mayer. Brasília, DF, 26 de novembro de 1985. DJ. Brasília.

9 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4.ed. Niterói: Impetus, 2010. 895 p.

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AI nº 167.659. Relator: Carlos Velloso. Brasília, DF, 18 de junho de 1996. DJ 222. Brasília, 14 nov. 1996.

administrado (recorrente) visava ao provimento do Recurso Extraordinário para que fosse conhecida a demanda que ajuizara em face do ex-Prefeito do Município de Assis/SP, em virtude de Decreto de Intervenção que lhe teria gerado prejuízos. Segue trecho da decisão:

[...] O § 6º, do artigo 37, da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. [...] Com efeito, se o eventual prejuízo ocorreu por força de um atuar tipicamente administrativo, como no caso presente, não vejo como extrair do § 6º, do art. 37 da Lei das Leis a responsabilidade *per saltum* da pessoa natural do agente. Tal responsabilidade, se cabível, dar-se-á apenas em caráter de ressarcimento ao Erário (ação regressiva, portanto), depois de provada a culpa ou o dolo do servidor público, ou de quem lhe faça as vezes. Vale dizer: ação regressiva é ação de “volta” ou de “retorno” contra aquele agente que praticou ato juridicamente imputável ao Estado, mas causador de dano a terceiro [...].¹¹

Referido acórdão adota dois principais argumentos: a impessoalidade dos atos administrativos e o sistema de dupla garantia instituído pelo art. 37, §6º, da CR/88.

Com relação ao primeiro, o próprio julgado é bastante elucidativo, sobretudo quando faz remissão a José Afonso da Silva, em obra em que o eminente autor afirma que

(...) a obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a fazenda pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também (...).¹²

Quanto ao segundo argumento, preleciona o decisum que o artigo 37, §6º, da CR/88, teria consagrado dupla garantia: uma, em prol do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, eis que praticamente certa a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em favor do servidor estatal, que somente irá responder administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.¹³

Conforme se extrai da decisão exarada pelo STF, ao consagrar o sistema de dupla garantia, o texto constitucional teria proibido, implicitamente, a possibilidade de manejo da ação de ressarcimento diretamente em face do servidor público do dano. Isto porque, assim como a responsabilidade objetiva seria uma garantia assegurada ao administrado, a ação de regresso representaria o direito constitucional de o servidor público se ver processado pelos atos que praticar no exercício da função única e exclusivamente pela pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 327.904. Relator: Carlos Britto. Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. DJ. Brasília.

12 SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. Malheiros, 2005. p. 349 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 327904. Relator: Carlos Britto. Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. DJ. Brasília.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 327.904. Relator: Carlos Britto. Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. DJ. Brasília.

Não obstante o teor dos julgados do STF acima expostos – Ag.Rg. no AI nº 167.659/PR e RE 327.904/SP –, tal não se mostra suficiente para afirmar que este tribunal teria modificado seu posicionamento, mormente se consideramos as peculiaridades do caso concreto.

Verifica-se, na espécie, que as decisões proferidas pelo STF tinham por substrato fático demandas em que figuravam agentes políticos no polo passivo.¹⁴ É o caso, por exemplo, de juízes, prefeitos ou governadores de Estado que, a despeito de exercerem condutas típicas de suas funções, geraram prejuízo aos particulares. Certamente, em situações deste jaez, o agente público age em nome e em razão do Estado, motivo pelo qual é de se reconhecer a impossibilidade de responsabilização pessoal do servidor.

Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho, muito embora seja adepto à possibilidade de responsabilização direta do agente causador do dano, lembra que

O STF já decidiu que, em se tratando de dano causado por magistrado no exercício da função jurisdicional, a ação indenizatória deve ser ajuizada somente em face da respectiva pessoa de direito público, e não diretamente em face do magistrado, e isso porque este se caracteriza como agente político do Estado, não se podendo, na hipótese, vislumbrar responsabilidade concorrente, mas apenas a que eventualmente venha decorrer do exercício do direito de regresso. A despeito de ter havido divergências entre os órgãos das várias instâncias judiciais no assunto, parece-nos acertada a situação alvitada, tendo em vista, realmente, a especificidade da natureza da atividade jurisdicional.¹⁵

O acórdão proferido pelo STJ no julgamento do Recurso Especial 1.325.862/PR delinea muito bem o panorama da suposta controvérsia que se criou. Em resumo, ensina o Ministro Relator Luís Felipe Salomão que, a bem da verdade, a jurisprudência do Supremo sempre foi linear em admitir a ação direta do lesado em face do servidor público.

Com efeito, a situação fática subjacente ao mais recente julgado do Supremo é bastante peculiar, uma vez que se pretendia a responsabilidade civil de Prefeito por decreto de intervenção em hospital local. Tratava-se de ato de um agente político, de cunho essencialmente político, o que por si só o distancia do caso examinado no Recurso Especial nº 1325862 e em tantos outros submetidos ao STJ e ao STF.¹⁶

No que concerne à decisão proferida no AgRg no AI nº 167.659/PR, o Luis Felipe Salomão observa que

neste último precedente, o próprio Estado é que foi demandado e pretendia ele (o Estado) o redirecionamento da ação ao agente público, ocasião em que simplesmente se afirmou – como não poderia deixar de ser – que, pelos atos praticados por seus servidores, responde o Estado objetivamente. Com o devido respeito ao entendimento diverso, penso que a melhor solução está mesmo com os antigos, em franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação

14 CARVALHO, Mila Gouveia Hans. Danos causados a particular por servidor público. 2013. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/danos-causados-a-particular-por-servidor-publico-contr-a-quem-se-ajuiza-essa-acao/>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 575.

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.325.862. Relator: Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 05 de setembro de 2013. DJ. Brasília, 10 dez. 2013.

diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar.¹⁷

No âmbito do STJ, não há registros recentes de julgados que inadmitiram o manejo de demanda indenizatória diretamente contra o agente público responsável pelo dano. A título de ilustração, cite-se acórdão proferido em sede de Recurso Especial, em que o tribunal concluiu pela possibilidade de ajuizamento de ação de reparação diretamente em face de escritã judicial que, por erro na publicação de sentença da vara onde exercia suas funções, teria gerado prejuízos ao Procurador do Estado.¹⁸

Do mesmo modo, pode ser citada decisão em que fora admitida ação judicial promovida por juiz federal em face de procuradores da república, sob o argumento de que estes teriam lhe ferido a honra e a imagem por meio de representação infundada, que teria culminado em denúncia ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região.¹⁹

Perceba, neste ponto, que a jurisprudência do STJ não adentra ao mérito quanto à qualidade do cargo ocupado pelo funcionário público autor do prejuízo ao administrado (político ou não político). Na verdade, são comuns processos judiciais que versem acerca de eventual responsabilidade civil de membros do Ministério Público, Magistrados ou Procuradores por abusos cometidos no manejo de processos, ou responsabilidade de tabeliães por condutas típicas de suas atribuições, sendo que a tese de que a demanda deveria ter sido obrigatoriamente direcionada ao Estado nunca foi acolhida (REsp 759.272/GO; REsp 481.939/GO).²⁰

Por todo o exposto, ainda que possa haver decisões isoladas em sentido contrário, a jurisprudência dos tribunais superiores é unânime em admitir que o lesado busque sua reparação pelo meio que melhor lhe atender, seja por meio do manejo de ação contra o Estado, seja diretamente contra o causador do dano.

Perfilhamos, portanto, a lição de Bandeira de Mello, quando este aduz que

É verdade que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, voltou a decidir em sentido contrário. Mas é improvável que esta orientação prevaleça, dada a cópia de razões que, como aduzimos, concorrem em desfavor dela.²¹

Destarte, a tese suscitada por parte da doutrina quanto ao surgimento de controvérsia entre STJ e STF acerca da possibilidade de ajuizamento de ação de reparação de danos diretamente em face do agente público responsável²² é, na verdade, aparente, dadas as especificidades que cercaram os julgados divergentes proferidos pelo Supremo.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.325.862. Relator: Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 05 de setembro de 2013. DJ. Brasília, 10 dez. 2013.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.325.862. Relator: Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 05 de setembro de 2013. DJ. Brasília, 10 dez. 2013.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 759.272. Relator: Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 18 de agosto de 2005. DJ. Brasília, 19 jun. 2006.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.325.862. Relator: Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 05 de setembro de 2013. DJ. Brasília, 10 dez. 2013.

21 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1040.

22 22 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4.ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 895-897; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.575.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O ART. 37, § 6º, DA CR/88

A despeito de toda a controvérsia que circunda o tema, e respeitados os casos excepcionais, pode-se afirmar prevalecer no ordenamento pátrio o posicionamento pela possibilidade de manejo de ação indenizatória diretamente em face do agente público responsável pelo prejuízo. Pactuando desta ideia, Celso Antônio Bandeira de Mello observa que o art. 37, § 6º, da CR/88 tem por único e principal objetivo garantir aos administrados maior proteção frente a condutas danosas ocorridas no decorrer de atividade pública.²³ Assim, referido dispositivo *nada traz consigo em favor do funcionário, e muito menos em restrição ao administrado em seu direito de demandar contra quem lhe tenha causado dano.*

Carvalho Filho, alinhando-se a Bandeira de Mello, argumenta que

O fato de ser atribuída responsabilidade objetiva à pessoa jurídica não significa a exclusão do direito de agir diretamente contra aquele que causou o dano. O mandamento contido no artigo 37, § 6º, da CF visou a favorecer o lesado por reconhecer nele a parte mais frágil, mas não lhe retirou a possibilidade de utilizar normalmente o direito de ação. Há certa hesitação na jurisprudência com decisões proibitivas e permissivas.²⁴

Importante registrar ainda as ponderações feitas pelo Ministro Luís Felipe Salomão no julgamento do REsp 1.325.862/PR, quando afirma que

Na verdade, quando a Constituição Federal pretendeu "proteger" os agentes públicos o fez explicitamente - exceção que deve ser interpretada de forma restritiva -, como, por exemplo, na imunidade parlamentar por opiniões, palavras e votos.²⁵

O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica, que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público.

Observa o ministro Luís Felipe Salomão que a Constituição simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não estipula, contudo, a obrigatoriedade de propositura da demanda em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco garante ao agente público imunidade de não ser acionado diretamente em razão de seus atos. Pelo contrário. Se restar comprovado dolo ou culpa de sua parte, responderá regressivamente perante a Administração.

Decerto, os textos constitucionais que desejaram beneficiar o agente público com garantia de tal natureza fizeram-no de forma expressa. É o caso das constituições de 1824 e 1891, que, conforme noticia Carvalho Filho, não contemplaram a responsabilidade do Estado.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1037.

24 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 575.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.325.862. Relator: Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 05 de setembro de 2013. DJ. Brasília, 10 dez. 2013.

Acompanhando as ideias da época, seus preceitos ensejavam a responsabilidade do funcionário público pelos atos abusivos que praticavam.²⁶

4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a possibilidade de manejo de ação indenizatória diretamente contra o agente público responsável pelo dano deve ser encarada como uma realidade em nosso ordenamento jurídico. O art. 37, § 6º, da CR/88, ao garantir a responsabilidade objetiva do Estado perante o administrado, estabeleceu uma garantia ao particular, que, todavia, não possui o condão de lhe tolher o direito de recorrer a outros meios para buscar seu ressarcimento.

Nesse sentido, constata-se que a jurisprudência do STJ é recorrente em prever que o ajuizamento da demanda contra o ente federativo constitui liberalidade do autor, que poderá optar por propô-la diretamente em face do agente público, ou ainda, contra ambos, ente político e agente público.

No que diz respeito ao STF, conforme exposto ao longo deste trabalho, é de se reconhecer que prevalece o entendimento segundo o qual a escolha do polo passivo da demanda caberá ao autor, tal como ocorre no âmbito do STJ. Ressalte-se, no entanto, que, em se tratando de ato praticado por agente político, os últimos julgados do STF tendem a inadmitir a propositura da demanda diretamente em face do causador do dano, o que, absolutamente, não pode ser tido como posicionamento dominante deste tribunal, já que tais decisões decorreram de especificidades do caso concreto. Portanto, devemos aguardar as próximas decisões a fim de se atestar a consolidação da temática neste tribunal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.325.862. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 05 de setembro de 2013. DJ. Brasília, 10 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 759.272. Relator: Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 18 de agosto de 2005. DJ. Brasília, 19 jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 90.071. Relator: Cunha Peixoto. Brasília, DF, 18 de junho de 1980. DJ. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no AI nº 106.483. Relator: Rafael Mayer. Brasília, DF, 26 de novembro de 1985. DJ. Brasília.

26 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

BORDALO, Rodrigo. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Mila Gouveia Hans. Danos causados a particular por servidor público. 2013. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/danos-causados-a-particular-por-servidor-publico-contra-quem-se-ajuiza-essa-acao/>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 28 de agosto de 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Dizer o direito*. 2013. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/01/em-caso-de-responsabilidade-civil-do.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. *Manual de direito administrativo*. 4.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4.ed. Niterói: Impetus, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. Malheiros, 2005. p. 349 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 327.904. Relator: Carlos Britto. Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. DJ. Brasília.

**PARECERES,
NOTAS JURÍDICAS E
PEÇAS PROCESSUAIS**

O Advogado-Geral do Estado proferiu na Nota Jurídica Orientadora abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo. Em 21/09/2014.”

NÚMERO: 1

DATA: 21 de setembro de 2014.

REFERÊNCIA: LEF – INTIMAÇÃO PESSOAL – INSTÂNCIAS ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA.

SITUAÇÃO PROBLEMA

Discute-se a aplicação da prerrogativa da intimação pessoal prevista no art. 25, da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal - LEF) ao Procurador Estadual nas instâncias ordinária e extraordinária nos processos de Execução Fiscal.

A PRERROGATIVA PROCESSUAL DA INTIMAÇÃO PESSOAL E SEU ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A prerrogativa processual da Fazenda Pública da intimação pessoal está prevista no art. 25, da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal - LEF), cabendo ao parágrafo único desse mesmo artigo prescrever a forma pela qual pode ocorrer a intimação:

Art. 25 - Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente.

Parágrafo Único - A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria.

Percebe-se, de plano, que constitui norma especial, em relação às regras processuais gerais dispostas nos arts. 235 a 239, da Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil - CPC), que indicam as formas comuns de intimação: por escrivão; por oficial de justiça; por publicação na imprensa; e em audiência. Essa prerrogativa possui o objetivo de que “seja recebida, inequivocamente, pelo procurador encarregado de atuar no processo”,¹ sendo, inclusive, regra extensível à ação de Embargos à Execução Fiscal² e de Embargos de Terceiros.³

Cumprido ressaltar, nesse ponto, que o pressuposto considerado pela legislação processual é de que os autos sejam físicos, ou seja, à época em que foi elaborada a norma da LEF, não havia processo que transcorresse de forma eletrônica, como será feito destaque adiante.

1 PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 232.

2 REsp 856.800/PR, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 04.11.2008.

3 REsp 949.508/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 07.08.08.

Por outro lado, aos membros da Advocacia-Geral da União, aos procurados da Fazenda Nacional, aos procuradores federais e do Banco Central do Brasil, é assegurada regra adicional àquela prevista na LEF, sendo garantida também a intimação pessoal em processos relativos não só ao executivo fiscal.⁴ Dessa forma, a União, como ente federativo competente para legislar privativamente sobre matéria processual (art. 22, I, da CR/88), institui número maior de prerrogativas processuais aos órgãos federais do que os estaduais, distritais e municipais.

Diante dessas regras processuais especiais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se posicionou, majoritariamente, pela inaplicabilidade da regra da intimação pessoal da LEF às Fazendas Públicas Estaduais, Distrital e Municipal no âmbito daquela Corte Superior, bem como não estende aos Procuradores do Estado e dos municípios as demais prerrogativas conferidas exclusivamente à Fazenda Pública Federal.

A justificativa posta foi a de que as intimações pessoais, via mandado, na Corte Superior, são realizadas apenas com relação ao Ministério Público Federal e à União (Advocacia-Geral da União e Procuradoria da Fazenda Nacional). Nesse sentido, estão fora do rol das intimações pessoais os representantes da Fazenda Estadual, Municipal e do Distrito Federal, visto que, “para o bom andamento do Poder Judiciário, seria dispendioso e demandaria tempo a intimação pessoal em cada Estado e, pior, em cada Município deste gigantesco país” (AgRg nos EDcl no RMS nº 16.890/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ de 29.05.2006). Como visto, os fundamentos de eficiência de gasto e celeridade processual foram apresentados como razão jurídica para que deixasse de ocorrer a intimação pessoal para as Fazendas Públicas do país, excetuada a Federal.

Nesse compasso, ficou pacificado que a intimação pela imprensa passaria ser meio legítimo para se dar ciência dos atos e termos do processo (art. 234 do CPC), como aponta o seguinte julgado:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO INTEMPESTIVO. NÃO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PROCURADOR DO ESTADO. INTIMAÇÃO MEDIANTE PUBLICAÇÃO.

[...]

3. No âmbito específico do Superior Tribunal de Justiça, os Procuradores de Estado não possuem a prerrogativa da intimação pessoal que é deferida aos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Defensores Públicos e membros do Ministério Público, sendo válida a intimação efetuada via imprensa.

4. Agravos regimentais não conhecidos".

(AgRg no AREsp 161.035/TO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 08/02/2013).

Esse entendimento não é, de modo algum, novo no âmbito da Corte Superior, consistindo corrente majoritária e duradoura. Precedentes: REsp nº 78.175/PE, Min. Peçanha Martins, DJ de 01.09.1997; AgRg no AgRg no Ag nº 390.716/RJ, Min. José Delgado, 08.04.2002; AgRg no Resp nº 1.015.137/PE, Rel. Min. Felix Fisher, Dje de 07.06.2010).

Tendo em vista a pacificação da jurisprudência, a presente NJO buscar firmar, no âmbito da AGE, o entendimento no sentido de que a prerrogativa processual do art. 25 da

4 Art. 38 da Lei Complementar nº 73/93 (Advocacia-Geral da União); Art. 6º da Lei nº 9.028/95 (Advocacia-Geral da União); e Art. 17 da Lei nº 10.910/04 (Procuradoria Federal e Banco Central do Brasil); Art. 20 da Lei 11.033/04 (Procuradoria da Fazenda Nacional).

LEF deve ser aplicada aos Procuradores Estaduais tão somente no âmbito das instâncias ordinárias, e não junto aos Tribunais Superiores (STF e STJ).

Assim como já é sabido no que se refere ao prazo processual, deve-se contar como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao dia em que a decisão da Corte Superior foi disponibilizada no Diário de Justiça eletrônico, não havendo qualquer relevância o horário, em que ocorreu a disponibilização (AgRg no Ag nº 1.008.918/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJe de 04.08.2008).

Por último, em vista a evolução dos meios eletrônicos, foi promulgada a Lei nº 11.419/06, que prevê a informatização do processo judicial, alterando o CPC e dando outras providências. Nessa lei, houve diversas mudanças, inclusive no que toca a intimação pessoal, podendo estender a intimação eletrônica para o executivo fiscal. Assim, de forma prospectiva, relevante apontar as alterações que virão, em virtude da criação do JPe do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.⁵

Nesse sentido, é prevista a necessidade de credenciamento prévio no Poder Judiciário do interessado – no caso, do Procurador Estadual –, que garanta a sua adequada identificação por meio de assinatura eletrônica, que, por sua vez, assegure a autenticidade do credenciado (art. 2º e §§):

Art. 2º O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

§1º O credenciamento no Poder Judiciário será realizado mediante procedimento no qual esteja assegurada a adequada identificação presencial do interessado.

§2º Ao credenciado será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações.

§3º Os órgãos do Poder Judiciário poderão criar um cadastro único para o credenciamento previsto neste artigo.

Vale registrar que o sistema eletrônico viabiliza o encaminhamento de petições, recursos e a prática de outros atos processuais, considerando o dia e a hora do envio do sistema para fins de contagem do prazo (art. 3º e parágrafo único):

Art. 3º Consideram-se realizados os atos processuais por meio eletrônico no dia e hora do seu envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico.

Parágrafo único. Quando a petição eletrônica for enviada para atender prazo processual, serão consideradas tempestivas as transmitidas até as 24 (vinte e quatro) horas do seu último dia.

Ademais, o Diário de Justiça eletrônico criado pelos tribunais tem sua publicação eletrônica considerada como substituta para qualquer efeito legal àquela realizada pelo órgão oficial de imprensa com exceção das hipóteses legais que exijam intimação ou vista pessoal (art. 4º, *caput* e §2º):

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

5 Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/processos/processo-eletronico-1/>>.

(...)

§2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

Contudo, caso haja o cadastro do interessado – como tem ocorrido nesta Procuradoria por meio da Autoridade Certificadora “PRODEMGE” – a regra especial se altera, passando a intimação eletrônica também ser considerada como pessoal (art. 5º, *caput* e §6º):

Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

(...)

§6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

Em outros termos, com a implantação da sistemática eletrônica, enquanto não ocorrer o credenciamento junto ao Poder Judiciário do Procurador Estadual atuante na área tributária, a regra especial do art. 25 da LEF se mantém, porém, a partir do credenciamento, a intimação poderá ser feita eletronicamente, alterando-se a forma de contagem do prazo processual, que ocorrerá da seguinte maneira (art. 5º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º):

§1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.

§2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

§3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

§4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do §3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

A mudança processual de intimação e contagem de prazos trazida pelo processo eletrônico é amplamente distinta da regra aplicável aos processos físicos, sendo relevante conhecer a eventual regra a ser seguida pelo Procurador Estadual.

Noutro giro, cumpre ressaltar que sempre se adotou, como regra prática, a intimação pela imprensa no que concerne às intimações feitas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Independentemente da intimação pessoal, aos Procuradores do Estado devem ser fornecidas, diariamente, as intimações publicadas na imprensa, adotando-se tais intimações para distribuição do serviço interno (inclusive no que concerne aos períodos de afastamento do Procurador, como férias, férias-prêmio, etc.). Vale ressaltar que muitas secretarias judiciais, no TJMG, em aplicação à regra da LEF, encaminham os autos diretamente à AGE/MG, cumprindo pois, a intimação pessoal.

Nesse contexto, embora seja juridicamente correta a intimação pessoal, recomendável se mostra o atendimento das intimações pela imprensa, no que concerne aos feitos que tramitam pelo TJMG, sem prejuízo de, excepcional e justificadamente, o Procurador do Estado exigir a estrita aplicação da LEF.

CONCLUSÃO

A intimação pessoal do Procurador Estadual disposta no art. 25 da LEF ocorre somente nas instâncias ordinárias, não havendo aplicação dessa prerrogativa no âmbito do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, cuja publicação pelo Diário de Justiça é considerada legítima para a ciência do ato processual.

No acompanhamento processual, recomenda-se, em relação às intimações feitas pelo TJMG,(em segundo grau), que sejam respeitadas as intimações pela imprensa, sem prejuízo de, excepcional e justificadamente, o Procurador do Estado exigir a intimação pessoal, nos termos da LEF.

Essa circunstância processual da Corte Superior pode, em breve, ser estendida aos primeiro e segundo graus, logo que houver a informatização do processo judicial no TJMG e o credenciamento do Procurador Estadual, tornando a intimação eletrônica equivalente à pessoal.

Belo Horizonte, 21 de setembro de 2014.

Onofre Alves Batista Júnior
Procurador-Chefe da Procuradoria de Tributos e Assuntos Fiscais

EXMO SR. JUIZ PRESIDENTE DA 1ª TURMA RECURSAL CÍVEL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DA COMARCA DE DIVINÓPOLIS/MG

“Os juízes não estão lá, nos seus cargos, para produzir equidade. Nem para fazer justiça com as próprias mãos. São servos da Constituição e das leis, servos de um sistema de normas jurídicas que se presta a assegurar um mínimo de calculabilidade e previsibilidade na prática das relações sociais. Precisamente nesse sentido a História avançou, limitando o poder da monarquia patrimonial, para afirmar a instituição do poder legislativo dos Parlamentos. Eis aí uma das tarefas primordiais do Estado moderno: a produção de uma ordem jurídica que garanta certeza e segurança jurídicas. Sem elas não haverá como vivermos em liberdade.” O STF E A REPÚBLICA. Artigo publicado pelo Ex. Ministro do STF Eros Grau no Estado de S. Paulo, edição 8/12/2012.

O **ESTADO DE MINAS GERAIS**, pessoa jurídica de direito público interno com sede e foro na capital e com Advocacia-Regional localizada em Divinópolis/MG, na rua Mato Grosso, nº 600, 5º andar, Centro, pelo Procurador do Estado que a esta subscreve, vem à presença de V. Ex^ª impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR

em face de ato praticado pelo Excelentíssimo Senhor **JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA EM DIVINÓPOLIS/MG**, que poderá ser notificado na Avenida Antônio Olímpio de Moraes, número 338, sala 1.301, bairro Centro, Divinópolis/MG e, na qualidade de *litisconsorte passivo necessário*, o Sr. **HILTON JOSÉ PEREIRA**, brasileiro, CPF: 294.185.936-53, residente na rua Robson Luiz de Oliveira, nº 71, apartamento 201, bairro Planalto, Divinópolis/MG, com base nos seguintes fundamentos:

IDOS FATOS

Conforme comprovado pelos documentos em anexo, ou seja, cópia integral dos autos da ação cominatória nº 0223.12.002348-4, o litisconsorte passivo necessário, Sr. **HILTON JOSÉ PEREIRA**, pleiteou em juízo o recebimento dos medicamentos insulina NOVOMIX FLEX PEN e agulhas NOVOFINE.

Após regular tramitação do feito, os pedidos iniciais foram julgados procedentes (fls.121/122), com a consequente condenação dos réus ao fornecimento dos medicamentos pleiteados, sob pena do pagamento de multa.

Essa sentença foi impugnada via recurso inominado, mas a mesma foi mantida pelos seus próprios fundamentos pela 1ª Turma Recursal Cível e transitou em julgado em novembro de 2012 (fls.155).

Ocorre que, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, o requerente pleiteou a SUBSTITUIÇÃO da insulina cujo fornecimento havia sido garantido pela sentença (NOVOMIX) DUAS OUTRAS INSULINAS DIFERENTES daquela inicialmente prescrita (NOVORAPID e LEVEMIR).

Essa questão é da maior importância e está no cerne da discussão instaurada nesses autos: CONFORME BULAS EM ANEXO, as insulinas pleiteadas posteriormente NÃO SÃO SIMILARES. Se fossem realmente similares (CÓPIAS segundo o que diz a ANVISA) elas não poderiam substituir a insulina que deixou de apresentar resultados satisfatórios.

Com efeito, segundo a ANVISA (documento anexo) similar é aquele medicamento que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, preventiva ou diagnóstica, do medicamento de referência registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca.

Ainda segundo essa Agência Reguladora “Os medicamentos genéricos e similares podem ser considerados ‘cópias’ do medicamento de referência.”

Assim, se o similar é uma cópia do medicamento de referência, se o medicamento de referência não funciona, ele não pode, obviamente/logicamente, ser substituído pelo similar (cópia), pois se a referência não funciona não será a cópia que irá funcionar.

Na hipótese dos autos da ação cominatória de origem, o relatório médico de fls.158 demonstra que o medicamento de referência pleiteado (INSULINA NOVOMIX) não estava apresentando o efeito esperado, razão pela qual foi necessária a sua substituição não por duas cópias (já que a cópia produz no organismo o MESMO EFEITO do original), mas por dois outros medicamentos de referência diferentes (NOVORAPID e LEVEMIR).

O pedido formulado pelo autor, embora ofensivo à coisa julgada foi deferido pelo juízo. Interpostos embargos de declaração em face dessa decisão, os mesmos foram rejeitados, permanecendo, então, a ordem ilegal para fornecimento de medicamentos diversos daqueles contidos na condenação imposta ao impetrante e já transitada em julgado.

II DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Conforme demonstrado na parte destinada à narração dos fatos, o litisconsorte passivo necessário formulou nos autos da ação cominatória nº 0223.12.002348-4 pedido certo e determinado para fornecimento dos seguintes medicamentos: insulina NOVOMIX FLEX PEN e agulhas NOVOFINE.

A sentença, por sua vez, condenou o impetrante ao fornecimento *dos medicamentos pleiteados*, ou seja, da insulina NOVOMIX FLEX PEN e das agulhas NOVOFINE (fls.121/122).

Essa sentença, conforme se observa às fls.155 dos autos de origem, transitou em julgado, ou seja, com vistas a “*assegurar um mínimo de calculabilidade e previsibilidade na prática das relações sociais*”¹ não é mais passível de qualquer alteração/modificação, devendo ser fielmente observada não apenas pelas partes litigantes, mas também pelo próprio órgão jurisdicional que a proferiu.

Nesse contexto, o trânsito em julgado da sentença de fls.121/122 compreende não apenas a imposição de uma obrigação para o impetrante, mas lhe confere também uma garantia (de ordem constitucional, diga-se de passagem: Art. 5.º, inciso XXXVI) de que não poderá ser obrigado a cumprir determinação diversa daquela que nela se contém.

Essa é, em sua essência, a noção de *SEGURANÇA JURÍDICA* que, nos termos de um excelente artigo publicado pelo Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau no Estado de São Paulo (cópia anexa), sem ela “*não haverá como vivermos em liberdade.*”:

“Os juízes não estão lá, nos seus cargos, para produzir equidade. Nem para fazer justiça com as próprias mãos. São servos da Constituição e das leis, servos de um sistema de normas jurídicas que se presta a assegurar um mínimo de calculabilidade e previsibilidade na prática das relações sociais. Precisamente nesse sentido a História avançou, limitando o poder da monarquia patrimonial, para afirmar a instituição do poder legislativo dos Parlamentos. Eis aí uma das tarefas primordiais do Estado moderno: a produção de uma ordem jurídica que garanta certeza e segurança jurídicas. Sem elas não haverá como vivermos em liberdade.” O STF E A REPÚBLICA. Artigo publicado pelo Ex. Ministro do STF Eros Grau no Estado de S. Paulo, edição 8/12/2012.

Com todas as vênias, se nem a Lei em sentido formal pode alterar o comando contido na sentença de fls.121/122, muito menos a decisão de fls.159 poderia determinar tal providência:

Art. 5º (...)

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a **coisa julgada**; (g.n.)

Nesse contexto, a decisão de fls.159 é **manifestamente ilegal**, já que proferida após já ter se esgotado a prestação jurisdicional (Violação ao artigo 463 do CPC2) e em

1 O STF E A REPÚBLICA. Artigo publicado pelo Ex. Ministro do STF Eros Grau no Estado de S. Paulo, edição de 8/12/2012.

2 Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;
II - por meio de embargos de declaração.

desrespeito à imutabilidade prescrita na Lei processual (Violação aos artigos 467 e 468 do CPC3).

A respeito dos *limites da coisa julgada* há dois importantes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, que, se cotejados com o *pedido certo e determinado formulado pelo litisconsorte passivo necessário* às fls. 02 dos autos de origem, não deixam dúvidas quanto à teratologia da decisão de fls.159:

2. Os limites da coisa julgada, contida no dispositivo da decisão judicial transitada em julgado, são balizados pelo pedido e pela causa de pedir apresentadas na petição inicial, no momento da propositura da ação de conhecimento, não podendo deles desbordar a execução do título executivo. Precedentes. STJ. AgRg no REsp 1.172.875 / RS. 5.ª Turma. Relatora: Ministra LAURITA VAZ.

2. A eficácia preclusiva da coisa julgada material alcança o dispositivo da sentença quanto ao pedido e a causa de pedir, como expressos na petição inicial e adotados na fundamentação do decisum. STJ. REsp 875635 / MG. 1.ª Turma. Relator: Ministro LUIZ FUX.

Essa decisão, além de teratológica e manifestamente ilegal, viola direito líquido e certo do ora impetrante de cumprir a ordem judicial que lhe foi imposta após o devido processo legal ***exatamente na forma que lhe foi imposta***, ou seja, de não ter que cumprir determinação diversa daquela que nela se contém. Vale dizer: viola os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal (Artigo 5.º, incisos XXXVI e LIV da CF/88).

III DO PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR

O artigo 7.º, inciso III da Lei nº 12.016/2009 autoriza, sendo relevante a fundamentação e havendo risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o deferimento de medidas liminares de forma a resguardar o direito do impetrante.

Feitas tais considerações, conclui-se ser essa a hipótese dos autos, já que o impetrante encontra-se ilegal e injustamente obrigado ao cumprimento de uma obrigação de fazer diferente daquela a que foi condenado por sentença, sob pena do pagamento de multa diária. Em caso de reversão da decisão toda a verba destinada ao fornecimento temporário desse medicamento não poderá ser recuperada e o patrimônio público terá arcado com uma elevadíssima despesa.

3 Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Presentes, portanto, os requisitos necessários ao deferimento da medida liminar, pois a irreversibilidade da decisão impugnada expõe o patrimônio público a riscos de danos irreparáveis ou de difícil reparação.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer:

- 1) Seja deferida medida liminar, *inaudita altera parte*, determinando-se a suspensão da eficácia da decisão de fls.159 dos autos da Ação Cominatória nº 0223.12002348-4 enquanto pendente a tramitação do mandado de segurança;
- 2) A notificação da autoridade coatora, no endereço indicado no preâmbulo da petição inicial, para prestar as suas informações no prazo legal e a citação do litisconsorte passivo necessário para, querendo, apresentar a sua contestação;
- 3) A intimação do Ministério Público na pessoa do seu órgão de execução;
- 4) Seja, ao final, concedida a segurança, para se anular o ato jurisdicional de fls.159 e declarar o direito líquido e certo do impetrante de cumprir a ordem judicial que lhe foi imposta por sentença após o devido processo legal *exatamente na forma que lhe foi imposta*, ou seja, de não ter que cumprir determinação diversa daquela que nela se contém.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00.

Divinópolis, 6 de fevereiro de 2013.

Gustavo Luiz Freitas de Oliveira Enoque
Procurador do Estado

EXMO. JUIZ PRESIDENTE DA 1ª TURMA RECURSAL CÍVEL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DA COMARCA DE DIVINÓPOLIS/MG

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0223.13.000853-3

O Estado de Minas Gerais, inconformado com o acórdão proferido nos autos do mandado de segurança em epígrafe, em que figura como litisconsorte passivo necessário Hilton José Pereira, por entender haver ocorrido contrariedade ao artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988, vem, por seu Procurador, à presença de V. Exa., com base nos artigos 102, inciso III, alínea “a” da Constituição de 1988, 541 do Código de Processo Civil e 21 da Lei federal nº 12.153/09, interpor Recurso Extraordinário para o STF.

Isto posto, requer, juntadas as razões anexas, seja o recurso processado, admitido e remetido para o excelso STF para exame e julgamento.

Divinópolis, 17 de fevereiro de 2014.

Gustavo Luiz Freitas de Oliveira Enoque
Procurador do Estado

RECORRENTE: ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDA: HILTON JOSÉ PEREIRA

ORIGEM: 1ª TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL DE DIVINÓPOLIS/MG

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0223.13.000853-3

RAZÕES DE RECURSO

Colenda turma julgadora,

os acórdãos de fls. 255/257 e 265/270, que julgaram extinto o mandado de segurança (sem resolução de mérito) por entender incabível a impetração do writ no âmbito dos juizados especiais, violou dispositivo contido na Constituição de 1988, razão pela qual ele está a merecer reforma.

EXPOSIÇÃO DO FATO E DO DIREITO

O ora recorrente foi condenado por decisão transitada em julgado proferida nos autos do procedimento do juizado especial nº 0223.12.002348-4 a fornecer para o recorrido um determinado medicamento.

Ocorre que, na fase de cumprimento da sentença (executiva), o recorrido pleiteou o recebimento de outros medicamentos diferentes daqueles indicados na sentença já transitada em julgado e o seu pedido foi acolhido.

Em razão disso, e considerando que não há previsão legal de recurso cabível contra decisões proferidas no âmbito dos juizados especiais na fase executiva (cumprimento de sentença), foi impetrado mandado de segurança na defesa do direito líquido e certo de cumprir a condenação imposta ao ora recorrente exatamente na forma como lhe foi imposta.

Contudo, o mandado de segurança em questão foi denegado (extinto sem resolução de mérito) a partir da aplicação (equivocada!!!) de um paradigma desse excelso Supremo Tribunal Federal (RE 576.847), que estabeleceu a tese jurídica da irrecurribilidade das decisões interlocutórias proferidas no âmbito dos Juizados Especiais.

Interpostos embargos de declaração para chamar a atenção da turma julgadora para a peculiaridade do caso em apreço (que, embora parecido, é diferente do caso julgado pelo STF), os mesmos foram rejeitados.

DA REPERCUSSÃO GERAL

Em primeiro lugar, ressalta-se que está preenchido o requisito exigido pelo art. 543-A, acrescido ao CPC pela Lei federal nº 11.418/06, para o conhecimento do presente recurso extraordinário, ou seja, a existência de repercussão geral.

Com efeito, no presente Recurso Extraordinário o ora recorrente chama a atenção para uma imensa lacuna deixada pela decisão proferida pelo STF nos autos do Recurso Extraordinário nº 576.847¹, que a pretexto de disciplinar todas as hipóteses em que as

1 **EMENTA:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. DECISÃO LIMINAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS. LEI N. 9.099/95. ART. 5º, LV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO.

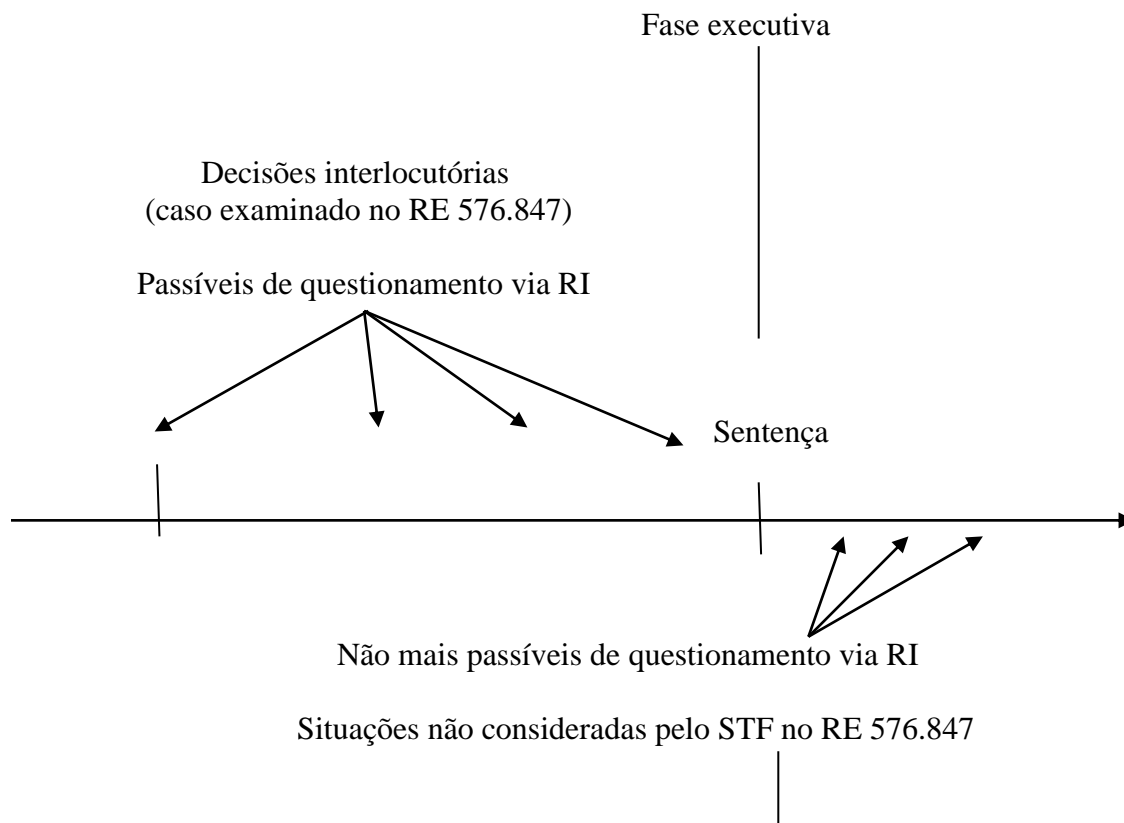
1. Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei nº 9.099/95.

2. A Lei nº 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecurribilidade das decisões interlocutórias, inarredável.

3. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança.

4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CB), vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (g.n.)

decisões interlocutórias são irrecorríveis no âmbito dos juizados especiais, deixou para trás (sem considerar) aquelas proferidas na fase executiva:



Percebe-se, pois, que o STF considerou não existir afronta ao princípio constitucional da ampla defesa porque as decisões interlocutórias poderiam ser impugnadas quando da interposição do recurso inominado:

“4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CB), vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado.”

Contudo, na fase executiva não há mais a possibilidade de nenhuma das partes se valer do recurso inominado. Assim, a partir desse mesmo raciocínio, é manifesta a violação à ampla defesa ao se negar ao jurisdicionado a possibilidade de impetrar mandado de segurança contra decisão judicial que viole seus direitos subjetivos.

O caso é muito sério e preocupante! A decisão proferida no RE nº 576.847 pode vir a ser aplicada de forma generalizada e equivocada (tal como ocorreu com o mandado de segurança em apreço) em dezenas de milhares de outros processos similares. Verdadeira porta aberta (escancarada!!) para subjetivismos, discricionariedades, decisionismos, insegurança jurídica...

Daí a evidente necessidade de se examinar e PREENCHER A LACUNA deixada pela decisão proferida no RE nº 576.847 (tratando das decisões interlocutórias proferidas na

fase executiva), o que vem demonstrar a relevância da causa do ponto de vista econômico, social e jurídico, chegando a ultrapassar os interesses subjetivos da causa.

DEMONSTRAÇÃO DO CABIMENTO DO RECURSO

1 DEMONSTRAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS

A demonstração do cabimento do recurso se faz pela comprovação do atendimento aos seus requisitos constitucionais, ficando as questões de contrariedade à Constituição – questões de mérito – afetas ao excelso Supremo Tribunal Federal.

“requisito de admissibilidade será, então, a mera ocorrência hipotética (isto é alegada) do esquema textual: não se há de querer, para admitir o recurso extraordinário pela letra a, que o recorrente prove desde logo, v.g., a contradição real entre a decisão impugnada e a Constituição da República; bastará que ele argua. Do contrário, insista-se, estaremos exigindo, ao arpejo da técnica e da lógica, que o recurso seja procedente para ser admissível. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.)

Foi interposto recurso extraordinário com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea “a” da Constituição de 1988, pois o acórdão do qual se recorre, conforme adiante se procurará demonstrar, encerra ofensa direta a preceito contido no artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988.

Isso porque, a decisão recorrida ao negar a parte o direito de se defender no âmbito de um processo judicial em sua fase executiva (a sua única alternativa é se sujeitar, calada, aos efeitos da decisão), contrariou o artigo 5º, inciso LV, que assegura aos litigantes o contraditório e a ampla defesa:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

A ampla defesa garantida pela Constituição de 1988 se transmudou em ausência/vedação de defesa e o que é pior, situação chancelada por um órgão jurisdicional. Restou, portanto, caracterizada a existência de contradição real entre a decisão recorrida e o preceito constitucional em comento, devendo o presente recurso ser admitido para reforma da decisão.

2 DA TESE JURÍDICA DISCUTIDA NO RECURSO

Pela análise das razões recursais, verifica-se não ser pretensão do recorrente a reapreciação de prova contida nos presentes autos, e sim a discussão acerca de uma questão de direito. De fato, não está o recorrente a propugnar pela análise dos elementos de convicção trazidos a juízo para, a partir daí, obter o reconhecimento da violação ao artigo 5.º, inciso LV da CF/88.

Concluindo, a tese jurídica a ser submetida à apreciação desse egrégio Supremo Tribunal Federal diz respeito à necessidade de se garantir às partes o direito de se defender na fase executiva nos processos que tramitam nos dos Juizados Especiais (situação não examinada no RE 576.847-3), sob pena de se violar o artigo 5º, inciso LV da Constituição.

3 DO PREQUESTIONAMENTO

Compulsando os autos, verifica-se que embora a questão constitucional não tenha sido explicitamente examinada no acórdão que extinguiu o mandado de segurança, foram interpostos embargos de declaração com o fim explícito de prequestionamento (fls.258/260), estando, pois, atendido o referido requisito.

4 DA CONCLUSÃO PELO CABIMENTO DO RECURSO

Ante ao exposto, e considerando o prévio esgotamento das instâncias recursais ordinárias; a teor do artigo 102, inciso III, alínea “a” da Constituição de 1988, o recurso extraordinário tornou-se o único instrumento posto à disposição da parte para modificar a decisão da 1.ª Turma Recursal Cível do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Divinópolis/MG.

RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO

Ao interpor recurso extraordinário com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea “a” da Constituição de 1988, o recorrente deve evidenciar de forma cabal a ocorrência de contrariedade à dispositivo constitucional, o que ocorreu na hipótese dos autos em que o acórdão recorrido violou o disposto no artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988.

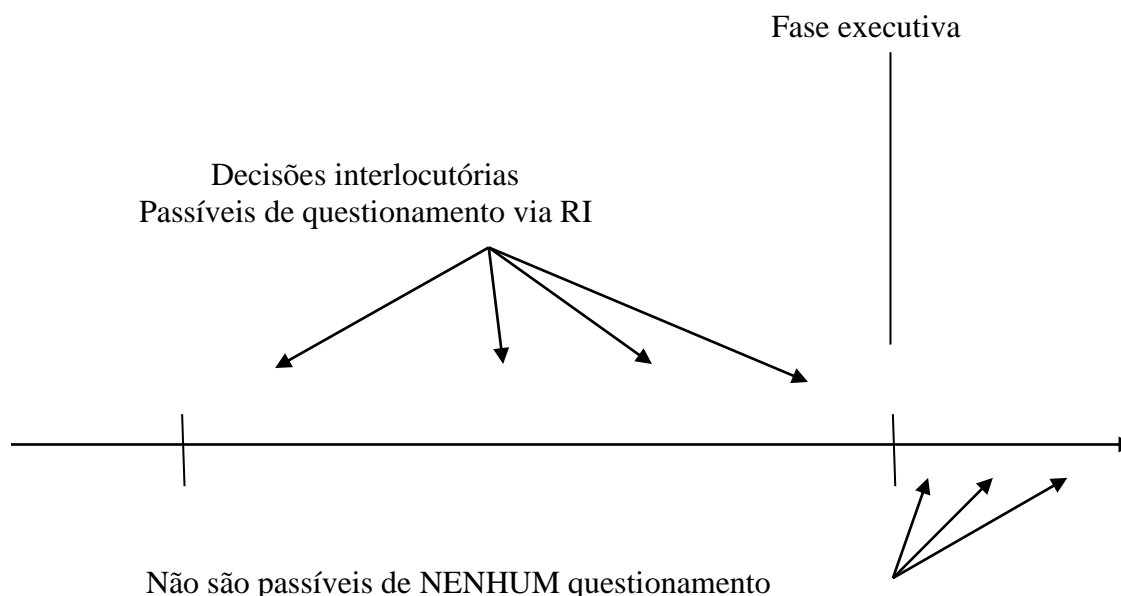
Isso porque, esse excelso Supremo Tribunal Federal, ao examinar a questão da irrecorribilidade das decisões interlocutórias proferidas no âmbito dos juizados especiais (RE

nº 576.847-3), considerou não existir afronta ao princípio constitucional da ampla defesa porque tais decisões poderiam ser impugnadas quando da interposição do recurso inominado:

“4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CB), vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado.” (g.n.)

Vale dizer: não há afronta à ampla defesa ao se vedar a impugnação imediata de uma decisão interlocutória porque essa decisão pode ser impugnada à posteriori (via recurso inominado).

Entretanto, no caso das decisões interlocutórias proferidas na fase executiva, não há mais a possibilidade de nenhuma das partes se valer do recurso inominado, ou seja, a parte não pode impugnar a decisão interlocutória que lhe é desfavorável nem imediatamente e nem à posteriori.



Assim, ao se vetar qualquer possibilidade de se questionar (seja pela via recursal, seja pela via do mandado de segurança) as decisões interlocutórias proferidas na fase executiva no âmbito dos juizados especiais, há uma clara violação à garantia da ampla defesa.

A ampla defesa preconizada na Constituição de 1988 se transforma, com esse raciocínio, em ausência de defesa, em defesa nenhuma. A única alternativa da parte é se sujeitar, “caladinha”, aos efeitos da decisão interlocutória que lhe é desfavorável.

Indaga-se: e se, hipoteticamente, for proferida decisão interlocutória determinando que o Estado cumpra a sentença já transitada em julgado, sob pena de o Oficial de Justiça dar chicotadas no Procurador do Estado? O que fazer? Não cabe agravo, recurso inominado e nem mandado de segurança. A solução é ficar “caladinho” esperando a vinda do chicote?

Concluindo, ao considerar que a parte não tem direito de se defender na fase executiva dos processos que tramitam no âmbito dos juizados especiais, a decisão recorrida viola a garantia da ampla defesa (Art.5º, inciso LV CF/88).

CONCLUSÃO

Ante ao exposto, requer seja conhecido e provido o presente recurso de extraordinário, declarando-se a ofensa direta e literal ao disposto no artigo 5.º, inciso LV da CF/88, para se anular os acórdãos recorridos e se determinar o exame do mérito do mandado de segurança.

Divinópolis, 17 de fevereiro de 2014.

Gustavo Luiz Freitas de Oliveira Enoque
Procurador do Estado

O Advogado-Geral do Estado, Dr. Marco Antônio Rebelo Romanelli, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

“Aprovo, respeitado, no entanto o limite constante do art. 247, § 1º, IX da Constituição Mineira. Em 05/02/2014”

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado Extraordinária de Regularização Fundiária - SEERF

INTERESSADOS: Procuradora-Chefe do ITER-MG

PARECER Nº: 15.317

DATA: 7 de fevereiro de 2014

EMENTA: Programa de regularização fundiária de terras devolutas rurais no Estado – Lei Estadual nº 11.020/93 – Viabilidade de legitimação de domínio de terras devolutas rurais, cuja área total seja inferior ao módulo rural – Registro – Vedações legais – Art. 65 da Lei nº 4.504/64 e art. 8º da Lei nº 5.868/72 – Superação – Direito fundamental à moradia e ao sustento da família – Titulação de terras – Desenvolvimento sócio-econômico-ambiental do meio rural – Função social da posse.

RELATÓRIO

A Senhora Procuradora-Chefe do ITER-MG, em complementação a consulta sobre regularidade formal de títulos de legitimação de terras devolutas, solicitou orientação sobre viabilidade de regularizar glebas de terras devolutas rurais abaixo do módulo rural, no bojo do programa de regularização de terras devolutas no Estado.

De acordo com a consulente, analisando processos de regularização fundiária em terras devolutas rurais, identificaram-se ocupações em áreas rurais com dimensões inferiores ao módulo rural. Aponta dificuldades em relação ao que dispõem o art. 65 da Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra) e o art. 8º da Lei nº 5.868/72.

Posta a situação, passamos ao exame.

PARECER

A questão jurídica apresentada diz respeito, nos termos expostos pela i. consulente, à “viabilidade em regularizar glebas abaixo do módulo rural, no bojo do programa de regularização fundiária de terras devolutas.” Ainda de acordo com a Consulente, foram identificadas, em processos de regularização em andamento, que “algumas ocupações

ocorrem em áreas rurais com dimensões inferiores ao módulo de propriedade rural, que poderá ser denominado como módulo rural e ou fração mínima de parcelamento.”

1 DIMENSÃO DE MÓDULO RURAL E FRAÇÃO MÍNIMA DE PARCELAMENTO FIXADA PELO INCRA

O primeiro ponto que reputamos importante tomar em consideração é a definição de módulo rural e de fração mínima de parcelamento. Embora esses institutos sejam comumente tomados como sinônimos, parece-nos que têm finalidades distintas. Embora a Consulente já esteja atenta às normas do INCRA, que preveem critérios de definição de parcelamento por região, conforme determina a Lei nº 5.868/72, cuidaremos brevemente da distinção entre os institutos, porque, de fato, a averiguação da dimensão da área devoluta rural a ser titulada dar-se-á com observância da fração mínima de parcelamento para a região, fixada pelo INCRA, ou pelo módulo, observando-se o que for de menor área, se for o caso.

O art. 4º, Incisos II e III, do Estatuto da Terra, define módulo rural como uma área explorada direta e pessoalmente pelo agricultor e sua família, que seja suficiente para garantir sua subsistência. A norma visa, pois, a estipular noção de área mínima necessária ao sustento familiar numa perspectiva de que a propriedade cumpra sua função social. Nessa ótica, o art. 65 do mesmo Estatuto veda a divisão do imóvel rural em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural e estabelece exceção, como veremos mais adiante.

Ocorre que, com a edição da Lei Federal nº 5.868/72, introduziu-se a alternativa de fração mínima de parcelamento, o que é regulamentado pelo INCRA, por município, conforme os critérios legais, a exemplo do tipo de exploração (hortigranjeiro, pecuária, lavoura permanente – art. 8º da Lei nº 5.868/72).

O próprio art. 8º da Lei nº 5.868/72 nos apresenta a distinção entre módulo rural e fração mínima quanto à área:

Para fins de transmissão, a qualquer título, na forma do art. 65 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento fixado no § 1º deste artigo, prevalecendo a de menor área.

Ou seja, o módulo pode não corresponder à fração mínima, conforme o cálculo a ser feito, por região, município e de acordo com os critérios adotados para aquele local, conforme INSTRUÇÃO ESPECIAL/INCRA/Nº05-a, de 06 de junho de 1973, aprovada pela Portaria/MA 196/73, publicada no DOU de 07/06/73, S. I, e alterada pela IE/Nº 16/79, que dispõe sobre Normas, Classificações, Questionários e Tabelas Relativas à Implantação do Sistema Nacional de Cadastro Rural e a Tributação previstas no Decreto nº 72.106, de 18 de abril de 1973 e no Decreto nº 55.891, de 31 de março de 1965.

De acordo com a interpretação do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 66.672/RS, orientação reafirmada no REsp 1.007.070/2010, em julgamento relativo a o que se entende por pequena propriedade rural para fim de impenhorabilidade (art. 649, IX, do CPC), módulo rural não se confunde com fração mínima de parcelamento, seja quanto ao conteúdo ou à finalidade dos institutos. Eis a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL - IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL - DIREITO FUNDAMENTAL QUE, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA, TEM APLICAÇÃO IMEDIATA - ESTATUTO DA TERRA - CONCEITOS DE MÓDULO RURAL E FISCAL - ADOÇÃO - EXTENSÃO DE TERRA RURAL MÍNIMA, SUFICIENTE E NECESSÁRIA, DE ACORDO COM AS CONDIÇÕES (ECONÔMICAS) ESPECÍFICAS DA REGIÃO, QUE PROPICIE AO PROPRIETÁRIO E SUA FAMÍLIA O DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE AGROPECUÁRIA PARA SEU SUSTENTO - CONCEITO QUE BEM SE AMOLDA À FINALIDADE PERSEGUIDA PELO INSTITUTO DA IMPENHORABILIDADE DE PEQUENA PROPRIEDADE RURAL - CONCEITO CONSTANTE DA LEI Nº 8.629/93 - INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Não há, até o momento, no ordenamento jurídico nacional, lei que defina, para efeitos de impenhorabilidade, o que seja "pequena propriedade rural". A despeito da lacuna legislativa, é certo que referido direito fundamental, conforme preceitua o §1º, do artigo 5º da Constituição Federal, tem aplicação imediata. Deve-se, por consequência, extrair das leis postas de cunho agrário exegese que permita conferir proteção à propriedade rural (tida por pequena - conceito, como visto, indefinido) e trabalhada pela família;

II - O conceito de módulo rural, ainda que absolutamente distinto da definição de fração mínima de parcelamento, seja quanto ao conteúdo, seja quanto à finalidade dos institutos, conforme, aliás, esta a. Corte já decidiu (REsp 66.672/RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ. 15/08/1995), é, na prática, indistintamente tomado por aquela;

III - A definição do módulo fiscal efetuada pelo Estatuto da Terra, além de considerar os fatores específicos da exploração econômica própria da região, imprescindíveis para o bom desenvolvimento da atividade agrícola pelo proprietário do imóvel, utiliza também, em sua mensuração, o conceito de propriedade familiar (módulo rural), como visto, necessário, indiscutivelmente, à caracterização da pequena propriedade rural para efeito de impenhorabilidade;

IV - Por definição legal, um módulo fiscal deve abranger, de acordo com as condições específicas de cada região, uma porção de terras, mínima e suficiente, em que a exploração da atividade agropecuária mostre-se economicamente viável pelo agricultor e sua família, o que,

como visto, bem atende ao preceito constitucional afeto à impenhorabilidade;

V - A Lei nº 8.629/93, ao regulamentar o artigo 185 da Constituição Federal, que, ressalte-se, trata de desapropriação para fins de reforma agrária, e definir o que seja "pequena propriedade rural", o fez tão-somente para efeitos daquela lei.

VI - Veja-se que, se um módulo fiscal, definido pelo Estatuto da Terra, compreende a extensão de terras rurais, mínima, suficiente e necessária, de acordo com as especificidades da região, para que o proprietário e sua família desenvolvam a atividade econômica inerente ao campo, não há razão para se adotar o conceito de pequena propriedade rural constante da Lei nº 8.626/93 (voltado à desapropriação para fins de reforma agrária), o qual simplesmente multiplica em até quatro vezes a porção de terra que se reputa mínima e suficiente;

VII - Recurso Especial improvido.

(REsp 1.007.070/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 01/10/2010)

No corpo do acórdão de 2010, referido, o Ministro Relator, Massami Uyeda, destacou doutrina a respeito:

(...) Contudo, na prática, o módulo rural, que, no caso dos autos sequer é suscitado (não por outra razão), desvirtuou-se com o passar dos anos. O conceito de módulo rural, ainda que absolutamente distinto da definição de fração mínima de parcelamento, seja quanto ao conteúdo, seja quanto à finalidade dos institutos, conforme, aliás, esta augusta Corte já decidiu (REsp 66.672/RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ. 15/08/1995), é, na prática, indistintamente tomado por aquela. Desvirtuamento já constatado, inclusive, por abalizada doutrina, conforme dá conta, v. g., o escólio do Prof. Paulo Guilherme de Almeida:

"o conceito de módulo rural, na forma inicialmente concebida e instituída pelo Estatuto da Terra (art. 4º, III), correspondia ao de propriedade familiar, servindo de critério para a adoção de medidas normativas sobre importantes segmentos do Direito Agrário. No entanto, o instituto do módulo rural, como originariamente formulado, foi quase totalmente substituído por dois outros, o da fração mínima de parcelamento (medida prefixada para cada Município) e o do módulo fiscal. [...] Com a implantação na sua forma original, mediante a primeira emissão do ITR, referente ao exercício de 1966, o módulo rural, como parâmetro limitativo do desmembramento, consistia na média correspondente às atividades eventualmente exercidas pelo contribuinte dentre as hortifrutigranjeira, de lavoura temporária, lavoura permanente, pecuária e de exploração florestal. O

Sistema de Cadastro Rural (Lei nº 5.868/72) manteve o critério mas introduziu a alternativa da fração mínima de parcelamento, conforme dispõe o art. 8º acima reproduzido. A mesma orientação foi adotada pelas Instruções Especiais INCRA ns. 5/73 e 14/78. Foi com a Instrução Especial INCRA nº 26/82 que se instituiu definitivamente a fração mínima de parcelamento, aplicável a cada Município, independentemente da particularidade de cada imóvel rural, abolindo-se, assim, a sistemática da média ponderada individual para o cálculo do módulo rural. Desta forma, desnaturou-se, com a adoção da fração mínima de parcelamento (FMP), a ideia correta de vincular a regra proibitiva do desmembramento a um padrão (módulo), cujo conceito sabiamente o Estatuto da Terra equiparou ao da propriedade familiar e que, evidentemente, deve sofrer as variações consistentes nos tipos de exploração agropecuária somada às características regionais." (ALMEIDA, Paulo Guilherme de. *Aspectos jurídicos da reforma agrária no Brasil*. São Paulo: LTR, 1990.)

Também o TJMG, embora a distinção entre módulo rural e fração mínima de parcelamento não seja objeto de distinção em vários julgados consultados, ela é feita no corpo do Agravo de Instrumento [2.0000.00.345696-4/000](#) [3456964-60.2000.8.13.0000](#) (1):

Ementa: Pequena propriedade rural - Definição - Imóvel rural - Conceito - Configuração - Impenhorabilidade - Observância do módulo rural e não do parcelamento mínimo - Distinção entre ambos - Âmbito de aplicabilidade de cada um.

O art. 5, XXVI, da Constituição Federal estabelece que a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva.

A impenhorabilidade da pequena propriedade rural produtiva se define pelo módulo rural da região, também nos termos do inciso X do art. 649 do CPC e não pela unidade de parcelamento mínimo.

O art. 649 do CPC em seu inciso X estabelece a impenhorabilidade do imóvel rural até um módulo, o qual por sua vez é definido pelo art. 4º, II e III e 65 da Lei nº 4.504/64.

A unidade de parcelamento mínimo é fixada apenas para impedir o fracionamento do imóvel em área a ela inferior, impedindo a alienação ou constrição de área inferior, constituindo a fração de parcelamento a dimensão mínima em que o imóvel pode ser dividido (art. 8º da Lei nº 5.868/72). Não se confunde, assim, com o módulo rural.

No corpo do acórdão, extraímos o seguinte excerto:

O módulo rural é constituído por uma unidade agrária familiar, fixado para cada região e segundo o tipo de exploração econômica; no

presente caso o módulo rural da região onde se situa o imóvel é demonstrado na pesquisa feita junto ao Incra.

Já o parcelamento mínimo constitui outra unidade, que impede a venda ou qualquer tipo de parcelamento abaixo do mesmo, constituindo a fração de parcelamento a dimensão mínima em que o imóvel pode ser dividido (Lei nº 4.504/64, arts. 4º, II e III e 65 e Lei nº 5.868/72, art. 8º).

Nessa linha de entendimento, o ITER observará, mesmo, se a dimensão da área a ser titulada se encontra de acordo com a fração mínima de parcelamento, conforme definição do INCRA, na forma do Decreto nº 55.891/65, cujo art. 1º, inciso I, determina o objetivo primordial da reforma agrária, qual seja, a melhor distribuição da terra e o estabelecimento de um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, que atendam aos princípios da justiça social e ao aumento da produtividade, garantindo o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento do País, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio.

Não estamos considerando para esse fim o módulo fiscal, outra medida, com outra finalidade, fixado em instrução específica do INCRA. A par dessas considerações, adentramos na indagação específica.

2 POSSIBILIDADE DE LEGITIMAÇÃO DE DOMÍNIO DE TERRA DEVOLUTA RURAL COM DIMENSÃO INFERIOR À FRAÇÃO MÍNIMA DE PARCELAMENTO – NÃO INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO DO ART. 65 DO ESTATUTO DA TERRA E DO ART. 8º DA LEI Nº 5.868/72 – AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DE DOMÍNIO DECORRENTE DA CONDIÇÃO DE POSSUIDOR.

O art. 65 do Estatuto da Terra veda a divisão de imóvel rural em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural, mas já excepciona em seu § 5º:

§ 5º Não se aplica o disposto no *caput* deste artigo aos parcelamentos de imóveis rurais em dimensão inferior à do módulo, fixada pelo órgão fundiário federal, quando promovidos pelo Poder Público, em programas oficiais de apoio à atividade agrícola familiar, cujos beneficiários sejam agricultores que não possuam outro imóvel rural ou urbano. (Incluído pela Lei nº 11.446, de 2007).

Observamos que a lei estabelece já uma exceção ao parcelamento de imóvel rural em dimensão inferior ao módulo, quando se tratar de apoio à atividade agrícola familiar, ou seja, a Lei nº 11.446/2007 (que altera a Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, dispondo sobre parcelamentos de imóveis rurais, destinados à agricultura familiar, promovidos pelo Poder Público) posterior à Constituição de 1988, traz regra com finalidade de assegurar que a propriedade ou a posse cumpram sua função social.

O Decreto nº 62.504/68, que regulamenta o artigo 65 da Lei nº 4.504/64, também traz regras de exceção à vedação de desmembramento e, para tanto, considera que tal proibição tem o objetivo precípuo de evitar a proliferação de novos minifúndios, proibindo os desmembramentos de imóveis rurais quando esses resultem na criação de novas propriedades

minifundiárias, mas que há obras - de necessidade ou utilidade pública, obras de infraestrutura ou atividades outras de interesse para as comunidades – que retiram a condição de imóvel rural e visam a possibilitar o efetivo desenvolvimento do meio rural, contribuindo para seu desenvolvimento econômico e seu progresso social. Portanto, preceitua que:

Art 1º Os desmembramentos disciplinados pelo art. 65 Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1968, e pelo art. 11 de Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, são aqueles que implicam na formação de novos imóveis rurais.

Art 2º Os desmembramentos de imóvel rural que visem a constituir unidades com destinação diversa daquela referida no Inciso I do artigo 4º da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, não estão sujeitos às disposições do art. 65 da mesma lei e do art. 11 do Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, desde que, comprovadamente, se destinem a um dos seguintes fins: (...)

Temos, pois, previstas em lei e decreto, hipóteses de exceção à regra do parcelamento de imóvel em dimensão inferior à do módulo de propriedade rural, com finalidade social, de apoio à agricultura familiar e para realização de obras que assegurem o desenvolvimento econômico e progresso social do meio rural.

A hipótese da consulta veicula situação de política pública social permanente do Estado, de conferir a titulação das terras devolutas a possuidores, trazendo segurança jurídica para essas pessoas, que, com a aquisição do domínio, poderão ter acesso a benefícios de programas sociais do governo, a linhas de crédito, de forma a contribuir, ainda, para o desenvolvimento socioeconômico não apenas da própria família, como também para sua comunidade. Além disso, não se trata de parcelamento ou de transmissão de imóvel, mas de legitimação, por aquisição originária, de áreas devolutas já ocupadas por pessoas que nela têm sua moradia e a tornam produtiva, tendo nela sua principal fonte de renda e de sustento, conforme exige a Lei Estadual nº 11.020/93, que dispõe sobre a política de destinação de terras públicas.

Com efeito, o entendimento pela não incidência da vedação do art. 65 do Estatuto da Terra e do art. 8º da Lei nº 5.868/72 para a espécie é crucial para a resposta à consulta, notadamente diante da regra do § 3º do mesmo art. 8º da Lei nº 5.868/72, referente ao registro:

§3º São considerados nulos e de nenhum efeito quaisquer atos que infrinjam o disposto neste artigo não podendo os serviços notariais lavrar escrituras dessas áreas, nem ser tais atos registrados nos Registros de Imóveis, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal de seus titulares ou prepostos. (Redação dada pela Lei nº 10.267, de 28.8.2001)

A compreensão pela não incidência da vedação do art. 65 do Estatuto da Terra decorre, em primeiro lugar, do texto do art. 8º da Lei nº 5.868/72, que veda o desmembramento ou divisão em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento fixado no § 1º deste artigo, prevalecendo a de

menor área, para fins de transmissão, a qualquer título, na forma do art. 65 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.

O programa de regularização fundiária inclui-se na política de destinação das terras devolutas rurais, de forma a que estas atendam a sua função social por meio da promoção do bem estar do homem que vive do trabalho da terra e que assegure a fixação desse homem no campo, como bem descreve o art. 5º da Lei nº 11.020/93. Logo, tem tratamento específico e especial. Refere-se a formas de legitimação do domínio dessas áreas em favor daqueles que já detêm sua posse, fixam nelas sua moradia, tornam-nas produtivas e são elas sua fonte de sustento. Por isso mesmo o raciocínio pode aqui ser feito na mesma linha do que vem decidindo o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a propósito do art. 65 do Estatuto da Terra, no sentido de que somente se aplica à aquisição por transmissão, não em hipótese de usucapião, em que há aquisição originária:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - IMÓVEL RURAL - ÁREA MENOR QUE UM MÓDULO RURAL - POSSIBILIDADE - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS.

- O artigo 65, da Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra) dispõe que "o imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural."

- "A regra do artigo 65 daquela Lei somente se aplica à aquisição da propriedade por ato voluntário entre vivos, e não à aquisição originária, que se submete apenas aos requisitos que lhe são próprios." (Apelação Cível 1.0433.11.019407-6/001, Relator Des. Otávio Portes, 16ª CÂMARA CÍVEL, 15/03/2013).

- No caso da usucapião extraordinária é necessária a análise quanto a presença de três requisitos para a sua configuração, quais sejam: o tempo, a posse mansa e pacífica e o *animus domini* (posse com ânimo de dono).

- Presentes os requisitos para a configuração da usucapião extraordinária, deverá ser julgada procedente a sentença declaratória do direito do autor.

- Recurso não provido. (Apelação Cível 1.0133.02.002695-0/001, Relator(a): Des.(a) Veiga de Oliveira, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/11/2013, publicação da súmula em 14/11/2013)

EMENTA: DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL. LEGISLAÇÃO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. IMÓVEL RURAL. ÁREA INFERIOR AO MÓDULO RURAL MÍNIMO. ESTATUTO DA TERRA. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO QUE SOMENTE SE APLICA À AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR ATO VOLUNTÁRIO.

1. O fato de a área objeto da pretendida usucapião ser inferior ao módulo rural estabelecido pelo artigo 5º, inciso III, do Estatuto da Terra, não obsta a possibilidade de procedência do pedido, vez que a regra do artigo 65 daquela Lei somente se aplica à aquisição da propriedade por ato voluntário entre vivos, e não à aquisição originária, que se submete apenas aos requisitos que lhe são próprios. (Apelação Cível 1.0433.11.019407-6/001, Relator(a): Des.(a) Otávio

Portes, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/03/2013, publicação da súmula em 15/03/2013)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - IMÓVEL RURAL - ÁREA INFERIOR AO MÓDULO RURAL - IRRELEVÂNCIA - - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - RECURSO IMPROVIDO. O fato de a área ser inferior ao módulo rural estabelecido pelo artigo 5º, inciso III, do Estatuto da Terra, é irrelevante, pois esta regra somente se aplica em caso de transmissão da propriedade por ato voluntário entre pessoas vivas, mas nunca à usucapião que é modo originário de aquisição de propriedade. A área objeto de usucapião é utilizada - de longa data - para cultivo de milho e feijão, cumprindo sua função social. Aplica-se, pois, ao caso a regra da equidade, Conforme célebre decisão do Superior Tribunal de Justiça: ""Urge preocupar-se com o Direito Justo. A justiça social não pode ser postergada. Toda lei tem a ampará-la uma norma, um princípio. A lei é mero compromisso histórico com o Direito. Se ele não realiza a justiça, deve ser corrigido. Palavras de RADBRUCH: 'não se pode definir o Direito, inclusive o Direito positivo, senão dizendo que é uma ordem estabelecida com o sentido de servir à Justiça'" (Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 75.864-SC, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, idem, Diário do Judiciário-MG, 23.05.1997). (Apelação Cível 1.0132.07.009389-4/001, Relator(a): Des.(a) Rogério Medeiros, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/09/2010, publicação da súmula em 05/10/2010)

Os Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina caminham no mesmo sentido. Confirmam-se mais duas ementas:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. IMÓVEL RURAL INFERIOR A UM MÓDULO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO RECONHECIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. 1. O fato de a área pretendida usucapir ser inferior a um módulo rural, por si só, não impede a implementação da propriedade por usucapião, sendo necessário, entretanto, a prova dos demais requisitos exigidos para a prescrição aquisitiva. 2. A legislação agrária busca impedir a fragmentação de imóveis rurais em áreas inferiores àquela necessária para a manutenção e o desenvolvimento econômico de uma família de tamanho médio. Todavia, a usucapião não implica alteração da situação fática - não acarreta a divisão de imóveis. Apenas transforma em proprietário quem já era possuidor, o que lhe possibilitará, inclusive, incorporar-se ao mercado de uma forma mais competitiva, ajudando-o a alavancar seu progresso econômico. 3. Logo, a sentença deve ser desconstituída, a fim de que o feito possa ser processado e instruído regularmente. APELO PROVIDO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. (Apelação Cível nº 70049234040, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 28/08/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, UMA VEZ QUE A ÁREA É INFERIOR A UM MÓDULO RURAL. TESE AFASTADA. ATENDIMENTO À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. "[.] 1. APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, UMA VEZ QUE A ÁREA É INFERIOR A UM MÓDULO RURAL. TESE AFASTADA. ATENDIMENTO À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE." "[.] 1. APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, UMA VEZ QUE A A ÁREA É INFERIOR A UM MÓDULO RURAL. TESE AFASTADA. ATENDIMENTO À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. "[.] 1. APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, UMA VEZ QUE A A ÁREA É INFERIOR A UM MÓDULO RURAL. TESE AFASTADA. ATENDIMENTO À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE." "[...] 1. O fato de a área pretendida usucapir ser inferior a um módulo rural, por si só, não impede a implementação da propriedade por usucapião, sendo necessário, entretanto, a prova dos demais requisitos exigidos para a prescrição aquisitiva. 2. A legislação agrária busca impedir a fragmentação de imóveis rurais em áreas inferiores àquela necessária para a manutenção e o desenvolvimento econômico de uma família de tamanho médio. Todavia, a usucapião não implica alteração da situação fática - não acarreta a divisão de imóveis. Apenas transforma em proprietário quem já era possuidor, o que lhe possibilitará, inclusive, incorporar-se ao mercado de uma forma mais competitiva, ajudando-o a alavancar seu progresso econômico. 3. Logo, a sentença deve ser desconstituída, a fim de que o feito possa ser processado e instruído regularmente. [...]" (Apelação Cível Nº 70049234040, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 28/08/2012). ALEGADO BEM PÚBLICO, PORTANTO, INSUSCETÍVEL DE USUCAPIÃO. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAÇÃO SUJEITA A REGIME JURÍDICO PRIVADO. PATRIMÔNIO DE NATUREZA SUSCETÍVEL DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA." "[...] PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - REGIME JURÍDICO PRIVADO - APLICABILIDADE DAS REGRAS DE DIREITO CIVIL - USUCAPIÃO DE BEM IMÓVEL - POSSIBILIDADE. Submetendo-se a pessoa jurídica de direito público às normas de direito privado, como é o caso da fundação em comento, os seus bens podem ser adquiridos por usucapião. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA EXTRAORDINÁRIA - MATÉRIA DE DEFESA - PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS LEGAIS REAPRECIADOS - ART. 550 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. O artigo 550 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos,

estabelece como critérios para a aquisição da usucapião extraordinária [...] (TJ-SC , Relator: Eduardo Mattos Gallo Júnior, Data de Julgamento: 23/06/2013, Câmara Especial Regional de Chapecó Julgado)

Soma-se à ausência de vedação legal de aquisição de área inferior à fração mínima de parcelamento, que não seja por ato de desmembramento para transmissão, o fato de se tratar de política pública social específica de destinação de terras devolutas. Política que visa a assegurar a função social da posse. Vedar o registro de título de legitimação de terra devoluta rural sobre a qual o interessado exerce a posse, em razão da dimensão, implica na inviabilização, em muitos casos, como aponta a consultante, de regularização registrária da propriedade, o que torna impossível o atendimento dos objetivos do programa de titulação de terras devolutas no Estado.

De outro lado, por consequência, a não admissão da legitimação do domínio de terras devolutas com áreas inferiores à fração mínima de parcelamento implica na exclusão dos possuidores do direito à aquisição da propriedade, não obstante esteja ele dando a destinação à terra, fazendo com que ela cumpra sua função social, em claro descompasso com os desígnios constitucionais, especialmente com os arts. 184, 186, 188 e 191 da Constituição de 1988.

Lei Federal nº 11.952/2009, que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências, nos dá pistas sobre a flexibilização em programas de reforma agrária, relativamente a ocupações de áreas inferiores à fração mínima de parcelamento, fora do programa da Amazônia legal. É o que podemos extrair de seu art. 6º, § 5º, *in verbis*:

Art. 6º Preenchidos os requisitos previstos no art. 5º, o Ministério do Desenvolvimento Agrário ou, se for o caso, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão regularizará as áreas ocupadas mediante alienação.

§ 1º Serão regularizadas as ocupações de áreas de até 15 (quinze) módulos fiscais e não superiores a 1.500ha (mil e quinhentos hectares), respeitada a fração mínima de parcelamento.

§ 2º Serão passíveis de alienação as áreas ocupadas, demarcadas e que não abranjam as áreas previstas no art. 4º desta Lei.

§ 3º Não serão regularizadas ocupações que incidam sobre áreas objeto de demanda judicial em que seja parte a União ou seus entes da administração indireta, até o trânsito em julgado da respectiva decisão.

§ 4º A concessão de direito real de uso nas hipóteses previstas no § 1º do art. 4º desta Lei será outorgada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, após a identificação da área, nos termos de regulamento.

§ 5º Os ocupantes de áreas inferiores à fração mínima de parcelamento terão preferência como beneficiários na implantação de novos projetos de reforma agrária na Amazônia Legal. (Negritamos)

De fato, conforme magistralmente destacado no Parecer AGE nº 15.246/2013, os conceitos jurídicos de posse e propriedade vêm sendo objeto de ressemantização, “sobretudo

no sentido de se criarem mecanismos e instrumentos para dar dignidade e efetividade social concreta à situação possessória”. Isso em face de princípios fundamentais trazidos pela Constituição de 1988, a exemplo da função social da propriedade e da posse, que se irradiam sobre a legislação civil, de forma que esta absorva os valores constitucionais. Nesse âmbito se inclui a questão da regularização fundiária, cuja política não pode ser obstada por vedações anteriores à Carta de 1988, em detrimento de direitos fundamentais buscados com a legitimação de domínio de áreas devolutas rurais, a expedição de competente título e seu respectivo registro.

Daí porque entendemos pela viabilidade jurídica da legitimação de domínio de terras devolutas rurais, ainda que em dimensão inferior à fração mínima de parcelamento para a região, por se tratar de política pública social que confere eficácia à função social da posse, reconhecida especialmente nos artigos 183 e 191 da Constituição da República e nos artigos 1.239, 1.240, 1.240-A e 1.242, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro. A posse-trabalho, a posse-moradia são situações que evidenciam sua função social, com repercussões positivas para a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

CONCLUSÃO

A fundamentação exposta no corpo do parecer nos permite opinar favoravelmente à regularização fundiária de glebas de terras devolutas rurais com dimensão inferior à fração mínima de parcelamento, conforme as seguintes proposições:

1. O programa estadual de regularização fundiária de terras devolutas rurais compreende a legitimação do domínio com a respectiva titulação de áreas que podem ter dimensão inferior à fração mínima de parcelamento estabelecida pelo INCRA.

2 O art. 65 do Estatuto da Terra e o art. 8º, *caput* e § 3º, da Lei nº 5.868/72, veiculam regras de vedação de divisão de imóvel rural em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural para fins de transmissão, a qualquer título, bem como o respectivo registro.

2.1 Contudo, essas regras não alcançam a política de legitimação de terras devolutas rurais, por se tratar de programa de cunho social em que se reconhece a pessoas que ocupam áreas de terras devolutas rurais, nela fixam sua moradia e a tornam produtiva com seu trabalho e de sua família, o direito à aquisição da propriedade. Com essa política pública de destinação de terras devolutas rurais, o Estado de Minas, a um só tempo, confere eficácia ao princípio da função social da propriedade, em relação à destinação que dá às suas terras devolutas, bem como à função social da posse, no que tange ao interessado, instituto jurídico dinâmico e até mais evidente, visto que uma situação real de vida se comprova para assegurar ao possuidor, mediante competente processo administrativo, o acesso à titulação e ao registro, com os benefícios que daí advêm.

2.2 Além disso, referidos artigos do Estatuto da Terra e da Lei nº 5.868/72 não abarcam situações específicas de aquisição originária de terras, notadamente de legitimação de uma situação de posse existente ao longo de anos, em que a família vive ali, do cultivo da

terra, e que não pode ser desconsiderada em desprestígio da busca de atingir princípio maior do direito que é o da dignidade da pessoa.

3. Em termos práticos, opinamos no sentido de que o ITER, identificando situação em que a área a ser titulada seja de dimensão inferior à fração mínima de parcelamento, profira decisão minuciosamente motivada pelo deferimento do pedido, se atendidos os demais requisitos legais, conforme fundamentação do presente parecer, seja em atenção à necessária fundamentação do ato administrativo decisório (art. 46 da Lei Estadual nº 14.184/2002), seja para que o beneficiário busque obter o respectivo registro. É que, na hipótese de o Registrador se negar a registrar, com fundamento no §3º do art. 8º da Lei nº 5.868/72, o interessado disporá de razões de direito para a defesa do ato administrativo do Estado, evitando-se, talvez, o procedimento de dúvida (art. 198 a 207 da Lei nº 6.015/63) ou estará munido para o caso de suscitá-la, de modo a levar os fundamentos jurídicos expostos no presente parecer à apreciação judicial.

À consideração superior.

Belo Horizonte, aos 4 de fevereiro de 2014.

NILZA APARECIDA RAMOS NOGUEIRA
Procuradora do Estado

“APROVADO EM: 05/02/13”
SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

O Advogado-Geral do Estado, Dr. Roney Luiz Torres Alves da Silva, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

“Aprovo. Em 02/09/14”

PROCEDÊNCIA: SECRETARIA DE ESTADO DE CASA CIVIL E DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS

INTERESSADOS: SECRETARIA DE ESTADO DE CASA CIVIL E DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS
POLÍCIA CIVIL

PARECER Nº: 15.368

DATA: 3 de setembro de 2014

EMENTA: NOVA LEI ORGÂNICA DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE MINAS GERAIS (LC n. 129/2013) – PREVISÃO DE LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES DE MANEIRA ESPECÍFICA E EXPLÍCITA – VIABILIDADE DA LICENÇA NA VIGÊNCIA DA ANTIGA LEI ORGÂNICA DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE MINAS GERAIS (LEI n. 5.406/69) POR REMISSÃO AO ESTATUTO (LEI n. 869/852) – MANUTENÇÃO DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS NORMAS GERAIS SOBRE A LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES MESMO DIANTE DA LC n. 129/2013 – ANÁLISE DOS TRAÇOS GERAIS DO INSTITUTO APLICADO ÀS CARREIRAS DA POLÍCIA CIVIL – NECESSIDADE DE ANÁLISE CASO A CASO ACERCA DA POSSIBILIDADE JURÍDICA E DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE CONCESSÃO DE LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES NO ÂMBITO DA POLÍCIA CIVIL.

RELATÓRIO

Trata-se de expediente encaminhado a esta Advocacia Geral do Estado (AGE) pela Senhora Secretária de Estado de Casa Civil e Relações Institucionais, visando a obter a análise desta Casa acerca da licença para tratar de interesses particulares ora prevista pelo art. 70, inciso IV, da nova Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar n. 129/2013 – LC n. 129/2013). Consignou-se a consulta nos seguintes termos:

“A licença para tratar de interesses particulares está prevista na Lei n. 869/52 e no Decreto n. 28.039/88, havendo, ainda, restrições à sua concessão, tais como o disposto no art. 12 do Decreto n. 46.289/2013, que dispõe sobre o controle do gasto público.

Ocorre que entrou em vigor a nova Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (LC n. 129/2013), que, em seu artigo 70, inciso IV, permite o afastamento do policial civil para tratar de interesses particulares, pelo prazo máximo de dois anos, dando ensejo à discussão sobre a natureza jurídica do aludido instituto.”

A consulta motivou-se por um e-mail enviado pela Assessoria de Atos da Polícia Civil de Minas Gerais para a Casa, no qual se lê:

“... o inciso IV do artigo 70 da referida LC criou o afastamento para tratar de interesse particular, que conforme seu § 4.º, não será considerado como efetivo exercício e dar-se-á sem vencimentos e vantagens.

O ato que formaliza tal afastamento, salvo outro entendimento, é da competência do Senhor Governador do Estado, uma vez que não há expressa delegação de competência no Decreto n. 45.055, de 10 de março de 2009, pelo que necessária se faz a elaboração de proposta de ato através do Sistema Integrado de Processamento de Atos (SIPA).

Para elaboração de tal proposta, a PCMG vem encontrando dificuldades, devido à falta de atualização do SIPA quanto à possibilidade desse novo afastamento de servidor público;

Assim, a Assessoria de Atos da Polícia Civil solicita a V. As., que adote as providências necessárias, com a brevidade possível, para que o SIPA seja adaptado a essa mudança.”

Não acompanham a consulta documentos ou manifestações prévias.

Do breve relato, infere-se que se pretende obter desta AGE manifestação acerca da natureza jurídica da “nova” licença prevista no art. 70, inciso IV, LC n. 129/2013, da competência e dos requisitos para a sua concessão.

PARECER

A questão a ser enfrentada refere-se, assim, à natureza jurídica da licença para tratar de interesses particulares, prevista no art. 70, inciso IV da LC n. 129/2013, bem como aos requisitos e competência para a sua concessão. O que se intenta, como se percebe, é uma análise genérica e em tese da questão apresentada, visto que não são fornecidos dados concretos nem tampouco se faz acompanhar a consulta da manifestação prévia do órgão interessado.

A Lei estadual nº 5.406/69, que se pode chamar de antiga Lei Orgânica da Polícia Civil, visto que foi recentemente publicado um novo diploma legislativo contendo a Lei Orgânica da Polícia Civil, qual seja, a Lei Complementar nº 129/2013, trazia a possibilidade de licença para tratar de interesses particulares, uma vez que havia uma previsão genérica, ora revogada, que assim rezava:

“Art. 121 – As férias e licenças para os servidores policiais civis processar-se-ão na forma de legislação comum ao funcionalismo público civil do Estado.”

Além disso, nas vedações aplicáveis veiculadas por aquela mesma Lei estadual, encontra-se o seguinte dispositivo, com norma não revogada, corroborando que já existia a licença referida:

“Art. 148 – Além de outras proibições vigentes ou que constarão de regulamento, é vedado ao servidor policial:

I – participar de atividades político-partidárias, **salvo se licenciado para tratar de interesses particulares;**” (destaques acrescidos)

Deve-se ainda registrar que outro dispositivo mencionava a licença para tratar de interesses particulares e, mesmo que revogado, torna inequívoca a sua viabilidade jurídica mesmo diante da Lei estadual n. 5.406/69. Em outras palavras, não se veio a criar esta licença/afastamento para as carreiras policiais na LC n. 129/2013, ela já existia quando da vigência plena da Lei estadual n. 5.406/69. Senão vejamos:

“Art. 105 – Não poderá ser promovido por merecimento o candidato que:

I – estiver em exercício fora da Secretaria da Segurança Pública, salvo em serviço de caráter estritamente policial, ou os referidos no parágrafo único do artigo 96;

II – estiver afastado para tratar de interesses particulares;

III – tiver sofrido pena disciplinar de suspensão por mais de dez dias, nos doze meses anteriores à publicação da lista de promoção.”

Feita e assentada esta primeira constatação, perquirir-se o que adveio de novo com a publicação da Lei Complementar n. 129/2013 em termos de licenças para as carreiras policiais.

O que se observa em um primeira aproximação à disciplina trazida pela nova lei é que se tratou de maneira específica a matéria para as carreiras policiais. Se outrora havia uma menção genérica ao estatuto geral do funcionalismo público de Minas Gerais – o art. 121 da Lei estadual n. 5.406/69 remetia para a disciplina da Lei estadual n. 869/52 –, agora se tem uma disciplina específica e detalhada da matéria voltada para as carreiras policiais, veiculada com especificidade pela própria Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (LC n. 129/2013).

A mencionada disciplina específica encontra-se nos arts. 59 e seguintes da LC n. 129/2013, que trata de licenças e afastamentos, merecendo destaque o já citado art. 70, que assim dispõe acerca do que chama de afastamentos:

“Art. 70. O policial civil poderá, ainda, afastar-se das funções do cargo para:

I - exercer cargo público eletivo;

II - concorrer a cargo público eletivo;

III - exercer cargo:

- a) de Secretário de Estado, de Secretário Adjunto ou de Subsecretário na Secretaria de Estado de Defesa Social ou cargos correspondentes na Controladoria-Geral do Estado;
 - b) de direção da Polícia Federal;
 - c) de Ministro de Estado;
 - d) de direção da Agência Brasileira de Informação - Abin;
- IV - tratar de interesses particulares, pelo prazo máximo de dois anos.
- § 1º Não será concedido, nas hipóteses previstas nos incisos III e IV do caput, o afastamento de policial civil submetido a processo administrativo disciplinar, que esteja em estágio probatório ou que reúna as condições previstas para aposentadoria.
- § 2º O estágio probatório será interrompido nas hipóteses de afastamento previstas nos incisos I e II do *caput*.
- § 3º Na hipótese de afastamento prevista no inciso III do *caput*, o policial civil deverá optar pela percepção dos vencimentos e vantagens de uma das funções públicas exercidas.
- § 4º O afastamento previsto no inciso IV do *caput* não será considerado como efetivo exercício e dar-se-á sem vencimentos e vantagens.
- § 5º O afastamento do policial civil para concorrer a cargo público eletivo dar-se-á sem prejuízo da percepção de vencimentos e vantagens, na forma da Lei Complementar federal nº 64, de 18 de maio de 1990.
- § 6º Na hipótese do exercício de mandato eletivo, o policial civil não poderá exercer, no âmbito da PCMG, cargos de direção, chefia, assessoramento e coordenação, observado o disposto no inciso IX do art. 29 e no art. 38 da Constituição da República.”

É interessante mencionar, desde já, que a LC n. 129/2013 tratou da questão como afastamento para tratar de assuntos particulares no art. 70, retrotranscrito, mas no art. 105, que trata de avaliação e concessão e vantagens pecuniárias, mencionou o termo mais corrente e consagrado no Estado, qual seja, a licença para tratar de interesses particulares.

O que se tem, então, é que a LC n. 129/2013, nova Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, traz disciplina específica e pormenorizada das licenças e afastamentos para as carreiras da Polícia Civil, prevendo o afastamento/licença para tratar de interesses particulares. A referida Lei Complementar não criou o afastamento/licença para tratar de interesses particulares, apenas trouxe disciplina específica e detalhada para as carreiras da Polícia Civil; trouxe disciplina específica para um instituto que tem previsão genérica para o funcionalismo público mineiro. Da disciplina trazida pela LC nº 129/2013 para este afastamento/licença, extrai-se:

- pode ter duração de até 2 anos;
- não pode ser concedido a policiais civis submetidos a processo administrativo disciplinar, que estejam, em estágio probatório ou que reúnam as condições previstas para aposentadoria;
- não será considerado como efetivo exercício e dar-se-á sem vencimentos e vantagens;

- não será avaliado o policial afastado para tratar de interesses particulares cujo afastamento perfizer 120 dias, contínuos ou não, durante o período considerado para a AED e para a ADI.

Resta, diante destas previsões, verificar se e o que há de novo em relação à disciplina anterior, disciplina que advinha da remissão genérica da Lei estadual nº 5.406/69 conjugada com a disciplina da Lei estadual n. 869/52 e demais legislação pertinente.

Na Lei estadual nº 869/52, sobre a licença para tratar de assuntos particulares, lê-se:

“Art. 158 - O funcionário poderá ser licenciado:

I - para tratamento de saúde;

II - quando acidentado no exercício de suas atribuições ou atacado de doença profissional;

III - por motivo de doença em pessoa de sua família;

IV - no caso previsto no art. 175;

V - quando convocado para serviço militar;

VI - para tratar de interesses particulares;

VII - no caso previsto no art. 186.

(Vide art. 6º da Lei Complementar nº 64, de 25/3/2002.)

Art. 159 - Aos funcionários interinos e aos em comissão não será concedida licença para tratar de interesses particulares.

(Vide art. 6º da Lei Complementar nº 64, de 25/3/2002.)

Art. 179 - Depois de dois anos de exercício, o funcionário poderá obter licença, sem vencimento ou remuneração, para tratar de interesses particulares.

§ 1º - A licença poderá ser negada quando o afastamento do funcionário for inconveniente ao interesse do serviço.

§ 2º - O funcionário deverá aguardar em exercício a concessão da licença.

(Vide § 4º do art. 26 da Lei Complementar nº 64, de 25/3/2002.)

Art. 180 - Não será concedida licença para tratar de interesses particulares ao funcionário nomeado, removido ou transferido, antes de assumir o exercício.

(Vide § 4º do art. 26 da Lei Complementar nº 64, de 25/3/2002.)

Art. 181 - Não será, igualmente, concedida licença para tratar de interesses particulares ao funcionário que, a qualquer título, estiver ainda obrigado a indenização ou devolução aos cofres públicos.

(Vide § 4º do art. 26 da Lei Complementar nº 64, de 25/3/2002.)

Art. 183 - O funcionário poderá, a qualquer tempo, reassumir o exercício desistindo da licença.

(Vide § 4º do art. 26 da Lei Complementar nº 64, de 25/3/2002.)

Art. 184 - A autoridade que houver concedido a licença poderá, a todo tempo, desde que o exija o interesse do serviço público, cassá-la, marcando razoável prazo para que o funcionário licenciado reassuma o exercício.

(Vide § 4º do art. 26 da Lei Complementar nº 64, de 25/3/2002.)”

Uma primeira leitura dos dispositivos da Lei estadual n. 869/52 cotejados com os dispositivos pertinentes da LC n. 129/2013 já permite identificar uma série de pontos de

contato, mostrando que as disciplinas não se distanciam grandemente. Deve-se inclusive asseverar que as normas da Lei estadual n. 869/52 se aplicam subsidiariamente às carreiras da Polícia Civil em tudo aquilo que não houver regramento específico ou diverso na legislação específica destas carreiras.

De fato, antes da entrada em vigor da LC n. 129/2013 havia a disciplina desta licença conjugando-se as normas da Lei estadual n. 5.406/69 com as da Lei estadual n. 869/52, assim como se tem agora, após a entrada em vigor da referida LC. A diferença é que a Lei estadual n. 5.406/69 não disciplinava a licença, remetia genericamente para a disciplina da Lei estadual n. 869/52; a disciplina da licença para a polícia civil era a mesma aplicável aos demais servidores públicos estaduais. Já a LC n. 129/2013 traz disciplina específica desta licença/afastamento, como visto; mesmo assim, não se afasta a aplicação subsidiária das normas da Lei estadual n. 869/52, e de outras normas legais e infralegais de caráter genérico com aplicação subsidiária.

Fazendo esta leitura conjugada e considerando a aplicação subsidiária que se mencionou, considera-se que se tem, para a licença/afastamento para tratar de assuntos particulares para as carreiras da Polícia Civil, o regramento genérico acima indicado. Tal regramento genérico deve ser cotejado com o que existia antes da criação de previsão específica, senão vejamos:

Disciplina da Lei estadual nº 5.406/69 conjugada com a Lei estadual n. 869/52	Disciplina da LC nº 129/2013 com aplicação subsidiária da Lei estadual n. 869/52
- possibilidade de concessão de licença/afastamento para tratar de interesses particulares para policiais civis (art. 121 da Lei estadual n. 5.406/69 c/c art. 152, inciso VI, Lei estadual n. 869/52)	- possibilidade de concessão de licença/afastamento para tratar de interesses particulares para policiais civis (art. 70, inciso IV, da LC n. 129/2013)
- vedação de concessão de licença/afastamento para tratar de interesses particulares para “funcionários interinos e em comissão”, para funcionários que não tenham completado dois anos de exercício, para “funcionários nomeados, removidos ou transferidos antes de assumir o exercício”, para funcionário que estiver obrigado a indenização ou devolução a qualquer título aos cofres públicos (arts. 159 e 179 <i>caput</i> , 180, 181, Lei estadual nº 869/52)	- vedação de concessão de licença/afastamento para tratar de interesses particulares a policial civil que esteja submetido a processo administrativo disciplinar, que esteja em estágio probatório ou que reúna as condições para a aposentadoria (art. 70, § 1.º, LC nº 129/2013) - entendimento de que é defensável compreender aplicáveis também para a polícia civil, para além das vedações específicas acima indicadas, as vedações constantes dos arts. 159, 180 e 181 da Lei estadual n. 869/52 (quanto à vedação constante do <i>caput</i> do art. 179, qual seja, a vedação de sua concessão antes de 2 anos de efetivo exercício, parece não aplicável visto que há previsão específica na LC n. 129/2013 com esta incompatível; prevê-se a vedação de concessão de licença para tratar de interesses particulares a servidores em

	estágio probatório, que tem atualmente a duração de 3 anos)
- não havia previsão legal de prazo máximo para a licença/afastamento para tratar de interesses particulares na lei;	- viável a concessão de licença/afastamento para tratar de interesses particulares pelo prazo máximo de 2 anos (art. 70, inciso VI, LC nº 129/2013)
- possibilidade de, durante a licença/afastamento para tratar de interesses particulares, participar de atividades político-partidárias (art. 148 da Lei estadual nº 5.406/69)	- possibilidade de, durante a licença/afastamento para tratar de interesses particulares, participar de atividades político-partidárias (art. 148 da Lei estadual n. 5.406/69; norma não revogada pela LC n. 129/2013)
- não será considerado como de efetivo exercício o período de licença/afastamento para tratar de interesses particulares (interpretação do art. 88 da Lei estadual nº 869/52); - a licença/afastamento para tratar de interesses particulares se dará sem vencimento ou remuneração (art. 179, da Lei estadual n. 869/52)	- não será considerado como efetivo exercício e dar-se-á sem vencimentos e vantagens (art. 70, § 4.º, LC nº 129/2013)
- não poderá ser promovido por merecimento o candidato que estiver afastado para tratar de interesses particulares (art. 105, inciso II, Lei estadual nº 5.406/69 – norma revogada expressamente)	- não será avaliado o policial afastado para tratar de interesses particulares cujo afastamento perfizer 120 dias, contínuos ou não, durante o período considerado para a AED e para a ADI (art. 105, LC nº 129/2013)

Abreve esquematização apresentada baseia-se nas normas legais aplicáveis. O mesmo raciocínio deve ser feito no que tange às normas infralegais aplicáveis à licença/afastamento para tratar de assuntos particulares, mormente veiculadas pelos Decretos estaduais n. 28.039, 45.055 e 46.289 (todos consultados no sítio oficial da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais), que se aplicam para as carreiras da Polícia Civil em tudo o que não houver previsão específica para esta.

Esta breve comparação que se faz tem o objetivo de elucidar que não se trata de instituto novo para as carreiras da Polícia Civil, bem como tem o objetivo de trazer a lume a disciplina legal genérica vigente atualmente, em cotejo com a anterior, mostrando que ambas se afastam em particularidades, mas não no essencial.

Há que observar, mais uma vez, que se coloca em relevo que mesmo havendo, atualmente, disciplina específica da licença/afastamento para tratar de interesses particulares no âmbito da Polícia Civil, esta disciplina específica não afasta a incidência subsidiária das normas estaduais genéricas sobre a questão. Esclarece-se, assim, por outro lado, que a esquematização feita acima não se pretende exaustiva, ou seja, não expõe de maneira absoluta a disciplina atualmente vigente para o referido afastamento no âmbito da Polícia Civil.

Neste passo, interessa anotar que o fato de a LC n. 129/2013 mencionar afastamento para tratar de assuntos particulares não deve levar a entender que se trata da

criação de um novo instituto em tudo distinto da licença para tratar de assuntos particulares. Em primeiro lugar, esta distinção de nomenclatura por si só não autorizaria tal conclusão. Em segundo lugar, a própria LC n. 129/2013, como dito acima, utilizou-se do termo licença, numa inequívoca demonstração de que os termos foram tomados de forma intercambiável.

Pode-se a desse modo sustentar que se trata de um mesmo instituto, existente e previsto de maneira genérica na esfera do Estado de Minas Gerais para a funcionalismo público estadual e que é passível de merecer disciplina específica em alguns aspectos para determinadas carreiras, como se verifica com a Polícia Civil na LC n. 129/2013.

Feita essa segunda ordem de constatações, importa perquirir, por fim, outras questões genéricas relativas aos condicionamentos e à competência para a concessão do afastamento/licença para tratar de interesses particulares. Este aspecto final é explorado partindo da premissa segundo a qual há o instituto da licença/afastamento para tratar de interesses pessoais aplicável genericamente (nos termos da legislação, por certo) ao funcionalismo público mineiro, o que implica concluir que o regramento genérico – legal e infra legal – previsto para esta licença/afastamento igualmente se aplica a todo o funcionalismo, a não ser que haja norma específica dispendo de modo diverso.

Quanto à competência para a sua concessão, vejamos:

“Art. 1º Fica delegada competência ao Secretário de Estado de Governo, referente às atribuições do Governador do Estado, para a prática dos seguintes atos, no âmbito da Administração Pública:
(...)
III - prorrogação ou concessão de novo período de licença a servidor para tratar de interesse particular;”

A leitura deste dispositivo, veiculado pelo Decreto estadual nº 45.055/2009, faz concluir que a competência para a prorrogação ou concessão e novo período de licença é Estado e do Secretário de Estado de Governo.

Quanto à concessão inicial da referida licença entende-se estar ainda em vigor a norma inculpada no art. 2.º do Decreto estadual n. 28.039/1998, que cuida da licença para tratar de interesses particulares e cujo texto foi obtido em consulta ao sítio oficial da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais e assim reza:

“Art. 2º - Fica delegada competência ao Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração para conceder licença a ocupante de cargo efetivo de Secretaria de Estado e órgão autônomo, excetuada a Secretaria de Estado da Educação.
Parágrafo único - Compete ao Secretário de Estado da Educação a concessão da licença de que trata este Decreto, quando se tratar de ocupante de cargo efetivo lotado naquela Secretaria, podendo ser subdelegada ao Diretor da Superintendência de Recursos Humanos.”

Na Lei estadual nº 869/52 não há uma regra genérica sobre a competência para a concessão da licença/afastamento para tratar de interesses particulares, mas observa-se que se parece pressupor que a competência poderia ser de mais de uma autoridade, o que exsurge do seguinte dispositivo:

“Art. 184 - A autoridade que houver concedido a licença poderá, a todo tempo, desde que o exija o interesse do serviço público, cassá-la, marcando razoável prazo para que o funcionário licenciado reassuma o exercício.”

Conjugando estas previsões legais e infra-legais transcritas pode-se inferir razoavelmente que, não havendo previsão diversa, a competência seria originalmente do Governador do Estado para a concessão da licença/afastamento em questão. Ocorre que, nos termos do Decreto estadual n. 28.039/1988, existe a previsão de delegação de competência para o Secretário de Estado de Recursos Humanos e Administração – que hoje tem que ser lido como Secretário de Estado de Planejamento e Gestão – para a concessão inicial da licença/afastamento e, nos termos do Decreto estadual n. 45.055/2009, a previsão de delegação de competência para o Secretário de Estado de Governo para a concessão de novo período de licença/afastamento e para a concessão de prorrogação desta licença/afastamento.

O art. 2º da LC nº 129/2013 prevê que a Polícia Civil do Estado de Minas Gerais é órgão autônomo e, por outro lado, não veicula outorga legal de competência para a concessão inicial da licença/afastamento, para a concessão de novo período de licença/afastamento ou para a concessão de prorrogação, o que faz concluir que as normas gerais de delegação de competência acima indicadas se aplicam no âmbito da Polícia Civil. É apenas de pontuar, nesta toada, que não se entende incluída no rol de competências previsto nos arts. 22, 26, 68 da LC n. 129/2013, a competência relativa à licença/afastamento para tratar de interesses particulares.

Neste ponto, sem descer a minúcias, deve-se registrar que, em face do raciocínio até aqui desenvolvido, entende-se a disciplina veiculada pelo Decreto estadual n. 28.039/1988 para a licença para tratar de interesses particulares aplicável, em tudo aquilo que não contrariar norma específica, à Polícia Civil.

No que tange a outros condicionamentos incidentes sobre a concessão da licença/afastamento para tratar de interesses particulares, há ainda que observar a vedação seguinte, veiculada pelo Decreto estadual n. 46.289/2013, cabível também para a Polícia Civil, qual seja:

“Art. 12. As licenças para tratar de interesses particulares – LIP – poderão ser autorizadas exclusivamente em situações que não gerem a necessidade de substituição do servidor, observados os demais requisitos exigidos para a concessão desse afastamento.”

Não se deve ademais olvidar os reflexos previdenciários do referido afastamento/licença para tratar de interesses particulares, a serem observados segundo os termos da legislação pertinente.

Por fim, há que frisar e repetir que se fez uma abordagem genérica e preliminar do tema, não se considerando as observações acima explicitadas como exaustivas, muito menos como autorização para a concessão de concretas licenças/afastamentos para tratar de interesses particulares no âmbito da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Cada caso específico terá que ser analisado circunstanciadamente com base na situação fática vivenciada e observando todas as normas pertinentes, com particular atenção àquelas que preveem condicionamentos para o referido afastamento.

Lembre-se, ademais, que a concessão de tal licença/afastamento constitui ato discricionário da Administração; ato que deve pautar-se por critérios de impessoalidade, objetividade e moralidade visando a determinar se o interesse particular do servidor é passível de ser atendido sem macular a consecução do interesse público; em outras palavras, se a licença/afastamento, além de preencher as condições normativas exigidas, é também conveniente e oportuna para o atendimento do interesse público.

Um registro final deve ainda fazer-se lembrando que a análise empreendida teve como ponto de partida a novel LC n. 129/2013, que veicula a nova Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, o que justifica que algum ponto apresentado possa eventualmente ser objeto de novos estudos e reflexões, mormente considerando que a consulta foi enviada a esta CJ-AGE sem qualquer subsídio ou manifestação prévia do órgão interessado que, para além de interessado, deve ser aquele que detém o conjunto mais específico e atualizado de dados sobre a sua própria situação normativo-institucional.

No que tange a eventuais adequações técnicas em sistemas operacionais do Estado, salienta-se apenas que ultrapassam a competência técnica desta CJ-AGE, devendo, se necessário, ser estudadas e levadas a cabo nas instâncias adequadas.

CONCLUSÃO

Com fundamento nas ponderações avançadas acima, entende-se que não houve propriamente a criação de uma nova espécie de licença/afastamento no âmbito da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais com a edição da LC n. 129/2013, mas a previsão de normas específicas para estas carreiras, o que não afasta a aplicação subsidiária das demais normas legais e infra-legais pertinentes ao instituto. As linhas normativas gerais para a concessão da referida licença/afastamento para tratar de interesses particulares encontram-se expostas acima de maneira não exaustiva. A concessão de licenças/afastamentos concretos a servidores da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais não se encontra genericamente autorizada nos termos deste Parecer, tem que ser analisada caso a caso, na estrita observância e preenchimento das exigências normativas – legais e infralegais – aplicáveis.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Belo Horizonte, 29 de agosto de 2014.

Luísa Cristina Pinto e Netto
Procuradora do Estado

“APROVADO EM: 1º/09/14”
SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Procurador Chefe da Consultoria Jurídica

SÚMULAS ADMINISTRATIVAS

SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 23, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2014.

O ADOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais:

“Não se recorrerá de decisão que considerar não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 o art. 79, § 1º, da Lei Estadual nº 869, de 1952, aplicando-se o mesmo entendimento aos militares. Fica ressalvada a discussão da legitimidade de corte de parcelas *propter laborem*, verbas indenizatórias ou vinculadas a situação jurídica específica que não possa ser preenchida pelo agente público, nos termos do voto do Ministro Relator no RE 482.006/MG. O órgão ou entidade de lotação do agente público deverá ser orientado a requerer ao juízo criminal competente a sua notificação, imediatamente após o trânsito em julgado da sentença penal, para verificação das providências cabíveis. Deverá, também, ser orientado que, por força da incomunicabilidade de instâncias, fica ressalvada a possibilidade de desligamento imediato do agente público, quando for decorrente de decisão final em processo administrativo disciplinar, nos termos da repercussão geral em RE 691306 RG/MS.”

LEGISLAÇÃO: Lei Estadual nº 869, de 1952, art. 79; Lei Estadual nº 5.301, de 1969, arts. 54 e 55; Constituição Federal, art. 5º, LVII.

PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO nº CJD/174, de 13 de agosto de 2014.

JURISPRUDÊNCIA: STF RE 482006/MG; ARE 776213/PR; ARE 774307/PR; AI 723284 AgR/RS; ARE 691306 RG/MS. TJMG Agravo de Instrumento-Cv1.0024.14.005379-4/001; Agravo de Instrumento-Cv1.0024.12.134125-9/001; Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.09.701506-9/001; Agravo Interno Cv1.0024.13.040746-3/002; Embargos Infringentes1.0024.11.294172-9/002.

SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 24, DE 27 DE NOVEMBRO DE 2014.

O ADOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais:

“O abono de permanência, previsto no art. 36, § 20 da Constituição do Estado de Minas Gerais, deve ser considerado verba remuneratória, constituindo, portanto, fato gerador sujeito à incidência do imposto de renda.”

LEGISLAÇÃO: Constituição da República. Constituição do Estado. Lei Federal nº 7.713/88.

PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO nº 15.398, de 26 de novembro de 2014.

JURISPRUDÊNCIA: Superior Tribunal de Justiça (STJ) – Recurso Especial nº 1.192.556/PE.

SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 25, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2014.

O ADOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais:

“É de 5 (cinco) anos, contados da constituição definitiva do crédito não tributário referente à multa por infração ambiental, o prazo prescricional para que o Estado promova a sua cobrança judicial.”

LEGISLAÇÃO: Lei Estadual nº 14.184/2002; Decreto Estadual nº 44.844/2008.

PARECERES DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO nº 15.047/2010; nº 15.076/2011; nº 15.142/2011; nº 15.158/2012; nº 15.160/2012; nº 15.233/2013; nº 15.249/2013 e 15.399/2014.

JURISPRUDÊNCIA: Súmula nº 467 STJ, REsp nº 1.115.078/RS; REsp nº 1.112.577/SP.

SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 26, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2014.

O ADOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais:

“Ressalvados os casos em que o ordenamento jurídico proíbe expressamente a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, corroborados pela decisão da ADC nº 4-DF, que declarou a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997, não se interporá recursos aos Tribunais Superiores contra acórdão que conceder tutela antecipada contra a Fazenda Pública, devendo a discussão de toda a matéria constitucional e infraconstitucional prosseguir nos autos do processo originário. Sempre que a medida antecipatória for posteriormente revogada, deverá ser buscado o ressarcimento ao erário.”

LEGISLAÇÃO: Lei Federal nº 9.494/1997.

PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO nº 15.400/2014.

JURISPRUDÊNCIA: ADC nº 4/DF; Súmula nº 729 STF; Súmula nº 735 STF.

LEGISLAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

EMENDA CONSTITUCIONAL

EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 93, de 16 de julho de 2014.

Dá nova redação ao § 1º do art. 128 da Constituição do Estado.

EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 93, DE 16 DE JUNHO DE 2014.

Dá nova redação ao § 1º do art. 128 da Constituição do Estado.

A Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, nos termos do § 4º do art. 64 da Constituição do Estado, promulga a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º - O § 1º do art. 128 da Constituição do Estado passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 128

(...)

§ 1º - A Advocacia-Geral do Estado será chefiada pelo Advogado-Geral do Estado, nomeado pelo Governador entre Procuradores do Estado, integrantes da carreira da Advocacia Pública do Estado, estáveis e maiores de trinta e cinco anos.”.

Art. 2º - Esta emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio da Inconfidência, em Belo Horizonte, aos 16 de junho de 2014; 226º da Inconfidência Mineira e 193º da Independência do Brasil.

Deputado Dinis Pinheiro – Presidente

Deputado Ivair Nogueira – 1º-Vice-Presidente

Deputado Hely Tarquínio – 2º-Vice-Presidente

Deputado Adelmo Carneiro Leão – 3º-Vice-Presidente

Deputado Dilzon Melo – 1º-Secretário

Deputado Neider Moreira – 2º-Secretário

Deputado Alencar da Silveira Jr. – 3º-Secretário

OBS.: Este texto não substitui o publicado no “Minas Gerais”, de 17/06/2014.

RESOLUÇÕES

RESOLUÇÃO Nº 364, de 17 de outubro de 2014.

Regula o prazo de entrada do processo administrativo sujeito à inscrição em dívida ativa na Advocacia-Geral do Estado - AGE.

RESOLUÇÃO Nº 363, de 15 de setembro de 2014.

Institui no âmbito da Advocacia-Geral do Estado - AGE o Comitê Gestor do Processo Judicial Eletrônico (CGPJEAGE) e dá outras providências.

RESOLUÇÃO Nº 358, de 9 de junho de 2014.

Consolida a delegação de competência no âmbito da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

RESOLUÇÃO Nº 355, de 13 de maio de 2014.

Dispõe sobre a competência das Procuradorias Especializadas no âmbito da Advocacia-Geral do Estado - AGE.

RESOLUÇÃO Nº 354, de 28 de março de 2014.

Dispõe sobre os procedimentos para o fornecimento de Certidão de Crédito de Precatório pela Advocacia-Geral do Estado, de que trata o art. 11-A, I do Decreto nº 46.184, de 15 de março de 2013.

RESOLUÇÕES CONJUNTAS

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 001, de 30 de outubro de 2014. (SEPLAG / AGE)

Disciplina a metodologia e os procedimentos da Avaliação de Desempenho dos servidores ocupantes dos cargos efetivos de Procurador do Estado e Advogado Autárquico, lotados na Advocacia-Geral do Estado.

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 4.708, de 7 de outubro de 2014. (SEF / AGE)

Estabelece procedimentos a serem observados nas operações de venda de mercadorias e prestação de serviços para a Administração Pública Estadual direta, suas fundações e autarquias, vinculadas ao Registro de Preços nº 120/2013 (Planejamento nº 239/2012).

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 4.697, de 15 de setembro de 2014. (SEF / AGE)

Dispõe sobre os procedimentos a serem observados na apropriação integral de créditos relativos às operações de aquisição de bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento industrial, nas hipóteses que especifica.

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 9.503, de 7 de fevereiro de 2014. (SEF / SEPLA / AGE / IPSEMG)

Institui comissão encarregada da elaboração de minuta de Projeto de Lei Complementar que estabelecerá as normas e a estrutura do Fundo de Previdência do Estado de Minas Gerais – FUNPREV - e a revisão do custeio do Fundo Financeiro de Previdência - FUNFIP, nos termos da Lei Complementar nº 131, de 06 de dezembro de 2013.

OBS: O inteiro teor da legislação citada acima encontra-se no sítio eletrônico da Advocacia-Geral do Estado: <<http://www.age.mg.gov.br>>.

ORIENTAÇÃO EDITORIAL:

normas para envio de artigos para publicação na Revista Jurídica da AGE

O periódico *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado* pretende divulgar estudos, artigos, ensaios, enfim trabalhos jurídicos, da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Os artigos enviados para publicação na Revista Jurídica da AGE deverão obedecer as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

As peças processuais e pareceres dispensam a adoção desta padronização, embora possam ser adaptadas, em sede de revisão, em concordância com as normas previstas na ABNT.

Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.

ORIENTAÇÃO EDITORIAL:

1) Apresentação do artigo.

Os trabalhos destinados à Revista serão precedidos de folha de rosto em que se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, mencionando também a situação acadêmica do autor (ou autores), títulos e instituição à qual pertença.

Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.

Em anexo ao artigo, deverá também ser juntada autorização do(s) autor(es) para publicação, conforme modelo a seguir.

Os artigos deverão ser enviados para o e-mail institucional, no formato RTF (Rich Text Format) com os critérios descritos a seguir: processado em Word (RTF) for Windows, fonte Times New Roman, Preta, corpo 12 para todo o trabalho e corpo 14 para o título do artigo e título das seções e subseções; margem superior 3 cm, margem inferior 2 cm, margem esquerda 3 cm, margem direita 2 cm, cabeçalho e rodapé 1,45 cm; em papel A4, com digitação apenas no anverso da folha. A ordem de apresentação será: título (: subtítulo), nome do autor(es), sumário, palavra-chave, texto e referência bibliográfica, também duas provas impressas do texto, com autorização para publicação em meio impresso e digital, e na internet.

2) Título

O título do artigo, com destaque para essa parte, é indicado na parte superior da primeira folha, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 14); podendo complementar o título, o subtítulo segue abaixo do título, diferenciado tipograficamente, ou separado por dois pontos (:), centralizado e em letras minúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 12).

3) Autor

O nome do autor é indicado por extenso abaixo do título, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, corpo 14).

As indicações de formação acadêmica, títulos e instituição que pertence serão feitas em nota de rodapé precedida de símbolo gráfico (*).

As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da AGE/MG.

Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor (ou autores) podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.

4) Sumário

Com a finalidade de visualizar a estrutura do trabalho e refletir sua organização, o artigo conterà um sumário logo abaixo do nome do autor, e nele serão mencionados os principais pontos a serem abordados pelo trabalho, através de numeração progressiva das seções.

Será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 2 cm da margem esquerda e direita, alinhamento justificado; espaçamento simples.

5) Corpo do Texto

O corpo do texto será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 2 cm da margem esquerda e alinhamento justificado; espaçamento simples, entre linhas antes e depois de parágrafos, 6 pt ou automático; para todo o trabalho.

Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Deve-se evitar o uso de negrito ou sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

6) Capítulo

O capítulo ou títulos das seções e subseções, digitados em letra maiúscula, obedecerão a mesma fonte do texto, corpo 14, negrito; entre linhas precedidos de espaço 1,5 e espaço duplo que os sucederem; alinhado na margem esquerda; com numeração progressiva.

7) Citação

A citação obedecerá à mesma fonte do texto, corpo 10; recuo 4 cm, se ultrapassar 3 linhas. Caso as citações diretas limitem-se a esse espaço, deverão estar contidas no texto entre aspas duplas.

A transcrição literal de parte de normas jurídicas terá o recuo de parágrafo a 4 cm da margem esquerda e será precedida da expressão latina (em itálico) *in verbis*.

As notas de referência para indicar as citações de fonte bibliográfica ou considerações e comentários que não devem interromper a sequência do texto aparecerão em notas de rodapé:

Apud = citado por, conforme, segundo (usado para indicar citação de citação)

Ibidem ou *Ibid.* = na mesma obra (usado quando se fizer várias citações da mesma obra)

Idem ou *Id.* = do mesmo autor (usado quando se fizer citação de várias obras do mesmo autor)

Opus citatum ou *Op. cit.* = na obra citada (usado para se referir à obra citada anteriormente e é precedida do nome do autor)

Loco citato ou *Loc. cit.* = no lugar citado

Sequentia ou *Et. Seq.* = seguinte ou que se segue

Passim = aqui e ali; em vários trechos ou passagens

Confira ou Cf. = confira, confronte

Sic = assim mesmo, desta maneira

As notas de rodapé de página obedecerão à mesma fonte do texto, corpo 10; parágrafo de 0,5 cm da margem esquerda; alinhamento justificado; espaçamento entre linhas simples; numeração progressiva.

9) Referência bibliográfica

As referências bibliográficas serão apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), no final do artigo.

Os trabalhos publicados pela Revista poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da AGE, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.

AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO

Pelo presente termo de autorização, cedo ao Conselho Editorial da Revista Jurídica da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO de Minas Gerais, Praça da Liberdade, s/nº, 1º andar – Funcionários – Belo Horizonte – MG, a título gratuito e por tempo indeterminado, os direitos autorais referentes ao artigo doutrinário de minha autoria, intitulado

_____ para fins de divulgação pública em meio impresso e eletrônico através das publicações produzidas pelo órgão.

(cidade), (data)

(nome)

8) Notas de rodapé

Advogado-Geral do Estado
Roney Luiz Torres Alves da Silva

Advogado-Geral Adjunto
Carlos José da Rocha

Advogado-Geral Adjunto
Cléber Reis Grego

PROCURADORES DE ESTADO

Adilson Albino dos Santos	André Luis de Oliveira Silva
Adriana Gonçalves Myhrra	André Robalinho de Albuquerque e Mello
Adriano Antônio Gomes Dutra	André Sales Moreira
Adriano Brandão de Castro	Andréa Maura Campedelli Machado Piedade
Adrienne Lage de Resende	Angela Regina Soares Leite
Alana Lúcio de Oliveira	Anna Carolina Heluany Zeitune Pires
Alberto Guimarães Andrade	Anna Lúcia Goulart Veneranda
Alda de Almeida e Silva	Antônio Carlos Diniz Murta
Alessandra Nogueira Nunes	Antônio Olímpio Nogueira
Alessandro Fernandes Braga	Aparecida Imaculada Amarante
Alessandro Henrique Soares Castelo Branco	Armando Sérgio Peres Mercadante
Alessandro Rodrigues	Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho
Alexandre Bitencourth Hayne	Atabalipa José Pereira Filho
Alexandre Diniz Guimarães	Aurélio Passos Silva
Alexandre Moreira de Souza	Bárbara Maria Brandão Caland Lustosa
Aline Almeida Cavalcante de Oliveira	Barney Oliveira Bichara
Aline Cristina de Oliveira Amaranti	Beatriz Lima de Mesquita
Aline Di Neves	Benedicto Felipe da Silva Filho
Aline Guimarães Furlan	Bianca Mizuki Dias dos Santos
Aloísio Vilaça Constantino	Brenna Corrêa França Gomes
Amanda Assunção Castro	Breno Rabelo Lopes
Amélia Josefina Alves N. da Fonseca	Bruno Balassiano Gaz
Ana Carolina Cuba de Almada Lima	Bruno Borges da Silva
Ana Carolina Di Gusmão Uliana	Bruno Matias Lopes
Ana Carolina Oliveira Gomes	Bruno Paquier Binha
Ana Cristina Sette Bicalho Goulart	Bruno Resende Rabello
Ana Luiza Boratto Mazzoni Paiva	Bruno Rodrigues de Faria
Ana Luiza Goulart Peres Matos	Caio de Carvalho Pereira
Ana Maria de Barcelos Martins	Camila de Alcantara Almeida Favalli
Ana Maria Jeber Campos	Carla Morena Lima de Oliveira Dias
Ana Maria Richa Simon	Carlos Alberto Rohrmann
Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz	Carlos Augusto Góes Vieira
Ana Paula Ceolin Ferrari Bacelar	Carlos Eduardo Tarquíneo
Ana Paula Muggler Rodarte	Carlos Eduardo Wanderley Curio
Ana Sílvia Lima Azevedo	Carlos Frederico Bittencourt Rodrigues Pereira
Anamélia de Matos Alves	Carlos José da Rocha
André Borges Pires	Carlos Roberto Meneghini Cunha

Carlos Torres Murta
Carlos Victor Muzzi Filho
Carolina Borges Monteiro
Carolina Couto Pereira
Carolina Guedes Pereira
Carolina Miranda Laborne Mattioli Hermeto
Cássio Roberto dos Santos Andrade
Catarina Barreto Linhares
Cédio Pereira Lima Júnior
Celeste de Oliveira Teixeira
Célia Cunha Mello
Célio Lopes Kalume
César Raimundo da Cunha
Christiano Amaro Correa
Clara Silva Costa de Oliveira
Clarissa Teixeira Eloi Santos
Claudemiro de Jesus Ladeira
Claudia Lopes Passos
Cláudio Roberto Ribeiro
Cléber Maria Melo e Silva
Cléber Reis Grego
Cornélia Tavares de Lanna
Cristiane de Oliveira Elian
Cristina Grossi de Moraes
Daniel Bueno Cateb
Daniel Cabaleiro Saldanha
Daniel Henrique Pimenta Faria
Daniel Luiz Barbosa
Daniel Santos Costa
Daniela Victor de Souza Melo
Danielle Fonseca Mattosinhos
Danilo Antônio de Souza Castro
Dario de Castro Brant Moraes
David Pereira de Sousa
Débora Bastos Ribeiro Bezerra
Débora Val Leão
Denise Soares Belém
Dimas Geraldo da Silva Júnior
Diógenes Baleeiro Neto
Dirce Euzébia de Andrade
Douglas Gusmão
Éder Sousa
Edgar Saiter Zambrana
Edrise Campos
Eduardo de Mattos Paixão
Eduardo Goulart Pimenta
Eduardo Grossi Franco Neto
Elisângela Soares Chaves
Elisa Salzer Procópio
Eliza Fiúza Teixeira
Emerson Madeira Viana
Érico Andrade
Érika Gualberto Pereira de Castro
Ester Virgínia Santos
Esther Maria Brighenti dos Santos
Evandro Coelho Taglialegna
Evânia Beatriz de Souza Cabral
Fabiana Kroger Magalhães
Fabiano Ferreira Costa
Fábio Diniz Lopes
Fábio Murilo Nazar
Fabíola Pinheiro Ludwig Peres
Fabrícia Barbosa Duarte Guedes
Fabrícia Lage Fazito Rezende Antunes
Felipe Lopes de Freitas Honório
Fernanda Barata Diniz
Fernanda Caldeira Reis
Fernanda Carvalho Soares
Fernanda da Paixão Costa Ferreira
Fernanda de Aguiar Pereira
Fernanda Paiva Carvalho
Fernanda Saraiva Gomes Starling
Fernando Antônio Chaves Santos
Fernando Antônio Rolla de Vasconcellos
Fernando Barbosa Santos Netto
Fernando Márcio Amarante Ribeiro
Fernando Salzer e Silva
Flávia Bianchini Mesquita Gabrich
Flávia Caldeira Brant de Figueiredo
Francisco de Assis Vasconcelos Barros
Françoise Fabiane Ferreira
Gabriel Arbex Valle
Gabriela Silva Pires
Gelson Mário Braga Filho
Geralda do Carmo Silva
Geraldo Ildebrando de Andrade
Geraldo Júnio de Sá Ferreira
Gerson Pedrosa Abreu
Gerson Ribeiro Junqueira de Barros
Gianmarco Loures Ferreira
Giselle Carmo e Coura
Grazielle Valeriano de Paula Alves
Guilherme Bessa Neto
Guilherme do Couto de Almeida
Guilherme Guedes Maniero
Guilherme Soeiro Ubaldo
Gustavo Albuquerque Magalhães
Gustavo Brugnoli Ribeiro Cambraia

Gustavo Chaves Carreira Machado
Gustavo de Oliveira Rocha
Gustavo de Queiroz Guimarães
Gustavo Luiz Freitas de Oliveira Enoque
Hebert Alves Coelho
Helena Retes Pimenta Bicalho
Heloíza Saraiva de Abreu
Iara Rolim Freire Figueiredo
Ivan Ludovice Cunha
Izabella Ferreira Fabbri Nunes
Jader Augusto Ferreira Dias
Jaime Napoles Villela
Jalmir Leão Santos
Jamerson Jadson de Lima
Janaína Cristina Reis Jenkins de Freitas
Jaques Daniel Rezende Soares
Jason Soares de Albergaria Neto
Jayme Zattar Filho
Jerusa Drummond Brandão Regazzoni
Joana Faria Salomé
João Calcagno Bandeira de Melo
João Lucas Albuquerque Daud
João Lúcio Martins Pinto
João Paulo Pinheiro Costa
João Viana da Costa
Joel Cruz Filho
José Antônio Santos Rodrigues
José dos Passos Teixeira de Andrade
José Hermelindo Dias Vieira Costa
José Horácio da Motta e Camanducaia Júnior
José Maria Brito dos Santos
José Roberto de Castro
José Roberto Dias Balbi
José Sad Júnior
Josélia de Oliveira Pedrosa
Juarez Raposo Oliveira
Juliana Campos Horta de Andrade
Juliana Faria Pamplona
Juliana Padilha Nunes Mattar
Juliana Rizzato Silva
Juliana Schmidt Fagundes
Juliano Lomazini
Júlio César Azevedo de Almeida
Júlio José de Moura
Jullyanna Ribeiro dos Santos Pena
Junia Maria Coelho Ferreira Couto
Karen Cristina Barbosa Vieira
Kleber Silva Leite Pinto Júnior
Lais D'Angela Gomes da Rocha
Larissa Maia França
Larissa Rodrigues Ribeiro
Leandro Almeida Oliveira
Leandro Anésio Coelho
Leandro Lanna de Oliveira
Leandro Moreira Barra
Leandro Raphael Alves do Nascimento
Leonardo Augusto Leão Lara
Leonardo Bruno Marinho Vidigal
Leonardo Canabrava Turra
Leonardo Oliveira Soares
Letícia Lemos Rossi
Letícia Rodrigues Vicente
Levy Leite Romero
Liana Portilho Mattos
Lina Maia Rodrigues de Andrade
Lincoln D'aquino Filocre
Lincoln Guimarães Hissa
Lucas Leonardo Fonseca e Silva
Lucas Oliveira Andrade Coelho
Lucas Pinheiro de Oliveira Sena
Lucas Ribeiro Carvalho
Luciana Ananias de Assis Pires Pimenta
Luciana Guimarães Leal Sad
Luciana Trindade Fogaça
Luciano Neves de Souza
Luciano Teodoro de Souza
Luis Gustavo Lemos Linhares
Luísa Carneiro da Silva
Luísa Cristina Pinto e Netto
Luísa Pinheiro Barbosa Mello
Luiz Francisco de Oliveira
Luiz Gustavo Combat Vieira
Luiz Henrique Novaes Zacarias
Luiz Marcelo Cabral Tavares
Luiz Marcelo Carvalho Campos
Luiza Palmi Castagnino
Lyssandro Norton Siqueira
Madson Alves de Oliveira Ferreira
Maiara de Castro Andrade
Manuela Teixeira de Assis Coelho
Marcelino Cristelli de Oliveira
Marcella Cristina de Oliveira Trópia Pinheiro
Marcelo Barroso Lima Brito de Campos
Marcelo Berutti Chaves
Marcelo Cássio Amorim Rebouças
Marcelo de Castro Moreira
Marcelo Pádua Cavalcanti
Márcio dos Santos Silva

Marco Antônio Gonçalves Torres
Marco Antônio Lara Rezende
Marco Antônio Rebelo Romanelli
Marco Otávio Martins de Sá
Marco Túlio Caldeira Gomes
Marco Túlio de Carvalho Rocha
Marco Túlio Fonseca Furtado
Marco Tulio Gonçalves Gannam
Marconi Bastos Saldanha
Margarida Maria Pedersoli
Maria Antônia de Oliveira Cândido
Maria Aparecida dos Santos
Maria Carolina Beltrão Sampaio
Maria Cecília Almeida Castro
Maria Cecília Ferreira Albrecht
Maria Clara Teles Terzis
Maria Cristina Castro Diniz
Maria Eduarda Lins Santos
Maria Elisa de Paiva Ribeiro Souza Barquete
Maria Leticia Séra de Oliveira Costa
Maria Teresa Cora Hara
Maria Teresa Lima Lanna
Mariana Oliveira Gomes de Alcântara
Mariana Santos de Brito Alves
Mariane Ribeiro Bueno
Mário Eduardo Guimarães Nepomuceno Júnior
Mário Roberto de Jesus
Marismar Cirino Motta
Mateus Braga Alves Clemente
Matheus Fernandes Figueiredo Couto
Maurício Barbosa Gontijo
Maurício Bhering Andrade
Maurício Leopoldino da Fonseca
Max Galdino Pawlowski
Melissa de Oliveira Duarte
Michele Rodrigues de Sousa
Mila Oliveira Grossi
Milena Franchini Branquinho
Miucha Ferreira M. B. R. Alcântara
Moisés Paulo de Souza Leão
Mônica Stella Silva Fernandes
Nabil El Bizri
Nadja Arantes Grecco
Naldo Gomes Júnior
Natália Lopes Gabriel Costa
Natália Moreira Torres
Nathália Daniel Domingues
Nayra Rosa Marques
Nilber Andrade
Nilma Rogéria Cândido
Nilton de Oliveira Pereira
Nilza Aparecida Ramos Nogueira
Núbia Neto Jardim
Odir Martins Benadusi
Onofre Alves Batista Júnior
Orlando Ferreira Barbosa
Otávio Machado Fioravante Morais Lages
Pablo de Almeida Fernandes
Paloma Inaya Nicoleti da Silva
Patrícia Campos de Castro Vêras
Patrícia de Oliveira Leite Leopoldino
Patrícia Martins Ribeiro Raposo
Patrícia Mota Vilan
Patrícia Pinheiro Martins
Paula Abranches de Lima
Paula Maria Rezende Vieira Serafim
Paula Souza Carmo de Miranda
Paulo da Gama Torres
Paulo Daniel Sena Almeida Peixoto
Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
Paulo Fernando Cardoso Dias
Paulo Fernando Ferreira Infante Vieira
Paulo Gabriel de Lima
Paulo Henrique Gonçalves Pena Filho
Paulo Henrique Sales Rocha
Paulo Murilo Alves de Freitas
Paulo Rabelo Neto
Paulo Roberto Lopes Fonseca
Paulo Sérgio de Queiroz Cassete
Paulo Valadares Versiani Caldeira Filho
Plínio José de Aguiar Grossi
Pollyanna da Silva Costa
Priscila Vieira de Alvarenga Penna
Rachel de Castro Moreira e Silva
Rachel Patrícia de Carvalho Rosa
Rachel Salgado Matos
Rafael Assed de Castro
Rafael Augusto Baptista Juliano
Rafael Cascardo Lopes
Rafael Ferreira Toledo
Rafael Rapold Mello
Rafael Rezende Faria
Rafaela Resende Brasil de Castro
Rafaella Barbosa Leão
Ranieri Martins da Silva
Raquel Correa da Silveira Gomes
Raquel Guedes Medrado
Raquel Melo Urbano de Carvalho

Raquel Oliveira Amaral
Raquel Pereira Perez
Regina Lúcia da Silva
Renata Couto Silva
Renata Cristina Ricchini Leite
Renata Tostes dos Santos
Renata Viana de Lima Netto
Renato Antônio Rodrigues Rego
Renato de Almeida Martins
Renato Saldanha de Aragão
Ricardo Adriano Massara Brasileiro
Ricardo Agra Villarim
Ricardo Magalhães Soares
Ricardo Milton de Barros
Ricardo Sérgio Righi
Ricardo Silva Viana Júnior
Roberto Portes Ribeiro de Oliveira
Roberto Simões Dias
Robson Bicalho de Almeida Junior
Robson Lucas da Silva
Robstaine do Nascimento Costa
Rochelle Cardoso Barth
Rodolfo Figueiredo de Faria
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
Rodrigo Maia Luz
Rodrigo Peres de Lima Netto
Rogério Antônio Bernachi
Rogério Guimarães Salomé
Rogério Moreira Pinhal
Romeu Rossi
Rômulo Geraldo Pereira
Ronaldo Maurílio Cheib
Roney de Oliveira Júnior
Roney Luiz Torres Alves da Silva
Rosalvo Miranda Moreno Júnior
Rubens de Oliveira Silva
Samuel de Faria Carvalho
Sandro Drummond Brandão
Sarah Pedrosa de Camargos Manna
Saulo Dantas de Santana
Saulo de Faria Carvalho
Saulo de Freitas Lopes
Sávio de Aguiar Soares
Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho
Sérgio Duarte Oliveira Castro
Sérgio Pessoa de Paula Castro
Sérgio Timo Alves
Sheila Glória Simões Murta
Shirley Daniel de Carvalho

Silvana Coelho
Silvério Bouzada Dias Campos
Simone Ferreira Machado
Soraia Brito de Queiroz Gonçalves
Tatiana Mercedo Moreira Branco
Tatiana Sales Cúrcio
Telma Regina Pereira Santos Rodrigues
Tércio Leite Drummond
Thaís Caldeira Gomes
Thaís Saldanha Belisário
Thereza Cristina de Castro Martins Teixeira
Thiago Avancini Alves
Thiago de Oliveira Soares
Thiago de Paula Moreira Fracaro
Thiago Diniz Mateus dos Santos
Thiago Elias Mauad de Abreu
Thiago Henrique de Oliveira
Thiago José Teixeira de Assis Coelho
Thiago Knupp Souza de Andrade
Thiago Vasconcelos Jesus
Tiago Anildo Pereira
Tiago Maranduba Schröder
Tiago Santana Nascimento
Tuska do Val Fernandes e Figueiredo
Valéria Duarte Costa Paiva
Valéria Maria Campos Frois
Valério Fortes Mesquita
Valmir Peixoto Costa
Vanessa Almeida Cruz
Vanessa Ferreira do Val Domingues
Vanessa Lopes Borba
Vanessa Saraiva de Abreu
Victor Hugo Versiani Nunes Lacerda
Vinicius Rodrigues Pimenta
Vitor Ramos Mangualde
Wagner Mendonça Bosque
Wallace Alves dos Santos
Wallace Martiniano Moreira
Walter Santos da Costa
Wanderson Mendonça Martins
Wendell de Moura Tonidandel

ADVOGADOS AUTÁRQUICOS

Abdala Lobo Antunes
Aloísio Alves de Melo Júnior
Alexandra Marota Crispim Prates
Antônio Eustáquio Vieira
Bernardo Werkhaizer Felipe

Christiano de Senna Micheletti Dias
Cíntia Rodrigues Maia Nunes
Cláudio José Resende Fonseca
Débora Cunha Penido de Barros
Daniel Francisco da Silva
Eneida Criscoulo Gabriel Bueno Silva
Fabíola Peluci Monteiro
Fernanda de Campos Soares
Flávia Baião Reis Martins
Gladys Souza de Reque
Humberto Gomes Macedo
João Augusto de Moraes Drummond
Laurimar Leão Viana Filho
Márcio Roberto de Souza Rodrigues
Marcos Ferreira de Pádua
Maria Beatriz Penna Misk
Maria Estela Barbosa Figueiredo
Reynaldo Tadeu de Andrade
Rosália Silva Bicalho
Simone Alves de Queiroz
Valéria Magalhães Nogueira
Valéria Miranda de Souza
Wagner Lima Nascimento Silva

IDENTIDADE ORGANIZACIONAL

NEGÓCIO

Assessoramento jurídico, representação judicial e extrajudicial do Estado de Minas Gerais.

MISSÃO

Defender com êxito os direitos e legítimos interesses do Estado de Minas Gerais.

VISÃO

Tornar-se referência nacional em assessoramento jurídico, representação judicial e extrajudicial de entes públicos.

PRINCIPAIS VALORES

Justiça, Verdade, Moralidade, Ética, Interesse Público, Legalidade, Eficiência e Lealdade.

