

ISSN 2319-0671



ESTADO DE SANTA CATARINA  
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

# Procuradoria Geral do Estado



2016



ESTADO DE SANTA CATARINA  
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

---

# Procuradoria Geral do Estado

2016

**Impressão**

Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina

**Projeto Gráfico e Diagramação**

Heloisa de Oliveira Ganzo Vieira

**Capa**

Heloisa de Oliveira Ganzo Vieira

**Revisão**

Débora Silveira de Souza Cardoso

**COMISSÃO EDITORIAL\***

Eduardo Zanatta Brandeburgo

Elenise Magnus Hendler

Rejane Maria Bertoli – coordenadora

\* Procuradores do Estado, designados pela Portaria nº 01/2016.

**FICHA CATALOGRÁFICA****Catálogo na publicação - CIP - Brasil**

**Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina - DIOESC**

Ficha Catalográfica elaborada pela Bibliotecária Giovania Nunes (CRB-14/993)

R454

Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa  
Catarina, n. 5 -- Florianópolis: DIOESC, 2016.  
247p.

Anual  
ISSN 2319-0671

1. Direito Administrativo 2. Direito Tributário. I.  
Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina II. Título

CDU 340



Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina  
Rua Duque de Caxias, 261 • Saco dos Limões  
CEP 88045-250 • Florianópolis/SC

## Editorial

**F**irme no propósito de incentivar e revelar a produção acadêmica dos Procuradores do Estado de Santa Catarina, a presente edição da Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina é formada por artigos que primam pela atualidade e proximidade com a atuação diária dos articulistas.

Temas sensíveis à sociedade foram tratados à luz do interesse público, apontando caminhos para a aplicação justa e eficiente do ordenamento nacional.

O novo Código de Processo Civil, a judicialização das políticas públicas, a advocacia pública, os direitos fundamentais são alguns dos temas analisados.

As contribuições dos articulistas revelam a importância da advocacia pública no desenvolvimento da sociedade catarinense e brasileira.

Agradecendo a participação dos colegas na produção da presente edição, registramos nosso convencimento de que, em face da alta qualidade dos artigos que a compõem, ano a ano a Revista da Procuradoria Geral do Estado conquista importante espaço no cenário jurídico nacional e, em especial, no âmbito da advocacia pública.

*Comissão editorial*



## Sumário

O reconhecimento do pedido pela Fazenda Pública.

*Ana Carolina de Carvalho Neves*.....7

Dispensa de averbação, no registro imobiliário, do ajuizamento de execução fiscal para a caracterização de fraude à execução na alienação de imóvel: o art. 54 da lei nº 13.097/2015 e sua inaplicabilidade à Fazenda Pública.

*André Martinez Rossi*.....33

A figura central do processo administrativo na teoria do direito administrativo democrático.

*Alisson de Bom de Souza*.....57

Tributação Ambiental e o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) como instrumento auxiliar para o desenvolvimento sustentável.

*Ronan Saulo Robl e Rodrigo Roth Castellano*.....69

Do credenciamento da atividade de despachante de trânsito: análise de aspectos destacados da lei nº 10.609/1997 de Santa Catarina.

*Evandro Régis Eckel*.....89

Hipossuficiência econômica nas ações de tratamentos não padronizados na rede pública de saúde.

*Felipe Barreto de Melo*..... 117

O Modelo Restaurativo, o Sistema Multiportas e a Advocacia Pública: novos paradigmas para a ciência jurídica.

*Paulo Roney Ávila Fagúndez* ..... 139

A garantia dos direitos fundamentais e o ativismo judicial.

*Queila de Araújo Duarte Vahl e Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld*..... 157

O trabalho repetitivo no âmbito do contencioso judicial e os riscos à saúde do procurador do Estado.

*Reinaldo Pereira e Silva*..... 171

O orçamento público.

*Jocélia Aparecida Lulek e Tatiana Coral Mendes de Lima*..... 195

Prolegômenos à tutela provisória contra o poder público no Código de Processo Civil de 2015.

*Weber Luiz de Oliveira*..... 217

O princípio da separação dos poderes como legitimador do Poder Executivo na implementação de políticas públicas – O incidente de assunção de competência sobre provimento de cargos por determinação judicial.

*Rodrigo Roth Castellano e Weber Luiz de Oliveira*..... 229

# O reconhecimento do pedido pela Fazenda Pública

*Ana Carolina de Carvalho Neves<sup>1</sup>*

## 1. Introdução

A viabilidade jurídica do reconhecimento judicial da procedência do pedido pelos membros da Advocacia Pública, sem lei autorizativa, é o tema do presente artigo.

Primeiramente, analisa-se se o princípio da indisponibilidade do interesse público constitui óbice para o reconhecimento judicial da procedência do pedido pelo ente federativo, de modo que é abordada a relevante diferença entre interesse público primário e secundário, contextualizando as atribuições da Advocacia Pública.

Prosseguindo, destaca-se a importância da parcialidade na atuação da Advocacia Pública, órgão de defesa estatal que é, bem como a possibilidade de, ainda que extraordinariamente, reconhecer a procedência da pretensão autoral em juízo, sem descaracterizar sua atividade típica de defesa, a fim de exercer com maestria a defesa do interesse público.

Em um passo seguinte, discorre-se a respeito da missão da Advocacia Pública, função essencial à justiça, sob o enfoque do controle de juridicidade, de garantir o estado democrático de direito e promover a proteção plena do interesse público. Ressalta-se, então, a necessidade da Advocacia Pública pautar sua atuação nos princípios da legalidade, da juridicidade e da supremacia do interesse público, exercendo advocacia de Estado, e não de governo, sobrelevando a necessidade do reconhecimento da sua autonomia.

Finalmente, analisa-se a possibilidade do membro da Advocacia Pública, sem lei autorizativa, reconhecer judicialmente a procedência do pedido, sendo apresentados balizamentos para a adoção de tal postura processual e os benefícios de tal entendimento.

Em suma, propõe o presente trabalho despertar a ideia de que o reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública, quando o interesse público primário residir inequivocamente com a parte adversa, representa, em verdade, proteção ao interesse público, missão primária da Advocacia Pública, sendo dispensável lei autorizativa nesse sentido.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado, pós-graduada em Advocacia Pública. *E-mail*: anacarolina@pge.sc.gov.br



## 2. Indisponibilidade do interesse público sob a perspectiva da defesa jurisdicional

O regime de direito público é lastreado fundamentalmente nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público, os quais impõem limitações às atividades administrativas, norteados inclusive a atuação da Advocacia Pública.

O postulado da supremacia do interesse público vincula a Administração Pública, a fim de que essa promova o interesse geral, mesmo quando colidente com o interesse individual. Isso porque é da própria essência do Estado, o qual, fundado no regime democrático e sistema representativo, a busca por uma sociedade justa, com a promoção do bem de todos, como expressamente previsto na Constituição Federal (art. 3º, I e IV).

Sendo assim, na hipótese de confronto entre o interesse público e o particular, predominará o primeiro, em homenagem ao princípio republicano, salvaguardados, por óbvio, os direitos e garantias individuais consagrados constitucionalmente.

O princípio da indisponibilidade do interesse público, por sua vez, alberga a ideia de que os bens e interesses públicos – por não pertencerem aos agentes públicos, meros gestores da coisa pública em prol da coletividade, fiéis cumpridores da lei – são indisponíveis.

A nova visão do interesse público está vinculada à concepção da constitucionalização do direito administrativo, que nada mais é do que a sua releitura sob as luzes da Constituição.

Assim, os princípios da supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público são reconstruídos, a fim de que apenas incidam quando consigam conviver harmoniosamente com os direitos fundamentais.

Por oportuno:

A doutrina moderna, então, conclui que: [...] o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais. Quando se invoca o “interesse público” somente se pode ter em vista a realização de direitos fundamentais, cuja titularidade pode ser atribuída ao Estado, precisamente pela inviabilidade de sua realização pelos sujeitos privados, de modo individual. (GIOVANNETTI, 2013, p. 245 *apud* JUSTEN FILHO, 2009, p. 67)

Traçadas tais premissas gerais, importa esclarecer o que vem a ser, então, interesse público primário e secundário, distinção essa de salutar importância para de-

finir os contornos das atividades administrativas e, particularmente, da atuação da Advocacia Pública, já que a essa compete justamente a defesa do interesse público.

Mesmo diante da incerteza do que vem a ser interesse público, própria da indeterminação relativa do direito, pode-se arriscar a, seguindo a linha de inteligência traçada por Renato Alessi, apresentar o interesse público primário como representante do interesse direto da coletividade, como revelador dos próprios objetivos do Estado, sobretudo aqueles arrolados no art. 3º, CF; enquanto o interesse público secundário revela-se como propriamente o interesse particular do Estado, geralmente de cunho patrimonial, na qualidade de pessoa jurídica, sendo mero instrumento para a concretização do interesse público primário. Na eventual colisão entre ambos, prevalecerá o interesse público primário, por constituir a verdadeira razão de ser do Estado.

Ocorre que a delimitação do interesse público primário também comporta indefinições, de modo que se admite até mesmo a colisão entre diversos interesses públicos primários, tanto que o constituinte, ao contemplar as funções essenciais à justiça, segmentou em vários ramos de atuação tal função, repartindo o dever de tutelar o interesse público entre o Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública, cada qual sob sua ótica.

Deve-se, portanto, conceber a aplicação de ambos os princípios – supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público – considerando a existência do interesse público primário e secundário, vistos sob a égide da Constituição da República, em especial, em estrita observância aos direitos fundamentais. Se assim não for, não haverá legitimidade na invocação de tais princípios.

No campo da defesa jurisdicional, indaga-se se as balizas ora apresentadas a respeito dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público devem valer com o mesmo vigor que é encarada na seara administrativa.

Isso porque a prática sedimentada aponta no sentido de que o advogado público deve, sob fundamento, justamente na indisponibilidade do interesse público, defender judicialmente, a qualquer preço, o ente federativo ao qual é vinculado.

Tal prática, à primeira vista, pode fundar-se na própria parcialidade que a atuação do advogado público reclama, ou ainda na ideia de que o interesse público é indisponível, ou de que sua disponibilidade só é admissível quando acompanhada de lei autorizativa que a legitime.

Em relação à primeira assertiva, cabe esclarecer que a regra deve, sim, ser a oposição processual em juízo pela Advocacia Pública, já que se trata de órgão de defesa do Estado, coberto pelo manto da essencial parcialidade.

Certamente, é indispensável órgão de defesa do Estado que seja incumbido de sustentar o ponto de vista desse, apresentando em juízo o entendimento mais condizente com o interesse público que, por sua vez, tem um conceito polissêmico, por se enquadrar como conceito jurídico indeterminado. Incumbe, pois, à Advocacia Pública apresentar a defesa do interesse público sob sua visão, que, corriqueiramente, irá se contrapor ao interesse público defendido sob a perspectiva do Ministério Público, por exemplo.

Excepcionalmente, apenas quando o próprio interesse público recomendar, apenas quando se estiver em uma zona de certeza, na qual não há dúvida que o interesse público reside com a pretensão da parte adversa, quando a compreensão do interesse público, portanto, for unívoca e favorável à parte adversa, a defesa do Estado deverá caminhar no sentido da não resistência processual.

Ilustrativamente, admita-se o caso em que a demanda busca a extinção de crédito tributário com base na prescrição, que é patente sob todos os pontos de vista jurídico, inclusive sob aquele defendido pelo próprio ente federativo. Diante de tal quadrante, detém o advogado público, sem necessidade de lei autorizativa ou aquiescência de superior hierárquico, o poder-dever de reconhecer o pedido autoral, em razão do interesse público repousar em favor da parte contrária indubitavelmente.

Cita-se, ainda, a hipótese de errônea negativa de fornecimento de medicamento pela Administração Pública. Após a judicialização da questão, verificando o advogado público que houve um equívoco da Administração, já que o medicamento é disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde, o reconhecimento da procedência do pedido é a medida mais consentânea com a proteção do interesse público primário.

Por ser situação excepcional, a possibilidade de não oposição processual não desnatura a função de defesa do advogado público, por ser este controlador da juridicidade dos atos da Administração Pública, fiel cumpridor do Estado Constitucional de Direito.

De igual modo não é descaracterizada a função do Ministério Público quando, excepcionalmente, manifesta-se pela absolvição do réu ao final da instrução processual, como bem pontuado por Igor Aragão Brilhante ao tratar do tema<sup>2</sup>.

A resistência acrítica às demandas contra o Estado não pode se fundamentar no princípio da indisponibilidade do interesse público, pois esse se materializa

---

<sup>2</sup> “Ao lado disso, observe-se o receio quanto à desnaturaçãõ da função do advogado público pode ser elidido também a partir de um paralelo com a atuação do Ministério Público na persecuçãõ penal, na qual é incontrolada a possibilidade de, excepcionalmente, não haver oposiçãõ ministerial contra decisões desfavoráveis ou, ainda mais, podendo haver até expressa manifestaçãõ da Acusaçãõ no sentido da absolviçãõ do réu ao final da instruçãõ processual.” (*In* O interesse público como causa de não-resistência processual fazendária: por uma nova postura da fazenda pública em juízo, Igor Aragão Brilhante, p. 91).

apenas quando convive harmoniosamente com os direitos fundamentais, como já explanado.

E não se diga que se trata de ato de disponibilidade de direito público, porque, na hipótese do direito controvertido não militar, indubitavelmente, em favor do ente público, esse não possui direito a ser tutelado. Logo, não se pode falar em disponibilidade do que não se tem; não se pode falar em supremacia do interesse público, quando inexistir a coincidência entre o interesse público primário e secundário, quando a acepção do que venha a ser interesse público não comportar indeterminação ensejadora da defesa estatal.

Ainda, se for o caso de haver interesse público primário em conflito com secundário, cabe, igualmente, ao advogado público, zelador do Estado Democrático de Direito e da boa aplicação da lei que é, cumpridor do princípio da legalidade, fazer valer o primeiro.

O compromisso de parcialidade da Advocacia Pública é com a defesa da ordem jurídica, da juridicidade e do interesse público primário.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha:

Em razão do princípio da legalidade (CF, art. 37), a Administração Pública, uma vez constatando que não tem razão em determinado conflito, tem o dever de dar cumprimento ao direito da parte contrária. Se não há direito em favor do Poder Público, não se pode falar em interesse público, justamente porque atender ao interesse público é cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado. (CUNHA, 2014)

Assim, impõe-se reconhecer que o eventual interesse do administrador (interesse público secundário) não poderá ser chancelado pelo advogado público, quando esse averiguar que o direito controvertido militar na zona de certeza em favor da parte contrária (interesse primário), já que o advogado público vela pela juridicidade dos atos do Poder Público.

Indiscutivelmente, a Advocacia Pública atua na promoção do interesse público primário, já que se propõe a garantir o Estado Democrático de Direito. Portanto, atua tão somente na defesa do interesse público secundário quando esse se confunde com o primário, de modo que havendo conflito entre ambos, deve-se manter na defesa do segundo.

Castro (2008) destaca, com propriedade, que:

Importa consignar, com a ênfase devida, a missão fundamental da Advocacia Pública: sustentar e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito (interesse público primário). Isso significa que a defesa do interesse público secundário, meramente patrimonial ou financeiro, pressupõe compatibilidade com o interesse público primário. O conflito inconciliável entre as duas manifestações do interesse público resolve-se, com o afastamento do secundário, em favor do primário.

Celso Antônio, corroborando com a tese sustentada, preleciona que:

O que se pretende encarecer é que o Poder Público, suas autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas ou quaisquer modalidades de entidades estatais não atuam de acordo com o Direito, mas violam-no, quando se fazem cegos aos direitos alheios fundados na errônea suposição de que estão, dessarte, a defender o “interesse público”. Não há interesse público contra lei. Não há interesse público no sacrifício de direito alheio para colher vantagens patrimoniais. Não é lícito a uma pessoa governamental esquivar-se a cumprir ou a reconhecer o direito de terceiros. (MELLO, 2010, p. 188 a 218).

Ademais, condicionar a não resistência processual do Estado pela Advocacia Pública à lei autorizativa, como sugere, por exemplo, Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>3</sup> e como vem atuando, em regra, a Advocacia Pública nacional, impede-lhe de perseguir a concretização do interesse público primário, não se coadunando com a sua distintiva função essencial à justiça que lhe foi conferida pela Constituição, como se explicará mais adiante.

Por ora, impõe sobrelevar apenas que a lei pode até dispor a respeito das hipóteses em que a Fazenda Pública deverá reconhecer o pedido, para tornar explícita a conduta da Advocacia Pública, para tornar bem demarcada a zona de certeza que

---

<sup>3</sup>Não se tem admitido que a Fazenda Pública reconheça a procedência do pedido. Sendo indisponível o direito tutelado pela Fazenda Pública, não parece ser possível haver o reconhecimento da procedência do pedido. A indisponibilidade, entretanto, comporta gradações. Em algumas situações, embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Poder Público renuncie a determinadas consequências, decorrências ou derivações do bem indisponível. Daí ser possível, por exemplo, a autoridade fazendária, mediante lei, autorizar remissão ou anistia do crédito fiscal. (Retirado do *site*: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-42-reconhecimento-da-procedencia-do-pedido-pela-fazenda-publica/>).

reclama a atuação de não resistência processual da Advocacia Pública, e não para limitar sua atuação. O legislador tem o poder de criar hipóteses exemplificativas de não resistência processual da Fazenda Pública, e não taxativas, sob pena de furtar da Advocacia Pública o seu mister constitucional de função essencial à justiça, editando, portanto, na hipótese de lei taxativa, lei inconstitucional.

Sem dúvidas, é infeliz a percepção de que o advogado público é soldado cego na persecução do interesse público secundário quando esse colida com interesse público primário, precisando de lei que lhe sirva de óculos para corrigir sua suposta visão míope, por não se coadunar com a caracterização de função essencial à justiça que lhe foi conferida pela Constituição.

Diante de tais considerações, é possível concluir que o próprio princípio da indisponibilidade do interesse público, visto sob a perspectiva constitucional, é que impõe o reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública em juízo quando o interesse público primário divagar na zona de certeza em favor da parte postulante.

### **3. Missão da Advocacia Pública sob o enfoque do controle de juridicidade**

A Constituição Federal de 1988 consagra a Advocacia Pública como função essencial à justiça (art. 131 e 132<sup>4</sup>), sendo responsável pela representação judicial e consultoria jurídica da respectiva unidade federada.

É certo que a Advocacia Pública se volta à garantia do Estado Democrático de Direito e que suas matrizes institucionais se lastreiam na ideia de legitimidade democrática e governabilidade, bem como no controle da juridicidade, com o propósito precípuo de proteção ao interesse público.

---

<sup>4</sup> Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º – A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º – O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º – Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

De logo, esclareça-se que o advogado público sujeita-se ao regime estatutário estabelecido pelo ente público ao qual é vinculado e ao regime legal que é regulamentado pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)<sup>5</sup>, além de obedecer às normas da Advocacia de Estado.

O art. 44 do estatuto da Ordem dispõe que a finalidade da OAB é defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

Ainda, o referido estatuto dispõe que é um dos requisitos para inscrição como advogado prestar compromisso perante o conselho (art. 8º, II<sup>6</sup>)

O compromisso aludido, segundo consta no art. 20 do regulamento geral da OAB, consiste na promessa de exercício da advocacia com dignidade e independência, observância da ética, dos deveres e prerrogativas profissionais e defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático, dos direitos humanos, da justiça social, da boa aplicação das leis, da rápida administração da justiça e do aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas<sup>7</sup>.

O código de ética e disciplina da OAB, por sua vez, no art. 2º<sup>8</sup>, prevê que o advogado, indispensável à administração da justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, da cidadania, da moralidade pública, da justiça e da paz social. Prevê também que o advogado público exercerá suas funções com independência técnica, contribuindo para a solução ou redução de litigiosidade, sempre que possível (art. 8º, § 1º).

Gustavo Binenbojm, ressalta, com lucidez, que:

As funções institucionais básicas da Advocacia Pública – consultoria jurídica e representação judicial – devem sempre ser pensadas e reconduzidas a esses dois valores

---

<sup>5</sup> Art. 3º, §1º, da lei nº 8.906/1994 – § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

<sup>6</sup> É um dos requisitos para inscrição como advogado prestar compromisso perante o conselho (art. 8º, II, da lei 8.906/1994).

<sup>7</sup> Art. 20. O requerente à inscrição principal no quadro de advogados presta o seguinte compromisso perante o Conselho Seccional, a Diretoria ou o Conselho da Subseção: “Prometo exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.”

<sup>8</sup> Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.



fundamentais do Estado Democrático de Direito, que são, de um lado, legitimidade democrática e governabilidade, e, de outro, respeito e promoção do controle de juridicidade. (BINENBOJM, 2011)

A promoção do controle da juridicidade pela Advocacia Pública lhe autoriza, no exercício da representação judicial do Estado, a defender a presunção de legitimidade dos atos do Poder Público quando tal presunção se revelar presente.

É papel da Advocacia Pública fiscalizar os limites da juridicidade dos atos do Poder Público, velando, portanto, pela defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos, da justiça e paz social, da boa aplicação da lei, da rápida administração da justiça, da cidadania, da moralidade pública, tudo conforme a Constituição, estatuto, código de ética e regulamento geral da Ordem.

À evidência, o ordenamento jurídico reclama uma atuação da Advocacia Pública compassada com a Constituição Federal, sobretudo com os princípios da legalidade e juridicidade.

Ora, o princípio da legalidade, segundo o qual a vontade da administração deriva da lei, constitui verdadeira garantia dos direitos fundamentais e surgiu com o Estado de Direito, o qual o advogado tem o dever de garantir.

O advogado público, também por se enquadrar na condição de servidor público, submete-se ao princípio da legalidade como todos os demais agentes públicos, como bem pontuado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro. (MELLO, 2015, p. 104)

O princípio da juridicidade, por sua vez, originado da doutrina e não expressamente constitucionalizado, pressupõe a consonância da atividade administrativa com o ordenamento jurídico como um todo, não somente com a legalidade estrita, possuindo, portanto, amplitude maior que o princípio da legalidade.



Forte em tais considerações, é certo que, pautado no princípio da legalidade, investido da sua missão precípua de controle de juridicidade, garantidor que é do Estado Democrático de Direito, deve o advogado público promover a defesa do interesse público e também, ainda que excepcionalmente, justamente para resguardar o próprio interesse público, não oferecer resistência processual quando o direito postulado assentar univocamente em favor da parte adversa.

Com efeito, é preciso, urgentemente, abandonar a retrógrada ideia de que o advogado público é burocrata encarregado de obstacularizar o alcance do direito do administrado, que se presta a promover a defesa do ente público a qualquer preço, sem a preocupação de desempenhar o seu mister de função essencial à justiça.

Dinamarco (2015, p. 20), com prudência, afirma ser um crítico do Estado-inimigo, segundo o qual é aquele “que litiga e resiste em juízo com a consciência de não ter razão, abusando do direito de recorrer com o objetivo de postergar a satisfação de suas vítimas;”

Para fortalecer ainda mais os argumentos lançados, recorre-se a Silva que, citando Machado, alerta:

[...] é ultrapassado o entendimento segundo o qual o princípio da legalidade e da indisponibilidade impõem que a fazenda pública deve buscar os seus créditos a todo custo, ainda que sejam irrisórios ou de satisfação extremamente improvável. O princípio da eficiência, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, determina que o agente público sempre leve em consideração se o resultado almejado é condizente com o esforço para alcançá-lo. (SILVA, 2013, p. 134-160)

O controle que o advogado público deve fazer sobre a Administração Pública visa até mesmo à redução da corrupção, praga cimentada na sociedade brasileira e que necessita de todas as frentes de combate possíveis, conforme já anunciado por Medauar (2002) ao afirmar que: “Certo é que, mais efetivos se mostrassem os mecanismos de controle sobre a administração, menor seria o índice de corrupção” (MEDAUAR, 2002. p. 456).

Não se pode conceber o advogado público como advogado de governo, mas sim de Estado, em que zela pelos interesses primários e secundários desse e, na hipótese de ambos os interesses colidirem, deve, sem dúvidas, consagrar a defesa dos primeiros.

Daí, muito embora não seja objeto do estudo deste trabalho, convém pontuar a importância do reconhecimento da autonomia da Advocacia Pública, pauta da vez nas rodas jurídicas, imprescindível para a garantia da atuação independente do

advogado público na concretização das normas constitucionais e infraconstitucionais e, logicamente, instrumento de garantia do administrado à justiça e paz social.

Incontestavelmente, diante desse insigne papel do advogado público, não é possível conceber sua atuação escurrita e absolutamente independente sem se pensar em uma Advocacia Pública com autonomia administrativa e financeira.

Ora, sob tal ângulo, é inegável que constitui percurso obrigatório para que a Advocacia Pública possa se firmar no cenário jurídico de forma absolutamente independente e proba, concretizando a lei e a Constituição, o reconhecimento da sua autonomia.

Não é demais registrar que tal propósito, inclusive, foi o do constituinte originário. A Constituição Federal trata no Título IV “Da Organização dos Poderes”, disciplinando nos Capítulos I, II e III, respectivamente, as questões atinentes aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, reservando para disciplinar a Advocacia Pública no Capítulo IV, o qual foi intitulado de “Das Funções Essenciais à Justiça”.

Em outros termos, se a Advocacia Pública não está inserida no Capítulo II “Do Poder Executivo”, e sim no Capítulo IV “Das Funções Essenciais da Justiça” é justamente porque não se tem a ideia de submetê-la hierarquicamente ao Poder Executivo, mas de torná-la meio de promoção à justiça.

Corroborando esse entendimento a circunstância de que a Advocacia Pública é incumbida da defesa judicial dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como do Tribunal de Contas, Ministério Público e outros órgãos que integram o ente público.

O advogado público, ademais, não deve estar necessariamente vinculado às diretrizes superiores, como exige o regime hierárquico, sob pena de não ter meios para exercer o que se denomina Advocacia de Estado.

O advogado público, por ostentar a condição singular de advogado, possui a indispensável garantia de independência funcional, a qual é concebida expressamente para os advogados pela Constituição Federal, art. 133, ao anunciar que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”, de modo que tal norma é disciplinada pelo § 3º do art. 2º, 6º, 7º, 18, 31 e 32, todos do estatuto da Ordem.

A independência funcional do advogado público, apesar de não prevista expressamente na norma constitucional, como está para os magistrados e defensores, por exemplo, é decorrência lógica da Constituição, conforme sustenta a melhor doutrina. Ela deriva, portanto, das competências implícitas atribuídas à Advocacia Pública pela lei maior e do seu próprio enquadramento como integrante das funções essenciais à justiça.

Em outras palavras, se a única forma de alcançar o fim delimitado em uma

competência expressa depender de um poder de agir implícito, esse é permitido, porque, se assim não fosse, o poder previsto na competência expressa não seria realizado.

Desse modo, como a função essencial à justiça concebida à Advocacia Pública apenas pode ser alcançada com a independência funcional de seus membros, é inegável que foi concedida a esses, ainda que implicitamente sob o ponto de vista constitucional, a garantia em tela.

O advogado público não se limita à defesa dos interesses patrimoniais do ente público, cabendo-lhe, igualmente, a defesa da moralidade pública e o respeito ao princípio da eficiência, sempre a serviço da sociedade e dos governantes idôneos.

Ora, como se conceber tal ofício ao advogado público sem lhe garantir em contrapartida a indispensável independência funcional?

Sem dúvidas, a Advocacia Pública é instrumento de controle dos atos do Poder Público. Tal é visível nas atividades de consultoria e assessoramento jurídico, em que a atuação do procurador é imprescindível para a observância da juridicidade dos atos administrativos, bem como para a implementação das políticas públicas. E o referido controle estende-se, indubitavelmente, para a atividade contenciosa, tanto é verdade que há previsão expressa em diversas leis, como por exemplo, na Lei de Improbidade (art. 17, *caput*, § 3º) e na Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, *caput* e § 2º).

Esse entendimento, aliás, já foi adotado pelo próprio Supremo Tribunal Federal ao interpretar, em 2009, em verdadeira virada jurisprudencial, o art. 103, § 3º, da CF. Sedimentou-se, então, o entendimento de que o Advogado-Geral da União não é obrigado a defender constitucionalidade de norma, em sede de ADIN, se assim parecer de conveniência a defesa da sua inconstitucionalidade (ADIN nº 3.916/DF). Reconheceu-se, em outros termos, a independência funcional da Advocacia Pública e sua importância no controle de juridicidade dos atos públicos, preservando a convicção jurídica do advogado público.

Decerto, é ainda na atividade contenciosa, por meio do reconhecimento da procedência do pedido, que a Advocacia Pública deve continuar e majestosamente cumprir seu papel de proteção ao interesse público, de controle das ações do poder público e de garantidor do Estado Democrático de Direito, com a promoção da justiça e paz social, contribuindo, inclusive, para a celeridade do feito e redução de litigiosidade.

Para Moreira Neto (2005):

Com efeito, o dever precípua, cometido aos Advogados e Procuradores de qualquer das entidades estatais é o de sustentar e aperfeiçoar a ordem jurídica, embora secundariamente, e sem

jamais contrariar essa primeira diretriz constitucional, possam esses agentes atuar em outras missões de natureza jurídica ou administrativa voltadas às atividades-meio, como aquelas, como aquelas que se desenvolvam em sustentação às medidas governamentais, à assessoria jurídica, à direção de corpos jurídicos etc.

Mas é muito importante é ter-se presente que, em caso de colidência entre as atribuições secundárias, que por ventura lhe sejam cometidas, com aquelas duas, primárias, estas deverão prevalecer sempre, por terem radical constitucional, ou seja, em síntese: por serem missões essenciais de sustentação de ordem jurídica.

Destarte, exemplificando: qualquer interesse da Fazenda Pública em juízo estará sempre subordinado aos princípios referidos, devendo, por isso, recusar-se, o Advogado Público, a atuar por mero interesse arrecadatório, quando despido de legitimidade; recusar-se a advogar com fins emulatórios; recusar-se a recorrer sistematicamente contra jurisprudência pacificada ou apenas com intenções protelatórias; recusar-se a obedecer a ordens hierárquicas que depassem da organização burocrática dos serviços para interferirem na condução formal e material dos processos administrativos e judiciais a seu cargo e outras desse jaez.” (MOREIRA NETO, 2005, p. 48)

A atuação proativa do advogado público é característica própria dessa função de Estado, porque tem o propósito de evitar litígios desnecessários, sendo o reconhecimento do pedido pela Fazenda Pública, uma das formas de concretização de tal característica.

Quando o interesse público primário patentemente pertencer à parte autora, o reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública, sem autorização legislativa, encontra assento na função constitucional conferida à Advocacia Pública, nos princípios da legalidade e juridicidade, no estatuto, regulamento geral e código de ética e disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como na independência funcional assegurada aos advogados, sendo que a autonomia da Advocacia Pública é reclamo que visa à sedimentação de tais propósitos.

## 4. Reconhecimento do pedido pela Fazenda Pública

Dentre as possibilidades oferecidas ao réu quando citado, tem-se o reconhecimento da procedência do pedido, ato unilateral por meio do qual é reconhecida, total ou parcialmente, a juridicidade da pretensão contra ele dirigida pela parte adversa, autorizando a extinção do feito com resolução do mérito (art. 487, III, a, CPC<sup>9</sup>).

A concordância expressa da pretensão autoral pelo réu constitui ato de disposição de direito, já que há a aceitação pelo réu dos aspectos fáticos narrados pela parte contrária e submissão às consequências jurídicas daí advindas, desaguando, quando se trata de reconhecimento total do pedido, em uma sentença homologatória de mérito, desde que superadas eventuais questões preliminares.

O reconhecimento do pedido feito pelo réu depende de capacidade processual e para ser parte, devendo ser formulado expressamente, por quem tem poderes especiais (art. 105, do CPC<sup>10</sup>).

Nesse ponto, ressalva-se que os entes federados são apresentados em juízo pelos advogados públicos (art. 75, I, II e III, do CPC) e que estes manifestam judicialmente a vontade da entidade pública, como já, inclusive, reconhecido pelo STF, RE 259022-3, Sepúlveda Pertence<sup>11</sup>, independentemente de procuração, como previsto expressamente no novo Código de Processo Civil (art. 287, III).

O reconhecimento do pedido feito pela Fazenda Pública, sem lei autorizativa, à primeira vista, pode gerar a falsa conclusão que há violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público e atuação indesejável do advogado público, que, pela natureza de sua atribuição, deve preservar sua parcialidade processual, faltando-lhe ainda legitimidade para tanto. Daí a ideia de ser obrigação da Fazenda Pública, por meio de seu corpo de procuradores, resistir irracionalmente à pretensão autoral deduzida em juízo.

---

<sup>9</sup> Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) III – homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

<sup>10</sup> Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

<sup>11</sup> EMENTA: I. Benefício previdenciário mantido pela Previdência Social na data da promulgação da Constituição de 1988: aplicação da regra do art. 58, ADCT e não a do art. 202, *caput*, CF: precedentes. II. Benefício previdenciário concedido na vigência da Constituição de 1988: não aplicação do critério de reajuste previsto no art. 58, ADCT: precedentes. III. Advocacia de Estado: dispensa de procuração dos seus integrantes, que a L. 8.906/94 não afetou, sequer antes do advento do art. 9º da L. 9.469/97, que apenas explicitou corolário de seu regime, que não é de mandatário, mas de órgãos de representação (*rectius*, de apresentação) em juízo das entidades públicas respectivas. (RE 259022, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 04/04/2000, DJ 05-05-2000 PP-00040 EMENT. VOL.-01989-08 PP-01788).

Segundo anunciado por Cunha (2014), “Não se tem admitido que a Fazenda Pública reconheça a procedência do pedido. Sendo indisponível o direito tutelado pela Fazenda Pública, não parece ser possível haver o reconhecimento da procedência do pedido.”

Ocorre que o reconhecimento do pedido pela Fazenda Pública, como dito, não revela desrespeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público, mas atuação escurrita em prol do interesse público.

Repita-se, não há que se falar em disponibilidade do interesse público quando a titularidade do direito em litígio não pertencer ao ente público, não há interesse público a ser protegido, não há disponibilidade de direitos, a não ser, no máximo, de interesses públicos secundários, que não merecem proteção quando colidentes com interesses públicos primários, porque se tornam ilegítimos. Entender o contrário resulta em flagrante desrespeito ao direito do administrado, pois é certo que ninguém deve locupletar-se com o dano de outrem ou o prejuízo alheio (*Nemo locupletari debet cum aliena injuria vel jactura*).

E mais, a Administração Pública está jungida aos princípios da legalidade e juridicidade, devendo, por óbvio, obedecer e promover o cumprimento da Constituição e da legislação em vigor, de modo que não há razões a justificar a atuação do advogado público dissociada da ordem jurídica e do interesse público.

Como decorrência do princípio da legalidade, tem-se o princípio da autotutela, em que a Administração Pública exerce o controle da legalidade sobre os seus próprios atos, anulando-os quando ilegais e revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos, sem ingerência do Poder Judiciário.

A propósito, o próprio Poder Judiciário já reconheceu expressamente por meio de duas súmulas do STF o princípio da autotutela, *in verbis*:

Súmula 346 – Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473 – A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

O princípio da moralidade subordina a atuação administrativa aos princípios éticos, compreendidos os princípios da lealdade e boa-fé.

Indubitavelmente, deve-se evitar a existência da chamada “administração paralela”, explicada por Agustin Gordillo em citação feita por Di Pietro (2007), como

um “parassistema jurídico-administrativo, que revela existirem, concomitantemente, procedimentos formais e informais, competências e organizações formais e informais, a Constituição real e o sistema paraconstitucional, o governo instituído e o governo paralelo e, também, a existência de dupla moral ou de duplo *standart* moral, que está presente em todos os setores da vida pública ou privada. Ele cita o caso do comerciante que quer denunciar o competidor desleal que não paga os impostos, o do estudante que “cola” nos exames, o do professor que não ensina, e em geral o de todos aqueles que exercem uma atividade qualquer sem dedicação, sem responsabilidade, sem vocação, sem espírito de servir à comunidade. Acrescenta ele que “a dupla moral implica o reconhecimento de que o sistema não deve ser cumprido fiel nem integralmente, que ele carece de sentido; é o parassistema o que dá realidade e sentido obrigacional às condutas individuais” (DI PIETRO, 2007, p. 71).

Para Dinamarco (2005) “o advogado público conta, hoje, com uma série de instrumentos que o permitem colaborar com a resolução de processos em um tempo razoável ou até mesmo evitar a judicialização de questões desnecessariamente”.

Sendo assim, percebe-se que é ilegal, ineficiente, eivada de má-fé e de imoralidade a conduta do advogado público que insiste em litigar em juízo, dando azo à existência da chamada administração paralela, quando sabe que a parte adversa possui claramente a titularidade do direito discutido.

Entretanto, a doutrina, em regra, apenas tem apontado a possibilidade do advogado público reconhecer a procedência do pedido quando haja lei assim estabelecendo, sob o argumento de respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Nesse passo, não é demais trazer à baila a seguinte citação:

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha, além das peculiaridades supracitadas que cercam a atuação processual da Fazenda Pública, também a doutrina não tem admitido, em regra, que a Fazenda Pública reconheça a procedência do pedido, já que se diz indisponível o direito tutelado por ela. Por isso, têm-se celebrado transações apenas quando haja lei conferindo tal possibilidade ao Procurador-Geral ou ao Advogado-Geral do ente público, o qual, por sua vez, autoriza ao procurador do processo específico a celebrar a transação. (GIOVANNETTI, 2013, p. 248)

Ocorre que o reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública não pode ser admissível apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei, por frustrar a função essencial à justiça atribuída constitucionalmente à Advocacia



Pública e até mesmo por ser impossível arrolar todas elas previamente na legislação.

Frisa-se, a legitimidade da Advocacia Pública de assim proceder tem guarida constitucional, por ser enquadrada em função essencial à justiça, defensora do interesse público, e, ao lado do legislador, tem o poder-dever de, ao identificar os casos que reclamam não resistência processual, promover a defesa do interesse público, que, eventualmente, significa reconhecer a procedência do pedido em juízo, fortalecendo, inclusive, a gestão do governante escoreito.

Não é por acaso que Mello (2015) disse:

Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. (MELLO, 2015, p. 123)

Deveras, revela-se inconstitucional obrigar o advogado público a defender irracionalmente o ente federativo que está vinculado quando o interesse público inequivocamente reside em favor da parte opositora, sob o fundamento de que inexistente lei autorizativa, porque tal propósito colide frontalmente com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência.

Ora, se a própria Administração Pública deve exercer o controle dos seus atos, conforme autorizado pelo princípio da autotutela, nada mais incoerente que excluir o advogado público do alcance de tal princípio, já que lhe foi atribuída justamente a incumbência de controle de legalidade e juridicidade dos atos administrativos, independentemente da judicialização ou não da controvérsia. Trata-se, em verdade, do último controle interno da Administração Pública antes da submissão da questão ao crivo do Poder Judiciário (controle externo).

Acrescente-se que o advogado de Estado é um órgão unipessoal, que desfruta independência funcional, que deve ter suas convicções pessoais salvaguardadas, tudo para garantir-lhe a defesa do interesse público.

Com autoridade, Moreira Neto enfatiza:

Realmente, os Advogados de Estado não necessitarão de autorização hierárquica ou de beneplácito superior para atuarem, de acordo com sua ciência e sua consciência, como órgão tecnicamente independentes, pois que o são, do contrário, teriam frustrada sua missão de controle de juridicidade plena (compreendida a legalidade, a legitimidade e a licitude) e de



mantenedores e aperfeiçoadores da ordem jurídica, funções essas que devem desempenhar como agentes constitucionais essenciais à justiça. (MOREIRA NETO, 2005, p. 50)

Sem dúvidas, embora a parcialidade do advogado público é própria da sua atuação, integrante de órgão de defesa do Estado que é, tal característica não tem contornos absolutos, limitada que deve ser pela Constituição Federal, pelos direitos fundamentais, pela juridicidade, pela legalidade, pela impessoalidade, eficiência e pela a independência funcional do advogado, que estão adstritos intrinsecamente ao exercício da Advocacia Pública.

A Advocacia Pública, extraordinariamente, quando averiguar que o direito pertence indiscutivelmente à parte adversa, ao reconhecer a procedência do pedido em juízo, consagra a capacidade de seu poder decisório, o compromisso de sua atuação pautada no ordenamento jurídico, a responsabilidade de seu ofício, o favorecimento do próprio interesse público, servindo, pois, ao povo, fim último do Estado, bem como aos governantes comprometidos com a ordem jurídica.

Reconhecer a pretensão autoral significa ainda aumento de credibilidade da Advocacia Pública perante o Poder Judiciário e sociedade, redução de litigiosidade, contenção de custos ao erário, seja em razão da abreviação de atos processuais, com a consequente redução do uso da máquina pública, seja em razão dos valores fixados a título de honorários advocatícios, considerando que o novo Código de Processo Civil prevê a hipótese de sucumbência recursal (art. 85, § 11º) e de redução pela metade dos honorários quando o réu reconhece a procedência do pedido e, simultaneamente, cumpre integralmente a prestação reconhecida (art. 90, § 4º) Entender de modo contrário revela até mesmo um desprestígio da própria carreira, que abre mão de parcela do exercício de relevante atribuição que lhe foi conferida consistente no controle da juridicidade da atividade administrativa no âmbito judicial.

Castro (1997), ao se referir à postura das procuradorias que não se curvam ao direito da parte adversa quando verificado que com ela encontra-se a razão, verbera que:

(...) faz-se tabula rasa de sua capacidade e de seu poder decisório, colocando no colo do Poder Judiciário todo o trabalho e toda a responsabilidade por qualquer decisão. Com isso, a Administração Pública tem aberto mão do seu poder de decidir, em detrimento do interesse público! (CASTRO, 1997, p. 13 a 28)

Por outro lado, é cauteloso afirmar que a festejada independência funcional

não possui caráter absoluto, coexistindo sabiamente com os princípios constitucionais da impessoalidade, isonomia e eficiência, bem como com a ideia de uniformidade da defesa judicial do interesse público.

Logo, sobretudo diante da indefinição do que venha a ser interesse público primário, completamente viável à criação de orientações internas balizadoras da atuação do advogado público, especialmente em demandas repetitivas, desde que busquem a padronização de atuação, isonomia, impessoalidade e eficiência na defesa judicial, o que servirá ainda para não desnaturar a atribuição essencial de órgão de defesa da Advocacia Pública, como para servir de referência ao advogado público no desempenho de seu ofício.

Neste ponto, importa consignar que não é objeto do presente artigo arrolar as hipóteses autorizativas de reconhecimento do pedido pela Fazenda Pública, nem definir os critérios que deverão ser adotados nessa seara, mas apenas despertar a ideia de que o reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública representa poder-dever da Advocacia Pública.

Ressalva-se, prosseguindo, a possibilidade do membro da Procuradoria recusar-se ao cumprimento de tais diretrizes quando entender que tal posicionamento institucional viola suas convicções individuais, o que deve fazer fundamentadamente e de acordo com os regramentos institucionais, cabendo o direcionamento da causa para outro procurador.

Registre-se que não se quer defender aqui a irrestrita possibilidade da Advocacia Pública reconhecer a procedência de pedido, mas de assim o fazer quando o interesse público primário assentar em favor da parte autora, de modo inequívoco.

Vale retornar a Moreira Neto (2005) que, ao tratar do dever constitucional do advogado de Estado de aperfeiçoamento da ordem jurídica, expõe:

A violação dessa independência funcional no plano hierárquico, a pretexto da imposição de vontade atentatória à consciência do Advogado de Estado, poderá caracterizar abuso de poder, mesmo se perpetrando no contexto interno da hierarquia do órgão coletivo de criação infraconstitucional (Procuradorias), uma vez que o Advogado de Estado é, por ser um advogado e por definição constitucional, um órgão unipessoal. Conforme se expôs, o que se pode admitir é a flexibilização dessa regra na atividade contenciosa, para que o Advogado do Estado observe normas técnicas internas do próprio órgão coletivo a que pertença, desde que dirigidas ao logro de maior eficiência da defesa judicial e, ainda assim, desde que o conteúdo técnico dessas normas internas não se confronte com convicções individuais já publicamente assumidas, porque, como

se explicou, neste caso, não só feririam a consciência do Advogado, obrigando-o a *venire contra factum proprium* e a se desdizer, como desserviriam à idoneidade da própria defesa pretendida. Todavia, em qualquer caso, esse tipo de dissenso poderá ser levado à discussão interna, no âmbito do órgão coletivo a que corresponda em cada Procuratura, e, por certo, sempre, externamente, perante o Poder Judiciário. (MOREIRA NETO, 2005, p. 53)

Para arrematar, é válido salientar que os excessos de limitações para atuação do advogado público que pretende reconhecer pedido judicialmente, geralmente oriundos do chefe do Poder Executivo, não são bem-vindos, porque inconstitucionais.

É que, geralmente, tais regramentos constituem açodamento à atribuição de função essencial à justiça conferida pela Constituição Federal à Advocacia Pública, violação à garantia individual da duração razoável do processo e, irremediavelmente, do devido processo legal.

Referidos regramentos, no entanto, são escassos quando o Chefe do Poder Executivo atua de forma legítima e íntegra, buscando salvaguardar o interesse público primário. Nessas hipóteses, há inevitável fortalecimento do vínculo entre o governo e a Advocacia Pública, resultando em ganho incomensurável para a sociedade.

Nesse passo, não é demais citar posicionamento doutrinário que segue a linha de intelecção ora defendida:

Advogamos, portanto, contra a tese de que seria necessária autorização do Chefe do Poder Executivo competente para os casos de submissão judicial por parte da Fazenda Pública, na medida em que não existe prejuízo patente para a coletividade, quando esta atuação é proba e sensata. As inúmeras Portarias, Decretos e demais normas infraconstitucionais editadas para criar entraves à transação, à submissão e à desistência padecem de irremediável inconstitucionalidade e ilegalidade, na medida em que diminuem o alcance das garantias individuais da duração razoável do processo, da economia processual, da lealdade processual, do devido processo legal, a cooperação, da boa-fé, dentre muitos outros. (GIOVANNETTI, 2013, p. 265)

De mais a mais, a possibilidade de desvio de conduta do advogado público ao reconhecer a procedência do pedido, por se tratar de excepcionalidade, não pode ser empecilho para sua admissibilidade, como bem pontuado pelo ministro Marco

Aurélio, na ADI 470, DJ 11/10/2002, ao conclamar:

O grande problema, no Brasil, é que invertamos a ordem natural das coisas. Passamos, como que, no campo público, principalmente quanto à representatividade, a presumir o excepcional, o extraordinário, o extravagante. Que aquele credenciado a agir, representando os interesses do Estado, venha a claudicar, porque cooptado pela parte contrária para não interpor um recurso, para não peticionar dessa forma ou para desistir.

Sem dúvidas, é preciso consignar que o advogado público responderá na hipótese em que agir com desvio de conduta, inclusive se assim proceder ao praticar o ato processual de reconhecimento do pedido em juízo.

É certo que a intangibilidade do advogado, muito embora consagrada na Constituição Federal (art. 133) e na legislação infraconstitucional (lei nº 8.906/1994), esbarra, por não ser direito absoluto, nos termos do art. 186 c/c art. 927, do Código Civil, segundo os quais preveem que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e fica obrigado a repará-lo.

Ainda, o art. 32 da lei 8.906/1994, dispõe que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Sendo assim, a possibilidade do advogado reconhecer o pedido da parte adversa deve ocorrer diante de prévia e plausível fundamentação, amparada em substanciais argumentos jurídicos, sob pena de, porque dispôs indevidamente do interesse público, porque se despiu indevidamente da parcialidade própria da condição de advogado, responder perante o controle interno, por meio da corregedoria do órgão ao qual é vinculado, e externo, perante o Tribunal de Contas, Ministério Público, Poder Legislativo e até mesmo pelo cidadão que poderá ajuizar ação popular ou representar perante os órgãos competentes.

Todavia, a questão relativa à responsabilização do advogado público quando reconhecer a procedência do pedido judicialmente, tal qual quando emite um parecer em atividade de consultoria jurídica, deve ser vista com prudência pelos órgãos de controle.

Isso porque o direito, por recusar-se a ser ciência exata, comporta interpretações múltiplas, interpretações no mais das vezes contraditórias.

Partindo de tal pressuposto, o advogado deve ficar a salvo de responsabilizações quando emitir sua opinião em determinado caso lastreado em interpretação razoável, fundado no dever da boa-fé e cooperação, na boa aplicação da justiça e na

sustentação da ordem jurídica.

Com efeito, o reconhecimento do pedido pode se dar pelo procurador, desde que, na busca pela defesa do interesse público primário, o faça de maneira fundamentada e, cumulativamente, esteja alicerçado em interpretação condizente com as possíveis interpretações cabíveis para o caso concreto, em jurisprudência ou em doutrina balizada, em zona de certeza em que o direito postulado assenta em favor da parte opositora, mas longe da teratologia, da má-fé, do erro grosseiro, sob pena de responsabilização, até porque a defesa do interesse público primário é sua incumbência máxima.

Dallari (2001) pontifica que “Direito é divergência. Diferentes interpretes, partindo de diferentes premissas, podem chegar a diferentes conclusões. A doutrina já avançou o suficiente para perceber que os textos legais comportam uma pluralidade de interpretações”.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, no MS 24.073/DF, sob a relatoria de Carlos Velloso, ao discutir a responsabilização de advogado de empresa estatal pela emissão de parecer para contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da Lei de Licitações, afastou a responsabilização solidária do referido advogado, consagrando a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Veja excerto do voto:

Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável. (MS 24.073/DF, 2003)

Em suma, ao advogado público é garantido o direito de reconhecer a procedência do pedido judicialmente, medida excepcional a ser adotada, independente de lei autorizativa, desde que o faça imbuído da persecução do interesse público primário e adote fundamentação adequada, sujeita à responsabilização em todas as órbitas jurídicas. Ademais, são legítimas as orientações institucionais que traçam balizamentos com o escopo de concretizar os princípios da isonomia, imparcialidade e eficiência, ressalvada a possibilidade do advogado público, fundamentadamente e de acordo com os regramentos institucionais, eximir-se de seu cumprimento.

## 5. Considerações finais

A possibilidade do advogado público, pautado no controle da juridicidade, reconhecer a procedência do pedido no bojo de uma demanda judicial é controvertida, tendo em vista especialmente o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ocorre que é justamente o princípio da indisponibilidade do interesse público que exige o reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública em juízo.

Isso porque o advogado público, norteador da Administração Pública no cumprimento de seus deveres, incumbido que é de função essencial à justiça, deve privilegiar o interesse público primário quando confrontado com o interesse público secundário.

Com efeito, o advogado público, por ser garantidor do Estado Democrático de Direito, investido que está, por ordem da Constituição Federal, em função essencial à justiça, tem o poder-dever de defender o interesse público primário e reconhecer o pedido judicialmente quando este repousar em zona de certeza a favor da parte opositora, pois não há violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, quando este não pertencer ao ente público.

O reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública não pode ser exercido apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei, seja porque seria impossível arrolar todas elas; seja porque acabaria por frustrar a função essencial à justiça atribuída constitucionalmente à Advocacia Pública; ou seja porque representaria violação aos princípios da legalidade, juridicidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoável duração do processo e devido processo legal.

A legitimidade da Advocacia Pública de assim proceder tem guarida constitucional, por ser enquadrada em função essencial à justiça, defensora do interesse público, e, ao lado do legislador, deve, ao identificar os casos que reclamam não resistência processual, promover a defesa do interesse público, o que, eventualmente, significa reconhecer a procedência do pedido em juízo.

Ademais, como a função essencial à justiça concebida à Advocacia Pública apenas pode ser alcançada com a independência funcional de seus membros, é inegável que foi concedida a estes, ainda que implicitamente sob o ponto de vista constitucional e expressamente pela legislação infraconstitucional, a garantia em tela.

A independência funcional do advogado público também legitima o reconhecimento do pedido em juízo, conduta inerente a sua atribuição de controlador da juridicidade dos atos da Administração Pública, bem como de garantidor do Estado Democrático de Direito, independentemente de lei específica autorizativa.

Tal independência, entretanto, deve se ajustar às orientações internas da instituição a qual o advogado público está vinculado, especialmente em demandas repetitivas, em razão dos princípios da isonomia, impessoalidade e eficiência, ressalvado o direito de não seguir tais comandos quando fundamentadamente e de acordo com a normativa interna assim entender.

Os excessos e desvios de conduta do advogado público ao reconhecer a procedência do pedido, no entanto, devem ser fiscalizados e punidos pelos órgãos internos e externos, inclusive pelo cidadão, mas não pode servir para afastar a possibilidade de a Advocacia Pública exercer seu mister e, extraordinariamente, reconhecer a procedência do pedido.

O reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública representa benefícios inestimáveis para o povo, que terá a garantia de ter seu legítimo interesse reconhecido prontamente pela Fazenda Pública, com maior celeridade na prestação jurisdicional, acarretando a redução de litigiosidade; para o Poder Judiciário, que reduzirá o seu trabalho, diante de um processo abreviado; para os cofres públicos, diante da contenção do uso da máquina pública, bem como em razão dos menores encargos sucumbenciais; para a Advocacia Pública, por assumir sem ressalvas o controle da juridicidade dos atos públicos; para o ente federativo, por gerar credibilidade perante o Poder Judiciário e a sociedade, além de alcançar seu objetivo de promover o interesse público.

Forte em tais premissas, conclui-se que, quando o interesse público primário notoriamente repousar na zona de certeza em favor da parte autora, deve a Advocacia Pública reconhecer a procedência do pedido, mesmo que inexista lei autorizativa nesse sentido.

## 6. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGM*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS 24.073/DF, rel. min. Carlos Velloso, j. 06/11/2002, DJ, 2003.



BRILHANTE, Igor Aragão. *O interesse público como causa de não resistência processual fazendária: por uma nova postura da fazenda pública em juízo*. 2012. 106 fl. Dissertação (mestrado em direito), Universidade Católica de Pernambuco, Recife, Pernambuco.

CASTRO, Aldemario Araujo. *A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública*. UFSC, 2008. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16501-16502-1-PB.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2015.

CASTRO, Sonia Rabello de. Uma nova concepção para a advocacia pública no Brasil. A atuação da Procuradoria-Geral do município do Rio de Janeiro no período 1993-1996. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro – RDPGM*. Rio de Janeiro. V. 1. N. 1. p. 13 a 28. 1997.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 42 – Reconhecimento da procedência do pedido pela fazenda pública*. 2014. Disponível em: < <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-42-reconhecimento-da-procedencia-do-pedido-pela-fazenda-publica/>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

CURY, Tiago Gubert. Entre a judicialização e a juridicização da política: o espaço que cabe à advocacia de Estado. In: *Revista Digital da ESAPERGS*, nº 4. Rio Grande do Sul. 20 de abr. 2016. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/revistadigital/no-4-20-de-abril-de-2016/>. Acesso em: 26 jun. 2016.

DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e particular. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, nº 28. Salvador: PGE-BA, jul./dez. 2001, p. 153/167.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. Ver., atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www.processo.civil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71.



GIOVANNETTI, Lara Ferreira. O reconhecimento jurídico do pedido pela fazenda pública sob uma ótica neoconstitucionalista. Periódico Semestral da Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Ano 7. Volume XI. Rio de Janeiro, 2013, p. 245. ISSN 1982-7636. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_11a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_11a_edicao.pdf)>. Acesso em: 3 jul. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 456.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, 32. ed., São Paulo: 2015, p. 104.

\_\_\_\_\_. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 199 a 218.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de estado revisitada essencialidade ao estado democrático de direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*. Vitória, v. 4, n. 4, 2º semestre 2005. ISSN 1808-897 X. Disponível em: <<http://pge.es.gov.br/Repositorio/ArquivosConteudosEditaveis/1/56a04a85-1.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2015.

SILVA, Ana Carolina Pinheiro da Costa. A autonomia funcional da advocacia pública na defesa dos direitos humanos diante de sua violação pelo Estado. 3º lugar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Porto Alegre, v. 33, n. Ed. Esp., p. 109.

SILVA, Marcello Terto e. A fazenda pública em juízo, o reconhecimento do pedido e a nova advocacia pública. *Revista de Direito da PGE – GO*, vol. 24, p. 134-160.

SILVA, Reinaldo Pereira e. A autonomia funcional do procurador do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Florianópolis, vol. 4, p. 9-33, DIOESC, 2015.

TALAMINI, Eduardo. A (In) Disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 30, v. 128, out. 2005, p. 59-77. Disponível em: <[http://www.academia.edu/231461/A\\_in\\_disponibilidade\\_do\\_interesse\\_publico\\_consequencias\\_processuais](http://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais)>. Acesso em: 22 jun. 2015.

# **Dispensa de averbação, no registro imobiliário, do ajuizamento de execução fiscal para a caracterização de fraude à execução na alienação de imóvel: o art. 54 da lei nº 13.097/2015 e sua inaplicabilidade à Fazenda Pública**

*André Martinez Rossi<sup>1</sup>*

## **1. Introdução**

A recente sanção da lei nº 13.097, de 19/01/2015, na qual foi convertida a medida provisória 656/2014, trouxe inovações em campos variados do ordenamento jurídico. Dentre essas novidades, vale registrar aquelas previstas no seu capítulo III, que trata “Dos Registros Públicos” (artigos 53 a 62), em especial o seu art. 54.

Por meio do referido art. 54, a mencionada lei buscou realçar o papel do denominado princípio da concentração que vige no direito notarial e registral, que visa, em apertada síntese, concentrar todos os atos que possam afetar os imóveis e respectivos direitos reais na matrícula respectiva junto ao registro de imóveis. E isso para garantir que negócios jurídicos relativos a direitos reais sobre imóveis sejam eficazes em relação a atos jurídicos que não tenham sido averbados na matrícula desses mesmos imóveis, inclusive o ajuizamento de ações judiciais.

Em outros termos, caso, por exemplo, a informação sobre o ajuizamento de uma ação judicial não seja averbada na matrícula do imóvel do devedor, o credor, autor da ação, não poderá questionar negócios jurídicos futuros envolvendo esse mesmo imóvel, buscando declará-los ineficazes, sob a alegação de ocorrência de fraude, por conta da existência dessa mesma demanda judicial.

Contudo, apesar de que o objetivo declarado do dispositivo seja conferir maior segurança jurídica às relações envolvendo direitos reais sobre imóveis, é preciso que o alcance de referido dispositivo seja delimitado em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, sob pena de deturpação de sua finalidade.

Dessa maneira, o presente trabalho possui o objetivo de contribuir para a discussão do tema, demonstrando que o dispositivo em comento, além de juridicamente frágil, não se aplica à Fazenda Pública, mormente nos casos de ajuizamento de execuções fiscais, que possuem regramento jurídico próprio no que tange à

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de Santa Catarina, com atuação na Procuradoria Regional em Caçador, é formado em direito pela PUC-SP e em economia pela USP, é especialista em direito tributário pela FGV-SP e em advocacia pública pela AVM Faculdade Integrada.

caracterização da fraude à execução. E isso especificamente com relação à alienação de imóveis, já que a lei nº 13.097 tratou unicamente desses bens, muito embora a fraude à execução fiscal também se aplique a bens móveis.

Em síntese, a se considerar a importância da questão para a validade dos negócios jurídicos envolvendo imóveis, bem como o pouco tempo desde a sanção do dispositivo, e também a escassez de material doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, uma reflexão maior sobre o instituto merece ser tentada, para evitar a sua utilização inadequada.

## **2. Das fraudes do devedor e sua classificação**

A boa-fé processual, que deve nortear o agir das partes no processo (art. 5º do CPC/2015), encontra muitos obstáculos no processo de execução, justamente porque esse visa expropriar bens para o pagamento de débitos. E há executados que buscam resistir a esse processo expropriatório por meio de práticas fraudulentas.

A fraude do devedor é dividida por Didier (2011, p. 301) em três figuras: (i) fraude à execução; (ii) fraude contra credores; e (iii) atos de disposição de bem já penhorado.

Assim, a fraude à execução é tratada por parte da doutrina como um instituto único, seja quando se esteja diante de uma execução civil, que visa a cobrança de crédito privado, seja quando se trate de execução fiscal, cuja finalidade é a cobrança de crédito público. E, ao tratar do tema de maneira unificada, referida doutrina apenas ressalta pequenas “peculiaridades” com relação à fraude ao executivo fiscal (DIDIER, 2011, p. 301).

No entanto, é antiga a doutrina que classifica em separado a fraude à execução civil da fraude fiscal, não por mero formalismo, mas em vista da dicotomia dos institutos em questão, como é o caso do professor Yussef Said Cahali.

Ocorre que essas figuras, que já não eram idênticas, conforme a doutrina mais antiga, até mesmo pelo tipo de interesse que visam resguardar, passaram por grandes alterações ao longo do tempo, inclusive por consolidações interpretativas, e que a divergiram sobremaneira, o que fez com que suas características se distanciassem ainda mais.

Nessa esteira, se a fraude à execução civil e fiscal já eram institutos com características diversas, as suas diferenças passaram a ser mais contundentes com a sanção da lei nº 13.097/2015, em especial de seu art. 54.

Por isso, os institutos em questão serão analisados separadamente no presente capítulo, embora ainda possuam pontos de contato, até mesmo porque sua finalidade é a mesma, qual seja, tornar ineficaz a alienação fraudulenta do bem em relação

ao credor. Todavia, tal se dará não por mera sistematização estéril, mas para mostrar que as diferenças entre os institutos são de tal ordem que não devem, em absoluto, ser classificados como a mesma fraude.

## 2.1 Da fraude à execução civil

O conceito de fraude à execução pode ser inferido do CPC/2015, que prevê o instituto, dentre outros, no seu livro II, que trata do processo de execução, mais especificamente em seu capítulo V, acerca da responsabilidade patrimonial do devedor.

Após determinar que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações” (art. 789 do CPC/2015), e que ficam sujeitos à execução os bens “alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução” (art. 790, V), o CPC/2015 conceitua o instituto da fraude à execução em seu art. 792<sup>2</sup>, correspondente ao antigo art. 593 do CPC/1973.

Diante do mencionado dispositivo do CPC/2015, resta claro que há fraude à execução com a alienação ou oneração de um bem pelo titular, quando (i) houver averbação, no registro público competente, de ação fundada em direito real ou reipersecutória, de processo de execução ou de hipoteca judiciária ou de outro ato de constrição judicial (incisos I, II e III); ou (ii) ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor/alienante qualquer demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (inciso IV). Ressaltando também que a lei pode criar outras hipóteses de fraude à execução (inciso V).

Assim, para caracterizar as hipóteses de fraude à execução previstas atualmente no art. 792 do CPC/2015, é preciso que haja, ao menos, um processo judicial em curso anterior ao negócio fraudulento.

<sup>2</sup> Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I – quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II – quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III – quando tiver sido averbada, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV – quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V – nos demais casos expressos em lei.

§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.

Na vigência do CPC/1973, por construção jurisprudencial do STJ, era preciso que tivesse havido a regular citação do devedor na demanda na qual figurasse no polo passivo, o que restringiu o alcance do instituto.

No entanto, durante a vigência do CPC/1973, enquanto na hipótese do inciso I do art. 593 do mencionado *códex*, havia fraude quando o próprio bem em questão era objeto de ação que versasse sobre direitos reais, o inciso II era mais abrangente, e englobava qualquer demanda capaz de tornar o devedor insolvente.

A hipótese do mencionado inciso I era, com razão, criticada pela doutrina, sob o fundamento de que seria inútil (DIDIER, pp. 308-309). Isso porque o art. 42 do CPC/1973 (atual art. 109 do CPC/2015), que tratava da alienação da coisa litigiosa, era mais amplo, e por isso o englobava, já que previa uma hipótese de fraude (§ 3) envolvendo qualquer tipo de ação que versasse sobre o bem, e não apenas as ações fundadas em direitos reais como faz o inciso I do art. 593 do CPC/1973.

Já a hipótese do inciso II do art. 593 do CPC/1973, conforme Didier (2011, p. 309), envolvia a alienação de qualquer bem penhorável, e não apenas o bem litigioso. Por isso, conforme o exposto, a hipótese englobava qualquer demanda capaz de tornar o devedor insolvente, como, por exemplo, uma ação ordinária de danos morais ainda em fase de conhecimento.

Assim, nesse exemplo, caso o réu seja titular de um bem e o aliene após o ajuizamento da ação de danos morais, e após ter sido citado, mas ainda na fase de conhecimento, e, caso posteriormente condenado, não possuir bens para o pagamento do débito quando do cumprimento de sentença, poderia o credor alegar que o bem em questão foi alienado em fraude à execução, questionando a eficácia do negócio jurídico realizado entre o devedor e o terceiro adquirente.

Com isso, o terceiro adquirente de bem imóvel passou a enfrentar grande insegurança jurídica, já que qualquer demanda ajuizada contra o alienante do bem, com citação válida, poderia ter o condão, em tese, de acarretar na aplicação futura do instituto da fraude à execução na alienação do bem.

Mormente porque o credor do alienante não tinha a obrigação de averbar qualquer demanda que ajuizasse em face desse no registro de imóveis competente, mas tão somente a opção de assim proceder, visando melhor resguardar seu crédito futuro e eventual. E, se assim o fizesse, haveria a presunção de fraude à execução na alienação de bens após a averbação em questão, conforme dispunha o art. 615-A, § 3º, do CPC/1973, na redação dada pela lei nº 11.382, de 2006 (atual art. 828 do CPC/2015).

Referida situação, embora protegesse o direito de crédito contra alienações fraudulentas, onerava sobremaneira o terceiro adquirente de imóveis.

Como não existia a obrigação do credor averbar o ajuizamento de demandas

no registro de imóveis, esse adquirente possuía o ônus de verificar a existência de demandas judiciais ajuizadas em face do alienante, para tomar a sua decisão de compra, analisando os riscos inerentes à operação.

Contudo, tal análise é extremamente complexa, até mesmo para os profissionais que atuam na área.

Isso porque, primeiramente, a demanda que pode levar o devedor à insolvência pode ter sido ajuizada em qualquer parte do território nacional, e não apenas no foro de domicílio do devedor ou da localidade do bem, como pode parecer à primeira vista.

E, em um país de dimensões continentais como o Brasil, que conta com inúmeros tribunais, seja de justiça comum ou especializada, sem qualquer sistema integrado que unifique a informação deles emanada, e tribunais esses que muitas vezes não contam sequer com serviço de fornecimento de certidão de distribuição *on-line*, fazem com que a tarefa de obtenção de certidão de distribuição seja muito dificultosa e onerosa.

Em segundo lugar, ainda que o adquirente obtivesse a certidão de distribuição de algum feito, ele teria que analisar o tipo de demanda em questão, à chance de perda do alienante e os valores a serem provisionados em caso de perda. E comparar referido valor com o patrimônio atual do alienante, para ver se referida demanda tem o condão de reduzir o alienante à insolvência.

Dessa maneira, o ônus a ser suportado pelo adquirente de um imóvel no país para verificar a licitude do negócio a ser realizado se mostrou por demais elevado, eis que esta atividade é altamente complexa e incerta, aumentando os riscos do negócio.

Tal situação de incerteza na compra e venda de imóveis influencia negativamente todo o setor imobiliário, na medida em que possíveis compradores perdem interesse em negociar ditos bens ante o risco que não almejam assumir, ou em que instituições financeiras aumentem os juros de financiamentos imobiliários para compensar os maiores riscos inerentes ao negócio, dentre outros fatores negativos.

Diante desse cenário de incertezas e insegurança jurídica, diversos adquirentes de imóveis tiveram sua aquisição questionada judicialmente pelos credores dos alienantes, sob a alegação de fraude à execução no respectivo negócio de alienação.

Nessa esteira, foi editada a súmula 375 do STJ, datada de 2009, que dispõe que o “reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Diante de referido enunciado, resta claro que não basta mais a existência de demanda capaz de reduzir o dever à insolvência, com citação do devedor, para que seja caracterizada a fraude à execução na alienação de seus bens. Deve haver tam-

bém (i) o registro da penhora do bem alienado; ou (ii) a prova de má-fé do terceiro adquirente.

Referida súmula foi objeto de crítica contundente por parte da ministra Nancy Andrighi no voto vencido proferido no REsp. repetitivo nº 956.943-PR, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 01/12/2014, em lúcida tentativa de resgatar a natureza do instituto da fraude à execução civil.

No entanto, o entendimento prevalecente no referido julgado submetido à sistemática do recurso representativo de controvérsia, cujo relator para o acórdão foi o ministro João Otávio de Noronha, foi que, caso não haja registro da penhora ou da respectiva ação, a fraude à execução dependerá da prova da má-fé do terceiro adquirente, a cargo do credor.

Em outros termos, o STJ determinou que, para caracterizar a fraude à execução a que aludia o art. 593, II, do CPC/1973, se fazia necessário que, além da demanda em curso com citação válida e do estado de insolvência do devedor, esteja presente mais um requisito, qual seja, o *consilium fraudis* entre o devedor alienante e o terceiro adquirente, visando a resguardar o terceiro de boa-fé, conforme consta expressamente em referido julgado.

Com esse entendimento, o STJ buscou compatibilizar o direito do credor de ter o seu crédito adimplido, com o direito do terceiro adquirente de imóveis de ver o seu negócio mantido, reduzindo drasticamente os riscos inerentes à operação, em detrimento daquele.

Ante o até aqui exposto, se depreende que o conceito de fraude à execução, na esfera civil, foi inicialmente delineado pelo CPC/1973, mas sofreu alteração posterior, seja pela lei nº 11.382, de 2006, que deu redação ao art. 615-A do referido diploma, seja pelo STJ, restringindo o alcance do instituto em prol da segurança jurídica nas negociações envolvendo imóveis.

E, com a edição do CPC/2015, a jurisprudência sobre esta questão deverá ser revista. Isso porque, conforme será mais bem analisada em momento oportuno do presente trabalho, a hipótese prevista no antigo art. 593, I, do CPC/1973 foi ampliada para os termos dos incisos I a III do art. 792 do CPC/2015, todos com a previsão expressa, diferentemente do CPC/1973, da necessidade de averbação no respectivo registro para a caracterização da fraude à execução, e em conformidade com a súmula 375 do STJ.

Já o inciso IV do art. 792 do CPC/2015 (correspondente ao antigo inciso II do art. 593 do CPC/1973), que trata da hipótese de fraude à execução quando ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor/alienante qualquer demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, não prevê, diferentemente dos demais incisos, a necessidade de averbação da existência da ação no respectivo registro para a sua caracterização.



Assim, é possível inferir da análise de referido dispositivo que a averbação no respectivo registro não é requisito essencial para a caracterização da fraude à execução civil em sua principal hipótese, qual seja, no caso de trâmite de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência.

E que, assim como o inciso I do art. 593 do CPC/1973 era considerado inútil pela doutrina, conforme o exposto, assim também poderão ser os incisos I, II e III do art. 792 do CPC/2015, pelos mesmos fundamentos.

Outra interpretação possível e mais plausível, diante da literalidade do referido art. 792 do CPC/2015, é no sentido de que a averbação na matrícula dos imóveis seria necessária para fins de caracterização da fraude à execução civil sem a necessidade de provar a má-fé do terceiro adquirente, unicamente nas restritas hipóteses descritas nos seus incisos I, II e III, quais sejam, de ação fundada em direito real ou reipersecutória, de processo de execução ou de hipoteca judiciária ou de outro ato de constrição judicial.

Por esse entendimento, para a hipótese prevista no inciso IV do mencionado art. 792 do CPC/2015, a averbação em questão não se faz necessária para fins de caracterização de fraude na alienação de bens, eis que esse inciso nada dispõe sobre o registro público, ao contrário dos anteriores, tendo o legislador de 2015 almejado deliberadamente conceder maior proteção ao credor nessas situações, em detrimento do terceiro adquirente.

## 2.2 Da fraude à execução fiscal

Já no que tange à fraude à execução fiscal, o regramento jurídico difere da fraude civil exposta no tópico anterior.

Com efeito, atualmente, o simples fato de alienar os bens quando já há débito inscrito em dívida ativa, sem deixar outros bens que possam garantir o crédito tributário, por si só já caracteriza fraude à execução fiscal, com presunção legal nesse sentido.

E isso porque a fraude à execução fiscal é prevista não no CPC, mas no art. 185, *caput*, do Código Tributário Nacional.

A redação atual de referido dispositivo, que foi dada pela LC nº 118/2005, retirou da redação original a expressão “em fase de execução” então existente ao final do *caput*.

Dessa maneira, ao contrário da fraude à execução civil, a partir da edição da LC nº 118/2005 a fraude à execução fiscal não exige que o débito já esteja ajuizado, bastando que esteja inscrito em dívida ativa para que a alienação de imóvel do devedor possa ser questionada.



E assim se dá porque os débitos inscritos em dívida ativa são de conhecimento público, podendo ser consultados por qualquer pessoa, inclusive pelos terceiros adquirentes de imóveis. Basta que seja solicitada uma certidão de existência de débitos aos órgãos públicos.

Vale ressaltar, por oportuno, que, para débitos ajuizados antes da edição da LC nº 118/2005, é preciso que haja execução fiscal ajuizada, com a regular citação do devedor, para que seja caracterizada a fraude à execução fiscal, conforme entendimento pacífico da jurisprudência.

Ainda, outra diferença importante entre os institutos da fraude à execução civil e fiscal é a presunção de fraude existente no âmbito fiscal, independentemente de qualquer averbação no registro de imóveis, conforme o mencionado art. 185 do CTN, presunção essa que é relativa (CUNHA, 2010, p. 387). E, conforme já exposto, a presunção de fraude à execução civil requer a averbação prévia da certidão de distribuição da execução no registro competente.

Ademais, pacificou-se o entendimento de que a mencionada súmula 375 do STJ não se aplica aos executivos fiscais. Ou seja, a fraude à execução fiscal não depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente, conforme o reconhecido pelo próprio STJ em sede de recurso repetitivo, quando do julgamento do REsp. 1.141.990/PR.

Em síntese, não se discute, na fraude à execução fiscal, se o terceiro adquirente estava de má-fé, ou se havia registro da penhora, ou se havia registro do ajuizamento de qualquer ação. Basta, para caracterizar referido instituto, que (i) haja crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa; e (ii) não tenham sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

### 2.3 Dos atos de disposição de bem já penhorado

No que tange ao ato de disposição de bem já penhorado, o seu pressuposto é a existência de processo de execução em curso. Isso porque, conforme o art. 797 do CPC/2015, é na execução que o credor adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

Para a compreensão do tema também é relevante o disposto no art. 844 do CPC/2015<sup>3</sup>.

Ocorre que, nesse caso, a afronta é diretamente à decisão do juiz que determinou a penhora do bem e a conseqüente vinculação desse à execução, e não apenas

---

<sup>3</sup> Art. 844. Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial.

uma afronta ao credor e à jurisdição, como ocorre nas alienações fraudulentas de bens não penhorados.

Por isso, Cahali (2013, p. 444) afirmava, durante a vigência do CPC/1973, que “a alienação do bem penhorado (ou arrestado) não se insere na provisão do art. 593, II, do CPC [atual art. 792, IV, do CPC/2015], nem tipifica modalidade de fraude à execução”<sup>4</sup>, mas ressalva que os efeitos são os mesmos, qual seja, a ineficácia do ato de alienação perante o credor.

A diferença existente é que, nesses casos, conforme Didier (2011, p. 317), a configuração da fraude à execução “não dependerá da demonstração de insolvência do devedor”. E a questão a ser solucionada é se seria ou não necessário que o terceiro adquirente tinha conhecimento da penhora pré-existente, mormente se a penhora não estava registrada na matrícula do imóvel.

Nesse ponto, a diferenciação a se fazer entre a fraude à execução civil e a fiscal, e as regras de incidência para sua respectiva caracterização, consoante entendimento do STJ, são as mesmas também para esses atos de disposição de bem penhorado.

Assim, com relação à fraude à execução civil, a ciência do terceiro adquirente é presumida com o registro da penhora do bem alienado. Caso não haja registro, é preciso comprovar a má-fé do terceiro adquirente, ou seja, a sua ciência em relação ao negócio fraudulento, conforme inclusive a redação da mencionada súmula 375 do STJ.

Já com relação à fraude à execução fiscal, o regramento do ato de disposição do bem nela penhorado também não difere do regramento da fraude na alienação de outros bens do patrimônio do devedor. Assim, como a inscrição do débito é anterior ao ajuizamento da execução fiscal, e por óbvio anterior à penhora do bem a ser disposto, não há qualquer diferenciação para caracterizar a fraude em tela na alienação de bens penhorados também com relação à execução fiscal.

Vale ressaltar, por oportuno, que a discussão acerca da ciência do terceiro adquirente acerca da penhora do bem alienado, referente à execução civil, não se aplica à execução fiscal. E isso porque, conforme o exposto no tópico anterior, a dívida ativa é de conhecimento público, e há presunção legal de fraude na alienação de bens após a inscrição do débito em dívida ativa, quiçá na alienação de bens penhorados em execução fiscal ajuizada para a cobrança dessa mesma dívida.

Aliás, para débitos da Fazenda Nacional, há previsão expressa no art. 53, § 1º, da lei nº 8.212/91, de que “*os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis*” e portanto são inalienáveis. E, com relação a bens penhorados para pagamento de débitos das demais Fazendas públicas que não a Nacional, mesmo que ausente previsão legal expressa, é possível concluir que tais bens são também

---

<sup>4</sup> Explicamos.

inalienáveis, já que a sua alienação possui os mesmos efeitos da fraude à execução.

Dessa maneira, os requisitos para caracterizar a fraude na alienação desses bens penhorados, seja na execução civil ou na execução fiscal, não são alterados com relação à alienação de outros bens, ainda não objeto de penhora. Apenas a sua configuração não dependerá da demonstração de insolvência do devedor.

## 2.4 Da fraude contra credores

Outro instituto ligado às fraudes do devedor é a denominada fraude contra credores, prevista nos arts. 158 a 165 do CC.

Na fraude contra credores, a ilicitude é perpetrada pelo devedor que aliena (em sentido amplo) o bem antes do ajuizamento de qualquer ação judicial, e se biparte em alienação gratuita e onerosa, respectivamente previstas no art. 158 e 159 do CC.

E a doutrina identifica dois requisitos para ser caracterizada a fraude na alienação onerosa de bem, quais sejam, dano ao credor (*eventus damni*), representado pela ausência de bens para o pagamento do débito, e *consilium fraudis*, que é, segundo Didier (2011, p. 302), “a ciência devedor de causar dano” ao credor, ante a sua situação financeira crítica, e ainda assim perpetra a alienação do bem.

Há de se ressaltar, conforme o exposto por Didier (2011, p. 303), ao mencionar lição de Marcos Bernardes de Mello, que há quem entenda ser completamente dispensável o requisito subjetivo do *consilium fraudis* para a caracterização da fraude contra credores. E isso porque “o devedor jamais poderia defender-se dizendo desconhecer a consequência de seus atos”.

Nessa linha, além do dano, para ser caracterizada a fraude contra credores, nas alienações onerosas, seria necessário “a consciência da fraude (e, não, a intenção) pelo terceiro beneficiário”, o que se denomina de *scientia fraudis* (DIDIER, 2011, p. 303).

Por outro lado, a fraude na alienação gratuita de bem prescinde por completo deste requisito subjetivo, seja o *consilium fraudis*, seja a *scientia fraudis*, com a intenção de priorizar o direito do credor em detrimento do direito do donatário, eis que esse não realizou qualquer esforço para o acréscimo patrimonial experimentado, ao contrário daquele.

Ademais, conforme também Didier (2011, p. 306), parte da doutrina entende que tanto na fraude à execução quanto na fraude contra credores o que se busca é a ineficácia da alienação do bem em relação ao credor, e não a sua anulação. No entanto, o entendimento que prevalece tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com base na literalidade do CC, é que apenas a fraude à execução tem este condão

de tornar o ato ineficaz, mantendo a validade do ato, que continua vinculando os participantes originários.

Assim, com relação à fraude contra credores ora em análise, existe a anulação do negócio fraudulento, necessitando ser ajuizada ação própria para o seu reconhecimento (denominada ação pauliana), ao contrário da fraude à execução, por meio da qual pode ser reconhecida a ineficácia do ato perante o credor por meio de mero incidente processual.

Dessa maneira, os requisitos para a caracterização da fraude contra credores são muito mais difíceis de ser demonstrados do que aqueles previstos para a fraude à execução, em especial o requisito da *scientia fraudis* pelo terceiro adquirente nas alienações onerosas.

## 2.5 Da natureza jurídica da fraude à execução fiscal

Diante do até aqui exposto, é possível perceber que a natureza jurídica dos institutos da fraude à execução civil e fiscal difere sobremaneira, merecendo por isso a sua sistematização em separado.

Em relação à fraude à execução civil, a jurisprudência acabou por diferenciá-la da fraude fiscal, exigindo o conhecimento incontroverso do terceiro adquirente em relação à demanda que pode levar o devedor à insolvência para caracterizar o instituto, seja por meio do registro da penhora do bem alienado, seja por meio da prova da má-fé desse terceiro.

Com essa diferenciação, efetuada especialmente pela jurisprudência do STJ, houve uma aproximação da fraude à execução civil do instituto da fraude contra credores, que, como visto, também exige a prova da ciência do terceiro adquirente (*scientia fraudis*).

Em outros termos, a jurisprudência acabou por distorcer e esvaziar o instituto da fraude à execução civil, que somente passou a incidir em sua plenitude se a demanda estiver averbada na matrícula do imóvel, com presunção de ciência pelo terceiro adquirente.

Do contrário, caso não haja a averbação da lide no registro de imóveis competente, os requisitos para a sua caracterização se assemelharão àqueles previstos para a fraude contra credores.

E, como o art. 792 do CPC/2015 buscou consolidar a jurisprudência dominante sobre o tema, é provável que o entendimento em questão não se altere com a vigência de referido diploma legal.

Por outro lado, a fraude à execução fiscal ganhou ainda mais relevância e abrangência com a edição da LC nº 118/2005. Isso porque, a partir de então, além

de o conhecimento pelo terceiro adquirente ser presumido legalmente, o instituto passou a ser aplicado antes mesmo de a execução ser ajuizada ou de o devedor ser citado, bastando que o débito tenha sido inscrito em dívida ativa.

Por isso, tecnicamente não se trata mais de uma fraude à execução, mas sim de uma “fraude à execução futura”, ainda não ajuizada, ou mesmo de uma “fraude a débito inscrito em dívida ativa”, o que confere ao instituto uma ampliação de seu espectro de atuação, em prol da defesa do crédito público.

Ocorre que esta fase pré-processual é campo de incidência da fraude contra credores, que exige requisitos mais estritos para sua caracterização (o que não ocorre na fraude à execução fiscal, como visto).

É por isso que parte da doutrina, ao buscar definir a natureza jurídica da fraude à execução fiscal, a veja como um instituto híbrido, conforme Melo Filho (2012, p. 225)<sup>5</sup>.

A maior relevância do combate à fraude à execução fiscal também se fez sentir na jurisprudência, ao ter afastado a aplicação da súmula 375 do STJ a referidos executivos, conforme o mencionado REsp. repetitivo 1.141.990/PR.

Em conclusão, a natureza jurídica da fraude à execução fiscal se afastou daquela inerente à fraude à execução civil, em vista das alterações legislativas e hermenêuticas envolvendo os institutos, alterações essas que tiveram como norte o interesse público existente no crédito tributário, em contraposição ao crédito privado. Por isso, referidos institutos não podem ser tratados de maneira unificada.

### **3. A lei nº 13.097/2015 e as alterações promovidas na fraude à execução**

Nesse contexto, foi editada a medida provisória 656/2014, posteriormente convertida na lei nº 13.097, de 19/01/2015. E, como será possível perceber, referido diploma legal distanciou ainda mais a fraude à execução civil daquela envolvendo execuções fiscais.

#### **3.1 Da nova disposição legal sobre fraude à execução: art. 54 da lei nº 13.097/2015**

Com efeito, a referida MP tratou de temas tão variados quanto tributação, registro imobiliário, setor elétrico, setor de transporte aéreo, vigilância sanitária e corretor de imóveis, dentre outros, o que mostra uma grande atecnia do legislador, em contrariedade ao disposto no art. 7º da LC nº 95/98, que dispõe sobre a elabo-

---

<sup>5</sup> “Assim, pode-se afirmar que o instituto previsto em tal normativa legal [art. 185 do CTN] é uma forma *sui generis* de fraude, caracterizando, por certos aspectos, como fraude à execução e, por outros, fraude contra credores” (explicamos).

ração das leis. E também dificultou a vida do intérprete, ao criar dispositivo esparso na legislação, aumentando a complexidade de sua interpretação, para tratar de tema que melhor seria disposto em codificação existente, e que já trata da questão, sistematizando melhor a matéria.

E isso sem falar na questionável urgência da medida, para fins de ser veiculada por meio de medida provisória (art. 62 da CF/88).

No seu capítulo III, que trata “Dos Registros Públicos” (artigos 53 a 62), em especial o seu art. 54, a lei nº 13.097/2015<sup>6</sup> visou instituir uma garantia para que negócios jurídicos relativos a direitos reais sobre imóveis sejam eficazes em relação a atos jurídicos que não tenham sido averbados na matrícula desses mesmos imóveis, inclusive o ajuizamento de ações judiciais.

Para os novos atos a serem registrados, o dispositivo em tela entrou em vigor a partir de 19/02/2015, 30 dias após a publicação da lei nº 13.097/2015 (art. 168, II). Já para os registros e averbações relativos a atos jurídicos formalizados antes da mencionada lei, a vigência do dispositivo se dará apenas a partir de 19/02/2017, dois anos a contar de sua vigência (art. 61).

Dessa maneira, muito embora não tenha deixado expresso, é claro que o dispositivo ora transcrito buscou regulamentar o instituto da fraude à execução, ao tratar da “eficácia” dos atos jurídicos, e da respectiva averbação e registro de ato e negócios jurídicos na matrícula do imóvel para afastá-la.

Por meio da exposição de motivos da MP 656/2014, §§ 58 a 68<sup>7</sup>, é possível

<sup>6</sup> Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I – registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II – averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil;

III – averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV – averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

<sup>7</sup> 58. O Projeto de Medida Provisória visa também adotar o princípio da concentração de dados nas matrículas dos imóveis, mantidas nos Serviços de Registro de Imóveis.

59. Atualmente, a operação de compra e venda de um imóvel é cercada de assimetria de informação. De um lado, o vendedor tem informações mais precisas sobre sua própria situação jurídica e financeira e sobre a situação física e jurídica do imóvel. Do outro lado, o comprador e o financiador não possuem, de pronto, essas informações, devendo buscá-las em fontes fidedignas.

inferir a motivação do dispositivo em comento como sendo realçar o papel do princípio da concentração do direito notarial, fazendo constar na matrícula do imóvel todas as informações a ele pertinentes. E isso para proteger os compradores de imóveis, que se mostram em uma situação de “vácuo informacional” acerca do bem em negociação, diante dos problemas já relatados anteriormente.

---

60. Os registros cartorários constituem-se em uma das mais importantes fontes de informação sobre a condição jurídica do imóvel, do vendedor e do comprador. Lamentavelmente, no Brasil, essa informação está dispersa em diversos tipos de cartórios e por toda a extensão do País.

61. Por exemplo, consideremos o caso de um vendedor que morava em outro estado e lá sofria uma ação de natureza trabalhista. A informação da existência dessa ação, de maneira geral, só estará disponível no cartório judicial da comarca onde ele residia ou onde constava a sede da sua empresa.

62. Assim, para ter certeza da segurança jurídica da operação, o comprador deveria realizar consultas a diversos cartórios e órgãos públicos, inclusive fora da localidade onde o imóvel de interesse se localiza.

63. Seja pelo custo de realizar a totalidade das citadas consultas, seja pelo tempo que seria despendido para sua efetivação, ou ainda pela inexecutabilidade de tal medida, os potenciais compradores dos imóveis e mesmo as instituições financeiras que os financiam e, conseqüentemente, os utilizam como garantia ao financiamento concedido, restringem-se, na grande maioria das vezes, a realizar consultas nos órgãos que guardam uma relação geográfica mais próxima com o imóvel.

64. Ou seja, por desconhecimento ou economicidade, os agentes deixam de trabalhar com a totalidade das informações necessárias para aferir o risco e, conseqüentemente, o efetivo preço da transação e as consolidam com um “vácuo informacional”, que possibilita, no futuro, a contestação ou reversão da operação. A concentração dos atos na matrícula do imóvel pode ajudar na mitigação deste “vácuo informacional”.

65. Trata-se de procedimento que contribuirá decisivamente para aumento da segurança jurídica dos negócios, assim como para desburocratização dos procedimentos dos negócios imobiliários, em geral, e da concessão de crédito, em particular, além de redução de custos e celeridade dos negócios, pois, num único instrumento (matrícula), o interessado terá acesso a todas as informações que possam atingir o imóvel, circunstância que dispensaria a busca e o exame de um sem número de certidões e, principalmente, afastaria o potencial risco de atos de constrição oriundos de ações que tramitem em comarcas distintas da situação do imóvel e do domicílio das partes.

66. Ademais, já existem mecanismos no Código de Processo Civil, tais como o art. 615-A e o § 4º do art. 659, que regulamentam a averbação premonitória nos Registros de Imóveis. O próprio Superior Tribunal de Justiça já editou súmula, de nº 375, com base em reiterados julgados dos tribunais estaduais, que protege os direitos do terceiro adquirente de imóvel de boa-fé, se o vendedor deste imóvel possuir contra si processo de execução: “O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

67. Dada a mudança estrutural proposta e a necessidade de análise das ações em curso, com vista a se decidir pelo registro ou não dessas ações na matrícula do imóvel, propõe-se que a Medida Provisória produza efeitos para as ações futuras 30 dias após a sua publicação, concedendo-se prazo de dois anos, a partir de então, para que todos os atos pretéritos estejam registrados na matrícula do imóvel, sob pena de ele não mais constituir elemento que possa tornar ineficaz a operação de compra e venda.

68. A urgência se extrai, em síntese, do disposto no parágrafo anterior, qual seja, a necessidade da adoção de uma alteração estrutural na metodologia de análise de crédito que em muito pode contribuir para mitigar a insegurança informacional hoje existente e que precisa ser tomada o quanto antes, de forma que se dissemine entre os agentes e que estes promovam os ajustes necessários a sua plena adoção. A urgência também se justifica pelo atual momento por que passa a economia brasileira, de menor entusiasmo quanto ao futuro e com carência na visualização de medidas estruturantes, que lhes antevejam melhorias que possam auxiliar na retomada do crescimento a taxas mais robustas.



Para tanto, o dispositivo procurou transferir o ônus da prova em relação à fraude à execução, do terceiro adquirente (prova negativa) para o credor do alienante (prova positiva).

Ou seja, a partir da vigência de referido dispositivo, os novos atos previstos nos quatro incisos do art. 54 da lei nº 13.097/2015 devem necessariamente estar registrados no respectivo registro imobiliário para que seja caracterizada a fraude à execução.

Do contrário, não poderão ser opostos ao terceiro de boa-fé que adquirir um imóvel do devedor, não havendo que se falar em fraude à execução.

Vale ressaltar, por oportuno, que, da redação do referido dispositivo, é possível concluir que apenas restará caracterizada a fraude à execução, sem qualquer registro, quando o terceiro adquirente estiver de má-fé.

Essa situação decorre do disposto no parágrafo único do dispositivo em comento, ao dispor que não poderão ser opostas ao terceiro de boa-fé os atos jurídicos não constantes da matrícula do imóvel. A *contrário sensu*, referidas situações somente poderão ser opostas aos terceiros de má-fé, que estejam em conluio com o devedor, a depender de prova a cargo do credor.

E nem poderia ser diferente, já que a má-fé do terceiro adquirente já é prevista pela jurisprudência como condição para caracterizar os atos em fraude à execução civil a que aludia o art. 593 do CPC/1973, atual art. 792 do CPC/2015, conforme a súmula 375 do STJ.

Ou seja, não houve grandes alterações no instituto da fraude à execução civil com a edição do dispositivo em comento. Esse apenas positivou o entendimento sumulado do STJ sobre o tema.

Em síntese, o que se percebe é que o dispositivo em questão buscou regulamentar o instituto da fraude à execução, reduzindo as hipóteses de ocorrência dessa figura unicamente para os casos em que haja registro na matrícula do imóvel respectivo, com a única exceção de quando haja conluio do devedor com o terceiro adquirente, como já era assente na jurisprudência do STJ.

### 3.2 Das hipóteses de averbação e registro de atos jurídicos

O art. 54 da lei nº 13.097/2015 possui quatro hipóteses obrigatórias de averbação ou registro da informação na matrícula do imóvel para que a eficácia dos negócios jurídicos envolvendo direitos reais sobre imóveis seja afastada, hipóteses previstas nos quatro incisos de referido dispositivo.

O seu inciso I trata do registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias, buscando regulamentar a situação descrita no inciso I do antigo art. 593 do

CPC/1973, atual inciso I do art. 792 do CPC/2015, que trata da fraude à execução na alienação de bens objeto de ação fundada em direito real. Mas isso sem se atentar ao disposto no art. 42 do CPC/1973 já mencionado, atual art. 109 do CPC/2015.

No inciso II, aventa-se a hipótese de averbação, nos termos do antigo art. 615-A do CPC/1973, atual art. 828 do CPC/2015, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença. Assim, a providência descrita no referido art. 615-A se tornaria obrigatória, e não mais facultativa.

Já o inciso III versa sobre a averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei.

E o inciso IV versa sobre a averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 do CPC/1973 e do inciso IV do art. 792 do CPC/2015.

Dessa maneira, o que se percebe da novel legislação é que houve a tentativa de regulamentar as hipóteses de fraude à execução previstas nos incisos I e II do art. 593 do CPC/1973, bem como o art. 615-A do mesmo *códex*, e de seus dispositivos correlatos do CPC/2015.

#### **4. Da inaplicabilidade do art. 54 da lei nº 13.097/2015 à Fazenda Pública**

Muito embora conste na exposição de motivos da MP 656/2014, em seu § 65, que “*num único instrumento (matrícula), o interessado terá acesso a todas as informações que possam atingir o imóvel*”, o fato é que tal assertiva não corresponde à realidade.

A própria doutrina já levanta as primeiras vozes contra a unicidade de instrumento para o acesso a todas as informações necessárias para mitigar os riscos na compra de um imóvel, conforme o exposto por Grotti e Pinto e Silva<sup>8</sup>.

Como se sabe, a vontade do legislador não corresponde à vontade da lei, que, após sancionada e promulgada, é inserida no ordenamento jurídico, representado por um sistema, que como tal deve ser interpretado.

---

<sup>8</sup> “É certo que a lei nº 13.097, embora represente importante avanço para a segurança jurídica dos negócios imobiliários, ainda não tem como resultado a redução da auditoria imobiliária a um único documento (a matrícula imobiliária), como pretendeu o legislador. Isso porque o registro imobiliário, mesmo após os mecanismos introduzidos pela lei nº 13.097, não contempla a publicidade de todos os riscos, relacionados ao imóvel ou pessoais, que possam afetar os negócios imobiliários. Os riscos não abrangidos pela concentração na matrícula incluem, por exemplo, obrigações de caráter *propter rem*, que são transmitidas com a propriedade, especialmente as contribuições condominiais e o IPTU; bem como os ônus de caráter socioambiental, aspectos urbanísticos, construtivos, cadastrais e de licenciamento, e aspectos financeiros do vendedor, entre outros, cuja análise independente permanece necessária”.

Dessa maneira, como será demonstrado, o art. 54 da lei nº 13.097/2015 teve o condão de alterar a regulamentação unicamente da fraude à execução civil, em nada tendo alterado a fraude à execução fiscal.

Por isso, o terceiro adquirente de imóvel precisará continuar diligenciando em órgãos públicos, inclusive para verificar se existe dívida ativa em nome do alienante do imóvel, e levar tal fato em consideração, ainda que essa informação não conste na matrícula do imóvel, sob pena de ser caracterizada a fraude à execução fiscal de débito tributário.

Em outros termos, não se faz necessário que a Fazenda Pública averbe ou registre a existência de débitos tributários inscritos em dívida ativa, ou a existência de execuções fiscais ajuizadas, no registro de imóveis, para que a fraude à execução fiscal seja caracterizada. Senão vejamos.

#### 4.1 Da especialidade do art. 185 do CTN

O primeiro e mais contundente motivo para a não aplicação do disposto no art. 54 da lei nº 13.097/2015 à fraude à execução fiscal é o critério da especialidade das leis.

Com efeito, o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, aprovada pelo decreto-lei nº 4.657/1942, dispõe que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Ora, no caso em comento, o art. 54 da lei nº 13.097/2015 buscou alterar e regulamentar a fraude à execução civil a que aludem o art. 593 e o art. 615-A, ambos do então vigente CPC/1973.

E isso não apenas por mencionar expressamente referidos dispositivos em seu texto, dispositivos esses que, conforme visto, se aplicam à fraude civil, mas principalmente por regular a mesma matéria disciplinada em referidos dispositivos legais.

A reforçar o ora exposto é o fato de que a própria exposição de motivos da MP 656/2014, em seu § 66, faz referência à súmula 375 do STJ, que, conforme já exposto, regulamenta tão somente a fraude civil.

Por outro lado, o art. 185 do CTN, que rege a fraude no âmbito fiscal, não sofreu qualquer alteração por conta da edição da lei nº 13.097/2015. Ou seja, o sistema de reconhecimento da fraude à execução no âmbito fiscal com base em referido dispositivo, conforme o decidido no REsp. 1.141.990/PR, continua inteiramente vinculado ao disposto no CTN.

E nem poderia ser diferente, já que, conforme o demonstrado, as disposições em relação à fraude contidas no art. 185 do CTN, no âmbito fiscal, são especiais em

relação à regulamentação geral a que aludia o art. 593 do CPC/1973, inclusive com requisitos diferentes para a caracterização dos institutos em comento.

Mormente porque o dispositivo do CTN visa resguardar o crédito público, e por conseguinte o interesse público subjacente a ele, em contraposição ao interesse meramente privatístico do credor privado a que alude a fraude civil prevista no CPC.

Ainda, muito embora a doutrina (DIDIER, 2011, p. 313) afirme que o disposto no art. 185 do CTN também se refira a um dos “demais casos expressos em lei” a que aludia o art. 593, III, do CPC/1973, tal não significa que deva o dispositivo do CTN ser reconhecido como um caso de fraude civil.

Ora, o art. 593, III, do CPC, quando da sua sanção em 1973, teve o condão unicamente de ressalvar a vigência de outras fraudes à execução previstas não apenas em seu bojo, como a prevista no artigo 672, § 3º, do CPC, atual art. 856, § 3º, do CPC/2015, mas também constantes em diplomas diversos. E assim, quando muito, o fez com o próprio art. 185 do CTN, que na época tinha *status* de lei ordinária (muito embora tal ressalva, e consequentemente a possível revogação de dispositivo do CTN pelo CPC, seja bem discutível, ante a especialidade do CTN em vista do CPC).

Assim, o principal objetivo do art. 593, III, do CPC/1973, cuja redação foi repetida pelo art. 792, V, do CPC/2015, foi não tornar taxativas as hipóteses de fraude à execução, deixando em aberto a existência de outros tipos dessa fraude.

A corroborar a tese ora sustentada é o artigo intitulado “Apontamentos acerca dos registros públicos – Lei nº 13.097/2015”, de lavra da ministra Nancy Andrighi, corregedora Nacional de Justiça, e o desembargador do TJSP Ricardo Dip, juiz auxiliar da corregedora Nacional de Justiça, por meio do qual afirmam que “a lei nº 13.097 exclui ainda do domínio de incidência da regra central de seu art. 54 (...) a inscrição na dívida ativa”.

Portanto, por ser disposição especial referente à fraude à execução fiscal, o art. 185 do CTN não sofreu qualquer alteração com a disposição geral prevista no art. 54 da lei nº 13.097/2015, que versa sobre a fraude à execução civil.

#### 4.2 O CTN é “hierarquicamente” superior à lei nº 13.097/2015

Ademais, vale frisar que, como se sabe, o CTN, originariamente veiculado por meio de lei ordinária, lei nº 5.172/1966, foi recepcionado como lei complementar pela CF/88.

Tal fato é reconhecido de forma pacífica pela jurisprudência pátria, conforme o RE 559.943/RS, julgado em 12/06/2008, de relatoria da ministra Cármen Lúcia,

tendo em vista o disposto no art. 146, III, da CF/88, que exige lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria tributária.

E não poderia o art. 54 da lei nº 13.097/2015, lei essa ordinária, alterar e regular disposição prevista em lei complementar que é o CTN, sob pena de afronta à denominada “hierarquia” das leis (tecnicamente, como se sabe, não há hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, mas apenas competências diferentes a regulamentar, mediante *quorum* qualificado de aprovação).

Assim, também em vista de que a fraude à execução fiscal é prevista em lei complementar é que o art. 54 da lei ordinária nº 13.097/2015 não alterou o seu regramento.

#### 4.3 Da contrariedade ao princípio da economicidade e da motivação

Outrossim, dentre os objetivos declarados para a edição do art. 54 da lei nº 13.097/2015 na mencionada exposição de motivos da respectiva MP, estão a redução do tempo e do custo envolvido nas transações imobiliárias, e a sua “desburocratização”, já que a “insegurança informacional” hoje vigente em referidos negócios decorre do esforço hercúleo que o adquirente tem que fazer para obter todas as certidões inerentes a possíveis débitos do alienante, que podem interferir na transação, mormente as certidões de distribuição.

Assim, para reduzir referido esforço do adquirente, o art. 54 da lei nº 13.097/2015 transferiu o ônus de compilar as informações inerentes aos imóveis do adquirente para o credor, possível vítima da fraude à execução perpetrada pelo alienante.

Dessa maneira, o credor, onde quer que esteja sendo discutido um possível débito que possa acarretar na fraude à execução de bem do devedor, tem o dever de averbar a existência desse possível débito no registro de imóveis.

Em outros termos, o novel diploma, em conformidade com a jurisprudência do STJ, entendeu ser mais fácil para um único credor averbar o seu possível débito na matrícula do imóvel, do que fazer com que o adquirente tenha que diligenciar por todos os tribunais do país em busca de possíveis débitos que afetem o negócio jurídico em questão.

Ocorre que, quando se está diante da Fazenda Pública, a situação é bem diferente, já que ela é a maior litigante do país, e possui milhares de execuções fiscais ajuizadas Brasil afora.

Assim, para a Fazenda Pública realizar a averbação no registro imobiliário de cada uma das execuções fiscais ajuizadas se mostra sobremaneira oneroso. Nesse caso, é muito mais fácil que o adquirente de imóveis busque, por si, as certidões

de existência de débitos do alienante nos órgãos públicos, informação essa que já é amplamente divulgada ao público em geral inclusive pela rede mundial de computadores, do que ter que movimentar a máquina pública (leia-se Procuradorias, Poder Judiciário e Cartórios de Registro de Imóveis) para averbar as informações de todas as execuções fiscais no registro de imóveis.

Tal ônus excessivo a ser enfrentado pela Fazenda Pública caso tenha que averbar cada execução fiscal, portanto, é o mesmo que o novel diploma visou afastar, e portanto não é compatível com a finalidade do instituto em comento.

Há de se lembrar também que a Fazenda Pública está adstrita ao princípio da eficiência, conforme o art. 37, *caput*, da CF/88. E por certo que a imputação do pesado ônus à Fazenda Pública para averbar toda execução fiscal no registro de imóveis vai contra o mencionado princípio constitucional.

Além disso, a providência de busca pelas certidões tributárias do alienante também se mostra dentro da esfera de cuidado ordinário de todo adquirente de imóveis, e por isso serão obtidas independentemente do regime jurídico de fraude à execução a que a operação estiver submetida. Em outros termos, a obtenção das referidas certidões do alienante não se mostra excessivamente onerosa ao adquirente, e será obtida de qualquer maneira por ele.

Aliás, até mesmo as certidões de distribuição deverão ser buscadas pelo adquirente, mesmo que na vigência da lei nº 13.097/2015, conforme bem ressaltado pela ministra Nancy Andrighi e pelo desembargador Ricardo Dip<sup>9</sup>.

Dessa maneira, conforme referidos juristas, os adquirentes de imóveis não estarão livres nem mesmo de consultar os distribuidores judiciais para a aquisição segura de um imóvel, conforme a exceção prevista no art. 54, parágrafo único, da lei nº 13.097/2015, no que tange à falência, quiçá em relação à obtenção das certidões tributárias do alienante.

Em síntese, a imputação do ônus a ser imposto à Fazenda Pública para averbar as execuções fiscais ajuizadas no registro de imóveis viola a finalidade do art. 54 da lei nº 13.097/2015, que é justamente simplificar e desburocratizar as operações

---

<sup>9</sup> “À partida, é certo que essas inscrições acarretam uma vantagem econômica, na medida em que se solve o problema da dispersão publicitária, evadindo – o quanto possível (mas só o quanto possível) – uma sindicância nos arquivos dos distribuidores judiciais, de plenitude sempre controversa em um País, tal o nosso, de grande vulto territorial e com instâncias sobrepostas. Sendo o registro imobiliário o *locus* natural dos fatos relevantes para a caracterização do estado jurídico dos imóveis, sempre se entendeu, com efeito, que o registro configura a melhor fonte atrativa, por natureza, da inscrição desses fatos e do conhecimento (ficto, presumido ou efetivo) da situação jurídico-predial.

Mas essa atração tabular, mal ou bem, não dispensa, de modo absoluto, o concurso de outras fontes publicitárias, incluído muito destacadamente o distribuidor judicial. A própria Lei nº 13.097, no parágrafo único de seu art. 54, indicou a exceção dos casos sob a incidência das normas dos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101/2005 (...).”

envolvendo imóveis, e também viola o princípio da eficiência, em vista das especificidades da Fazenda Pública.

## 5. Das fragilidades do art. 54 da lei nº 13.097/2015

Por fim, ainda que inaplicável à Fazenda Pública, o art. 54 da lei nº 13.097/2015 possui fragilidades relevantes, que precisam ser trazidas à tona para melhor compreender o instituto, em prol da segurança jurídica.

### 5.1 Da inconstitucionalidade formal

Com efeito, a doutrina é tranquila ao afirmar que a fraude à execução é um instituto processual, já que se caracteriza pela “violação da função processual executiva, pois a alienação dificulta a atuação do Poder Judiciário” (YUSSEF, 2013, pp. 353-354).

Ocorre que a Constituição Federal é expressa ao vedar a edição de medida provisória que verse sobre matéria de direito processual civil, conforme o art. 62, § 1º, I, ‘b’, da CF/88.

Dessa maneira, o art. 54 da lei nº 13.097/2015 é eivado de inconstitucionalidade formal, por ser oriundo de medida provisória que versou sobre instituto de direito processual.

### 5.2 Da revogação pelo CPC/2015

Igualmente, ainda que se desconsidere o referido vício formal, o fato é que o art. 54 da lei nº 13.097/2015 foi revogado tacitamente pelo novo CPC, aprovado pela lei nº 13.105/2015, e que entrou em vigor a partir de 18/03/2016.

Ora, o art. 792 do CPC/2015 disciplinou inteiramente a matéria objeto tanto do art. 593 do CPC/1973 quanto do art. 54 da lei nº 13.097/2015. E como a lei nº 13.105/2015, que instituiu o CPC/2015, foi publicada em 17/03/2015, ela é posterior à lei nº 13.097/2015, publicada em 20/01/2015.

E, como se sabe, a lei posterior revoga a anterior quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, conforme o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Diante da análise do art. 792 do CPC/2015, resta claro que o próprio CPC/2015 tratou de exigir a averbação, no respectivo registro público, para a caracterização da fraude à execução civil, apenas com relação aos incisos I a III do art. 792.



Quanto ao inciso IV, o dispositivo em tela tratou de repetir idêntica redação do inciso II do art. 593 do CPC/1973, deixando de exigir a averbação da ação no registro público competente para a caracterização do instituto da fraude à execução civil.

Ou seja, o CPC/2015, ao disciplinar a fraude à execução civil, tratou de resgatar a característica mais importante desse instituto, que é a desnecessidade de averbação no registro público competente acerca do ajuizamento da ação que possa reduzir o devedor à insolvência, para a sua caracterização com relação ao inciso IV do art. 792. Tal disposição aproximou novamente, nesse ponto, os institutos da fraude à execução civil da fraude fiscal, para que sejam resguardados o princípio da boa-fé processual e a função jurisdicional do Poder Judiciário.

Assim, como a questão da fraude à execução civil foi regulamentada pelo CPC/2015, oriundo de projeto de lei objeto de intensos debates por amplos e respeitáveis setores da comunidade jurídica nacional, devidamente aprovado e sancionado, a edição de medida provisória para regulamentar o tema da fraude à execução civil se mostrou açodada, despropositada e de grande atecnia.

Por fim, vale ressaltar que, com a vigência do art. 792 do CPC/2015, a jurisprudência do STJ sobre fraude à execução civil deverá ser revista. E isso porque o novel legislador optou, deliberadamente, por não exigir a averbação da ação no registro competente com relação à hipótese do inciso IV do art. 792, diferentemente das hipóteses previstas nos demais dispositivos.

A necessidade de revisão de referida jurisprudência, aliás, foi discutida inclusive no retro mencionado REsp. repetitivo nº 956.943-PR.

Em síntese, a edição do art. 54 da lei nº 13.097/2015, decorrente da medida provisória 656/2014, aumentou a insegurança jurídica sobre a questão atinente à fraude à execução e à eficácia da aquisição de direitos reais sobre imóveis, justamente o contrário do objetivo declarado para a edição de referida medida legal.

## 6. Conclusão

Diante de todo o exposto, é possível concluir que não se aplica o art. 54 da lei nº 13.097/2015 à Fazenda Pública, que continua a ter a fraude à execução fiscal regulada pelo art. 185 do CTN.

E isso por conta das diferenças existentes na natureza jurídica das fraudes à execução civil e fiscal, com requisitos de caracterização divergentes. Tais diferenças, aliás, decorrem da maior proteção que o crédito público goza em relação ao particular.

Como se pode perceber, enquanto a fraude à execução fiscal é regida pelo

sistema específico do CTN, que é lei especial e complementar, a fraude à execução civil é tratada atualmente pelo CPC/2015, lei geral e ordinária.

Ainda, a finalidade do art. 54 da lei nº 13.097/2015, que é a economia de tempo e custos e a desburocratização dos negócios jurídicos inerentes a imóveis, não seria alcançada se fosse aplicada à Fazenda Pública, ante as peculiaridades dessa, que figura entre os maiores litigantes do país.

Tal diferenciação entre as fraudes civil e fiscal, que já foi inclusive reconhecida pelo STJ, em nada foi alterada pela edição do art. 54 da lei nº 13.097/2015, que tão somente regulamentou a sistemática e os requisitos da fraude à execução civil, positivando o entendimento do STJ sobre a questão.

Por fim, o art. 54 da lei nº 13.097/2015 possui fragilidades insuperáveis, como o vício de inconstitucionalidade formal, por visar regulamentar instituto de direito processual por meio de medida provisória, além do fato de que foi tacitamente revogado com a vigência do CPC/2015, que regulou inteiramente a matéria em questão por meio de seu art. 792.

Assim, tais fragilidades do dispositivo em comento tornaram a tarefa do intérprete mais complexa, já que aumentou a insegurança jurídica sobre o tema, que foi justamente o oposto do objetivo declarado para a sua edição.

## 7. Referências bibliográficas

ANDRIGHI, Nancy; DIP, Ricardo. *Apontamentos acerca dos registros públicos – Lei nº 13.097/2015*. Disponível em <<http://www.portaldori.com.br/2015/04/08/apontamentos-acerca-dos-registros-publicos-lei-no-13-0972015/>>. Acesso em 7 mai. 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

DIDIER JR., Fredie; *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. v. 5. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011.

GROTTI, Franco Musetti; PINTO E SILVA, Fábio Rocha. *Os efeitos da lei nº 13.097/15 na publicidade, na validade e na eficácia dos negócios imobiliários*.

Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI216341,41046-os+efeitos+da+lei+1309715+na+publicidade+na+validade+e+na+eficacia>>. Acesso em 7 mai. 2015. São respectivamente sócio e associado do escritório Pinheiro Neto Advogados.

MELO FILHO, João Aurino (coord.). *Execução fiscal aplicada*. 1. ed. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2012.

ROSSI, André M. *A simulação no direito tributário*. Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw, da Direito GV, da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2010.

TÔRRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada – simulação – elusão tributária*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

# A figura central do processo administrativo na teoria do direito administrativo democrático

*Alisson de Bom de Souza<sup>1</sup>*

## 1. Introdução

A clássica lição de Ruy Cirne Lima explica que o direito público se faz pelas relações de administração e não pelas relações de domínio. Na primeira, o dever e a finalidade são predominantes; no segundo, a vontade (LIMA, 1982, p. 52).

Geraldo Ataliba, seguindo a lição de Ruy Cirne Lima, assevera elucidativamente que “[...] na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este coloca-se a obrigação, o dever, de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos” (2007, p. 170).

Historicamente o direito administrativo se fundou na atomicidade do ato administrativo como representação do poder administrativo. Apesar de ser uma resposta à arbitrariedade do estado policial e uma consequência do estado de direito, a rotina administrativa do Estado se pautou por uma agenda patrimonialista em um primeiro momento e depois burocrática. As pessoas privadas eram consideradas meros objetos do agir administrativo, de súditos a administrados, sem qualquer participação.

O desafio de administrar o que é de todos foi ao longo da história se tornando uma atividade cada vez mais complexa, muito em virtude do acréscimo paulatino de atribuições conferido ao Estado e, mais recentemente, do reconhecimento da complexidade das relações sociais e do que Ulrich Beck (2011) denominou de sociedade de risco. O caldo de direitos e pretensões da sociedade influem na necessidade de intensa movimentação da administração pública.

Especialmente no Brasil, a Constituição de 1988 e a consolidação da democracia influenciam na modificação dos pressupostos do direito administrativo, de uma administração imperial para uma administração democrática; do poder administrativo para a ideia de função administrativa; da atomicidade do ato para o reconhecimento do processo administrativo.

A função administrativa do Estado realiza-se, fundamentalmente, por uma via técnico-jurídica: o processo administrativo. É por meio dele que a administração pública, a fim de observar a plêiade de garantias constitucionais, deve se movimen-

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de Santa Catarina. Mestre em Ciência Jurídica pela Univali com dupla titulação pela Universidade de Alicante, Espanha. Especialista em Direito Público e em Direito Constitucional.

tar para atingir suas finalidades. A hipótese deste artigo é a centralidade do processo administrativo na tarefa de realizar a função administrativa do Estado.

Alberto Xavier (1976, p. 27-28), citando a teoria de Feliciano Benvenuti, expõe que função é a concretização de um poder, ou seja, a sua transformação em ato, mediante a sua aplicação a certa realidade. O caminho entre o poder e o ato não é instantâneo, pelo contrário, é realizado em uma série de atos e fatos sucessivos. O processo é a forma externa, a manifestação sensível da função. São assim, processo e função, duas realidades inseparáveis, correspondendo o aspecto formal e substancial de um fenômeno único, o exercício no tempo de um poder. Conclui-se, assim, que decorre de um processo o exercício concreto de uma função.

## 2. Da administração imperial à administração democrática

A consolidação do Estado enquanto figura política central e o aparecimento do liberalismo como ideário da classe burguesa em ascensão culminaram nas revoluções liberais do século XVIII, em especial na Revolução Francesa, cujo desígnio revolucionário levou a classe burguesa a controlar o Estado e a aparelhar juridicamente a atuação estatal. As promessas da modernidade de garantir liberdade, igualdade e fraternidade são o incipiente escopo do projeto revolucionário.

Nessa época, ao mesmo tempo em que se declararam direitos fundamentais de primeira geração, os direitos de liberdade em face do Estado, houve um fortalecimento desse enquanto ente monopolizador do direito. A teoria da separação dos poderes de Montesquieu, na obra *“L’Esprit des Lois”*, de 1748, constituiu um pilar de sustentação teórica e prática do novo regime, cuja acolhida sedimentou o estado de direito. Até esse momento o absolutismo e a concentração de poderes políticos no soberano não permitiam o reconhecimento de direitos aos súditos, em oposição às ordens do príncipe (MEIRELLES, 2015, p. 52).

O fato é que “o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito. Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica” (MELLO, 2013, p. 47). O estado de direito trouxe a submissão do poder ao direito, circunstância que modificou o *status* anterior de estado de polícia, transformando súditos em administrados, dotados de direitos frente ao Estado.

Contudo, a ideia que desencadeou o direito administrativo e reuniu seus vários institutos foi a *“puissance publique”*, isto é, a existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados (MELLO, 2013, p. 44-45). Nesse contexto, o processo administrativo surge como algo secundário, pois o sujeito privado era, ainda, um objeto, singelo auxiliar da administração pública

(MOREIRA, 2014, p. 43).

É a partir, portanto, do feixe aparentemente contraditório entre a consolidação do Estado enquanto ente monopolizador do direito e o reconhecimento de direitos aos súditos, agora denominados administrados, que se desenvolve o direito administrativo.

Desse caldo histórico se produz até os dias atuais uma tensão permanente entre a supremacia do Estado na condução do interesse público e os direitos fundamentais dos cidadãos, com a prevalência circunstancial ora de um ora de outro. É o que Di Pietro denomina de bipolaridade do direito administrativo (2004, p. 65)<sup>2</sup>.

Percebe-se, assim, no plano do direito administrativo, que muitas das promessas modernas de garantir aos administrados direitos fundamentais eram relegadas ao plano normativo, ou seja, a atividade administrativa do Estado, mesmo sob a inspiração do modelo burocrático, manteve-se arraigada a institutos que reforçavam o seu poder de império, os privilégios administrativos e a exclusão do administrado na formação do processo decisório, uma verdadeira administração imperial. Como afirma Moreira Neto (2014, p. 142), “esse quadro explica porque, no decorrer dos últimos duzentos anos, a Administração Pública se tornou o ramo mais conservador do Estado e o mais impérvio a modificações [...]”.

Bresser-Pereira (2009, p. 34-35) explica que o Estado Moderno começou autoritário e patrimonial nos séculos XVI e XVII. No século XIX, tornou-se liberal e burocrático. Na primeira parte do século XX houve a transição para a democracia e o Estado era liberal com uma democracia elitista e de administração burocrática. Na segunda metade do século XX, o Estado se tornou social-democrático e a administração continuou burocrática, mas assumiu um caráter desenvolvimentista. Por fim, no início do século XXI, o Estado almeja tornar-se social-liberal e republicano; a democracia almeja se tornar participativa e republicana; e a administração almeja se tornar gerencial, sob os princípios da nova gestão pública.

Para Enterría e Fernández (2011, p. 87) a participação dos cidadãos nos processos decisórios da administração pública é capaz de diminuir a disfunção organizatória e burocrática, além de criar um novo consenso, uma nova legitimidade que permita superar a crise atual do poder. Desse modo, a ideologia participativa significa um contraponto ao desenvolvimento dos sistemas burocráticos.

A democracia cria o ambiente de incentivo à participação dos cidadãos nas decisões administrativas do Estado. O imperativo democrático para a convivência

---

<sup>2</sup> “[...] o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas idéias opostas: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos.”

social redefine os papéis dos atores sociais e pressiona a administração pública a se reinventar enquanto categoria fundamental do Estado Democrático de Direito.

Além disso, o nível de exigência social em relação aos serviços públicos aumenta gradativamente, o que torna imperativo à administração pública definir suas políticas públicas mediante a oitiva dos interessados, dos diretamente atingidos e de toda a cidadania.

A recente e promissora mudança de característica do agir administrativo do Estado, a evolução para uma administração democrática, é uma consequência indelével do processo de constitucionalização do direito administrativo e da consolidação da democracia.

Como bem afirma Lênio Streck (2014, p. 87), ao comentar a suposta tensão entre constitucionalismo e democracia, a Constituição passa a ser condição de possibilidade do exercício do regime democrático, ainda mais em países de modernidade tardia, como o Brasil. Nesse sentido, o compromisso da administração pública é efetivar a Constituição de 1988, de cunho marcadamente democrático, realizando suas inúmeras tarefas tendo como parâmetro os princípios do seu art. 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

## 2.1 Do poder à função

Um elemento de distinção fundamental para o entendimento da função administrativa na atualidade é a superação da ideia de poder como exclusiva do direito administrativo. Tradicionalmente, a atividade administrativa do Estado é exercida por meio de poderes da administração pública, situações que ensejam a noção de certas prerrogativas às pessoas que exercem atividades administrativas.

Esse conceito de poder guarda íntima relação com a ideia de autoridade e de império. Assim, acostumou-se a denominar poder vinculado, poder discricionário, poder regulamentar, poder normativo, poder hierárquico, poder disciplinar, enfim, os poderes da administração pública. Modernamente tem se defendido a substituição do vocábulo poder pela noção de função.

Bandeira de Mello (2013, p. 44) critica a ideia de que o direito administrativo é um ramo jurídico favorável ao Poder, pois para ele se trata de “um conjunto de limitações aos poderes do Estado ou, muito mais acertadamente, como um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados”. A partir disso, a administração pública se justifica pelo cumprimento de deveres e não pela titularidade de poderes.

A funcionalização da administração carrega a ideologia de que o poder não é livre, está vinculado à concretização de deveres. Esse fenômeno jusadministrativo é



a função administrativa. Odete Medauar (2008, p. 106) explicita que “na função, o dever surge como elemento ínsito ao poder [...]”.

A explicação dessa transição se dá pelo caráter instrumental do poder no direito público atual. É o dever de atingir a finalidade constitucional-legal que permeia o exercício da função administrativa. Na lição de Moreira Neto (2014, p. 143):

[...] a Administração despe-se, aos poucos, das galas do poder para apresentar-se como uma função, que as novas tendências reclamam ser desempenhada não apenas com observância da legalidade – uma administração eficaz, mas com atendimento da legitimidade e da moralidade – uma administração eficiente e que apresente os resultados dela esperados – portanto, efetiva que se pode caracterizar com a expressão – uma boa administração – desse modo erigida a dever do Estado e correlato direito dos administrados.

Tradicionalmente, a função administrativa do Estado se restringia à polícia e, em seguida, à prestação de serviços públicos. Atualmente, compreende-se um ple-xo de funções. Para Di Pietro (2004, p. 56) a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia. Classifica-se, também, na doutrina de Justen Filho (2015, p. 114-115), a função administrativa em ordenadora, regulatória, fomento, prestacional e de controle.

Já Moreira Neto (2014, p. 128-129) classifica as atividades administrativas públicas em administração extroversa e introversa. A extroversa é finalística, busca a satisfação de interesses gerais ou setoriais da sociedade, podendo ser subdividida em atividades de polícia, serviços públicos, ordenamento econômico, ordenamento social e fomento público. A introversa é instrumental e compreende a gestão de pessoal, de bens e de serviços internos dos entes públicos. Essa classificação se baseia nas funções constitucionais do Estado enquanto administrador.

Nesse conjunto de atividades típicas da administração pública há verdadeira função administrativa, cujo traço característico é persecução dos deveres do Estado e o respeito dos direitos dos administrados. O caráter instrumental é evidente.

Portanto, o reconhecimento da função administrativa estatal como consectário de deveres insculpidos na legislação é valor essencial do direito administrativo atual, o que culmina em uma administração pública aberta, plural, democrática, enfim, concretizadora do projeto constitucional.

## 2.2 Do ato ao processo

É fato que a doutrina administrativista enalteceu, e ainda enaltece, sobremaneira a figura atômica do ato administrativo. Um exemplo disso é a posição de Bandeira de Mello (2013, p. 341-342) quando enumera os meios técnico-jurídicos infralegais disponíveis à administração pública para desempenhar as atividades de sua alçada: a) unilaterais, gerais e abstratos, os regulamentos; b) unilaterais e concretos, os atos administrativos; c) sucessão de atos que visam ao ato final, os processos administrativos; d) atos bilaterais, os contratos administrativos. Nesse modelo técnico-jurídico, o ilustre administrativista trata o processo administrativo como mais um dos instrumentos da administração para perseguir os seus fins.

Essa noção reduzida da função administrativa do Estado muito se deve à finalidade simplificadora do sistema jurídico construído após a criação do Estado Moderno. Nesse tempo, o ato se consolidou como a figura central do direito administrativo. Esse girava em torno do ato concreto (a execução pontual da lei) e do ato regulamentar (a execução geral da lei). Nas duas hipóteses prevalecia a administração unilateral (MOREIRA, 2014, p. 44).

Esse ideário, esfarelado gradativamente, vem sendo substituído pela absorção da complexidade das relações sociais pelo direito. Há três fenômenos: uma aceleração sem precedentes no desenvolvimento científico e tecnológico; a aparição de consequências negativas e de indícios de possíveis danos futuros decorrentes do progresso; a ruptura da confiança cega no progresso e uma alteração do modo em que o desenvolvimento científico-tecnológico são percebidos pelos cidadãos. A sociedade de risco é uma das questões mais importantes para o direito administrativo no século XXI. O pluralismo jurídico é a face dessa teia de relações jurídicas que influenciam e modificam o exercício das atividades estatais.

Ademais, a transição da administração imperial para a administração democrática exige o reconhecimento de um instrumento adequado para permitir a participação efetiva dos cidadãos na realização dos fins estatais.

Os atos do Estado são precedidos de uma série de atos e fatos encadeados em sequência. Há o processo legislativo para as leis, o processo judicial para as sentenças e o processo administrativo para os atos administrativos. O processo é o modo normal de agir do Estado (SUNDFELD, 2010, p. 91).

Enterría e Fernández (2011, p. 457) explicam que o procedimento seria o caminho pelo qual uma manifestação jurídica de plano superior, uma norma, produz uma manifestação jurídica de plano inferior, um ato singular não normativo.

O processo administrativo nada mais é do que consequência do reconhecimento da complexidade social pelo direito administrativo. Para problemas com-

plexos há que se utilizar algo mais sofisticado, que justifique o exercício da função administrativa do Estado.

A correlação da “sede” de participação da sociedade com o progresso tecnológico nas comunicações informáticas produziu um “boom” de reivindicações que não são mais respondidas com a mera produção de um ato unilateral. Para Javier Barnes (2008, p. 259) a legitimidade democrática pode ser fortalecida mediante procedimentos mais transparentes e participativos com a ajuda das tecnologias da informação e do conhecimento.

Ele sempre existiu. Porém, o reducionismo atomista da modernidade impedia seu reconhecimento e seu desenvolvimento. Normalmente, qualquer decisão administrativa final, desde as mais simples, até as mais complexas, vem ao mundo jurídico após a realização de algumas providências prévias, de alguns atos ou fatos que justificam a tomada de posição, ou seja, mediante o *iter* de um processo administrativo.

### 3. Processo administrativo e sua centralidade

A administração pública, regida pelo direito administrativo, é dinâmica, está em constante movimento. Para dar conta do que faz o Estado é necessário um instrumento de garantia, a fim de conferir transparência ao modo como o Estado realiza suas funções.

A inércia da administração corresponde a um ato já realizado, um ato jurídico perfeito, ou, também, a uma mera cogitação, uma ideia potencialmente realizável, cujo ato seguinte desborda na necessária dinamicidade do processo. Essas são, respectivamente, as fases pós-processual e pré-processual da função administrativa, cuja característica diferenciadora da fase processual é o movimento. O processo administrativo exprime, indubitavelmente, um período de dinâmica, em que atuações evoluem, retratando uma sucessão encadeada de atos e atuações dos interessados e da administração pública.

O clássico Marcelo Caetano (1977, p. 509) explica que as leis ou as práticas administrativas estabeleciam uma ordem lógica de formalidades sucedidas no tempo que culminavam na formação ou execução do ato. Essas formalidades não brotavam do acaso ou do capricho complicador de burocratas, mas de necessidade de acautelamento de interesses, públicos e privados, e de exigências fundamentadas de boa administração.

Enterría e Fernandéz (2011, p. 461) defendem categoricamente que o procedimento administrativo, por razões de legitimidade e razões de eficácia, se converte em uma instituição central do direito público atual. O papel fundamental do proces-

so administrativo é ser o meio técnico-jurídico principal na atuação administrativa do Estado. A realização das diversas atividades administrativas do Estado, as funções de polícia, serviços públicos, ordenamento social e econômico e fomento são realizadas em decorrência de um processo administrativo.

O processo administrativo, além de ser uma garantia dos administrados, também significa o meio para a pronta e eficaz satisfação do interesse geral por meio de medidas e decisões adotadas pelos órgãos da administração, ao mesmo tempo parte e árbitro do procedimento (ENTERRÍA; FERNANDÉZ, 2011, p. 457).

O processo administrativo serve à função administrativa, assim como o processo judicial serve à função jurisdicional e o processo legislativo à função legislativa. Justen Filho (2015, p. 324) indica que o processo administrativo permite o aperfeiçoamento técnico da atividade administrativa, reduzindo o risco de uma visão limitada e parcial dos fatos e evitando decisões precipitadas e impulsivas.

Em geral, o processo administrativo funciona como uma garantia formal do administrado e um mecanismo de realização da função administrativa estatal. Corroborando tal afirmação, a lei federal nº 9.784/1999, no seu artigo 1º, elenca como seus fins a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da administração.

De modo especial, o processo administrativo serve, também, como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, assim como uma ferramenta de solução de litígios entre o Estado e outras pessoas sem a interveniência do Poder Judiciário. É por meio de processos administrativos que a administração pública deve formular e implementar suas pO processo administrativo é um procedimento juridicamente organizado capaz de conferir legitimidade à função administrativa do Estado, pois é aberto à participação dos interessados e do público em geral, enaltecendo o contexto democrático, além de potencialmente significar a possibilidade de aceitação de suas decisões finais.

Ao movimento de crescente participação do cidadão no processo administrativo tem se denominado democracia semidireta, pois reconhece a representatividade dos agentes políticos e absorve a participação direta do cidadão na tomada das decisões administrativas (OLIVEIRA, 2014, p. 70).

Além de reduzir os litígios entre a administração pública e os administrados, o processo administrativo também auxilia na pacificação de relações sociais cujos interessados atuam em oposição recíproca. A atuação dos órgãos de proteção ao consumidor é um exemplo evidente da atuação administrativa para solução de conflitos consumeristas.

A lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de

conflitos no âmbito da administração pública, a proclamada “Lei de Mediação”, de modo promissor, busca a solução de controvérsias no âmbito da administração pública sem a intervenção do Poder Judiciário.

Nessa lei há o reconhecimento legal da figura do processo administrativo como meio de solucionar conflitos sem a intervenção do Poder Judiciário. Esse processo administrativo é de competência de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos a ser criada em cada ente federativo, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública, conforme artigo 32 da lei.

No mesmo sentido, o novo Código de Processo Civil, no art. 174, prevê a criação pela União, estados, Distrito Federal e municípios de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Percebe-se, portanto, um caminho de centralidade do processo administrativo e o empoderamento da advocacia pública como responsável pela formatação e aprimoramento do processo administrativo brasileiro como instrumento de realização da função administrativa do Estado, seja na atuação geral de consultoria jurídica da unidade federada ou mesmo nessa nova atribuição conferida pela Lei de Mediação.

O processo administrativo serve, assim, para assegurar a produção e a eficiência do agir estatal. Ferraz e Dallari (2012, p. 28) explicam que apenas atos instantâneos e urgentíssimos (extinção de um incêndio, prevenção de um desabamento iminente) ou os não imediatamente conectados a uma volição (passagem de um sinal luminoso do amarelo para o vermelho) independem de prévia processualização. Por assim dizer, administração e processo administrativo são conceitos sinônimos.

#### **4. Conclusão**

Conforme explicitado neste artigo, o processo administrativo é, em regra e por excelência, o instrumento da administração pública para desempenhar a sua função administrativa. O processo administrativo é um amálgama de todas as atividades da administração.

O movimento da administração pública, nem tão rígido que calcifique a atuação estatal, tampouco líquido o bastante que importe na desconsideração das exigências básicas de legalidade e igualdade, necessita de um alto grau de responsabilidade para sua consecução. O processo administrativo é justamente isso, a ferramenta que movimenta a administração pública.

Em decorrência do imperativo democrático insculpido no movimento constitucional, que culminou, no caso brasileiro, na Constituição cidadã de 1988, o pro-

cesso administrativo torna-se figura central no exercício da função administrativa do Estado, sendo instrumento de realização de direitos fundamentais e de solução de controvérsias sem a intervenção do Poder Judiciário, tendo a advocacia pública responsabilidade na formatação e desenvolvimento da trajetória processual da administração pública brasileira do século XXI.

## 5. Referências bibliográficas

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARNES, Javier (org.). *La transformación del procedimiento administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 12. ed. Cizur Menor (Navarra) Espanha: Editorial Aranzadi, 2011.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo:

Malheiros editores, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. As várias dimensões do processo administrativo brasileiro (um direito-garantia fundamental do cidadão). *Revista de Processo*, volume 228, p. 37-49, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Ocimar Barros de. *Processo administrativo e democracia participativa*. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

PEREIRA, Luiz C. Bresser. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed., rev., mod. e amp. São Paulo: Saraiva, 2014.

XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. São Paulo, Bushatsky, 1976.





# Tributação Ambiental e o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) como instrumento auxiliar para o desenvolvimento sustentável

Ronan Saulo Robl<sup>1</sup>

Rodrigo Roth Castellano<sup>2</sup>

## 1. Introdução

Durante séculos o meio ambiente foi visto pela raça humana como um recurso infinito e incessante para o desenvolvimento da sociedade. Porém, catástrofes ambientais, crises de energia, mudanças climáticas, são todos tristes exemplos de problemas atuais que decorreram do descaso do homem com o ambiente em que vive, seja através da sua devastação direta – efetiva exploração dos recursos naturais, seja através de outras formas de degradação, como, *verbi gratia*, a poluição decorrente da emissão de gases poluentes por parte de empresas e veículos automotores.

Ainda que desde a Conferência de Estocolmo os Estados tenham incluído a preservação e a proteção ambientais em suas pautas políticas e jurídicas, os problemas e catástrofes decorrentes do desrespeito ao meio ambiente em que vivemos não têm cessado, *a contrario sensu*, proliferaram-se ao longo dos últimos anos, ocorrendo diuturnamente em todo o planeta.

Nessa senda, com a expansão do desenvolvimento econômico, somente a proteção e a prevenção ambientais não se tornaram bastantes para conter a ação do homem e estimular o desenvolvimento sustentável.

Isto é, de forma a proteger os direitos das gerações atuais e futuras, é necessária a efetiva intervenção do Estado na atividade econômica, no intuito de estimular condutas menos gravosas ao meio ambiente, no afã de que se atinja o equilíbrio da equação economia x ecologia.

Dentre as políticas econômicas e ambientais possíveis, vê-se a tributação ambiental como um valioso instrumento para contribuir com o desenvolvimento sustentável, máxime porque os tributos têm o condão de incentivar ou desestimular comportamentos da sociedade, em decorrência da extrafiscalidade que lhes integra.

---

<sup>1</sup> Mestre em direito pela Univali com dupla titulação pela Universidade de Alicante, Espanha. Procurador do Estado de Santa Catarina. *E-mail*: ronan@pge.sc.gov.br.

<sup>2</sup> Mestre em direito pela Univali. Especialista em direito tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp. Procurador do Estado de Santa Catarina. *E-mail*: castellano@pge.sc.gov.br.

E no extenso rol de espécies tributárias previstas no direito brasileiro, incluíse o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, o qual, se utilizado também com finalidades ambientais, pode vir a contribuir com o desenvolvimento sustentável, incentivando o consumo de veículos menos poluentes.

Assim, o presente artigo visa expor sobre a necessidade de integração das políticas fiscal e ambiental, para após demonstrar que o IPVA, se utilizado nesse contexto, tem muito a contribuir para o estímulo do desenvolvimento sustentável.

Em outras palavras, a pesquisa pretende responder às seguintes indagações: há a possibilidade da tributação, através do IPVA, ser empregada em prol da sustentabilidade? Se positiva a resposta, qual a contribuição de dito imposto para promover o desenvolvimento sustentável?

Para tanto, inicialmente analisamos – sem a pretensão de esgotar o tema – alguns aspectos teóricos que autorizam a utilização dos tributos em prol do desenvolvimento sustentável, tanto no Brasil, como no direito estrangeiro.

Após, apresentamos o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores no direito brasileiro, ilustrando o seu funcionamento em alguns dos estados federados, para, ao final, demonstrar que se cuida de um valioso instrumento para promover o desenvolvimento sustentável, notadamente quando utilizado em conjunto com outras iniciativas que beneficiem os proprietários de veículos menos poluentes.

Quanto à metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógico-dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, serão utilizadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

## **2. A tributação ambiental**

Após a Conferência Mundial de Estocolmo, realizada entre 5 e 16 de junho de 1972, os Estados passaram a inserir em seus ordenamentos jurídicos a proteção ao meio ambiente. Naquela ocasião, foi reconhecido que a cultura do crescimento ilimitado deveria ser cessada, e o desenvolvimento econômico contrastado com a defesa e o melhor uso dos recursos naturais, numa ação de responsabilidade de todos os Estados.

Como exemplo da influência de Estocolmo nos ordenamentos jurídicos, cite-se o art. 45 da Constituição Espanhola de 1978, que já inseriu em seu corpo o direito de todos a desfrutar de um meio ambiente apropriado, bem como o dever de todos em conservá-lo:

### Artículo 45

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado<sup>3</sup>.

Ademais, como ressaltava Pepe<sup>4</sup>, na Conferência de Estocolmo, pela primeira vez, destacou-se a proteção do meio ambiente como dever que não se limita a um único Estado, mas ligado à solução de problemas que vão além das fronteiras nacionais.

Foi também na Conferência de Estocolmo que foi criada a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a qual, em 1983, retomou a questão ambiental. Seus trabalhos foram encerrados em 1987, com o Relatório “Nosso Futuro Comum”, também chamado de Relatório Brundtland, o qual trouxe a definição clássica da expressão desenvolvimento sustentável, tido como aquele que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem a suas necessidades e aspirações<sup>5</sup>.

Segundo Bodnar e Cruz<sup>6</sup>, nessa ocasião restou clara uma maior preocupação com os limites dos bens naturais e com a necessidade de assegurar condições adequadas de vida digna também às futuras gerações.

Com o Relatório Brundtland houve o efetivo reconhecimento da expressão

---

<sup>3</sup> ESPAÑA. *Constitución Española*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1978.

<sup>4</sup> *Alla Conferenza di Stoccolma, per la prima volta, si è posto l'accento sulla protezione dell'ambiente come dovere non più limitato al singolo Stato, ma legato piuttosto alla soluzione di problemi che vanno oltre le frontiere nazionali*. PEPE, Vicenzo. Lo Sviluppo Sostenibile tra Diritto Internazionale e Diritto Interno. *Riv. Giur. Ambiente*, fasc. 2, 2002, p. 209.

<sup>5</sup> Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Relatório Brundtland*, “Nosso Futuro Comum”. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Último acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>6</sup> BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. Recurso eletrônico. Dados eletrônicos, Itajaí: Univali, 2012, p. 108.

“desenvolvimento sustentável”, a qual passou a ser palavra de ordem contra a degradação ambiental, sempre presente em discursos oficiais, conferências internacionais, bem como no ativismo ambientalista e, ainda, na comunidade científica.

Gialdino bem esclarece o conceito acima preconizado, para após concluir que o desenvolvimento sustentável abrange o equilíbrio entre ecologia, economia e justiça:

Esta definição encerra em si dois conceitos: de um lado o conceito de necessidades, que refere, em particular, àqueles sujeitos desfavorecidos, que necessitam de maior atenção e, de outro lado, a limitação dos nossos recursos naturais e a consequente necessidade de gestionar o desenvolvimento impondo-se limites à capacidade produtiva<sup>7</sup>.

Naquela ocasião, já era cediço que somente os aspectos preventivos e repressivos da proteção ambiental haviam se tornado insuficientes para conter a ação humana sobre os recursos naturais, emergindo a necessidade de intervenção na atividade econômica para promover a efetiva defesa do meio ambiente.

Vale dizer: para se alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento econômico, não podendo, assim, ser desconsiderada de seu conceito.<sup>8</sup>

Nessa linha também é o escólio de Derani, para quem o desenvolvimento sustentável implica, então, no ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que deve ser ajustado numa correlação de valores em que o máximo econômico reflita igualmente num máximo ecológico<sup>9</sup>.

Pois bem. A respeito do *thema*, no Brasil destaca-se o contido no art. 4º, inciso I, da lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, o qual elenca dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

Posteriormente, a possibilidade de utilização de políticas econômicas em

---

<sup>7</sup> *Questa definizione racchiude in se due concetti: da un lato, il concetto di bisogni, che va riferito, in particolare, a quello dei soggetti più sfavoriti, ai quali va riservata la maggiore attenzione e, dall'altro, la non illimitatezza delle nostre risorse naturali e la conseguente necessità di governare lo sviluppo ponendo dei limiti alle capacità produttive.* GIALDINO, Carlo Curti. *L'Unino Europea Ed Il principio dello sviluppo sostenibile*. Relazione presentata al Seminario di 2º livello organizzato dal Ministero della Pubblica Istruzione e dalla Regione Veneto sul tema “Costituzione italiana, integrazione europea e sviluppo sostenibile”, Venezia, Isola di San Servolo, 22-24 ottobre 2007.

<sup>8</sup> AMARAL, Paulo Henrique do. Tributação ambiental: contributo à política de desenvolvimento sustentável no Brasil. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 13, nº 50, abr.-jun./2008, p. 215.

<sup>9</sup> DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. Saraiva, São Paulo, 2009. p. 113.

prol da preservação do meio ambiente foi inserida na Constituição Federal de 1988, conforme disposição contida no art. 170, inciso VI, inserida pela emenda constitucional nº 42/2003, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação<sup>10</sup>.

Pois bem. Permitida a intervenção econômica para a proteção dos recursos naturais, não se pode olvidar a possibilidade de utilização dos tributos como instrumentos das políticas econômicas, notadamente por força da sua extrafiscalidade, característica que autoriza o seu manejo para estimular o contribuinte à adoção de comportamentos desejados pelo legislador.

Segundo Carrazza, extrafiscalidade é o emprego dos meios tributários para fins não-fiscais, mas ordinatórios, isto é, para disciplinar comportamentos de virtuais contribuintes, induzindo-os a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa.<sup>11</sup>

Assim,

Sendo o tributo um instrumento de intervenção na atividade econômica, ele pode ser utilizado na esfera ambiental como um indutor de atividades ambientalmente corretas, propiciando uma adequação do desenvolvimento socioeconômico às necessidades ambientais.<sup>12</sup>

Da doutrina espanhola, digna de nota a lição de Rodríguez:

*Los impuestos ambientales son tributos extrafiscales dirigidos a orientar las conductas de productores y consumidores que inciden sobre el medio ambiente. El carácter extrafiscal se refiere a que el*

<sup>10</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>11</sup> CARRAZA, Roque Antonio. *ICMS*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 374.

<sup>12</sup> CAVALCANTE, Denise Lucena. Reflexões sobre a tributação ambiental. *Revista Interesse Público* nº 68. Jul.-ago./2011, ano 13, p. 357.

*tributo superpone al fin fiscal o recaudador otro de distinta finalidad. En el caso de los tributos ambientales la finalidad recaudatoria es la que menor importancia revista, ya que es la extrafiscal relativa al estímulo de una conducta por parte del contribuyente valorada en atención al criterio de la protección ambiental.*<sup>13</sup>

Na mesma linha, também, o entendimento de Rodríguez e Villot, para quem o objetivo dos impostos ambientais é reduzir o dano ao meio ambiente, de maneira que um imposto será ambiental se logra modificar o comportamento dos contaminadores, para que diminuam o impacto ambiental que estão causando, sem se importar com o destino do valor arrecadado.<sup>14</sup>

E como bem observa Nunes, a extrafiscalidade não reside na inibição à produção econômica em sentido amplo. Ao onerar determinada unidade produtora, deve pretender o direito não impedir nem inviabilizar a atividade econômica, mas racionalizá-la, isto é, forçá-la a níveis de produção e resultados condizentes com a noção de desenvolvimento sustentável.<sup>15</sup>

Vale dizer: os instrumentos tributários devem ser utilizados como forma de incentivar as atividades econômicas não-poluidoras, no desiderato de reorientar as condutas dos agentes poluidores, estimulando, assim, a adoção de novas e adequadas tecnologias limpas no exercício de suas atividades.

Nesse teor o escólio de Costa:

A tributação ambiental pode ser singelamente conceituada como o emprego de instrumentos tributários para orientar o comportamento dos contribuintes a protesto do meio ambiente, bem como para gerar os recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental.<sup>16</sup>

Aliás, alguns doutrinadores, analisando a interdisciplinariedade do direito ambiental, já denominam o uso da tributação em prol da defesa do meio ambiente

---

<sup>13</sup> RODRIGUEZ, Andrés Betancor. *Derecho Ambiental*. Madrid: Ed. La Ley, 2014, p. 1433.

<sup>14</sup> “El objetivo de los impuestos ambientales es reducir el daño al medio ambiente, de manera que un impuesto será ambiental si logra modificar el comportamiento de los contaminadores para que disminuyan el deterioro ambiental que están causando, con independencia del destino que se le asigne a la recaudación que se obtenga. Por tanto, el impuesto debe diseñarse con tipos y bases que permitan enviar los incentivos adecuados para que se produzcan cambios de comportamiento y/o procesos productivos y tecnologías.” RODRÍGUEZ, Alberto Gago. VILLOT, Xavier Labandeira. La Imposición Ambiental como Opción para España. *Papeles de Economía Española*, nº 139, 2014, p. 143. ISSN 0210-9107.

<sup>15</sup> NUNES, Clécio Santos. *Direito tributário e meio ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 113.

<sup>16</sup> COSTA, Regina Helena. *Direito ambiental em evolução*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 303.



com a expressão “direito ambiental tributário”, na medida que tal prática é indispensável para se obter êxito no alcance da sustentabilidade<sup>17</sup>.

É o escólio de Ribas:

Do inter-relacionamento do Direito Tributário com o Direito Ambiental nasce um campo de estudo orientado pelos princípios tributário-ambientais e destinado à análise da viabilidade jurídica da utilização de tributos como instrumento para proteção do meio ambiente.<sup>18</sup>

Importante anotar, todavia, que o direito ambiental tributário não se refere necessariamente à criação de novos tributos voltados à preservação ambiental, mas, sim, a uma verdadeira reordenação do direito tributário, a fim de incorporar aos seus preceitos a sustentabilidade.

Não se trata simplesmente de reduzir a discussão ao tributo ecológico. Na verdade, sequer defende-se um conceito próprio de tributo ambiental, pois não se trata de uma espécie tributária distinta das que estão em curso. Ao contrário, a tributação ambiental não preconiza uma espécie tributária nova, mas, sim, uma reordenação do sistema tributário com foco na sustentabilidade ambiental.<sup>19</sup>

E complementa Cavalcante, asseverando que muito mais eficaz que criar novos tributos, num país já de elevadíssima carga tributária, é a adoção de incentivos fiscais para as empresas que investirem na proteção ao meio ambiente.<sup>20</sup>

No mesmo enfoque a lição de Nunes, para quem deve a tributação ambiental estar voltada à aplicação da extrafiscalidade nos tributos já existentes e nas abstenções fiscais.<sup>21</sup>

De todo modo, a adequada utilização de instrumentos fiscais no contexto

<sup>17</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. FERREIRA, Renata Marques. *Direito ambiental tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

<sup>18</sup> RIBAS, Lidia Maria L. R. CARVALHO, Valério Nobre de. O tributo como instrumento de tutela do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo/SP, ano 14, nº 54, abr.-jun./2009, p. 187.

<sup>19</sup> CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos. *Revista Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, vol. 32-2, jul.-dez./2012. ISSN: 1807-3840, p. 102.

<sup>20</sup> CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos. *Revista Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, vol. 32-2, jul.-dez./2012. ISSN: 1807-3840, p. 110.

<sup>21</sup> NUNES, Clécio Santos. *Direito tributário e meio ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 146.

contemporâneo – além de constituir um imperativo por força do art. 225 da Constituição Federal – pode ser muito útil aos gestores que se preocupam em estimular a produção e a tecnologia com regras mais respeitadas ao meio ambiente, sempre com um olhar no futuro e, não meramente restrito a arrecadação mediata.<sup>22</sup>

Dessa feita, tem-se que a intervenção estatal na atividade econômica, através da tributação ambiental, é medida essencial para estimular a convivência harmoniosa entre o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente, de forma a atingir o principal objetivo preconizado pelo desenvolvimento sustentável, qual seja, proteger as necessidades das atuais sem prejuízo das necessidades das futuras gerações.

### **3. O IPVA como instrumento auxiliar para o alcance do desenvolvimento sustentável**

Na União Europeia foram adotadas várias medidas relacionadas ao transporte rodoviário, no intuito de estimular o consumo e a utilização de veículos menos poluentes.

Como bem esclarece Nino:

Em consideração à circunstância de que a maior parte dos movimentos na União Europeia ocorre nas estradas e que uma parte considerável da poluição ambiental deriva dos meios de transporte operados nas estradas, que causam elevadas emissões de gases de efeito estufa, bem como o frequente congestionamento de circulação, a União Europeia, com o propósito de reduzir o impacto negativo desses transportes no ambiente e a excessiva obstrução gerada pelos congestionamentos, a partir da metade dos anos 90 adotou uma série de medidas legislativas e operativas, em particular: 1. a redução do uso de veículos e dos meios pesados em prol do uso dos meios de transportes menos poluentes, como o ferroviário e de navios; 2. a redução das emissões de dióxido de carbono dos veículos comerciais leves e dos veículos pesados; 3. incentivo a veículos limpos e ao baixo consumo energético, bem como uso do biocombustível ou outros combustíveis renováveis nos transportes.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> CAVALCANTE, Denise Lucena. Reflexões sobre a tributação ambiental. *Revista Interesse Público* nº 68, jul.-ago./2011, ano 13, p. 361.

<sup>23</sup> *"In considerazione della circostanza che la maggior parte degli spostamenti nell'Unione Europea avviene per vie stradali e che una cospicua parte dell'inquinamento ambientale deriva dai mezzi di trasporto operanti su strada, che*

Na Europa, diversos países já incluem a potência, o volume de emissão de dióxido de carbono e até o consumo de combustível na base de cálculo dos impostos devidos em virtude da propriedade de automóveis. Na França, *verbi gratia*, a compra de veículos com baixo grau de emissão de poluentes recebe relevante subsídio estatal.<sup>24</sup>

Especificamente na Itália tem-se estudado a esfera dos transportes de um modo holístico – com estímulos para a aquisição de veículos menos poluentes, incentivos para a renovação da frota de veículos etc. – no afã de alcançar o que os italianos denominam de “mobilidade sustentável”.

Na lição esclarecedora de Marfoli:

A legislação italiana sobre mobilidade sustentável busca promover as intervenções e projetos integrados no âmbito de diversos componentes de mobilidade e de transporte através da modificação na procura por transporte, modernização e mudança da oferta no transporte público, além do incentivo ao uso de combustíveis com baixo impacto ambiental e renovação da frota veicular, o desenvolvimento da intermodalidade e a promoção de iniciativas de sensibilização como os ‘domingos ecológicos’<sup>25</sup>

No Brasil, ainda que seja necessária uma ampla reforma tributária que inclua a proteção ao meio ambiente como uma de suas principais diretrizes – até para evitar contradições de gestão ambiental tributária – tem-se que é possível aos entes políticos brasileiros a atual inclusão de dito escopo em seus tributos, como no caso

---

*causano elevate emissioni di gas ad effetto serra e una frequente congestione nella circolazione stradale, l'Unione Europea, al fine di ridurre l'impatto negativo di tali tipologie di trasporti sull'ambiente e l'eccessivo ingombro delle vie di collegamento, dalla metà degli anni '90 ha adottato una serie di misure legislative ed operative incentrate in particolare: 1. sul ridimensionamento dell'utilizzo delle autovetture e dei mezzi pesanti a favore dell'uso dei mezzi di trasporto meno inquinanti, quali le ferrovie e le navi; 2. sulla riduzione delle emissioni di anidride carbonica dei veicoli commerciali leggeri e dei veicoli pesanti; 3. sulla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico, e sull'utilizzo dei biocarburanti o di altri carburanti rinnovabili nei trasporti.” NINO, Michele. La Politica dei trasporti dell'unione europea e Le problematiche riguardanti la tutela ambientale e lo sviluppo sostenibile. *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 1., 2013, p. 227.*

<sup>24</sup> COELHO, Hamilton Antônio. Responsabilidade ambiental, sustentabilidade, tributação ecossocial e os tribunais de contas. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte/MG, jan.-fev.-mar./2012, p. 42.

<sup>25</sup> “La normativa italiana sulla mobilità sostenibile è diretta a promuovere l'attuazione di interventi e progetti integrati all'interno delle diverse componenti della mobilità e del trasporto attraverso la modifica della domanda di trasporto, il potenziamento e il cambiamento dell'offerta di trasporto pubblico, gli incentivi all'utilizzo di carburanti a basso impatto ambientale e al rinnovo del parco veicolare, lo sviluppo dell'intermodalità e la promozione di iniziative di sensibilizzazione come le « domeniche ecologiche ».” MARFOLI, Luca. *Trasporti, ambiente e mobilità sostenibile in Italia. Riv. Giur. Ambiente*, fasc. 3-4, 2013, p. 305.

do IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores), em que devem ser beneficiados os veículos que adotem combustíveis menos poluidores.

Como bem enuncia Ribas *et al.*<sup>26</sup>, o IPVA pode ser utilizado para a melhoria das condições ambientais, oferecendo carga tributária mais reduzida para automóveis com tecnologia menos poluidora, com o que concorda Sebastião<sup>27</sup>.

No mesmo diapasão o ensinamento de Nunes:

Ao IPVA, é ainda maior a possibilidade de utilização da técnica de política ambiental tributária. Automóveis que utilizarem equipamentos ou combustíveis menos poluidores poderão receber incentivos na alíquota ou na base de cálculo do imposto<sup>28</sup>.

Pois bem. O IPVA é de competência dos estados e do Distrito Federal e está disciplinado no art. 155, inciso III, e § 6º, da Constituição Federal de 1988, cuja transcrição é de rigor:

Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

III – propriedade de veículos automotores.

§ 6º O imposto previsto no inciso III: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003).

I – terá alíquotas mínimas fixadas pelo Senado Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003).

II – poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003).<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> RIBAS, Lidia Maria L. R. CARVALHO, Valério Nobre de. O tributo como instrumento de tutela do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo/SP, ano 14, nº 54, abr.-jun./2009. p. 199.

<sup>27</sup> SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental. Extrafiscalidade e função promocional do direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 281.

<sup>28</sup> NUNES, Clécio Santos. *Direito tributário e meio ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 164.

<sup>29</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

O IPVA é modalidade de imposto sobre o patrimônio pessoal, direto e progressivo, em razão do valor do veículo de propriedade do contribuinte<sup>30</sup>.

Ressalte-se o contido no § 6º, inciso II, do dispositivo constitucional, acrescentado pela emenda constitucional nº 42/2003, que prevê a possibilidade de fixação de alíquotas diferenciadas em função do tipo e da utilização do veículo, o que evidencia a natureza seletiva desse tributo.

Vale dizer: o imposto em apreço atende ao princípio da seletividade, e esse atributo deve ser utilizado em prol do desenvolvimento sustentável.

Logo, no âmbito da tributação ambiental, a essencialidade deve ser instituída de maneira a conferir tratamento diferenciado a produtos e serviços e aos respectivos processos de elaboração e prestação na medida do impacto ambiental que resultem ao meio ambiente. Desse modo, na aplicação da seletividade em razão da importância do produto para a proteção do meio ambiente, o peso do tributo deve ser diretamente proporcional ao risco ambiental, de modo que, quanto maior o impacto ambiental, maior será a carga tributária<sup>31</sup>.

Assim, diante da possibilidade de diferenciação de alíquotas em função do tipo de veículo e sua utilização, abre-se o caminho para que os estados minimizem ou excluam o imposto dos veículos menos poluentes, até porque, segundo a Política Nacional do Meio Ambiente, o uso de combustíveis automotivos classificados pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) como de baixo potencial poluidor será incentivado e priorizado, especialmente nas regiões metropolitanas (lei nº 8.723/93, art. 11).

Ainda que incipiente no direito brasileiro, já há experiências de alguns estados federados que conferem isenções ou reduções da alíquota do imposto conforme o grau de poluentes do combustível utilizado pelo veículo automotor.

Nessa linha, o estado do Paraná concede redução de alíquota<sup>32</sup>, de 3,5% para 1%, para veículos automotores que utilizem o Gás Natural Veicular (GNV), conforme se infere da lei orgânica do IPVA do referido ente federado (lei nº 14.260/2003, art. 4º, inciso I, alínea “c”).

Na mesma toada, mas também incluindo mais espécies de combustíveis no benefício fiscal, o estado de São Paulo, através do art. 9º, inciso III, da lei nº 13.296, de 23/12/1998, reduziu a alíquota de 4% para 3% para veículos que se utilizem de álcool, gás natural veicular ou eletricidade, ainda que combinados entre si.

<sup>30</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 345.

<sup>31</sup> NIEVES, Fábio. *Tributação ambiental – a proteção do meio ambiente natural*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 116.

<sup>32</sup> A alíquota do IPVA incide sobre a sua base de cálculo, a qual é, via de regra, o valor médio de mercado do veículo, conforme previsto nas diversas leis estaduais citadas ao longo do presente estudo.

Com teor semelhante, a legislação do estado do Rio de Janeiro, em que veículos movidos a álcool, gás natural veicular e eletricidade também possuem redução da alíquota, sendo 2% para o primeiro, e apenas 1% para veículos movidos a gás natural ou eletricidade, enquanto que os veículos movidos a gasolina possuem a elevada alíquota de 4%.

Ademais, dito estado inova ao estabelecer a alíquota de 3% para automóveis de passeio e camionetas bicom bustíveis, estimulando, também, o uso do álcool – menos poluente que a gasolina – conforme o regramen to previsto no art. 10 da lei estadual nº 2.877, de 22/12/1997, com as alterações promovidas pelas leis nº 5.430/2009 e 5.635/2010.

Merece destaque, outrossim, a medida pioneira que dito ente federado adotou em 2013, denominada IPVA VERDE. Com a criação da Nota Verde para os carros novos mais eficientes no controle da emissão de gases, haverá desconto no pagamento do IPVA devido, conforme a classificação dos carros pelo IBAMA. Os percentuais deverão variar entre 10% e 20% para mais ou para menos no valor total do IPVA, dependendo da situação do automóvel<sup>33</sup>.

Na região Centro-Oeste, digna de nota a disposição da lei estadual nº 1.810, de 22/12/1997, do estado do Mato Grosso do Sul – único da região que prevê a redução do imposto para veículos elétricos ou que se utilizem de combustíveis menos poluentes:

Art. 153. Para atendimento a programa de controle da poluição, ou de desenvolvimento tecnológico, o Poder Executivo pode reduzir em até setenta por cento o IPVA devido pelo proprietário ou pelo possuidor de veículo com motor acionado a eletricidade ou a gás. No caso de veículo com motor a álcool, a redução pode ser de até quarenta por cento.<sup>34</sup>

Nessa senda, o proprietário de veículo elétrico ou com motor a gás poderá ter abatimento de até 70% do valor do IPVA a ser pago, enquanto que para veículos a álcool o desconto chega a 40%.

Já na região Nordeste, prevalece a total isenção do IPVA para veículos que utilizem a eletricidade como combustível. Nesse teor, o art. 92, inciso XI, da lei estadual nº 7.799, de 19/12/2002, do estado de Maranhão, que prevê a isenção total do imposto para “veículos movidos a força motriz elétrica”.

---

<sup>33</sup> CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação ambiental no Brasil. In: QUEIROZ, Mary Elbe (org.). *Tributação em foco. A opinião de quem pensa, faz e aplica o direito tributário*. Recife: IPET, 2013, p. 113.

<sup>34</sup> Lei nº 1.810/1997 do estado do Mato Grosso do Sul. Campo Grande, MS: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. Disponível em: <[www.sefaz.ms.gov.br](http://www.sefaz.ms.gov.br)>, acesso em: 15 fev. 2015.

O mesmo ocorre no estado do Ceará, em que a isenção é concedida pelo art. 4º, inciso IX, da lei nº 12.023, de 20/11/1992, bem como no estado do Piauí, consoante a expressa previsão do art. 5º, inciso VIII, da lei nº 4.548, de 30/12/1992.

O estado do Rio Grande do Norte, através da lei nº 6.967, de 31/12/1996, também isenta do recolhimento do IPVA os veículos movidos por motor elétrico, como mandamenta o art. 8º, inciso XI, do referido pergaminho legal estadual.

Outro estado da região Nordeste que prevê dito benefício é o estado de Pernambuco, em que o art. 5º, inciso XI, da lei nº 10.849, de 28/12/1992, também determina a isenção do IPVA para veículo movido a motor elétrico.

Curioso anotar, todavia, a situação vivenciada no estado do Sergipe. Prevê o art. 4º, inciso XI, da lei nº 3.287, de 21/12/1992, a isenção do imposto para “veículos movidos a motor elétrico”. Entretanto, dita lei foi revogada expressamente pela lei nº 7.655, de 17/06/2013, a qual enunciou hipóteses de isenção em seu art. 6º, sem abranger dita categoria de veículos.

Na região Norte, destaca-se a legislação amazonense, que conferiu, através da lei nº 3.135/2007, no art. 15, inciso II, tratamento diferenciado aos veículos que: a) mediante a adoção de sistemas ou tecnologias, comprovadamente reduzam, no mínimo, percentual definido em regulamento aplicado sobre suas emissões de gases de efeito estufa; e, b) substituição do combustível utilizado por gás ou biodiesel, que reduza, no mínimo, percentual definido em regulamento aplicado sobre suas emissões de gases de efeito estufa<sup>35</sup>.

Por fim, o único estado da região Sul que adota a isenção para veículos movidos a força motriz elétrica é o estado do Rio Grande do Sul, conforme disposição estabelecida no art. 4º, inciso II, da lei nº 8.115, de 30/12/1985, com redação dada pelo art. 1º, inciso I, da lei nº 10.869, de 05/12/1996.

Infelizmente o estado de Santa Catarina, assim como os demais estados não citados ao longo deste subcapítulo, ainda não adotou qualquer isenção ou redução de alíquotas conforme o combustível utilizado pelo veículo.

De fato, o que se constata é que são poucas as legislações estaduais que preveem isenções ou reduções de alíquotas para veículos com baixa emissão de gás carbono, malgrado o permissivo constitucional possibilitar a implementação de política fiscal para estimular o consumo de veículos menos poluentes, sem se olvidar, de igual modo, que o imposto atende ao princípio da seletividade.

Por outro lado, evidente que os veículos que se utilizam de combustíveis menos poluentes devem receber também benefícios fiscais na sua produção, inclusive com a redução da alíquota do IPI ou do Imposto de Importação, quando for o caso,

<sup>35</sup> NIEVES, Fábio. *Tributação ambiental – a proteção do meio ambiente natural*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 126.



no intuito de intensificar a sua utilização no território brasileiro. Porém, os estados devem vir a contemplar a propriedade dos veículos menos poluentes com redução ou isenção do IPVA, estimulando o seu consumo, com melhorias significativas ao meio ambiente e à qualidade de vida da população.

Como asseveram Diniz e Sanches Junior:

Por certo, o emprego dos tributos com fins extrafiscais constitui importante instrumento para a proteção e preservação do meio ambiente, mormente se considerado seu caráter pedagógico na mudança de comportamento dos indivíduos, via estímulo de certos comportamentos e atividades que beneficiem o meio ambiente. Nesse prisma, o IPVA pode e deve ser usado como incentivador da proteção do meio ambiente sem descuidar-se do desenvolvimento econômico, através da adoção de uma tributação pró-ambiente, fomentando, assim, o desejado desenvolvimento sustentável.<sup>36</sup>

Não se pode perder de vista que dita prática deve ser estendida aos demais tributos, independentemente da competência tributária, mudando a postura do Poder Público, ao qual cabe introduzir no âmbito estatal práticas fiscais inovadoras e que permitam uma adequada integração entre a política fiscal e a política ambiental.

De qualquer forma, como podemos verificar, tem-se que o IPVA, embora originalmente não tenha sido instituído correlacionando-se com a proteção ao meio ambiente, deve ser utilizado como ferramenta de proteção e preservação ambiental, na medida que a isenção ou redução de sua alíquota para veículos menos poluentes contribui para estimular a sua aquisição pela população, diminuindo, via de consequência, a emissão dos nocivos gases do efeito estufa.

#### **4. Considerações finais**

Conscientes de que somente os aspectos repressivos e preventivos em prol do meio ambiente são insuficientes para protegê-lo, imperiosa a intervenção dos estados no meio econômico para fomentar e implementar a sustentabilidade, como enunciado no art. 170, inciso VI, da Constituição Federal de 1988.

Dentre as várias formas de intervenção na atividade econômica, o Estado deve utilizar a extrafiscalidade dos tributos para estimular o comportamento dos

---

<sup>36</sup> DINIZ, Luciano dos Santos. SANCHES JUNIOR, Paulo Fernandes. Álcool e políticas de apoio à sustentabilidade ambiental. *Revista Eletrônica Multidisciplinar Pindorama do Instituto Federal de Educação, Ciência e tecnologia da Bahia – IFBA*, nº 1, ano I, ago./2010, <[www.revistapindorama.ifba.edu.br](http://www.revistapindorama.ifba.edu.br)>, p. 17.

cidadãos a praticarem condutas que vão ao encontro da proteção ambiental e do desenvolvimento sustentável.

A tributação ambiental objetiva o estudo e a criação de uma política fiscal ambiental voltada para a proteção ao meio ambiente, sem falar na criação de novas espécies de tributos – o que somente aumentaria nossa já pesada carga tributária – mas na aplicação da redução de alíquotas ou isenções para situações que promovam ou auxiliem o desenvolvimento sustentável.

A fixação da alíquota do IPVA conforme o tipo e a utilização do veículo possibilita o uso do tributo como incentivador da proteção do meio ambiente, permitindo a redução de alíquotas e até mesmo a sua total isenção para veículos que utilizem combustíveis menos poluidores, estimulando o seu consumo e fomentando, conseqüentemente, o desenvolvimento sustentável.

Alguns estados da federação já preveem em suas legislações isenções ou reduções de alíquota do IPVA conforme o combustível utilizado pelos veículos, devendo dita iniciativa ser incorporada pelos demais estados da federação, no intuito de auxiliar o estímulo ao consumo de automóveis menos poluidores.

Ainda que ações pontuais colaborem para o alcance da sustentabilidade, faz-se necessária uma ampla reforma fiscal tributária, que insira de forma mais ampla o direito ambiental entre suas diretrizes, no afã de estimular *in concreto* o equilíbrio que deve haver entre o crescimento econômico e a proteção do meio ambiente.

## 5. Referências bibliográficas

AMARAL, Paulo Henrique do. Tributação ambiental: contributo à política de desenvolvimento sustentável no Brasil. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 13, nº 50, abr.-jun./2008, p. 212-234.

AMAZONAS. *Lei nº 3.135, de 05 de junho de 2007*. Manaus, AM: Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, 2007. Disponível em: <[www.sefaz.am.gov.br](http://www.sefaz.am.gov.br)>, último acesso em 16 fev. 2015.

BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. Recurso eletrônico. Dados eletrônicos, Itajaí: Univali, 2012.

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

CARRAZA, Roque Antonio. *ICMS*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Reflexões sobre a tributação ambiental. *Revista Interesse Público* nº 68, jul.-ago./2011, ano 13, p. 355-368.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação ambiental no Brasil. In: QUEIROZ, Mary Elbe (org.). *Tributação em foco*. A opinião de quem pensa, faz e aplica o direito tributário. Recife: IPET, 2013.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos. *Revista Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, vol. 32-2, jul.-dez./2012. ISSN: 1807-3840, p. 101-115.

CEARÁ. *Lei nº 12.023, de 20 de novembro de 1992*. Fortaleza, CE: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 1992. Disponível em: <[www.sefaz.ce.gov.br](http://www.sefaz.ce.gov.br)>, último acesso em 15 fev. 2015.

COELHO, Hamilton Antônio. Responsabilidade ambiental, sustentabilidade, tributação ecossocial e os tribunais de contas. *Revista TCEMG*, jan.-fev.-mar. 2012, p. 39-45.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COSTA, Regina Helena. *Direito ambiental em evolução*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. Saraiva, São Paulo, 2009.

DINIZ, Luciano dos Santos. SANCHES JUNIOR, Paulo Fernandes. Álcool e políticas de apoio à sustentabilidade ambiental. *Revista Eletrônica Multidisciplinar Pindorama do Instituto Federal de Educação, Ciência e tecnologia da Bahia – IFBA*, nº 1, ano I, ago./2010. Disponível em: <[www.revistapindorama.ifba.edu.br](http://www.revistapindorama.ifba.edu.br)>, acesso em 15 fev. 2015.

ESPAÑA. *Constitución Española*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1978.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. FERREIRA, Renata Marques. *Direito ambiental tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIALDINO, Carlo Curti. *L'unione europea ed il principio dello sviluppo sostenibile*, Relazione presentata al Seminario di 2° livello organizzato dal Ministero della Pubblica Istruzione e dalla Regione Veneto sul tema "Costituzione italiana, integrazione europea e sviluppo sostenibile", Venezia, Isola di San Servolo, 22-24 ottobre 2007.

MARFOLI, Luca. Trasporti, ambiente e mobilità sostenibile in Italia. *Riv. Giur. Ambiente*, fasc. 3-4, 2013.

MARANHÃO. *Lei nº 7.799, de 19 de dezembro de 2002*. São Luís, MA: Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão, 2002. Disponível em: <[www.portal.sefaz.ma.gov.br](http://www.portal.sefaz.ma.gov.br)>, último acesso em 15 fev. 2015.

MATO GROSSO DO SUL. *Lei nº 1.810, de 22 de dezembro de 1997*. Campo Grande, MS: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, 1997. Disponível em: <[www.sefaz.ms.gov.br](http://www.sefaz.ms.gov.br)>, acesso em 12 nov. 2015.

NIEVES, Fábio. *Tributação ambiental – a proteção do meio ambiente natural*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NINO, Michele. La Política dei trasporti dell'unione europea e Le problematiche riguardanti La tutela ambientale e lo sviluppo sostenibile. *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 1., 2013.

NUNES, Clécio Santos. *Direito tributário e meio ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005.

PARANÁ. *Lei nº 14.260, de 22 de dezembro de 2003*. Curitiba, PR: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, 2003. Disponível em: <[www.sefanet.pr.gov.br](http://www.sefanet.pr.gov.br)>, último acesso em 15 fev. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PEPE, Vincenzo. Lo Sviluppo Sostenibile tra Diritto Internazionale e Diritto Interno. *Riv. Giur. Ambiente*, fasc. 2, 2002, p. 209.

PERNAMBUCO. *Lei nº 10.849, de 28 de dezembro de 1992*. Recife, PE: Assembleia Legislativa do Estado do Pernambuco, 1992. Disponível em: <[www.sefaz.pe.gov.br](http://www.sefaz.pe.gov.br)>, último acesso em 15 fev. 2015.

PIAUI. *Lei nº 4.548, de 30 de dezembro de 1992*. Teresina, PI: Assembleia Legislativa do Estado do Piauí, 1992. Disponível em: <[www.sefaz.pi.gov.br](http://www.sefaz.pi.gov.br)>, último acesso em 15 fev. 2015.

Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Relatório Brundtland, Nosso Futuro Comum. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

RIBAS, Lidia Maria L. R. CARVALHO, Valbério Nobre de. O tributo como instrumento de tutela do meio ambiente. *Revista de direito ambiental*, São Paulo/SP, ano 14, nº 54, abr.-jun./2009, p. 185-204.

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 2.877, de 22 de dezembro de 1997*. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 1997. Disponível em: <[www.alerj.rj.gov.br](http://www.alerj.rj.gov.br)>, acesso em 22 fev. 2015.

RIO GRANDE DO NORTE. *Lei nº 6.967, de 31 de dezembro de 1996*. Natal, RN: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, 1996. Disponível em: <[www.set.rn.gov.br](http://www.set.rn.gov.br)>, último acesso em 15 fev. 2015.

RIO GRANDE DO SUL, *Lei nº 8.115, de 30 de dezembro de 1985*. Porto Alegre, RS: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1985. Disponível em: <[www.al.rs.gov.br](http://www.al.rs.gov.br)>, acesso em 16 fev. 2015.

RODRÍGUEZ, Alberto Gago. VILLOT, Xavier Labandeira. La Imposición Ambiental como Opción para España. *Papeles de Economía Española*, nº 139, 2014. ISSN 0210-9107.

RODRIGUEZ, Andrés Betancor. *Derecho ambiental*. Madrid: Ed. La Ley, 2014.

SÃO PAULO. *Lei nº 13.296, de 23 de dezembro de 1988*. São Paulo, SP: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1998. Disponível em: <[www.al.sp.gov.br](http://www.al.sp.gov.br)>, último acesso em 15 jan. 2015.

SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental. extrafiscalidade e função promocional do direito*. Curitiba: Juruá, 2011.

SERGIPE. *Lei nº 7.655, de 17 de junho de 2013*. Aracaju, SE: Assembleia Legislativa do Estado do Sergipe, 2013. Disponível em: <[www.legislacao.sefaz.se.gov.br](http://www.legislacao.sefaz.se.gov.br)>, último acesso em 15 fev. 2015.





# Do credenciamento da atividade de despachante de trânsito: análise de aspectos destacados da lei nº 10.609/1997 de Santa Catarina

Evandro Régis Eckel<sup>1</sup>

## 1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar a natureza e o regime jurídico do serviço de despachantes de trânsito e o tratamento legal a eles destinado no estado de Santa Catarina. O interesse do tema se deve à frequente impetração de mandados de segurança contra ato de autoridade do Departamento Estadual de Trânsito visando determinar que o pedido de credenciamento de despachante de trânsito tenha sequência, afastando a exigência de prévia aprovação em procedimento licitatório.

A lei estadual nº 10.609/1997, de procedência governamental, dispôs sobre a atividade de despachante de trânsito e estabeleceu outras providências, tendo sido alterada parcialmente pelas leis de nº 11.265/1999 (art. 14), 11.336/2000 (art. 13), 11.922/2001 e 13.664/2005.

No âmbito nacional, a profissão de despachante é prevista na lei federal nº 10.602/2002 que criou a denominação despachante documentalista e dispôs sobre o Conselho Federal e os Conselhos Regionais dos Despachantes Documentalistas como órgãos normativos e de fiscalização profissional. Nos termos do art. 6º, o despachante documentalista tem *mandato presumido de representação na defesa dos interesses de seus comitentes*, salvo para a prática de atos para os quais a lei exija poderes especiais. E o despachante documentalista, no desempenho de suas atividades profissionais, não praticará, sob pena de nulidade, atos privativos de outras profissões liberais definidas em lei (parágrafo único). A atividade faz parte da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), instituída pela portaria nº 397/2002 e disponibilizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Consiste no oferecimento de comodidade e agilidade àqueles que não têm tempo ou disposição para resolver diretamente assuntos burocráticos do cotidiano.

Com a análise da natureza da atividade de despachante, da figura do credenciamento junto a órgãos públicos, e da autorização como exercício do poder de polícia, busca-se demonstrar, sem a pretensão de esgotar o tema, a inconstitucionalidade

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em direito processual civil pela Universidade Federal de Santa Catarina.

de da legislação estadual por ofensa aos princípios da isonomia e da impessoalidade na administração pública, corolários do princípio republicano, o que tem ensejado espécie de bloqueio de mercado.

## 2. Natureza da atividade de despachante de trânsito

A atividade de despachante de trânsito (especialidade do gênero despachante documentalista) é de natureza particular. A própria lei estadual nº 10.609/1997 reconhece, em seu art. 1º, tal natureza privada, como não poderia deixar de fazê-lo.

O despachante de trânsito não presta serviço público. Apenas representa seus clientes junto ao Departamento Estadual de Trânsito nos processos de registro, licenciamento e transferência de veículos. Além disso, qualquer pessoa pode praticar os referidos atos, encaminhando os processos relativos aos veículos automotores de sua propriedade.

Os arts. 2º e 3º evidenciam tal natureza, ao declarar o que é permitido ao despachante de trânsito:

Art. 3º É permitido ao despachante de trânsito, no município para que foi credenciado e autorizado a exercer a atividade, representar seus clientes nos processos de registro, licenciamento, transferência e outros relativos à regularização de veículos automotores junto aos órgãos de trânsito.

Parágrafo único. Qualquer pessoa física ou representante legal de pessoa jurídica poderá encaminhar os processos referidos neste artigo, relativos aos veículos automotores de sua propriedade.

É certo que não há na Constituição um elenco taxativo de atividades definíveis como serviço público, de modo que, em tese, podem ser admitidas como serviço público aquelas atividades que a lei assim declarar. Todavia, não pode o legislador infraconstitucional considerar como serviço público qualquer atividade que assim lhe pareça, sob pena de cometimento de desvio de finalidade legislativa.

Como observa Alexandre Santos de Aragão (2009a), há funções, como a militar e a diplomática, cuja integração na esfera pública foi sempre considerada natural e indene de controvérsias. Por outro lado, a maioria das atividades econômicas, seja por não possuírem maior relevância para as necessidades da coletividade, seja por, mesmo tendo importância, serem supridas satisfatoriamente pelo mercado, integram indubitavelmente a esfera privada, ou seja, da livre iniciativa, sujeita apenas

ao poder de polícia administrativa ou regulação exógena.

O mesmo não se dá, prossegue o autor, com as atividades econômicas *lato sensu*,

... que não têm ínsita em si a integração à esfera pública ou privada ou seja, são atividades que, ontologicamente, poderiam pertencer a uma ou outra esfera, mas que o Constituinte ou o Legislador, em função de uma avaliação do interesse da coletividade em determinado momento histórico, entendeu que o Estado deveria, para cumprir as suas funções constitucionais de proteção dos liames sociais, tomar a atividade como sua. (2009a, p. 11)

Tem-se que as atividades dos despachantes integram, sem dúvida, a esfera da livre iniciativa. A toda evidência, não há integração natural dessas na esfera pública, como ocorre com aquelas inerentes à soberania, e tampouco se pode incluí-las na interseção acima mencionada, em que, embora não pertença ontologicamente a uma ou outra esfera, toma o Estado como sua para atender as *obrigações sociais* impostas pela Constituição.

Portanto, não se pode reger a matéria à luz do art. 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao poder público, na forma da lei, *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação*, a prestação de serviços públicos. Esse dispositivo pressupõe a titularidade do Estado sobre tais atividades, do contrário a iniciativa privada não precisaria de contrato de permissão ou concessão para prestá-las.<sup>2</sup>

Como se trata de atividade particular, está amparada no direito fundamental inscrito no art. 5º, XIII, da Constituição da República, segundo o qual *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*, competindo privativamente à União estabelecer as qualificações profissionais a serem atendidas (art. 22, XVI).

Atividade de natureza privada que é a dos despachantes documentalistas, gênero ao qual pertence a espécie despachante de trânsito, deve submeter-se ao regime jurídico da livre iniciativa, sujeitando-se aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, e ao princípio constitucional da livre concorrência, insculpido no art. 170, IV, da Constituição. Enfim, deve expor-se à *competição do mercado*, o que tende a proporcionar, inclusive, *melhor qualidade dos serviços* aos cidadãos que por esse serviço optarem.

<sup>2</sup> O autor acima citado entende que o ponto relevante do que se poderia chamar de regime jurídico identificador dos serviços públicos é “a impossibilidade de a iniciativa privada prestá-los por direito próprio, sendo admitida apenas como delegatária do Poder Público”. *Op. cit.*, p. 23.

Ocorre que no estado de Santa Catarina a lei nº 10.609/97 assim dispôs:

Art. 1º A atividade de despachante de trânsito, de natureza privada, será exercida junto ao Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, às Circunscrições Regionais de Trânsito – CIRETRANs, às circunscrições de Trânsito – CITRANs das Delegacias de Polícia de Comarca e às Delegacias de Polícia Municipais, **mediante permissão**, por pessoa física, **na forma desta Lei.** (...)

Art. 4º O exercício da atividade de despachante de trânsito, de caráter pessoal e intransferível, **depende de prévia licitação, na modalidade concorrência pública, do tipo melhor técnica, e do atendimento dos seguintes requisitos para o credenciamento:** (...)

Art.5º O **processo licitatório** e o credenciamento são de responsabilidade do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN.

Art. 6º O **número de vagas em cada município** depende do número de despachantes credenciados, em pleno e regular exercício da atividade na data da publicação desta Lei, observados os seguintes critérios:

I – O máximo de duas vagas para o município com até três mil veículos registrados;

II – mais uma vaga para cada grupo de três mil veículos adicional.

Parágrafo único. O Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, anualmente, no mês de janeiro, promoverá o levantamento da frota de veículos registrados no ano anterior, em cada município e do número de despachantes credenciados, para fixar o número de vagas.

Art. 7º O processo licitatório constará de prova escrita e de prova oral sobre normas legais e regulamentares de trânsito.

§ 1º Os candidatos serão classificados pela média aritmética

das notas obtidas, não inferior a 5,0 (cinco vírgula zero) pontos, válidas exclusivamente para o município em que pretendem o credenciamento. (...) Grifou-se

Com a edição da lei nº 11.922/2001, promulgada pela Assembleia Legislativa, os dispositivos passaram a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º A atividade de **serviço autorizado** de despachante de trânsito, de natureza privada, será exercida junto ao Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN –, e os demais órgãos estaduais de trânsito, por pessoa física, **na forma desta Lei**.

Art. 4º O exercício da atividade de despachante de trânsito, de caráter pessoal e intransferível, **depende de prévio credenciamento e do atendimento dos seguintes requisitos:** (...)

Art. 5º Os **procedimentos administrativos para o credenciamento** são de responsabilidade do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN –, devendo estes serem precedidos da devida **autorização** do Secretário de Estado de Segurança Pública.

Art. 6º O **número de vagas em cada município** depende do número de despachantes credenciados, ressalvados os direitos e o número de vagas daqueles que se encontram em pleno e regular exercício da atividade na data de publicação desta Lei, observando-se os seguintes critérios:

I – o máximo de duas vagas para o município com até dez mil veículos registrados; e

II – mais uma vaga para cada grupo de dez mil veículos adicionais.

§ 1º O DETRAN promoverá anualmente, o levantamento da frota de veículos registrados no ano anterior em cada município e o número de despachantes credenciados, para fixar o número de vagas.

§ 2º Na ocorrência de morte ou invalidez permanente para o exercício da atividade de despachante de trânsito, o Diretor do DETRAN promoverá no prazo máximo de seis meses, a abertura de procedimento administrativo para o preenchimento da vaga.

Art. 7º O **procedimento administrativo para o credenciamento** deverá observar as seguintes etapas:

I – publicação de Edital convocatório no Diário Oficial do Estado;

II – inscrição dos interessados, com a apresentação dos documentos enumerados no art. 4º desta Lei, e do certificado expedido pelo DETRAN, relativo ao período em que o interessado exerceu a atividade de despachante ou preposto, devendo neste ser consignado (*sic*) as penalidades sofridas pelos mesmos, o que servirá de base para cálculo do título; e

III – **realização de prova escrita e de prova oral** sobre normas legais e regulamentares de trânsito, bem como da legislação pertinente à atividade de despachante de trânsito.

§ 1º Os candidatos serão classificados pela soma dos pontos obtidos com a média aritmética das notas, não inferiores a cinco vírgula zero pontos, obtida nas provas escrita e oral, e os pontos relativos ao certificado expedido pelo DETRAN.

§ 2º.....

§ 3º Em caso de empate entre os interessados, a classificação se fará pelo critério de idade, tendo preferência o candidato mais idoso.

§ 4º A pontuação do título expedido pelo DETRAN, será calculada pelo somatório dos pontos a cada ano em que o interessado exerceu a atividade de despachante ou preposto, diminuída pelo número de penalidades sofridas pelos mesmos durante este mesmo período, e cujos valores serão estabelecidos pelo Regulamento desta Lei, não podendo estes mesmos pontos serem superiores a vinte e cinco por cento dos pontos previstos nas provas escritas e oral. Grifou-se

Como se pode observar, ao prever, inicialmente, processo licitatório para a permissão do serviço, a lei tratou a atividade como serviço público. As alterações retiraram do texto as referências à “licitação” e à “permissão”, substituindo-as por “procedimento administrativo”, “prova escrita e oral” e “autorização”, mantendo-se, porém, ainda que ampliado, um limite máximo de vagas conforme a frota municipal.

Ocorre que não há na lei federal, à qual foi reservado pela Carta Maior, de forma privativa, o estabelecimento das qualificações profissionais a serem atendidas, nenhuma regra que condicione o exercício da profissão de despachante de trânsito às condições impostas pela lei estadual. Não se pode restringi-la, limitando-se o número de vagas de despachantes de trânsito de acordo com a frota de veículos existente em cada município, submetendo os pretendentes a seleção mediante provas e títulos. Caso contrário, cria-se uma espécie de bloqueio de mercado.

### **3. Entendimento do Supremo Tribunal Federal**

Assentou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.387-SP, por unanimidade, sob a relatoria do ministro Dias Toffoli, que teve por objeto a lei nº 8.107/92 do estado de São Paulo:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 8.107, de 27 de outubro de 1992, e Decretos nº 37.420 e nº 37.421, todos do Estado de São Paulo. Regulamentação da atividade de despachante perante os órgãos da Administração Pública estadual. Competência legislativa privativa da União (art. 22, I e XVI, da CF/88). Ratificação da cautelar. Ação julgada procedente.

1. A Lei estadual nº 8.107/92, a pretexto de prescrever regras de caráter administrativo acerca da atuação dos despachantes junto aos órgãos públicos estaduais, acabou por regulamentar essa atividade, uma vez que estabeleceu os próprios requisitos para seu exercício. Violação da competência legislativa da União, a quem compete privativamente editar leis sobre direito do trabalho e sobre condições para o exercício de profissões. Precedentes. A norma de que trata o art. 5º, XIII, da Carta Magna, que assegura ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, deve ter caráter nacional, não se admitindo que haja diferenças entre os entes federados quanto aos requisitos ou condições para o exercício de atividade profissional.



2. O Estado de São Paulo, conforme se verifica nos arts. 7º e 8º da lei impugnada, impôs limites excessivos ao exercício da profissão de despachante no âmbito do Estado, submetendo esses profissionais liberais a regime jurídico assemelhado ao de função delegada da administração pública, afrontando materialmente o disposto no art. 5º, inciso XIII, da Carta Magna.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADIn 4.387-SP, rel. Min. Dias Toffoli)

Infere-se dessa decisão do plenário do STF que somente a União pode disciplinar validamente, por lei federal aplicável em todo o território nacional, o exercício de profissões, e que tais profissionais autônomos não podem ser submetidos a regime jurídico assemelhado ao de função delegada da administração pública, ainda que, naturalmente, laborem junto aos órgãos da administração pública estadual, o que autoriza apenas elaboração de regras de caráter administrativo acerca da atuação dos despachantes junto aos órgãos públicos estaduais.

A propósito, é de ser noticiado que foram ajuizadas perante a suprema corte ações diretas de inconstitucionalidade em face de leis similares existentes nos estados do Paraná e do Rio Grande do Sul. São elas as ADIs 5.279 e 5.412, pendentes de julgamento pelo rito abreviado previsto na lei nº 9.868/1999 (Lei das ADIs).<sup>3</sup>

Celso Ribeiro Bastos (1989, 2º v., p. 77) adverte que:

Uma forma muito sutil pela qual o Estado por vezes acaba com a liberdade de opção profissional é a excessiva regulamentação. Regulamentar uma profissão significa exercer a competência fixada na parte final do dispositivo que diz: ‘observadas as qualificações profissionais que a lei exigir’. Para obviar este inconveniente é necessário que esta faculdade seja sempre exercida nos termos constitucionais.

Releva anotar que não há lei complementar que autorize o Estado federado a legislar sobre requisitos e regulamentação do exercício da profissão de despachante (art. 22, parágrafo único, CF/88).

A lei catarinense, na mesma senda, ao disciplinar o desempenho das atividades de despachante de trânsito junto ao DETRAN/SC, acabou por regulamentar

---

<sup>3</sup> A lei nº 12.327/1998, do estado do Paraná, estabeleceu critérios de habilitação e credenciamento, condicionando-o à aprovação em concurso público de provas e títulos, e limitou o número de profissionais a serem habilitados por município, conforme a frota de veículos.

a profissão, ao criar excessivos condicionamentos para o credenciamento e consequente exercício, usurpando assim competência que é da União Federal.<sup>4</sup>

Em conclusão, afigura-se necessária, em razão da sua inconstitucionalidade, a revisão da lei estadual em análise, a fim de adequá-la à natureza e ao regime jurídico do serviço prestado e aos imperativos constitucionais citados.

#### 4. Credenciamento

Determina a lei estadual em análise que a atividade de despachante de trânsito deva se submeter a credenciamento. Pretende-se, neste tópico, alcançar a compreensão acerca da figura do credenciamento, a fim de verificar a possibilidade de sua utilização ao serviço de despachantes de trânsito.

Para Adílson de Abreu Dallari (2006, p. 15), o credenciamento é ato ou contrato formal pelo qual a administração pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de colaboração com o Poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 268), a administração pública se utiliza do credenciamento para “delegar unilateral e precariamente, por atos administrativos, a credenciados, atividades de interesse público, reconhecendo-lhes a produção de eficácia administrativa pública e dando-lhes assentimento para que sejam remunerados por seus serviços, diretamente pelos administrados beneficiários ou por ela própria”. O credenciamento é apenas a autorização, a particulares, de uma atividade técnica, meramente instrumental, não configurando delegação de poder de polícia, nem, muito menos, de serviço público.

Alguns serviços de natureza pública ou de interesse público também são objeto de credenciamento, como é o caso de atividades integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS), serviços jurídicos e de treinamento.

O credenciamento se dá por chamamento público de todos aqueles que se mostrem interessados, preencham os requisitos e aceitem a remuneração previamente fixados pela administração. Não há no ordenamento jurídico pátrio lei específica que trate sobre o sistema do credenciamento, contudo sua legalidade foi reconhecida pelo Tribunal de Contas da União e pelos Tribunais de Contas dos Estados como mecanismo para efetivar modalidade de contratação por inexigibilidade, prevista no art. 25, *caput*, da lei nº 8.666/1993 (contratação direta, portanto),

---

<sup>4</sup> Não há notícia de ADI ajuizada perante o STF em face da lei nº 10.609/1997 e suas alterações. A ADI nº 20.020.278.497, proposta perante o Tribunal de Justiça local, teve a inicial indeferida, ante o reconhecimento da incompetência para apreciação de ofensa à Constituição Federal.

quando não houver relação de exclusão entre os interessados.

A pré-qualificação ou contratação deve ser franqueada a todos os interessados que preencherem os requisitos estabelecidos pela administração e aceitarem a remuneração fixada, não havendo, dessa forma, competição.

Já decidiu o Tribunal de Contas da União no acórdão nº 351/2010 do plenário:

5.3 embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no *caput* do referido dispositivo legal, porquanto a inviabilidade de competição afigura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão.

Na mesma direção, vai o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, conforme Prejulgado nº 1788 (processo nº CON 05/04196502):

É plausível a contratação através de credenciamento quando aberto a todos os interessados, desde que os requisitos, cláusulas e condições sejam preestabelecidos e uniformes, inclusive quanto à forma de remuneração fixada pela Administração, vinculação ao termo que autorizar o credenciamento, responsabilidade das partes, vigência e validade, casos de rescisão e penalidades, bem como o foro judicial, devendo haver publicação resumida da contratação.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2006, p. 1.091) ressalta, dentre os aspectos fundamentais do credenciamento, a “possibilidade de contratação de todos os que satisfaçam às condições exigidas. Se o objeto só pode ser realizado por um, como um viaduto ou um só curso, descabe a pré-qualificação, pois a característica fundamental do tipo credenciamento, é que todos os selecionados são contratados, embora demandados em quantidades diferentes”.

A limitação do número de vagas é incompatível com o credenciamento referido na lei estadual. Esse deve ser permitido, a qualquer tempo (a propósito, TCU – TC 016.522/1995-8), a qualquer interessado que preencha as condições exigidas pela lei. Já assentou o plenário TCU, na representação TC-034.565/2011-6 (j. em 29/02/2012): “Representação. Irregularidades em edital de credenciamento. Adoção de critérios classificatórios que não se coadunam com o instituto do creden-

ciamento. Conhecimento. Procedência parcial. Fixação de prazo para anulação do certame. Monitoramento. Ciência”.

Adverte Eduardo Augusto Guimarães (2011):

Um último requisito que merece especial relevo é a necessidade, ou melhor, obrigatoriedade, de credenciar todos os interessados que atendam as condições do chamamento. Conforme já foi exaustivamente debatido ao longo do trabalho, o fundamento do credenciamento é a inexigibilidade para a contratação de todos. Portanto, seria incoerente com o conceito já apresentado, e até mesmo com a interpretação até aqui exposta, realizar um chamamento público para credenciamento de profissionais de um determinado setor e, ao final, declarar um vencedor, mesmo havendo outros interessados que igualmente preenchem os requisitos exigidos pelo Poder Público e satisfaçam os interesses da Administração Pública. Se esta for a intenção da autoridade administrativa, indubitavelmente estamos diante de um procedimento licitatório, não se configurando, portanto, o credenciamento por inexigibilidade.

Para Joel de Menezes Niebuhr (2003, p. 210),

Outra hipótese de inexigibilidade de licitação pública que é cada vez mais frequente relaciona-se ao denominado credenciamento, porquanto todos os interessados em contratar com a Administração Pública são efetivamente contratados, sem que haja *relação de exclusão*. Como todos os interessados são contratados, não há que se competir por nada, forçando-se reconhecer, por dedução, a inviabilidade de competição e a inexigibilidade de licitação pública.

Vale noticiar que o estado do Paraná disciplinou o sistema de credenciamento na sua Lei de Licitações, de nº 15.608/2007:

Art. 24. Credenciamento é ato administrativo de chamamento público, processado por edital, destinado à contratação de serviços junto àqueles que satisfaçam os requisitos definidos pela Administração, observado o prazo de publicidade de no mínimo 15 (quinze) dias úteis e no máximo de 30 (trinta) dias úteis.

Parágrafo único. A Administração Estadual poderá adotar o credenciamento para situações em que o mesmo objeto possa ser realizado simultaneamente por diversos contratados.

Alexandre dos Santos Aragão (2009b, p. 659)<sup>5</sup>, ao dissertar sobre o credenciamento, aborda suas diversas acepções:

Pode-se imaginar, como nos casos trazidos por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Adilson Abreu Dallari, um ‘credenciamento’ como meio de controle (poder de polícia) exercido pela Administração Pública sobre atividades privadas, geralmente atividades privadas instrumentais ao exercício do poder de polícia principal (ex.: oftalmologistas e psicólogos aptos a fazerem os exames necessários à habilitação de motorista, estabelecimentos habilitados a confeccionar placas de automóveis ou blocos de notas fiscais etc.)

O poder de polícia em si é indelegável, mas as atividades instrumentais a ele podem ser atividades privadas comuns, em relação às quais, no entanto, o Estado impõe requisitos adicionais aos ordinários para que os seus resultados possam ser encampados pela Administração. Sobre elas incidirá, então, um outro poder de polícia, ou seja, essa atividade privada policiada é instrumental ao exercício de um outro poder de polícia. (...)

Essas atividades privadas instrumentais ao exercício do poder de polícia pelo Estado constituem espécie das atividades privadas de interesse público, de maneira que não são serviços

---

<sup>5</sup> Em nota de rodapé, ressalva que apenas em caso de absoluta impossibilidade técnica da existência de agentes credenciados acima de determinado número poderá ser admitida a sua limitação. Nesses casos, contudo, como o credenciamento representará um *privilegio*, ou seja, uma prerrogativa que alguns cidadãos têm como exclusão dos demais (ainda que não propriamente um contrato com a Administração), deve ser *temporário* e sujeito a *periódicos* procedimentos públicos, objetivos e isonômicos (ainda que não necessariamente os da Lei nº 8.666/1993) de escolha dos credenciados (p. 659). O comentário de Aragão é pertinente, tanto que, no âmbito do serviço público, a lei de licitações públicas limita, a 5 (cinco) anos, de modo ordinário, a duração de contrato de prestação de serviços a serem executados de forma continuada (art. 57, II), vedando o contrato com prazo de vigência – leia-se execução – indeterminado (§ 3º). Lembra Joel de Menezes Niebuhr que “a disputa pelos contratos administrativos deve ser renovada periodicamente, para que se deem oportunidades – o que é consequência do princípio da isonomia” (Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Zênite, 2008, p. 469). Por sua vez, a titularidade estatal das atividades, nas concessões de serviços públicos, legitima poderes dentre os quais a necessidade de prazo determinado (arts. 2º, II, 23, I, e 35, I, da lei nº 8.987/1995), o que também constitui um direito do concessionário, frente à precariedade, e a encampação da atividade, essa última, aliás, logicamente impossível no caso do serviço de despachante de trânsito.

públicos, mas atividades da iniciativa privada, submetidas a uma forte regulação tanto na entrada como na permanência de agentes nesse mercado. Consequentemente, o dito 'credenciamento' não é, nesses casos, um contrato, e sim um ato de polícia administrativa.

Isso faz com que, observados os requisitos técnicos e de idoneidade razoável, e proporcionalmente fixados pelo Estado, os particulares interessados tenham direito a exercê-las em regime de livre concorrência, conforme art. 170, IV e parágrafo único, da Constituição, não cabendo ao Estado limitar o número de agentes econômicos privados na atividade, mas apenas estabelecer os requisitos necessários ao seu exercício.

Tanto o credenciamento propriamente dito (de natureza contratual) como o credenciamento de polícia administrativa não são o contrato ou o ato em si, mas, sim, o procedimento de escolha ou de controle, respectivamente, que deve precedê-los. E, de qualquer forma, o seu objeto não é a prestação de serviço público, mas, sim, respectivamente, a aquisição de bem/serviço para a Administração ou o exercício do seu poder de polícia.

Em conclusão, é juridicamente possível a utilização do credenciamento para o desempenho da atividade de despachante de trânsito, porém a adoção de critérios classificatórios não se coaduna com o instituto, em que não existe relação de exclusão entre os interessados. O credenciamento deve ser precedido de chamamento público e franqueado a qualquer profissional que preencha as suas condições uniforme e previamente estabelecidas pela administração.

## 5. Autorização

O caráter privado do serviço desempenhado pelo despachante não impede, porém, a atuação reguladora e ordenadora do Estado membro, sobretudo quando o exercício da profissão depende da interação com os seus órgãos públicos de trânsito.

Embora não constitua serviço público e conquanto desprovida do caráter de essencialidade, a atividade de despachante de trânsito atende a interesse coletivo, daí a conveniência de regulação pelo Estado federado, especialmente sobre o relacionamento dos despachantes de trânsito com as repartições públicas, haja vista o interesse público na fiel observância da legislação de trânsito.

Dita o parágrafo único do art. 170 da Carta Maior que é assegurado a todos o

livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Isso porque a livre iniciativa não é absoluta, embora a Constituição sujeite qualquer restrição à reserva da legalidade. Eros Roberto Grau (2015, 201) lembra que nem mesmo em sua origem – no Decreto d’Allerde de 1791, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações – se consagrava a liberdade absoluta de livre iniciativa econômica, ao sujeitar a realização de qualquer negócio ou o exercício de qualquer profissão, arte ou ofício aos regulamentos de polícia aplicáveis.

Prossegue o autor asseverando que, como em sua raiz, também no parágrafo único do art. 170 o princípio é expressão de uma garantia de legalidade:

[...] liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar *não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei*. O que esse preceito pretende introduzir no plano constitucional é tão somente a sujeição ao *princípio da legalidade em termos absolutos* – e não, meramente, ao *princípio da legalidade em termos relativos* (art. 5º, II) – da imposição, pelo Estado, de autorização para o exercício de qualquer atividade econômica (2015, p.203).

Ainda segundo Eros Grau (2015, p. 202), a liberdade de concorrência abrange uma liberdade pública, consistente na “neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes”. E cita importante reflexão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em *A economia e o controle do Estado*:

Afirma a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberto ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. (...)

Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao



fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado. (*apud* GRAU, 2015, p. 204)

É por isso que a fixação de um número de vagas por município para despachantes de trânsito constitui impedimento inconstitucional ao exercício dessa atividade econômica.

Coisa diversa, fica claro, é a regulação da atividade pelo Estado, de modo a possibilitar a convivência das liberdades e proteger o interesse geral, desde que, naturalmente, respeitados os termos da própria Constituição. O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 170 da Constituição, que trata dos princípios gerais da ordem econômica, tem assentado que “O exercício de atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia” (2ª Turma, RE 349686/PE, rel. Min. Ellen Gracie, *in* DJ de 05/08/2005).

Nas palavras do ministro Celso Mello,

O estatuto constitucional das franquias individuais e liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa –, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica (RTJ 173/807-808), destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (RE 597.165-AgR, j. em 04/11/2014, Segunda Turma, *in* DJE de 09/12/2014).

Para que possa ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deverá ser desproporcional e não razoável (ADI 173 e ADI 394, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 25/09/2008, plenário, DJE de 20/03/2009). No mesmo sentido: RE 565.048, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29/05/2014, Plenário, DJE de 09/10/2014, com repercussão geral. No entanto, a suprema corte tem censurado restrições legais que afrontem as normas constitucionais, impondo restrições e condicionamentos excessivos, desproporcionais e não razoáveis ao desempenho de atividades econômicas. A propósito:

A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade. (RE 205.193, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25/02/1997, Primeira Turma, DJ de 06/06/1997.)

Dito isso, percebe-se que a “autorização”, referida na nova redação dada à lei estadual em comento, não é endereçável à normal e regular prestação de serviço público.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2005, p. 647) assim se posiciona:

Nota-se que, no art. 21, para referir a outorga a terceiros do direito de prestar um serviço público fez uso destas três expressões. Já no art. 175, sua dicção é específica ao dizer que: ‘Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de *concessão* ou *permissão*, a prestação de serviços públicos’. Ou seja, neste versículo fica bastante claro que só contempla duas formas normais de outorga a terceiros de titulação para prestar serviços públicos.

Perguntando-se como conciliar os preceptivos em apreço, o administrativista assevera, revisando ponto de vista anterior, que “a resposta se encontra no art. 175, que é aquele que cogita da normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado” (MELO, 2005, p. 647). Já a expressão ‘autorização’, que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações, a primeira correspondente a serviço de telecomunicação, com o sentido de ato de poder de polícia, e, outra, em que efetivamente há um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação até a adoção dos procedimentos necessários à permissão ou concessão.

De acordo com a lição de Hely Lopes Meirelles (2012), a autorização não

significa delegação de serviço público exceto apenas para situações emergenciais. De resto,

O Poder Público, para certas atividades ou para a prática de certos atos previstos em lei, dá autorização ao particular para exercê-las ou praticar os atos. É o que ocorre com os serviços de táxi, de despachantes, de pavimentação de ruas por conta dos moradores, de guarda particular de estabelecimentos ou residências, nos quais, embora não caracterizem atividade pública típica, convém que o Poder Público conheça e credencie seus executores e sobre eles exerça o necessário controle no seu relacionamento com o público e com os órgãos administrativos a que se vinculam em razão das respectivas atividades. (...)

As atividades autorizadas não se beneficiam das prerrogativas das atividades públicas, só auferindo as vantagens que lhes forem expressamente deferidas no ato da autorização, e sempre sujeitas a modificação ou supressão sumária, dada a precariedade ínsita a esse ato. Seus executores não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos; prestam, apenas, uma atividade de interesses da comunidade, por isso mesmo controlada pela Administração e sujeita à autorização. Qualquer irregularidade deve ser comunicada à Administração autorizante, mas unicamente para que ela conheça a falta do autorizatário e, se for o caso, lhe aplique a sanção cabível, inclusive a cassação da autorização. (2012, p. 455-6)

Para José dos Santos Carvalho Filho (2012), autorização é ato administrativo discricionário e precário pelo qual a administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu *exclusivo ou predominante interesse*, não se caracterizando a atividade como serviço público. Se o serviço se caracteriza como público deve ser consentido por permissão, tanto que a Constituição, ao referir-se à prestação indireta de serviços públicos, só fez menção à concessão e à permissão (art. 175). Para o autor, destina-se a autorização a atividades de interesse privado, que precisam de consentimento estatal pela necessidade de ser exercido, pela administração, o seu poder de polícia. E arremata: “A atividade, quando for *autorizada*, há de refletir interesse exclusivo ou predominante de seu titular, ou seja, haverá na atividade autorizada interesse meramente privado, ainda que traga alguma comodidade a um grupo de pessoas” (2012, p. 441-2).

A doutrina adverte que há muitos equívocos e distorções nas rotulações dos

atos ou “consentimentos estatais”, tanto em legislação quanto em decisões judiciais, sendo necessária a perquirição acerca da verdadeira essência do ato analisado.

Alexandre dos Santos Aragão (2005) leciona que pelos paradigmas clássicos da doutrina administrativa brasileira, há três acepções para o termo “autorização” em geral: 1) ato discricionário de polícia, que faculta ao particular o desempenho material de determinada atividade ou a prática de determinado ato sujeito a controle público (ex.: porte de arma). Por meio da autorização de polícia, controla-se (“não se delega”) a prestação de atividades privadas; 2) autorização de uso de bem público, ato discricionário e precário, que faculta ao particular o uso de bem público preponderantemente no seu próprio interesse privado (ex.: acesso à fonte de água pública); e, 3) autorização de serviço público. O art. 175 não a coloca como espécie de delegação de serviço público, mas os incisos XI e XII do art. 21 da CF, que trata da competência material da União, a ela se referem como condição da prestação de determinados serviços.

Analisando essa última acepção, esclarece Aragão que a doutrina tradicional, anterior ao processo de desestatização da década de 80, via a hipótese em três situações: a) quando a atividade autorizada visar à satisfação das necessidades apenas do próprio autorizatário (ex.: autogeração de energia própria): é caso de poder de polícia, até porque essas atividades não são sequer serviços “ao público”, requisito essencial para que uma atividade econômica possa ser considerada serviço público; b) em se tratando de serviços públicos emergenciais, instáveis ou não constantes. Repugna ao autor, porém, que a autorização, sempre expedida, segundo a doutrina clássica, no interesse predominantemente particular, seja utilizada para a prestação de serviço público que sempre visa ao interesse público; e, c) se o serviço não requer a limitação do número dos seus prestadores, razão pela qual não se cogita de licitação para autorização (ex.: despachantes). Essas atividades não são serviços públicos, mas, sim, atividades privadas regulamentadas. Trata-se de atividades abertas à iniciativa privada, em que as autorizações administrativas são atos de exercício do poder de polícia administrativa.

Assim, caso a autorização referida na Constituição verse sobre serviço público, recebendo inclusive uma estrutura contratual em razão da titularidade estatal da atividade, ter-se-á, portanto, uma autorização em sentido apenas nominal, uma “*autorização*” *contratual*. O importante, sustenta o autor, é identificar a atividade regulada: se serviço público, o consentimento da administração pública será concessão ou permissão; se atividade privada, será autorização. E, caso a autorização seja vinculada, também poderá ser chamada de licença.

Feitas essas considerações sobre a natureza da autorização, sustenta-se que as atividades desenvolvidas pelos despachantes de trânsito incluem-se na categoria de

atividade privada regulamentada, constituindo a autorização ato pelo qual exerce o Estado um especial poder de polícia.

Compartilha-se doravante da análise de Alexandre dos Santos Aragão (2005) acerca das atividades privadas regulamentadas:

... são atividades da iniciativa privada para as quais a lei, face à sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo-se ainda a sua contínua sujeição à regulação da autoridade autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial. (2005, p. 9-10)

Tais atividades não consubstanciam serviço público, não incumbem ao Poder Público, embora sujeitas a especial disciplina publicista, ou “regime publicístico” (na teoria dos ordenamentos setoriais), em virtude do interesse geral da população a se sobrepôr ao interesse específico de cada um.

A adoção pelo Constituinte da nomenclatura de ‘serviços de relevância pública’ para abranger serviços da iniciativa privada que tenham forte sensibilidade para o interesse da coletividade (ex.: artigos 129 e 197) deixa claro que, pelo menos no Brasil, não foi recebida a figura do serviço público impróprio ou virtual, oriundo de uma concepção puramente material, funcional ou objetiva de serviço público, como sendo tudo que seja de forte interesse para a coletividade e sujeito, por esta razão, a um intenso poder de polícia.

Com efeito, não é possível sustentar que a Constituição tenha um tal conceito de serviço público, abrangente de atividades exclusivamente privadas de forte interesse público (serviços essenciais ou de relevância pública, saúde e educação privadas, instituições financeiras, táxis, despachantes, algumas atividades de potencial risco à saúde, serviços funerários quando o Município não tenha publicizado a atividade, etc.), pois, se fosse assim, seria despicienda a referência a tais ‘serviços de relevância pública.’ (ARAGÃO, 2005, p. 11-12)

São atividades de fronteira, situando-se no meio-termo entre os serviços públicos, que são atividades desempenhadas diretamente ou indiretamente pelo pró-

prio Estado, e as atividades econômicas privadas não sujeitas a controle ou sujeitas apenas a um controle de polícia administrativa geral.

São prestadas pelos particulares por direito próprio, mas o Estado as sujeita a um controle constante e que pode em alguns aspectos imiscuir-se em elementos contratuais da prestação da atividade, para que ela, não apenas não agrida o interesse público, mas também contribua para a sua realização. (ARAGÃO, 2005, p. 12-13)

Estão sujeitas a permanente e incisiva regulação estatal, regulação esta que deve estar em equilíbrio com o respeito ao núcleo essencial da livre iniciativa, para que as competências legislativa e administrativa não sejam impostas como se essas atividades fossem do próprio Estado. No serviço público não há um direito preexistente que limite a regulação estatal. Ao revés, “em se tratando de atividade privada, há um direito subjetivo à entrada e permanência no mercado, que, naturalmente, pode ser limitado por normas de direito público, ainda mais quando a atividade for fortemente regulamentada em razão do seu liame com os interesses da coletividade” (ARAGÃO, 2005, p. 18).

A reverência ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, chamado de “limite dos limites”, é condição de legitimidade da atividade legislativa. Demarca um reduto inexpugnável, o valor da autonomia da pessoa frente ao poder, que não pode ser sacrificado, de modo que “não pode o Legislador ou a Administração Pública disciplinar tal autorização de forma que inviabilize ou torne excessivamente restritiva, para uma atividade da iniciativa privada, a entrada no mercado regulado ou sua permanência nele” (ARAGÃO, 2005, p. 20).

A tese da onipotência legislativa não se sustenta perante a supremacia da Constituição, mencionando Aragão (2005, p. 21) a advertência de Benjamin Villegas Basavilbaso de que as potestades legislativas, apesar de necessárias para que os direitos sejam exercidos de acordo com o interesse público, “são facilmente pervertidas, a ponto de serem extremamente perigosas para os direitos e a liberdade...”.

Embora se reconheça já ultrapassada a visão clássica da impossibilidade de imposição de obrigações positivas pelo poder de polícia, uma das formas mais comuns de violação do núcleo essencial do direito da iniciativa privada às atividades privadas regulamentadas é a imposição quantitativa ou qualitativamente excessiva de obrigações de fazer, desnaturando-a ao tratá-la como se serviço público fosse.

Distinguindo das autorizações tradicionais (por operação), cujo poder do Estado se esgota com a emissão do ato, da declaração de licitude da atividade, não dando origem a nenhum vínculo posterior com o administrado, Aragão, apoiado

em Juan Carlos Cassagne (2005, p. 27), assinala que as autorizações operativas ou de funcionamento constituem o principal instrumento de regulação das atividades privadas “de interesse público” ou “regulamentadas”, nelas havendo uma vinculação permanente com a administração, a fim de tutelar o interesse público. Invoca Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (2005, p. 28) para ressaltar que, ultrapassando o campo próprio da ordem pública em sua tríplice dimensão compreensiva da tranquilidade, segurança e salubridade, a autorização deixou de desempenhar papel de simples controle negativo do exercício de direitos para conformar positivamente a atividade autorizada, de sorte que, sem renunciar à função primária de controle, que também canalizam, as autorizações de operativas ou de funcionamento vão além, disciplinando positivamente a atividade do seu titular, ao longo do desenvolvimento da atividade, a toda uma disposição de caráter regulamentar. Uma relação de trato sucessivo, de caráter permanente.

A evolução legislativa acabou borrando os limites entre autorização e concessão, usando o legislador uma ou outra técnica segundo pretenda aparentar um nível de intervenção menor ou maior na atividade controlada, desdenhando-se caprichosamente a preexistência ou não de um direito do particular a explorar a atividade. Sem desconhecer que de fato em algumas atividades privadas, como o setor financeiro e a saúde suplementar, os poderes de intervenção da administração podem ser, em alguns aspectos, mais fortes ou sujeitos a menos formalidades que os existentes em relação a serviços públicos delegados, “... não há, contudo, como se anuir com tamanha relativização conceitual, uma vez que a titularidade estatal das atividades concedidas permanece sendo um fator qualitativa e quantitativamente legitimador de uma série de poderes estatais, e correspectivamente até de alguns direitos dos concessionários, impensáveis em uma atividade autorizada” (ARAGÃO, 2005, p. 31).

Como exemplo dessas constrições decorrentes da titularidade estatal, cita Aragão a necessidade de prazo determinado, o que se mostra incompatível com o traço vitalício da atividade dos despachantes de trânsito dado pela legislação estadual. Se tivesse de ser imposta, excepcionalmente, alguma limitação de agentes autorizados, somente poderia estar motivada pela absoluta impossibilidade técnica da existência de agentes credenciados acima de determinado número, o que não se vislumbra em relação ao serviço de despachante.<sup>6</sup> Nesses casos, contudo, como o

<sup>6</sup> O Boletim de Licitações e Contratos nº 11, novembro/2011, São Paulo: Editora NDJ Ltda. publicou parecer de Lilian Regina Gabriel Moreira Pires (pp. 1.075/1.080) que entendeu possível o credenciamento de empresas para administração de manutenção de pátios de recolhimento provisório de veículos apreendidos sob a responsabilidade do Estado de São Paulo, com custos dos serviços executados cobertos diretamente pelas tarifas pagas pelos proprietários/condutores, à vista da inviabilidade de competição, seja pela ausência de dispêndio ao erário, seja pela receita mensal fixa. Contudo, considerando a limitação de pátios por área de atuação, e a possibilidade de comparecer mais de um interessado por área, e portanto, a obrigatoriedade de instauração de procedimento destinado a ofertar ao particular iguais chances de participação, sugeriu a realização de sorteio como modo de aplicação do princípio constitucional da impessoalidade na administração pública.



credenciamento representaria um privilégio, uma relação de exclusão dos demais, deveria ser, como já acima sustentado, ainda que não propriamente um contrato com a administração ou uma concessão de serviço público, não só sujeito a periódicos procedimentos públicos de seleção, objetivos e isonômicos (mesmo que não necessariamente os da lei nº 8.666/1993) de escolha dos credenciados, mas também, forçosamente, por prazo determinado, em reverência ao princípio geral da isonomia e à regra da impessoalidade na administração pública.

Para Aragão (2005, p. 32), há ainda a possibilidade de, mesmo nos casos de autorizações vinculadas, de que é exemplo o art. 135 da Lei Geral de Telecomunicações, o acesso à atividade ser submetido a prévio procedimento licitatório no caso de limite econômico, urbanístico ou técnico para o número de autorizatários. Na hipótese, eis que decorrente de licitação, tal qual o contrato de concessão, deverá haver prazo determinado.

Destarte, não obstante seja vedado aos Estados federados o estabelecimento das qualificações profissionais a serem atendidas pelos despachantes de trânsito, a lei estadual pode, ante o poder de polícia, prever autorização operativa nos parâmetros e alcances acima estudados, estabelecendo regime de fiscalização que pode inclusive prever hipóteses de sanções administrativas de suspensão ou até mesmo cassação da autorização outorgada.

Contudo, a fixação de um número de vagas por município para despachantes de trânsito, a pretexto desse poder de polícia, constitui impedimento inconstitucional o exercício dessa atividade econômica.

## 6. Princípio da impessoalidade

Pode-se extrair do quanto até aqui exposto que a limitação por lei, conforme a frota de veículos em cada município, do número de credenciados ao exercício de atividade econômica de despachante de trânsito fere ainda os princípios da isonomia e da impessoalidade da administração pública.

Na lição de Hely Lopes Meirelles (2012), o princípio da *impessoalidade*, referido no art. 37, *caput*, da Constituição de 88, nada mais é do que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. O fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*. A *finalidade* terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o *interesse público*. Todo ato que se apartar desse objeto sujeitar-se-á à invalidação por *desvio de finalidade*. E conclui o mestre:

Do exposto, constata-se que o princípio em foco está entrelaçado com o princípio da igualdade (arts. 5º, I, e 19, III, da CF), o qual impõe à Administração Pública tratar igualmente a todos os que estejam na mesma situação fática e jurídica. (...)

A igualdade pode ser na lei e perante a lei. A primeira – na lei – destina-se ao legislador, no processo de formação da lei; a segunda – perante a lei – destina-se à Administração Pública, que, ao aplicar a lei, não poderá “subordiná-la a critérios que ensejam tratamento seletivo ou discriminatório (excelente acórdão no MI 58, relatado pelo Min. Celso de Mello, RTJ 140/747)”. (2012, p. 93-94)

Para Carvalho Filho (2012), o princípio da impessoalidade objetiva a igualdade de tratamento que a administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da *isonomia*. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Prossegue o autor:

Não se pode deixar de fora a relação que a finalidade da conduta administrativa tem com a lei. ‘Uma atividade e um fim supõem uma norma que lhes estabeleça, entre ambos, o nexó necessário’, na feliz síntese de CIRNE LIMA. Como a lei em si mesma deve respeitar a isonomia, porque a isso a Constituição a obriga (art. 5º, *caput* e inciso I), a função administrativa nela baseada também deverá fazê-lo, sob pena de cometer-se desvio de finalidade, que ocorre quando o administrador se afasta do escopo que lhe deve nortear o comportamento – o interesse público. (2012, p. 20-21)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2005) ensina que o princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade. “Com efeito, sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa”. E arremata:

Uma vez que os interesses que lhe incumbe prosseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados. ‘Todos são iguais perante a lei (...)’, proclamam habitualmente as Constituições. A fortiori todos são iguais perante a Administração e seus atos, uma vez que esta nada mais faz senão agir na conformidade das leis. (2005, p. 73-74)

Os princípios da isonomia e da impessoalidade na Administração Pública são corolários do princípio republicano (*res publica*), integrando o conteúdo do próprio princípio da moralidade pública. Há, pois, interesse público primário na concretização de tais princípios.

Celso Antônio Bandeira de Mello, após definir *interesse público* como o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”, chama atenção para o equívoco de se supor que o interesse público seja exclusivamente um interesse do estado, e que exista coincidência necessária entre interesse público e interesse do estado, fazendo a distinção entre interesses públicos propriamente ditos, isto é, interesses primários do estado, e interesses secundários:

Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como *instrumentais* ao interesse público e na medida em que o sejam, em caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles. (...)

Este discrimen, contudo, é exposto com exemplar clareza por Renato Alessi, colacionando lições de Carnelutti e Picardi, ao elucidar que os interesses secundários do Estado *só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários,*

isto é, com os interesses públicos propriamente ditos. (2005, p. 57-58)

Decorre dessa clássica lição de Alessi que eventuais interesses públicos secundários só podem ser perseguidos pelo Estado quando coincidirem com o interesse público primário, ou, em outras palavras, enquanto dele não se apartarem, de modo que a lei deve ser elaborada desde os princípios da isonomia e da impessoalidade, sem prejuízo dos demais princípios constitucionais que regem a administração pública.

## 7. Considerações finais

Ante o exposto, são estas as considerações finais:

- a atividade de despachante de trânsito possui natureza privada, não configurando serviço público; é protegida pelo direito fundamental da livre iniciativa; é exercida por direito próprio e não por delegação do Poder Público, embora dependa de autorização (art. 170, parágrafo único, CF) e esteja exposta a contínua sujeição a intenso poder de polícia, por constituir atividade privada regulamentada ou “de interesse público”;
- é inconstitucional a limitação pelo Estado federado do número de vagas de profissionais liberais despachantes de trânsito por município conforme a frota, e a realização de processo administrativo de provas e títulos, carecendo a lei estadual de revisão que venha a adequá-la à natureza do serviço prestado pelos despachantes de trânsito e aos imperativos constitucionais constantes dos arts. 1º, IV, 5º, *caput* e XIII, 22, XVI, 170, *caput* e IV, da Constituição;
- a atividade pode ser exercida mediante credenciamento junto ao DETRAN, o qual deve ser precedido de chamamento público, mediante requisitos, cláusulas e condições uniformes e preestabelecidas; a adoção de critérios classificatórios não se coaduna com o instituto, no qual não existe relação de exclusão entre os interessados;
- embora os Estados não detenham competência para regulamentar o exercício de profissão, pode a lei estadual prever autorização operativa, com base no poder de polícia, nos parâmetros e alcances acima estudados, estabelecendo regime de fiscalização que pode inclusive prever hipóteses de sanções administrativas de suspensão ou até mesmo cassação da autorização outorgada. Contudo, a fixação de um número de vagas por município para despachantes

de trânsito, a pretexto desse poder de polícia, constitui impedimento inconstitucional o exercício dessa atividade econômica;

– há interesse público primário na concretização do princípio constitucional da impessoalidade na administração pública (art. 37, *caput*), corolário do princípio republicano e que se destina ao legislador, impondo a revisão do diploma legal aqui estudado.

## 8. Referências bibliográficas

ARAGÃO, A. S. de. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, número 17, fev./mar./abr./2009a, Salvador.

\_\_\_\_\_. Delegações de serviço público (parte 2), In: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, nº 6, jun./2009b.

\_\_\_\_\_. *Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 3, nº 10, p. 9-48, abr./jun.2005.

BASTOS, C. R. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, 2º v.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DALLARI, A. de A. Credenciamento. *Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador*, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, jan./fev./mar., 2006, p. 15. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

FERNANDES, J. U. J. *Vade-mécum de licitações e contratações*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

GUIMARÃES, E. A. Credenciamento como hipótese de inexigibilidade de licitação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, nº 93, out./2011. Disponível em:

<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10573](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10573)>. Acesso em: jan./2016.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, D. de F. *Curso de direito administrativo*. 12. ed., Forense: Rio e Janeiro, 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: Dialética, 2003.

SANTA CATARINA. *Lei estadual nº 10.609/1997*. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br>>. Acesso em: 14 abr. 2016.





# Hipossuficiência econômica nas ações de tratamentos não padronizados na rede pública de saúde

*Felipe Barreto de Melo<sup>1</sup>*

## 1. Introdução

Marcelo e Patrícia descobriram que seriam pais. Iniciado o pré-natal, descobriram que ela necessitava de um medicamento não padronizado na rede pública de saúde, com o objetivo de preservar e viabilizar a gestação.

Apesar do custo do tratamento, em torno de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), o casal não se importou de adquirir um veículo novo, de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), e ele, viajar a Berlim. Paralelamente, a gestante propôs ação contra o Estado e obteve o fornecimento judicial do fármaco de alto valor.

O exemplo acima se inspira numa situação debatida em processo judicial<sup>2</sup>. Ainda que fosse uma hipótese, evidencia a importância e o debate nas demandas de direito à saúde acerca da hipossuficiência econômica do núcleo familiar do(a) beneficiário(a) nas hipóteses de tratamentos não padronizados na rede pública.

É bastante comum no meio forense pátrio a tese de que o exame da condição financeira do destinatário da tutela não tem qualquer pertinência com o assunto. Em primeiro lugar, sob o fundamento de que inexistente previsão normativa sobre o tema. Depois, ao se mencionar que a Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de alicerce republicano e tratou do direito à vida como direito fundamental inviolável (art. 1º, II e 5º). Ainda, ao se pontuar a saúde como um direito social de todos, bem como ser incumbência estatal a promoção de políticas que visem ao acesso universal e igualitário das ações e serviços destinados à sua efetivação (art. 6º e 196, do mesmo diploma).

Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas pontuam que há uma crença difundida no meio jurídico pátrio de que o Poder Judiciário é uma alternativa institucional para os pobres, marginalizados do processo político, em que pese a ausência de pesquisas que demonstrem a falsidade ou veracidade de tal teoria<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Procurador do Estado de Santa Catarina.

<sup>2</sup> Processo nº 0800008-32.2014.8.24.0026, Justiça do Estado de Santa Catarina, Comarca de Guarimir. O juízo afastou a hipossuficiência por não ter qualquer relação de pertinência com o pleito de medicamentos. Posteriormente, a demanda perdeu o objeto em razão do curto período de tratamento.

<sup>3</sup> Silva, Virgílio Afonso da; Terrazas, Fernanda Vargas. *Claiming the right to health in brazilian courts: the exclusion of the already excluded?*. Law & Social Inquiry, v. 36, p. 825-853, 2011.

A inexistência de estudos sobre a situação econômico-familiar do(a) paciente em tais ações por si só demonstra a necessidade de aprofundamento da matéria no meio doutrinário. E, com mais razão, em cada processo judicial, uma vez que o fornecimento de assistência à saúde envolve a canalização de recursos de públicos, oriundos de toda a coletividade.

Então, o presente artigo busca debater a relação entre o direito à saúde e a hipossuficiência econômica. Diante da abrangência do assunto e possibilidade de variações de casos, o trabalho opta por discutir a matéria com enfoque tão somente nas demandas sobre tratamentos não disponíveis no Sistema Único de Saúde – SUS.

## 2. Considerações preliminares sobre o direito à saúde

O direito à saúde, entendido como o bem-estar físico, mental e social, decorre do direito à vida e se relaciona com a dignidade<sup>4</sup>. Caracteriza-se como um direito fundamental de segunda dimensão, inerente à existência. Sua materialização, em dada medida, exige alguma prestação positiva por parte do Estado ou da sociedade<sup>5</sup>.

No plano do ordenamento jurídico brasileiro, as disposições da Constituição Federal de 1988 sobre o direito à saúde sofreram forte influência do movimento sanitarista, o qual se contrapôs ao enfoque restrito e puramente curativo, então predominante no sistema pátrio<sup>6</sup>.

A preocupação com o tema ganhou enorme relevo na Lei Maior. De forma inédita no Brasil, o texto constitucional vigente consagrou a saúde como um direito fundamental e social<sup>7</sup>. Além disso, o legislador constituinte buscou alargar o significado de tal direito, formalmente o estendeu a todos os indivíduos, e preconizou o aspecto preventivo das ações de saúde<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Segundo definição da Organização Mundial de Saúde – OMS.

<sup>5</sup> Não se ignora que os direitos fundamentais de segunda dimensão também envolvem prestações negativas por parte do Estado, ou ainda, que os direitos de primeira dimensão têm cunho positivo. Contudo, tal registro não torna obsoleta a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações. Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang, e FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 16.

<sup>6</sup> Para ilustrar, no regime constitucional brasileiro da Constituição de 1967 e da Emenda nº 1/1969, os textos se limitaram apenas a assegurar o direito à saúde para os trabalhadores (arts. 158, XV e 165, XV, respectivamente).

<sup>7</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.289.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Princípio da universalidade do acesso à saúde e a indevida exigência de comprovação de hipossuficiência em juízo. *Boletim do Instituto de Saúde*. São Paulo, v. 12, nº 3, p. 234-239, dez. 2010. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Parecer s./nº /2007. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* nº 63: 2008. Disponível em: < <http://download.rj.gov>.

Seja em decorrência do Movimento de Reforma Sanitária, seja em razão da própria polissemia do conceito de saúde e seu intercâmbio com diversas áreas como vida, meio ambiente, relações trabalhistas, dignidade etc., o diploma constitucional abordou o assunto em diversos momentos, direta ou indiretamente.

No primeiro caso, vale citar a eleição da dignidade da pessoa humana como um alicerce republicano (art. 1º, III), a promoção do bem de todos como um objetivo estatal (art. 3º, IV), e a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*).

Por outra perspectiva, há cinquenta e sete menções à palavra saúde na Constituição Federal. Os dispositivos normativos ora se referem ao tema sob o enfoque de um direito, ora como dever estatal – inclusive quanto ao custeio – como fundamento para especial proteção de determinados grupos, dentre outros.

Ilustrativamente, a saúde integra o rol de direitos sociais (art. 6º), insere-se na organização da seguridade social e tem disciplina sistemática no art. 196 e seguintes da Lei Maior. Configura-se direito de todos e sua tutela envolve um plexo de deveres fundamentais de preservação, tanto pelo indivíduo em relação à sua saúde e de terceiros, quanto pelo Estado.

De certo modo, vincula-se com o princípio da solidariedade, na medida em que toda a sociedade responde pela efetivação e proteção da saúde de todos e de cada um, num sistema de responsabilidade compartilhada<sup>9</sup>.

Portanto, em linhas gerais o regime contido no texto constitucional qualificou a saúde como um direito e impôs ao Estado o dever de criar e viabilizar políticas públicas de saúde universalmente acessíveis e igualitárias, por meio de Sistema Único de Saúde – SUS, descentralizado entre as três esferas da federação brasileira, simultaneamente à assistência prestada por terceiros, pessoa física ou jurídica (arts. 197 e 198).

Na mesma toada, a lei federal nº 8.080/1990 expressamente reconheceu a saúde como um direito fundamental. Além disso, atribuiu ao poder público o papel de formular e executar políticas relacionadas à preservação da saúde, sem excluir, contudo, a responsabilidade individual e coletiva de tal direito (art. 2º).

Assim, à semelhança de outros direitos fundamentais, o direito à saúde corresponde a bem jurídico com demasiada importância, a merecer especial salvaguarda normativa<sup>10</sup>. Para os fins do presente estudo, cumpre, na sequência, averiguar o significado da universalidade do direito à saúde e eventuais possibilidades de restrição.

---

br/documentos/10112/1929147/DLFE-66524.pdf/REVISTA63320.pdf>. Acesso em: 11/06/2015.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. \_\_\_\_\_ (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.932.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, e FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. *ob. cit.* p. 18.

### 3. Nuances da universalidade do direito à saúde

Uma análise superficial do direito à saúde constata desde logo que se trata de conteúdo com certa generalidade, sujeito, por conseguinte, a diferentes variações e extensões. No entanto, é possível perceber alguns parâmetros.

Se a saúde tem ínsita relação com a vida e o bem-estar dos indivíduos em geral, diz respeito a qualquer ser humano. Logo, integra o rol de direitos fundamentais de titularidade universal. E ainda que não esteja constitucionalmente prevista num ordenamento jurídico, pode ser admitida como direito fundamental implícito, a exemplo do que ocorre na Alemanha<sup>11</sup>.

Então, observa-se um sentido negativo do direito à saúde e sua universalidade: ninguém pode ser privado de sua fruição por motivo de raça, crença, sexo, idade, nacionalidade, profissão etc.

Num segundo estágio, o direito à saúde contém um significado positivo, correspondente às diretrizes e instrumentos de atuação voltados para a sua efetivação, especialmente no que tange à atuação dos poderes públicos. Por exemplo, vislumbra-se a exigência de ações estatais destinadas à melhoria da qualidade de vida, e ainda, no tratamento ou prevenção de patologias.

Logo, verificam-se duas premissas essenciais acerca do conteúdo do direito à saúde: uma negativa e outra positiva. Contudo, há um terceiro aspecto.

O tema da saúde sofre constante mudança e o seu estudo e proteção envolvem diversos níveis disciplinares que se modificam com o passar do tempo. Via de consequência o seu conceito inevitavelmente contém uma zona imprecisa. Demais, torna-se natural a busca de ferramentas científicas ou interpretações jurídicas que cada vez mais maximizem a feição positiva do direito à saúde.

A fixação das três considerações acima demonstra que o direito à saúde comporta diversas discussões acerca de suas fronteiras, especialmente quando depende de uma prestação ou um fazer estatal, necessariamente submetidos a um orçamento.

Nesse viés, percebe-se a existência de limites excepcionais ao direito à saúde.

Alguns deles surgem a partir das normas jurídicas que regulamentem a matéria. Em parte, sua abrangência depende do arcabouço de regras e princípios positivados no sistema jurídico pertinente, que pode ampliar ou restringir a universalidade de um direito fundamental de acordo com a postura do legislador. A hipótese de diminuição, contudo, pressupõe o respeito ao núcleo essencial de direitos fundamentais e, ainda, compatibilidade com a Constituição pertinente<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *ob. cit.* p. 1.933.

<sup>12</sup> Com base em lição de José Joaquim Gomes Canotilho, observa SARLET, Ingo Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; \_\_\_\_\_ (coord.)

Por outro enfoque, no caso de prestação estatal o direito à saúde necessariamente contém uma dimensão economicamente relevante, a qual envolve disponibilidade de custeio, e rodeia uma zona de discricionariedade das decisões governamentais acerca da utilização dos recursos públicos<sup>13</sup>.

Então, a depender das circunstâncias nem mesmo a canalização de todo um orçamento estatal para a área da saúde pode ser suficiente para assegurar a fruição do direito. Logo, a comprovada impossibilidade material também representa um fator limitante desse direito fundamental.

Sob tal perspectiva, eventuais restrições ao direito à saúde nem sempre correspondem a um “procedimento interpretativo de bloqueio”<sup>14</sup>, isto é, mera contenção interpretativa do corolário da universalidade, ou ainda, estabelecimento de pré-requisitos e discriminações indevidas<sup>15</sup>.

Em verdade, suas fronteiras decorrem do próprio sistema jurídico e da dimensão econômica do direito, a qual pressupõe a análise do contexto em que inserido.

#### 4. Limites normativos da universalidade do direito à saúde

No cenário jurídico pátrio o art. 196 da Constituição Federal de 1988 reconhece a universalidade do direito à saúde, no sentido de pertinência com todo e qualquer indivíduo (sentido negativo). E ao impor ao poder público o dever de promover serviços e ações para toda a população, o legislador firma importante diretriz, destinada a efetivar o direito (sentido positivo).

Além disso, quando o dispositivo esclarece o papel estatal em tal seara também delimita a extensão do direito. Ora, se a atuação dos entes públicos consiste na formulação de políticas de prevenção e no desenvolvimento de ações e serviços de acesso universal e igualitário, subentende-se que a devida observância desses vetores a princípio satisfaz o texto constitucional.

Em consonância com tal perspectiva, a lei federal nº 8.080/1990 é ainda mais clara. Primeiro, qualifica a saúde como um direito fundamental do ser humano de um lado (art. 2º, *caput*). Depois, o diploma demarca o papel do Estado enquanto agente garantidor do direito ao explicitar que a atuação do poder público corresponde à criação e execução de políticas, bem como o estabelecimento de condições

---

ds.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 190, 200 e 202.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, e FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. *ob. cit.* p. 27-28.

<sup>14</sup> FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 12 *apud* GUERRA FILHO. Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 166.

<sup>15</sup> Tese defendida por OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Ob. cit.* p. 235.

que viabilizem o acesso igualitário e universal às suas ações (art. 2º, § 1º).

E para reforçar as divisas do direito à saúde o texto infraconstitucional recorda que o dever estatal não exclui a responsabilidade do próprio indivíduo, de sua família e da coletividade (art. 2º, § 2º).

Nessa ótica, vislumbram-se dois enfoques sobre o assunto. A universalidade ora se refere ao direito em si, ora se relaciona com o alcance dos serviços públicos desenvolvidos no país, ou seja, um dos caminhos para implementação daquele.

A distinção é crucial, na medida em que um conceito não contém o outro, apesar da conexão entre ambos. A universalidade pertinente a um programa público de saúde envolve uma prestação ou uma ação estatal, a qual tem abrangência menor que o direito enunciado.

Ainda assim, a universalidade do direito não garante por si só o fornecimento a qualquer tratamento, uma vez que se faz mister examinar que tipo de prestações o legislador estabeleceu como necessárias para a satisfação do direito à saúde.

No caso da previsão do art. 196 o texto confere ao Estado o dever de oferecer políticas públicas. E mais, a disposição destaca os termos de tais ações ao formalizar a universalidade e igualdade como mandamentos para o amplo acesso dos níveis de serviços efetivamente oferecidos no SUS à população em geral.

Portanto, dentro da divisão oriunda do dispositivo constitucional se constata o segundo tipo de universalidade, que se reporta unicamente à dimensão das prestações estatais na área da saúde.

Em consonância com o exposto o art. 7º, I e II, da lei federal nº 8.080/1990, destacam que a atuação do poder público se pauta nos princípios da universalidade e integralidade de assistência, ou seja, disponibilidade de todo o conjunto de procedimentos executados na rede pública de saúde aos indivíduos em geral.

Demais, também se destaca outra divisa, de ordem econômico-financeira, nos arts. 195 e 198, § 1º e § 2º, da Lei Maior. Como o legislador constitucional firmou mecanismos de financiamento do Sistema Único de Saúde e estabeleceu os percentuais mínimos de aplicação dos recursos disponíveis no orçamento de cada ente federado na área da saúde, a princípio, sua observância significa o cumprimento da missão conferida ao poder público pelo art. 196<sup>16</sup>.

O contexto descrito demonstra que uma coisa é a afirmação de que o indivíduo faz jus irrestritamente a todo medicamento ou procedimento de saúde; outra é a conclusão de que o constituinte garantiu a disponibilidade dos tratamentos de saúde padronizados na rede pública de saúde aos que deles necessitarem.

---

<sup>16</sup> A afirmação merece as devidas ressalvas, em decorrência do contexto do país, que varia ao longo do tempo, bem como diante de situações específicas, nas quais se observe a afronta a direitos fundamentais mínimos. Além disso, a própria compreensão do conceito de direitos fundamentais se expande a cada dia, o que influencia diretamente na interpretação do texto constitucional.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, ao comentar o art. 196 da Constituição Federal de 1988 num julgamento da corte, assim pontua sobre as fronteiras do direito à saúde:

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde<sup>17</sup>.

Caminho similar trilha a então ministra Ellen Gracie, em outro processo:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas<sup>18</sup>.

Na mesma toada, vale citar a seguinte lição doutrinária:

Um pensamento inicial conduz à ideia de que se trata de um direito absoluto. Isso se dá em razão da noção geral segundo a qual sem saúde não há dignidade humana. As decisões judiciais, em geral, deixam de enfrentar tal questão, fundamentando genérica e equivocadamente, que o direito à saúde está previsto na Constituição e que por isso cabe ao Estado prestar toda e qualquer política a fim de concretizá-lo, condenando o ente público a prestar tratamentos e fornecer produtos, medicamentos e novas tecnologias<sup>19</sup>.

À luz do exposto, pode-se dizer que o regime contido no texto constitucional brasileiro vigente reconhece a universalidade do direito à saúde ao defini-la como

---

<sup>17</sup> STF. STA 175 AgR, relator(a): Min. GILMAR MENDES (presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJ: 29/04/2010.

<sup>18</sup> STF. STA 91, relator(a): Min. Presidente, decisão proferida pelo(a) ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 26/02/2007, DJ 05/03/2007.

<sup>19</sup> SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde – análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 37.



direito fundamental não só dos trabalhadores formais, mas de todos os indivíduos.

De outra banda, embora o sistema jurídico pátrio reconheça a universalidade do direito à saúde, também oferece parâmetros para eventuais delimitações ao tratar dos deveres dos entes públicos em tal seara. Nessa linha, atribui ao Estado a missão de criar e viabilizar políticas públicas de saúde de amplo alcance, as quais coexistem com o dever de cuidado do próprio indivíduo, da família e também da assistência prestada pela iniciativa privada.

## **5. Interações do direito à saúde com a reserva do possível. Proporcionalidade e razoabilidade**

Os direitos sociais contêm uma dimensão econômica porquanto em grande parte demandam algum tipo de atuação estatal e alocação de recursos públicos. Muito embora o fator financeiro não seja, por si só, um óbice intransponível à efetivação do direito à saúde, é certo que eventuais intervenções nas políticas públicas de saúde têm repercussão no orçamento estatal e adentram no problema da disponibilidade material.

Octavio Ferraz e Daniel Wang ponderam que no contexto de custos altos e crescentes, com limitações de recursos, cabe ao Estado alocar as verbas disponíveis de forma equitativa à população. Trata-se de tarefa, sem dúvida, das mais inglórias que existem. Não apenas pela tragicidade das escolhas, mas também pela escassez atual de critérios claros, consensuais e objetivos para realizá-la<sup>20</sup>.

Marcelo Neves ilustra a questão. Segundo o autor, o município de Tubarão/SC requereu seu ingresso no recurso extraordinário 566.471/RN, como terceiro interessado, por meio da petição 36.033/2012. Ali, descreve-se que a população da cidade corresponde à aproximadamente 100.000 (cem mil) habitantes e existem 1.120 (mil cento e vinte) demandas judiciais com pleito de fornecimento de medicamentos. Em 2011, o seu orçamento para a chamada “farmácia básica” foi de aproximadamente R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Em contrapartida, no mesmo período, gastou em torno de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para obedecer a decisões judiciais relativas a 600 (seiscentos) pacientes<sup>21</sup>.

Em outro exemplo, Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas pesquisaram sobre as ações de saúde propostas contra o estado de São Paulo, apenas no

---

<sup>20</sup> FERRAZ, Octavio Luiz Motta; e WANG, Daniel Wei Liang. Judicialização da saúde tem criado SUS de duas portas. *Folha de São Paulo*, edição 22 de jun. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-22/judicializacao-saude-criado-sus-duas-portas>. Acesso em: 10/06/2015.

<sup>21</sup> NEVES, Marcelo. *Judiciário intensifica privilégios no acesso à saúde*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-19/observatorio-constitucional-judiciario-intensifica-privilegios-acesso-saude>. Acesso em: 10/06/2015.

município de São Paulo. O estudo apurou que 60% (sessenta por cento) das prescrições médicas contidas nas demandas tiveram origem na rede particular de saúde<sup>22</sup>.

Nesse contexto, pode-se utilizar a tese da reserva do possível como subsídio a demonstrar a efetiva necessidade do destinatário nas hipóteses de tratamento não padronizado no SUS, sem que, contudo, tal estudo seja um óbice à efetivação dos direitos fundamentais<sup>23</sup>.

Sua construção teórica recebeu abrigo no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ao julgar demanda sobre direito de acesso ao ensino superior, na qual a corte firmou entendimento de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Mesmo se o Estado dispuser de recursos, não se pode falar em obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável<sup>24</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet pontua que a reserva do possível apresenta uma tríplice dimensão: a) efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação do direito fundamental; b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais em conexão com a distribuição das receitas e competências (notadamente, no âmbito da federação brasileira); e, c) proporcionalidade da prestação, no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade<sup>25</sup>.

Como a garantia do mínimo existencial na via jurisdicional se dá com atenção às circunstâncias concretas daquele que postula a tutela, merece realce a terceira categoria como vetor para se averiguar a efetiva necessidade do fornecimento de tratamento não padronizado.

No ponto, mesmo que se afastem as duas primeiras dimensões, subsiste a avaliação da proporcionalidade e razoabilidade da prestação de tratamento não padronizado no SUS, uma vez que tais princípios se tratam de vetores constitucionais independentes<sup>26</sup>.

Não se adentra aqui no mérito sobre as diferenças e semelhanças do princípio da proporcionalidade na Alemanha com a formulação da razoabilidade nos Estados

---

<sup>22</sup> Silva, Virgílio Afonso da; Terrazas, Fernanda Vargas. *Ob. cit.* p. 834. Os autores registram que inexistente diferença de tratamento pelo Poder Judiciário entre pobres e ricos. Por outro lado, a situação estudada sugere que o segundo grupo se beneficia em maior medida, por ter melhores condições de acesso à justiça.

<sup>23</sup> Mesmo porque não se invoca aqui o tema da indisponibilidade material de forma genérica nos moldes criticados pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, na ADPF 45 MC, julgado em 29/04/2004, DJ 04/05/2004.

<sup>24</sup> *BVerfGE* 33, 303 (333) *apud* SARLET, Ingo Wolfgang, e FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. *Ob. cit.* p. 29.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, e FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. *Ob. cit.* p. 30.

<sup>26</sup> Relaciona-se a proporcionalidade ao Estado Democrático de Direito, (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ob. Cit.* p. 74) e também como princípio decorrente do art. 5, § 2º, da Constituição Federal. De outro lado, a razoabilidade tem amparo no devido processo legal.

Unidos, ou mesmo com a teoria do desvio de poder na França. Contudo, destaca-se que todos servem de fundamento para coibir abusos jurídicos.

Sobre a proporcionalidade, cabe uma rápida menção aos conceitos de adequação, a exigibilidade ou necessidade e a subproporcionalidade em sentido estrito<sup>27</sup>. O primeiro deles se refere à aptidão de uma determinada medida para atingir um fim proposto, ou seja, pressupõe uma relação de dependência dos meios para com os fins. O segundo elemento consiste na escolha necessária do meio. Se há dois caminhos para atingir um fim, deve-se optar pelo que afete com menor intensidade os direitos fundamentais<sup>28</sup>. Por último, o terceiro subprincípio é a proporcionalidade em sentido estrito, que impõe a análise dos danos causados e os resultados a serem obtidos.

No contexto do presente trabalho, o exame da imprescindibilidade do fornecimento de tratamento não padronizado no SUS em cada processo exige tanto o estudo da eficácia do produto requerido e opções terapêuticas disponíveis no sistema público, quanto à análise da razoabilidade e proporcionalidade da prestação.

De um lado, porquanto a atuação jurisdicional no caso inevitavelmente adentrará nas políticas formuladas pelo Poder Executivo em benefício de toda a coletividade, a partir do orçamento disponível.

De outro, porque o direito à saúde corresponde a um sistema de responsabilidade compartilhada<sup>29</sup>, na qual o papel estatal em momento algum isenta o indivíduo do dever de preservação de seu próprio bem-estar (art. 2º, § 2º, da lei federal nº 8.080/1990).

Em suma, como a intervenção judicial em hipóteses desse jaez resulta em sacrifícios a todo um conjunto de pessoas beneficiadas com as ações e serviços públicos previstos de acordo com os recursos geridos pelo administrador público, revela-se imprescindível no ato decisório o exame da prestação no que toca à sua exigibilidade, como também no que se refere ao exame dos danos a causados.

---

<sup>27</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 68.

<sup>28</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 685, aponta que para alguns o princípio da proporcionalidade não engloba a exigibilidade. Esse último tem um conteúdo diferente do primeiro, ao passo que se alicerça a ideia de que entre vários instrumentos possíveis, só caberia escolher aquele com consequências menos gravosas. De outro lado, a proporcionalidade estaria vinculada à ideia de adequação. Assim, reúne-se os dois princípios sob a denominação de proibição de excesso. No entanto, o autor tedesco expõe que, no final das contas, o princípio da necessidade pode culminar na escolha do meio mais idôneo e da menor restrição possível, aspectos também integrantes da proporcionalidade.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.* p. 1.932.

## 6. Acesso a tratamentos de saúde não cobertos pelo sus e o controle jurisdicional de políticas públicas

Compete ao Poder Executivo em sua função típica programar e executar as políticas públicas decorrentes da variada gama de deveres constitucionais previstas como fundamentais para a coletividade, de acordo com os recursos públicos disponíveis.

Nessa esteira, o regime jurídico brasileiro vigente impôs ao Estado o dever de criar e viabilizar políticas públicas de saúde por meio de Sistema Único de Saúde – SUS. Ademais, a incorporação, a exclusão ou a alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, é atribuição específica do Ministério da Saúde assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, Conitec (art. 19-Q da lei federal nº 8.080/1990).

De outro vértice, não se pode desconsiderar que as ciências de saúde estão em contínua evolução, com a busca de novos métodos para prevenir, combater doenças e prolongar a vida humana. Depois, compete ao médico prescrever qualquer ação ou tratamento do qual se espere resultar em ajuda a(o) paciente, sem se preocupar com o custo<sup>30</sup>.

Então, a despeito das limitações legislativas que adstringem a atuação do administrador público, não se exclui a possibilidade de intervenção judicial para o fornecimento de tratamento não padronizado na rede pública em situações de perigo de vida ou afronta à dignidade da pessoa humana, como reiteradamente decidido pelas instâncias judiciais brasileiras<sup>31</sup>.

Entretanto, situações deste tipo despertam várias questões que merecem atenção pelo Poder Judiciário. A uma, porque o juiz não tem conhecimento técnico para escolher a política mais adequada. A duas, porquanto o ato jurisdicional adentra no controle orçamentário, ou ainda, porque pode implicar concessão de um privilégio

<sup>30</sup> AMARAL, Gustavo, e MELLO, Danielle, Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79. Ainda, conforme o código de ética médica. Disponível em: [http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21000](http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21000). Acesso em: 13/06/2015.

<sup>31</sup> Quanto ao tema, rejeita-se parcialmente a expressão de que o orçamento configura interesse secundário, quando em conflito com o direito à vida. Em situações limítrofes, parece evidente a prevalência desse em relação àquele. No entanto, como frisado no tópico antecedente, o direito à saúde pode sofrer restrições de ordem jurídica ou econômica, por vezes ignoradas. Assim, em diversas ocasiões há somente um aparente conflito. Depois, se o orçamento destinado à publicidade governamental parece irrelevante, em outras circunstâncias a atuação judicial pode atingir verbas também destinadas à saúde pública, com pertinência ao mesmo direito à vida, ou, de outro lado, à realização de obra de saneamento.

ao autor da ação em detrimento da generalidade das pessoas<sup>32</sup>. A três, porquanto somente a comprovação específica de violação aos direitos fundamentais mínimos possibilita o controle judicial, no intuito de se preservar a vida e a dignidade.

Depois, a inteligência da lei federal nº 8.080/1990 quanto à incorporação de novas tecnologias e tratamentos evidencia a possibilidade de diversas situações, por exemplo, a de que o tratamento não integra o SUS por expressa recomendação do Conitec. Em tal circunstância, eventual atuação jurisdicional adentra no “mérito administrativo” do ato administrativo discricionário, ou seja, nos critérios de conveniência e oportunidade, em regra, insuscetíveis de controle jurisdicional<sup>33</sup>.

Em processo anteriormente mencionado, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, lembrou outras hipóteses que merecem consideração nas demandas sobre direito à saúde:

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

(...)

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir

---

<sup>32</sup> SCHULZE, Clenio Jair. Parâmetros para o controle judicial do fornecimento de medicamentos. *Revista Jus Navigandi, Teresina*, ano 16, nº 2.765, 26 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18357>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

<sup>33</sup> Com fundamento na lição de CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: 2009, p. 49-50. Mesmo nos casos em que se admita o controle do mérito administrativo, a intervenção depende da constatação de desrespeito aos parâmetros constitucionais mínimos acerca dos direitos fundamentais.

prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

(...)

Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro<sup>34</sup>.

Via de consequência, em atenção ao princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º, assim como as normas de organização da saúde dos art. 196 e seguintes, todos da Constituição Federal, o controle das políticas públicas de saúde por parte do Poder Judiciário se justifica de forma excepcional, e com limites.

Ao discorrer sobre o assunto num processo judicial o juiz federal Emmerson Gazda frisa:

Esse cenário exige escolhas políticas que não cabem ao Judiciário fazer. Cabe ao Executivo, no caso através do SUS, traçar as políticas, fazer as escolhas, definir a forma como será realizado o direito à saúde previsto no artigo 196, da CF/88, sendo norteador de suas ações os critérios de razoabilidade.

(...)

Observa-se, por ser relevante, que a existência de limites ao controle judicial dos atos de decisão política não significa que tais atos sejam desprovidos de controle. O controle judicial é que possui limitações. Trata-se de uma proteção do sistema de separação dos poderes para evitar que o Judiciário passe a ter prevalência sobre o Executivo e o Legislativo, subvertendo-se a democracia, com os programas dos governos

---

<sup>34</sup> STF. STA 175 AgR, relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJ 29/04/2010.

democraticamente eleitos sendo substituídos por políticas públicas formuladas via decisões judiciais<sup>35</sup>.

Assim, a decisão judicial nas ações sobre tratamento de saúde não padronizado no SUS, pressupõe a necessária observância dos seguintes pontos: a) reflexão sobre a inexistência, insuficiência, ou suficiência da política pública de saúde sobre a patologia que acomete o beneficiário da ação; b) constatação de inobservância dos parâmetros constitucionais mínimos acerca dos direitos fundamentais na situação posta em juízo; c) em razão da excepcionalidade da medida e, a fim de evitar indevidas intervenções no orçamento público, com deferimento de benesse individualizada em prejuízo da coletividade, revela-se imprescindível a verificação da proporcionalidade ou, ao menos, razoabilidade da prestação.

## **7. Hipossuficiência. Requisito constitucional implícito nas demandas de saúde sobre tratamentos não padronizados no SUS<sup>36</sup>**

Na perspectiva dos tópicos anteriores, reafirma-se que o direito à saúde contém uma dimensão econômica quando demanda algum tipo de atuação estatal positiva. Conquanto tal aspecto não seja um obstáculo à sua efetivação, parece claro que a atuação judicial em tal seara adentra no orçamento estatal, elaborado com vistas à coletividade, e no problema da escassez.

Em adição, a atuação do Poder Judiciário nas demandas de tratamento não padronizado na rede pública de saúde se desenvolve em condições bastante restritas, tanto em razão das inúmeras variáveis citadas no item antecedentes, quanto por configurar controle de política pública, e também para evitar possíveis desequilíbrios no sistema de ações e serviços estatais, inclusive de saúde.

Nesse cenário, a verificação judicial de eventual afronta ao mínimo existencial requer a análise das circunstâncias concretas do destinatário da tutela, que também tem o dever de cuidado sobre sua saúde, sob pena de o ato decisório resultar em sacrifícios a todo um conjunto de pessoas, em ofensa à razoabilidade e proporcionalidade.

---

<sup>35</sup> Sentença proferida nos autos nº 5001244-40.2014.404.7209 no Juizado Especial Cível da Justiça Federal de Santa Catarina, Subseção de Jaraguá do Sul, em 16/06/2014.

<sup>36</sup> Diante dos limites temáticos do presente trabalho, não se adentrará aqui na questão do acesso universal e gratuidade dos tratamentos padronizados no SUS. No entanto, vale mencionar o pensamento contramajoritário de Ingo Wolfgang Sarlet e Marina Filchtner Figueiredo, os quais sustentam que a universalidade da saúde não implica necessariamente gratuidade das prestações materiais a toda e qualquer pessoa (SARLET, Ingo Wolfgang, e FIGUEIREDO, Marina Filchtner. *Ob. cit.* p. 43). De igual modo, deve-se registrar a lei nº 9.908/1993 do estado do Rio Grande do Sul, a qual impõe o fornecimento gratuito de medicamentos aos hipossuficientes.



Sob tal enfoque, o exame da imprescindibilidade do fornecimento de tratamento não padronizado na rede pública de saúde exige o estudo da condição financeira do núcleo familiar do possível beneficiário, isto é, a hipossuficiência econômica.

A respeito do tema, cumpre transcrever a seguinte ponderação do juiz federal Emmerson Gazda:

Pois bem, a jurisprudência, ao admitir a ‘intervenção’ do Judiciário nas políticas públicas de saúde inseriu um elemento importante para que fosse concedido pela via judicial qualquer medicamento ou tratamento que não esteja contemplado pelo SUS: a hipossuficiência. Trata-se de um requisito que não consta da Constituição Federal, mas que se justifica hermeneuticamente pelo fato de que ao deferir tratamentos individuais que não constam do SUS o Judiciário está interferindo na política pública. E essa interferência só pode se dar no limite do que é efetivamente necessário, conforme já dito na primeira parte da presente sentença.

O que faz o Judiciário ao admitir o tratamento para além das políticas do SUS ao hipossuficiente é conjugar o princípio do direito às políticas de saúde com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o direito à vida. Com isso, se uma pessoa precisa de um tratamento/medicamento que não está previsto na política do SUS o Judiciário garante que se ela for hipossuficiente terá seu tratamento custeado pelo Estado, ainda que não seja essa a política pública para o caso. A escolha aí, entre os direitos fundamentais, é pelo direito à vida e direito da pessoa humana, com foco em realizar também o direito à saúde. Resumindo, em palavras simples e claras: o Judiciário tem decidido que se a pessoa não tem a mínima condição financeira de pagar o tratamento (conceito de hipossuficiência) então o Estado precisa custear esse tratamento (desde que não seja experimental e já tenha sido tentando o que o SUS disponibiliza, é bom frisar), evitando que essa pessoa morra ou sofra as consequências da doença. Porque se o Estado não intervir a pessoa não terá condições de pagar e assim ficará sem o tratamento necessário<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> *Ibidem*.



Apesar da ausência de previsão expressa na Constituição Federal de 1988, o exame da hipossuficiência econômica nas demandas sobre a saúde sobre tratamentos não padronizados no SUS se qualifica como requisito decorrente dos limites formulados pelo sistema jurídico brasileiro acerca da universalidade deste direito social. De igual modo, coaduna-se com a separação dos poderes, com o controle excepcional das políticas públicas e, em atenção à razoabilidade e proporcionalidade da prestação.

Ainda que de forma lateral, algumas decisões monocráticas ou acórdãos prolatados no âmbito do Supremo Tribunal Federal citam a carência financeira do(a) paciente como um dos motivos para a intervenção judicial. Ilustrativamente, transcreve-se a seguinte ementa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, **desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios**. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

(...)

5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido<sup>38</sup>. (Destacou-se).

---

<sup>38</sup> STF. RE 607381 AgR, relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJ 16/06/2011. De modo similar os seguintes processos: 1) ARE 812424 AgR, relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, DJ 22/08/2014; 2) RE 626382 AgR, relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 27/08/2013, DJ 10/09/2013; 3) ARE 650359 AgR, relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/02/2012, DJ 09/03/2012.

Ora, se a hipossuficiência econômica é uma das razões que justificam a ampliação das políticas públicas de saúde por meio do Poder Judiciário, em sentido oposto e, a depender do contexto, sua inexistência também serve de fundamento para se afastar a intervenção judicial.

O indevido afastamento da ausência de recursos do(a) paciente como requisito para o fornecimento judicial de tratamento não padronizado no sistema público de saúde corresponde à admissão de que o Estado brasileiro deve fornecer qualquer medicação ou procedimento a quem pedir, desde que apresente receita médica. Para evidenciar o absurdo de tal constatação, basta imaginar a hipótese de um estrangeiro não residente que se dirija ao país com o único propósito de obter um tratamento de saúde gratuitamente às custas do Estado.

Em outras palavras, as farmácias tornam-se desnecessárias, porque o Estado passa a ser uma farmácia universal e gratuita<sup>39</sup>, com cobertura para qualquer indivíduo do planeta.

Todavia, tal conclusão afronta o sistema de saúde previsto na Constituição Federal de 1988, que preconiza a assistência estatal coexistente com a prestada pela iniciativa privada, bem como a própria organização econômica e o regime da livre iniciativa, mencionados no mesmo diploma. E, por último, termina por afastar qualquer responsabilidade do indivíduo ou família pela preservação da saúde.

Portanto, a carência de recursos do núcleo familiar do destinatário da tutela nas demandas sobre tratamentos não padronizados no SUS se qualifica como requisito constitucional implícito, destinado a servir de baliza para o controle excepcional das políticas públicas de saúde.

## 8. Conclusão

O exemplo citado na introdução do trabalho não é inteiramente hipotético. Inspira-se em situação discutida em processo judicial<sup>40</sup>. E não é único. Como advertem Octavio Ferraz e Daniel Wang num artigo<sup>41</sup> e Marcelo Neves em outro texto<sup>42</sup>, a judicialização desmedida e irrestrita da saúde no modelo brasileiro cria um SUS de duas portas: uma privilegiada, isto é, aqueles que vão ao Judiciário e conseguem acesso a qualquer recurso estatal para satisfazer suas necessidades; outra para o resto da população, que, inevitavelmente, tem acesso limitado, e mais limitado ainda pelo redirecionamento das verbas que beneficia o primeiro grupo.

<sup>39</sup> Ponderação também formulada pelo Juiz Federal Emmerson Gazda. *Ibidem*.

<sup>40</sup> Processo n. 0800008-32.2014.8.24.0026, Justiça do Estado de Santa Catarina, Comarca de Guaramirim.

<sup>41</sup> FERRAZ, Octavio Luiz Motta; e WANG, Daniel Wei Liang. *Ob. cit. loc.cit.*

<sup>42</sup> NEVES, Marcelo. *Ob. cit. loc.cit.*

Embora se possa discordar da crítica formulada, parece evidente a necessidade de aprofundamento da matéria em diversas searas, inclusive no que diz respeito à avaliação da condição financeira do destinatário da tutela judicial de saúde nos casos de tratamento não padronizados na rede pública.

Se é certo que a saúde corresponde a direito fundamental de titularidade universal, também o é que se trata de direito passível de alguma limitação, seja oriunda do sistema jurídico ou da dimensão econômica do direito social. Com efeito, não há direito a todo e qualquer tratamento.

No sistema pátrio a Constituição Federal de 1988 expôs delimitações sobre a matéria e estabeleceu como primeira e principal missão do poder público a de garantir a maior amplitude possível dos tratamentos de saúde que disponibilizar à coletividade. Para tanto, previu um sistema descentralizado entre as esferas da federal, mecanismos e custeio do sistema de saúde e percentuais mínimo de aplicação dos recursos. Em adendo, a fim de assegurar contínua evolução dos procedimentos e produtos disponíveis na rede pública de saúde, a lei federal nº 8.080/1990 disciplinou mecanismos para incorporação de novas tecnologias.

No caso de pleito judicial de tratamentos não padronizados no SUS, não se olvida a possibilidade de fornecimento da tutela requerida, em situações emergenciais, com risco à vida ou afronta à dignidade da pessoa humana. Porém, o seu deferimento adentra no orçamentário estatal, com risco de interferência nas ações e serviços públicos desenvolvidos para uma gama de destinatários de acordo com os recursos disponíveis.

Nesse cenário, a tese da reserva do possível, proporcionalidade e razoabilidade, demandam avaliação sobre a prestação requerida ao Poder Judiciário, em relação à sua exigibilidade, como também no que tange aos danos causados e aos resultados obtidos. Assim, servem de instrumento para se avaliar sobre a necessidade da pretensão em processos sobre o assunto, mormente quando se lembra de que o indivíduo e sua família também têm responsabilidade pela preservação da saúde.

Além disso, outros diversos fatores merecem atenção pelo julgador, tais como verificação da existência, suficiência ou não de política pública de saúde sobre a situação exposta em juízo, se o tratamento é permitido no país, se é experimental ou não etc.

Sob tal perspectiva e, com fundamento no princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º e normas de organização da saúde dos art. 196 e seguintes, todos da Constituição Federal, a intervenção jurisdicional nas políticas públicas de saúde é medida excepcional. Em adendo, pressupõe a verificação da proporcionalidade ou, ao menos, razoabilidade da prestação, no intuito de evitar a canalização de verbas geridas em prol da coletividade para somente um indivíduo.

Depois, como o exame judicial de ofensa mínimo existencial requer também a análise das circunstâncias concretas do destinatário da tutela, a necessidade de ampliação da política pública de saúde pelo Poder Judiciário exige a aferição da hipossuficiência econômica do núcleo familiar do possível beneficiário.

Por conseguinte, ao contrário do que parece, a análise da carência de recursos do(a) paciente tem inteira pertinência com o direito à saúde nos casos de pleito de tratamento não padronizado no SUS.

Em suma, trata-se de requisito constitucional implícito com origem nos limites do sistema jurídico pátrio sobre a universalidade desse direito social, consonante com a separação dos poderes e gestão do orçamento público, apto a servir de vetor sobre as fronteiras do controle jurisdicional das ações e omissões do Poder Executivo.

Ademais, sua desconsideração pelo julgador resulta na imposição ao poder estatal do indevido dever de fornecer todo e qualquer produto ou procedimento desmesuradamente e, em afronta ao texto constitucional, transforma o Estado numa farmácia universal.

## 9. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Parecer s./nº/2007. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* nº 63: 2008. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1929147/DLFE-66524.pdf/REVISTA63320.pdf>>. Acesso em: 11/06/2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: 2009.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta; e WANG, Daniel Wei Liang. *Judicialização da saúde tem criado SUS de duas portas*. Folha de São Paulo, edição 22 de jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-22/judicializacao-saude-criado-sus-duas-portas>>. Acesso em: 10/06/2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 12 *apud* GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

\_\_\_\_\_. *O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto347.htm>>. Acesso em: 10/09/2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

NEVES, Marcelo. *Judiciário intensifica privilégios no acesso à saúde*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-19/observatorio-constitucional-judiciario-intensifica-privilegios-acesso-saude>. Acesso em: 10/06/2015.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Princípio da universalidade do acesso à saúde e a indevida exigência de comprovação de hipossuficiência em juízo. *Boletim do Instituto de Saúde*. São Paulo, v. 12, nº 3, p. 234-239, dez. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; \_\_\_\_\_ (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SCHULZE, Clenio Jair. Parâmetros para o controle judicial do fornecimento de medicamentos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, nº 2.765, 26 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18357>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde – análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the right to health in brazilian courts: the exclusion of the already excluded?*. *Law & Social Inquiry*, v. 36, p. 825-853, 2011.



# O Modelo Restaurativo, o Sistema Multiportas e a Advocacia Pública: novos paradigmas para a ciência jurídica<sup>1</sup>

*Paulo Roney Ávila Fagúndez<sup>2</sup>*

## 1. Introdução

Muito se fala hoje da crise do Judiciário. Reforma-se a legislação. Busca-se a mediação. Recorre-se à arbitragem. Mas, no fundo, todas as medidas são paliativas. Quem contribui decisivamente para o atraso da prestação jurisdicional ou para o encontro de uma solução dos litígios é o sistema jurisdicional arcaico e moroso e, sobretudo, a cultura da litigância que é ensinada nos bancos escolares e nas faculdades de direito.

A gestão dos conflitos deve começar em casa, como dizem os chineses, que sempre buscam discutir em família e nas próprias empresas, os problemas diuturnos que exsurgem nas tarefas rotineiras que realizam.

O Estado deve servir de exemplo quando enfrenta e soluciona os conflitos que protagoniza.

A grave crise do Judiciário reside no modelo cartesiano que se adotou para resolver os conflitos humanos.

Não há um método que dê conta da resolução do drama humano. E com o processo não seria diferente.

Por seu turno, o modelo restaurativo traz uma revolução para o sistema judicial, porquanto parte do pressuposto de que os conflitos humanos são complexos e não podem ser resolvidos unicamente pela aplicação da lei no caso concreto.

O Brasil, desde a primeira Constituição, adota o sistema inglês de controle jurisdicional dos atos administrativos. Tal modelo deve ser urgentemente repensado, urgindo que as decisões tomadas pela administração, com a participação e controle do povo, sejam válidas quando resultarem de deliberação coletiva.

Há um novo papel reservado aos procuradores, porquanto o processo de conciliação é amplo e envolve toda a sociedade. Desde os taoístas, passando pelos pré-socráticos, vê-se que a questão da justiça é crucial na gestão da coisa pública.

Contudo, não se deve pensar hoje apenas como um método estatal de controle dos impulsos humanos.

---

<sup>1</sup> Artigo apresentado em Congresso Nacional de Procuradores de Estado.

<sup>2</sup> Procurador do Estado e pós-doutor em direitos especiais pelas Universidades Lusíada de Lisboa e do Porto.



Os conflitos devem ser administrados cotidianamente, por todos.

Assim como não se pode deixar de tornar a doença crônica, também os conflitos crescem em complexidade na medida em que não os admitamos, e se tornam menos prejudiciais quando passamos a administrá-los.

A questão da justiça requer uma ampla participação da sociedade.

## 2. O modelo restaurativo

Nasceu na Austrália e gradativamente está se espalhando pelo mundo. Não se trata de uma novidade, porquanto os aborígenes praticavam e os antropólogos noticiam como um modelo de justiça dos indígenas. O que se quer é encontrar uma solução dialogada para os conflitos, com a implicação dos sujeitos envolvidos.

Há algumas questões que são colocadas a respeito do modelo restaurativo. Afinal, quando surge? Por que surge? Onde surge?

Desde os primórdios da humanidade busca-se a resolução dos conflitos. Primeiramente pela vitória física do mais forte. A linguagem teve um papel de destaque, permitindo o diálogo para que os problemas fossem resolvidos. O xamanismo, como religião ancestral da humanidade, já afirmava que a doença era fruto das relações do ser humano.

Por que surge? Na verdade, o modelo restaurativo é tão antigo quanto a humanidade. Para os japoneses e chineses prevalece a ética na resolução dos litígios.<sup>3</sup> O modelo dogmático-positivista, que busca a resolução dos conflitos mediante a aplicação da lei contenciosamente no caso concreto, está falido.

Em cada país o modelo restaurativo ganha um novo enfoque.

Restaurar não é apenas tentar colocar uma pá de cal em um conflito que não é apenas das partes nele envolvidas.

Restaurar é a tentativa de curar as feridas deixadas pelo sujeito quando este, por um ato seu, atinge a harmonia social.

A justiça restaurativa não traz a palavra definitiva para os problemas enfrentados pelo Judiciário.

Não se trata de uma atividade estatal, mas de um compromisso assumido eticamente pelas pessoas com o equilíbrio social.

## 3. A justiça do terceiro milênio

Um novo tempo requer um novo modelo de justiça. O sistema retributivo não contribui para a gestão dos conflitos, tendo em vista que os vê como problemas

---

<sup>3</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e taoísmo*. São Paulo: LTr, 2005.

particulares das partes.

Somente acredita no que vê, vale dizer, que o conflito pode ser enquadrado na norma e resolvido. Mera ilusão. Não temos apenas fatos. Temos interpretações de fatos. Ademais, há sujeitos envolvidos, cada um com sua história de vida.

Vislumbra-se, ademais, indiscutivelmente, a falência do modelo tradicional de resolução dos conflitos.

Os processos tramitam durante anos. E o Estado não dá exemplo, ao denegar a justiça, ao fazer com que o cidadão ou o servidor litigue durante anos, morrendo, em muitos casos, no curso da lide.

Ademais, há um evidente prejuízo do Estado que, no final do processo, tem que pagar uma conta mais alta pelo atraso na resolução jurisdicional da demanda.

O processo tradicional, diz Calamandrei, parte do pressuposto de que um método vai dar conta para resolver os conflitos.<sup>4</sup> Mas o processo leva anos. E, no final, há quase sempre frustração. A frustração se deve à demora da prestação jurisdicional, ou porque o sistema jurídico é limitado para dar respostas às complexas demandas humanas e sociais.

A justiça do terceiro milênio tem que ser mediadora dos conflitos e ter uma visão multidimensional da vida.

E deverá estar aberta para o progresso científico, para o diálogo do direito com os demais saberes e, sobretudo, voltada para a gestão dos conflitos.

A justiça da modernidade apostou no modelo newtoniano-cartesiano de resolução dos conflitos.

A nova justiça reconhece a complexidade dos conflitos e quer contribuir para a sua gestão.

Antes de querer eliminá-los, o modelo restaurativo quer preveni-los e compreendê-los.

O novo milênio requer uma nova justiça.

#### **4. O modelo restaurativo é democrático**

Nele há o envolvimento da comunidade. O modelo restaurativo propõe a solução dos conflitos através do diálogo possível na sociedade. Emprega-se, em sentido amplo, a mediação, a arbitragem além de todas as formas de solução dos conflitos.

Por que estimular a guerra do processo quando precisamos restabelecer sempre a paz da justiça?

O texto intitulado “Justiça restaurativa, a cultura da paz na prática da justiça”,

---

<sup>4</sup> CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Tradução de Hector Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

de autoria do juiz de direito gaúcho Leoberto Narciso Brancher, está transcrito na íntegra a seguir, porquanto propõe dar um novo significado ao processo judicial e à gestão multidimensional dos conflitos humanos, ao mostrar o modelo restaurativo como instrumento importante para a promoção da cultura da paz.

Inspirada em modelos de justiça tribal, a Justiça Restaurativa nos desafia a ressignificar os valores fundamentais que condicionam as atuais práticas de Justiça, sobretudo no enfrentamento da violência e da criminalidade.

Além do campo da justiça institucional, essas reflexões permitem visualizar e reconfigurar a forma como atuamos nas atividades judicativas que exercemos conosco mesmos e com nossos relacionamentos, nas instâncias informais de julgamentos de que participamos cotidianamente em ambientes como a família, escola ou trabalho.

Ao refletir sobre as práticas da justiça formal – essencialmente retributiva e punitiva – a partir de uma ética baseada na inclusão, no diálogo e na responsabilidade social, o paradigma da justiça restaurativa promove um conceito de democracia ativa que empodera indivíduos e comunidades para a pacificação de conflitos de forma a interromper as cadeias de reverberação da violência.<sup>5</sup>

Se no sistema jurídico tradicional consideramos os sujeitos como dependentes e irresponsáveis, na justiça restaurativa tem-se um sujeito autônomo e que assume a responsabilidade de sua própria vida. O magistrado autor, e com razão, insiste na tese de que o modelo restaurativo deve se refletir na prática da justiça.

A Justiça Restaurativa define uma nova abordagem para a questão do crime e das transgressões que possibilita um referencial paradigmático na humanização e pacificação das relações sociais envolvidas num conflito.

Como a questão da violência e da criminalidade está, em regra, associada a relações conflituosas que evoluem de forma descontrolada, as denominadas práticas restaurativas – soluções de composição informal de conflitos inspiradas nos princípios da Justiça Restaurativa – tem passado a representar uma poderosa ferramenta de implementação da cultura de paz

---

<sup>5</sup> BLANCHER, Leoberto Narciso. Disponível em: <[http://jij.tj.rs.gov.br/jij\\_site/docs/JUST\\_RESTAUR/VIS%20C3O+GERAL+JR\\_0.HTM](http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/JUST_RESTAUR/VIS%20C3O+GERAL+JR_0.HTM)>. Acesso em: 17 set. 2010.

em termos concretos.

Questionar a forma como se exerce justiça tem repercussões não apenas no campo da Justiça formal, aquela praticada institucionalmente, através do Poder Judiciário, mas se revela de profundo impacto no âmbito cultural e das práticas sociais. Isso decorre do fato de que todos praticamos alguma forma de julgamento ao longo de nossas jornadas diárias, seja nas relações familiares, no trabalho, na educação, ou nas relações sociais de modo geral.<sup>6</sup>

A justiça restaurativa vê o conflito como um processo em que toda a sociedade tem um papel ativo. O modelo jurídico tradicional não chama as pessoas à responsabilidade para que elas possam participar ativamente na solução dos conflitos, que são seus. E o Estado é visto, dentro de uma visão patriarcal, como o ente que vai proporcionar saúde, educação etc. Nunca o Estado teve tão assistencialista como agora, e tão refém do jogo político, com a concretização da máxima “é dando que se recebe”.

E a forma como praticamos essa Justiça pessoal – que não é senão a forma como exercemos nosso poder pessoal – em regra é um espelho dos métodos tradicionais de fazer justiça, que traduzem todos os vícios que associados às práticas de controle autoritárias que se transmitem culturalmente ao longo das gerações.<sup>7</sup>

Em vários países surgem experiências distintas que contribuem para a reflexão a respeito do modelo restaurativo. A partir da década de 90, nos EUA, em New Orleans, o dentista Bob Roberts desencadeia um projeto denominado de Cura Comunitária. Para ele, a sociedade não é apenas vítima da criminalidade. Deveria ter um papel fundamental na prevenção do delito, atendendo socialmente as pessoas carentes da comunidade.

A origem da justiça restaurativa se perde no tempo. A partir do momento em que se buscou o diálogo para a gestão dos conflitos tem-se já as primeiras tentativas de se estabelecer a restauração social decorrente da instalação do conflito patológico.

---

<sup>6</sup> *Ibid.* Acesso em: 27 set. 2010.

<sup>7</sup> *Ibid.*

O marco inicial dessas ideias está relacionado à prática de mediação entre réus condenados e as vítimas de seus crimes, promovida por movimentos de assistência religiosa em presídios norte-americanos a partir dos anos 70.

A partir daí, pela contribuição de alguns formuladores teóricos como o advogado norte-americano Howard Zehr – autor da obra “Trocando as Lentes”, considerada seminal na deflagração do movimento restaurativo no mundo – passa a ser elaborada uma completa reformulação do conceito de crime e do próprio conceito de Justiça.

O principal impulso do movimento restaurativo ocorreu, porém, na Nova Zelândia, onde foram incorporadas ao sistema algumas práticas da justiça ancestral dos aborígenes Maoris. Essas contribuições relacionam três aspectos fundamentais: (1) a participação da comunidade, representada pelo maior número de pessoas possível – desde que de alguma forma relacionadas aos envolvidos ou aos fatos – além dos envolvidos diretamente no conflito; (2) o centro do círculo, ou seja, o foco das discussões, deve ser o fato ocorrido, não as pessoas de A ou de B e (3) a reparação do dano nos seus aspectos simbólicos, ou psicológicos, é tão ou mais importante que os aspectos materiais.

Além dessas contribuições conceituais que foram estruturantes do novo modelo, a Nova Zelândia, em 1989, inclui expressamente na legislação sobre Crianças, Jovens e Suas Famílias (o “ECA Neozelandês”) a previsão de que os crimes mais graves praticados por menores de idade (com exceção de crimes de homicídio) passariam obrigatoriamente pelas “Family Group Conferences”, ou seja, por encontros restaurativos envolvendo réus, vítimas e comunidades.

Essa foi a primeira experiência internacional de institucionalização das práticas restaurativas num Sistema Oficial de Justiça.<sup>8</sup>

Transformar o processo em uma guerra privada pode torná-lo em um fator estimulador de contendas.

No ano de 2002, a ONU votou uma recomendação sugerindo aos países membros a incorporação das práticas restaurativas aos seus sistemas oficiais.

---

<sup>8</sup> *Ibid.*

Atualmente, toda a Comunidade Europeia prepara-se para colocar em prática, a partir de 2006, uma Resolução que incorporará encontros restaurativos entre réus e vítimas, entre outras metodologias próprias das práticas restaurativas, em diversos procedimentos da justiça criminal.<sup>9</sup>

Diz o autor que tem que haver uma mudança de foco com repercussões estruturais.

O referencial teórico da Justiça Restaurativa está fundado no reconhecimento de que o sistema punitivo tradicional concentra-se excessivamente nos papéis de atores estatais (policial, promotor, juiz) e na figura do acusado (e seu advogado), ao mesmo tempo em que remete a considerações abstratas a respeito da transgressão ou não da norma pelos fatos ocorridos no passado, que se ocupa de reconstituir para então punir.

Com isso, deixa a vítima à margem do processo, e, sobretudo, via de regra deixa a descoberto os danos materiais e sobretudo psicológicos produzidos pela infração à pessoa da vítima e as pessoas da sua comunidade afetivas, bem como da comunidade afetiva do próprio infrator, que também sofrem reflexos da infração. Ao desviar a atenção do dano – ou do trauma social produzido pela infração – a Justiça tradicional, denominada “retributiva”, tende a desresponsabilizar emocionalmente o infrator, visto que não abre espaços para a sinceridade, para a transparência afetiva e para o diálogo, ingredientes essenciais a qualquer processo de pacificação. Consequentemente, tal sistema vem, ao longo dos séculos, produzindo como principal efeito a amplificação dos conflitos e a reverberação da violência.<sup>10</sup>

O ataque frontal aos conflitos, como se fossem males que devem ser atacados, apresenta-se como uma medida ineficaz em uma sociedade em que os problemas se tornam mais complexos e exigem novos e mais profundos conhecimentos científicos. Acreditar que o direito consegue dar as respostas para as crescentes demandas não passa de uma ingenuidade sem sentido. A justiça restaurativa tem aplicação para todas as áreas do direito.

---

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*

Daí a importância dos questionamentos introduzidos pela Justiça Restaurativa, que vão ao âmago das relações de poder para apontar os vestígios da cultura de guerra a que as relações se submetem, e, não se detendo nas críticas, propositivamente avança o olhar para o futuro e sugere estratégias para qualificar a interação das partes envolvidas num conflito de forma não só a pacificá-lo, mas também a proporcionar que seja daí uma experiência emocional enriquecedora para todos.<sup>11</sup>

A justiça autoritária deverá ser substituída por uma justiça do diálogo. Da justiça religiosa, piramidal, deve-se passar para uma justiça circular, em que todas as pessoas envolvidas podem participar do processo de gestão do litígio.

Além dos aspectos conceituais que mudam atitudes e perspectivas na abordagem do problema, outro aspecto que muda fundamentalmente na prática é, digamos, a configuração geométrica das relações de poder. Ao invés de se reportarem a um terceiro, hierarquicamente superior e que se supõe capaz de decidir o conflito por elas, as pessoas envolvidas – réus, vítimas e suas comunidades de assistência – assumem pessoalmente a responsabilidade de produzir uma solução de consenso, que respeite igualmente as necessidades de cada uma delas. Com isso ocorre um processo de empoderamento dos indivíduos e da comunidade a eles relacionadas, além de um valioso exercício de inteligência emocional que reverte em aprendizagem de uma nova prática democrática, a democracia deliberativa, bem representada pela organização de um círculo no qual todos comparecem em condições de absoluta igualdade ao invés de submissos a alguma forma de assimetria hierárquica.<sup>12</sup>

A justiça alternativa não visa reduzir ou eliminar as penas, na seara penal, nem retirar a responsabilidade do sujeito pelos seus atos. E muito menos tornar a pessoa subserviente ao poder político.

A Justiça Restaurativa não é proposta como uma forma de justiça alternativa, mas como uma forma de solução paralela, que deve conviver com a justiça tradicional, visto ser aplicável

---

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

em circunstâncias peculiares, pois depende fundamentalmente da admissão pelo transgressor quanto à verdade dos fatos, bem como da concordância de todos os interessados na solução do problema.<sup>13</sup>

A justiça restaurativa não defende o minimalismo nem o abolicionismo penal. Pelo contrário, almeja a responsabilização efetiva do sujeito.

E também não se pode afirmar que a justiça restaurativa seja aplicável somente ao direito penal.

Já defendemos o modelo restaurativo na seara ambiental.<sup>14</sup> E tem um papel extremamente importante nos conflitos em que está envolvido o poder público.

Também não se confunde com as correntes jurídicas do abolicionismo penal, visto que não prega a impunidade. Ao contrário, combina elementos aparentemente contraditórios como assistência e controle, ou afeto e limites, de forma a assegurar maior intensidade na resposta pública à questão do crime e das transgressões.

Apesar disso, os princípios éticos da Justiça Restaurativa permitem compreender que a desconstrução dos mecanismos tradicionais da justiça, ao menos na sua versão preponderantemente punitiva, passa a representar não só uma opção política viável, mas também um horizonte desejável para o futuro das instituições do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Humanos e da Democracia.<sup>15</sup>

O modelo restaurativo no Brasil tem o respaldo de toda uma política governamental adotada inicialmente pelo Ministério da Justiça.

Atualmente – julho de 2005 – o Ministério da Justiça, através da Secretaria da Reforma do Judiciário, em parceria com o PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – vêm apoiando três projetos pilotos de aplicação experimental da Justiça Restaurativa no Brasil: em Porto Alegre e em São Caetano do Sul, abrangendo atividades relacionadas à Justiça

---

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. Dos homens, dos animais e da natureza: o papel da justiça restaurativa na preservação do meio ambiente. In: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. *Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*, p. 195-202.

<sup>15</sup> BLANCHER, Leoberto Narciso. Disponível em: <[http://jij.tj.rs.gov.br/jij\\_site/docs/JUST\\_RESTAUR/VIS%20+GERAL+JR\\_0.HTM](http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/JUST_RESTAUR/VIS%20+GERAL+JR_0.HTM)>. Acesso em: 27 set. 2010.



da Infância e da Juventude, e no Núcleo Bandeirantes, no Distrito Federal, abrangendo os Juizados Especiais Criminais. Pouco a pouco, o tema vem sendo também difundido em Seminários e Encontros Científicos, como o ocorrido em Porto Alegre, em outubro de 2004, em parceria entre as ONGs Instituto de Acesso à Justiça – IAJ e a congênera inglesa Justice, evento apoiado pela AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.

Um importante marco na mobilização das forças da sociedade civil em torno da Justiça Restaurativa ocorreu em abril de 2005 com o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado em Araçatuba, São Paulo, com o decisivo apoio e liderança da Associação Palas Athena.

Mais recentemente, em junho de 2005, ocorreu em Brasília, promovido pelo Ministério da Justiça, um importante Seminário Internacional que reuniu a presença de teóricos e operadores (mediadores) da Justiça Restaurativa do Canadá, Nova Zelândia, Chile, Argentina e Brasil.<sup>16</sup>

Da mesma forma que o modelo restaurativo frutificou na seara do direito penal, eminentemente público, também pode contribuir para a administração dos conflitos em que participar daqueles em que está envolvida a denominada administração pública.

## 5. Como deve ser a justiça do século XXI?

Quem responde é a Juliana Costa Barros, em um interessante artigo, que citaremos abaixo. Trata-se de um tema novo para os estudiosos do direito, com aplicação em todas as áreas do sistema jurídico. A autora cita Renato Sócrates Gomes Pinto:

“Ele diz que, para entender melhor a relação entre eles, podemos estabelecer a justiça restaurativa como um campo. Nele, transitariam as práticas e os procedimentos, enfim, o processo restaurativo num novo sistema que seria a matriz para a resolução de conflitos extra-penais e, no caso de crimes, uma ferramenta complementar. O sistema de justiça criminal passaria a ser um sistema de multiportas de acesso à justiça, em que a JR seria uma delas, que funcionaria opcionalmente para

---

<sup>16</sup> *Ibid.*

determinados tipos de crimes. A JR é um conjunto de valores, princípios, procedimentos e resultados. Se institucionalizada, seria um sistema restaurativo, explica.”<sup>17</sup>

O sistema restaurativo reconhece as inúmeras possibilidades para a gestão dos litígios. Mais importante do que uma justiça formal, é o reconhecimento de uma justiça ética, essencial e, sobretudo, humanizadora.

Juliana Costa Barros continua dissertando sobre a justiça restaurativa e destacando as definições que ela considera cruciais em Sócrates, e distingue a prática restaurativa da justiça restaurativa e do denominado sistema restaurativo. A prática quer a transformação da vida do sujeito, e a justiça é a meta que se quer atingir na gestão dos conflitos, muito embora não haja propriamente um sistema institucionalizado e reconhecido pelo Estado.

A justiça restaurativa não apresenta uma fórmula mágica. Não se contenta com formulações teóricas. E busca flexibilizar, quando enfrenta o drama humano que quer resolver.

### **Exemplificando um procedimento.**

AJR é um conceito aberto e tem várias concepções. Ela é vista como um encontro, como um meio de reparação, também como um veículo de mudança das pessoas, que fazem do conflito uma oportunidade para a transformação, existencial, inclusive. Esse que é o lado mais interessante da JR. Vou colocar um exemplo: suponha que você é agredida, ferida por uma pessoa. Normalmente, neste caso, você vai até a delegacia e lá eles vão instaurar um procedimento e vão mandar para a Justiça. Esse procedimento funciona assim: você se apresenta, depõe, registra a ocorrência e eles encaminham você para o Instituto Médico Legal para fazer um exame, ver as lesões. Aí eles encaminham tudo isso para o Juizado Especial Criminal. Lá, é designada uma audiência prévia de conciliação, onde o promotor faz uma proposta. Ali ele vira as costas para você e pronto. Como seria com a justiça restaurativa? O caso chega e o juiz verifica se ele pode ser encaminhado para o programa de JR. O promotor e outros profissionais, como o facilitador, concordam. Primeiro eles vão consultar as partes, preparar, informar o que é. Depois vai ter um diálogo, ter a oportunidade

---

<sup>17</sup> BARROSO, Juliana Rocha. Disponível em: <[http://www.espiritualidades.com.br/Artigos\\_A\\_C/Barroso\\_Juliana\\_justica\\_restaurativa.htm](http://www.espiritualidades.com.br/Artigos_A_C/Barroso_Juliana_justica_restaurativa.htm)>. Acesso em: 17 set. 2010.

de dizer: o que aconteceu me traumatizou, fiquei angustiada, machucada, e preciso é de um pedido de desculpas, de uma reparação. Por ser uma reunião em que vocês vão dialogar, não vai ter juiz, promotor, advogados, são as próprias pessoas, com a facilitação feita por um mediador, vocês vão esperar que a pessoa que a agrediu assuma a responsabilidade pelo que fez e também que você dialogue com ela. Aí, os dois saem de lá com o problema resolvido na profundidade que ele tem, diferente do procedimento judicial. É quase como ser devolvido para você um conflito que te pertence.<sup>18</sup>

A justiça restaurativa é plural, porquanto não está presa a modelos e a fórmulas preestabelecidas. Não há uma receita para solucionar conflitos que são sempre distintos.

### **Tipos de procedimento.**

A Resolução 2002/12, do Conselho Econômico e Cultural da ONU, que também define conceitos ligados à JR, prevê três tipos de procedimento restaurativos: mediação, círculo familiar e círculo comunitário. Segundo Sócrates, é difícil adaptar ao Brasil os conceitos construídos nos países anglo-saxões. “Tudo é uma questão de dar nome. O procedimento restaurativo tem como características ser informal, flexível.”

Ele diz que para entender os tipos de procedimento é preciso estudar a raiz dos termos. Conta que nos anos 1970 e 1980, nos Estados Unidos, existiam dois tipos de procedimento, depois chamados de JR: a mediação vítima-ofensor e a mediação e reconciliação entre vítima e ofensor. Nos anos 1990, na Nova Zelândia, surgiu uma nova modalidade de JR, denominada Family Group Conference. “Era então uma reunião do grupo familiar, ou seja, o menor infrator, a vítima, parentes da vítima, parentes do menor infrator e também pessoas das comunidades, que participavam dessas reuniões de grupos familiares”, pontua. Do final dos anos 1990 entrando nos anos 2000, houve um desenvolvimento de práticas restaurativas, que começaram a ser também aplicadas para adultos. “Essa Conference, reunião, círculo – observe que são todas palavras sinônimas já que uma reunião se dá círculo, não é linear, unilateral –, para adultos

---

<sup>18</sup> *Ibid.*

começou na Nova Zelândia. Uma experiência com os Community Group Conference, reuniões comunitárias. Aí vinham além do infrator, da vítima e de pessoas que apoiassem ambos, pessoas da comunidade também, porque a comunidade sofre impactos do delito, que produz traumas que não se limitam apenas aos envolvidos', explica."<sup>19</sup>

Não se trata de aplicar uma receita. Mas sempre formular novas questões. É mais importante perguntar do que responder. Ademais, precisamos restabelecer o diálogo, porquanto ouvir é mais importante do que falar.

Sócrates ressalta que há uma considerável diversidade teórica e prática em termos de justiça restaurativa, mas para a Resolução da ONU há três procedimentos básicos: mediação vítima-infrator (*mediation*), círculos abertos à participação de pessoas da família e da comunidade (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*).

Ele explica que, na forma de mediação, propicia-se às partes a possibilidade de uma reunião num cenário adequado, com a participação de um mediador, para o diálogo sobre as origens e consequências do conflito criminal e construção de um acordo e um plano restaurativo. Ele conta que nos EUA a JR nasceu a partir da constatação de que a mediação era uma prática falha e que a JR pode ser considerada um tipo de mediação em sentido amplo, lato. Sócrates lembra que para Howard Zehr, um dos mais famosos estudiosos do tema, justiça restaurativa não pode ser mediação porque neste processo se pressupõe a igualdade entre as partes. Quando, na prática restaurativa, a assimetria entre as partes deve ser equacionada pelo facilitador do procedimento para que não ocorra desequilíbrio jurídico, socioeconômico e cultural entre os sujeitos. "Eu prefiro dizer, então, que a JR é uma forma de mediação em sentido bem amplo do termo e que a mediação é considerada um dos procedimentos da justiça restaurativa, conforme a Resolução 2002/12. A questão é que existem os meios judiciais e extrajudiciais de resolução de conflitos, sendo que estes últimos passam pela negociação direta, pela arbitragem, pela conciliação, pela mediação e finalmente pela justiça restaurativa. A justiça restaurativa vai mais além, na medida em que aborda de forma profunda

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

e holística o conflito. Para não ser visto como algo para ser tratado como estritamente jurídico, ela agrega outros olhares, outras disciplinas, principalmente a psicologia. Portanto, é insuficiente a expressão mediação, em seu sentido técnico, para abarcar toda a complexidade do conceito.

Já na forma de círculos ocorrerá também uma mediação em sentido amplo, mais abrangente e reflexiva. “Ou seja, o diálogo ocorre não em nível individual, mas de forma coletiva e integrada com a comunidade.” Os círculos abertos à participação da família, *Family Group Conferences*, são aqueles praticados na Nova Zelândia, dirigidos a crianças e adolescentes. No caso de delitos cometidos por adultos, eles equivalem aos *Community Group Conferences*.

Já o *Sentencing Circle* (em português, círculo decisório) é uma tradução imperfeita da expressão. “No Brasil, seria o círculo comunitário, que tem participação de mais pessoas envolvidas diretamente ou indiretamente no conflito.”<sup>20</sup>

A justiça do século XXI não pode desperdiçar a experiência, tem que olhar para frente e ver a crise que afeta a sociedade humana.

É fundamental que se reconheça em cada processo o drama humano que se está enfrentando, e que não serão medidas cirúrgicas que vão resolver os problemas apresentados ao Estado-juiz.

A visão mecanicista de justiça criou sérios empecilhos para que se pudesse compreender e resolver os conflitos.

Ademais, a grande causa do fracasso do modelo foi o despreparo dos profissionais do direito, que acreditavam que as soluções paliativas poderiam dar conta das constantes reivindicações apresentadas ao Poder Público. Os chineses confiam mais na ética do que no direito para a resolução dos litígios.<sup>21</sup>

A justiça do século XXI deverá ser promovida em todas as instâncias da sociedade.

Perelman defende a ideia de uma nova racionalidade, em que se deve ir além do direito natural e do positivismo.<sup>22</sup> Precisamos ir além da mediação e da arbitra-

---

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. O novo direito administrativo: do processo de ocidentalização da China ao sistema multiportas. In: CARLIN, Volnei Ivo. *Grandes temas de direito administrativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

<sup>22</sup> PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

gem para que o diálogo social se restabeleça.

Na verdade, o direito deverá superar os modelos impostos e resgatar a capacidade de diálogo dos operadores jurídicos, para que um maior número de pessoas venha participar das decisões das questões relativas à justiça, que são de todos.

Houve uma apropriação indevida do órgão estatal denominado Judiciário, que transformou a questão da justiça, que é eminentemente ética, e um problema burocrático, consistente em uma mera prestação de um serviço público.

## 6. O sistema multiportas

No Brasil adotamos o sistema inglês de controle jurisdicional dos atos administrativos. Pelo sistema francês, as questões do poder político são por ele próprio resolvidas. Temos no Brasil um contencioso administrativo capenga, porquanto as decisões administrativas sempre podem ser submetidas ao julgamento de um outro Poder.

Precisamos criar mecanismos de desafogo do Judiciário.

Andou bem a lei da arbitragem quando afirma que a sentença arbitral é válida sem homologação judicial.

De nada vale adotar-se um sistema extrajudicial de resolução de conflitos se as questões sempre podem ser levadas posteriormente para uma solução por parte do poder judicante.

Novos instrumentos devem ser utilizados para minimizar a trágica e caótica situação em que vivemos. A arbitragem é uma das alternativas, assim como a mediação e a conciliação. A Juíza Federal Mônica Sifuentes, em excelente estudo, preconiza a adoção de meios alternativos para resolver a aflitiva situação da morosidade da Justiça, como remédio eficaz ao sofrimento de que padecem os jurisdicionados. Sobre o recém-criado Juizado Especial diz, com muita propriedade, que se abriu uma porta, mas esqueceu-se da porta de saída.

Lembra a experiência anglo-saxônica dos Tribunais Multiportas – *Multi-Door Courthouse* –, citada por Galanter, com a integração, num único lugar, de várias formas de resolução de conflitos, sem exclusão da judicial. A característica fundamental desse tribunal reside no procedimento inicial, em que, “ao se apresentar perante determinado tribunal, a pessoa passa por uma triagem para verificar qual processo seria mais recomendável para o conflito que a levou ao Poder Judiciário.

Pode, assim, ser direcionada primeiramente para a porta da Administração Pública, ou, então, para a porta dos conciliadores extrajudiciais, antes de ser encaminhada à Justiça.”<sup>23</sup>

O mais importante no sistema multiportas é que ele compatibiliza o modelo judicial com os métodos ditos alternativos para a resolução dos conflitos.

A solução pode advir da mediação, da arbitragem ou da atuação do Judiciário.

O conflito pode ser resolvido administrativamente ou mediante a intervenção de um psicólogo.

Como afirma Osho, a sociedade do futuro necessita de profissionais das mais diferentes áreas e, sobretudo, de mediadores.<sup>24</sup>

Da mesma forma que o modelo restaurativo, o sistema multiportas deve ser adequado à realidade brasileira.

É importante valorizar-se a forma de fazer justiça de cada comunidade.

Não se pode desconsiderar a cultura de cada povo.

## 7. Considerações finais

Impõe-se uma profunda mudança na cultura do direito.

O modelo restaurativo almeja soluções socialmente justas e procedimentos que venham atingir as causas dos problemas apresentados hodiernamente ao Judiciário, e restaurar efetivamente o desequilíbrio que se opera no seio da sociedade.

O primeiro passo para que se possa ter uma justiça humana é o juiz descer do pedestal, afastando o seu lado divino e resgatando a humanidade que há em si.

O sistema multiportas, uma vez instalado no Poder Público, vai permitir uma agilidade maior na solução dos problemas apresentados pelas pessoas.

1. O modelo judicial está falido e o Estado contribui com o seu fracasso, protelando, na maioria das vezes, a prestação jurisdicional.

2. A justiça restaurativa pode contribuir para que possa haver a gestão dos conflitos envolvendo o Poder Público, restabelecendo o diálogo e mitigando a denominada indisponibilidade do interesse público.

3. O sistema multiportas abre inúmeras possibilidades para a gestão dos conflitos, que podem ser resolvidos administrativamente, por profissionais de diferentes áreas ou, até mesmo pelo Judiciário.

4. Estabelecer-se um contencioso administrativo efetivo pode ser a saída para

---

<sup>23</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejda Tribunal Multiportas. In: Revista Jurídica *Consulex*, 222, 15 abr. 2006, pp. 26-31.

<sup>24</sup> OSHO. *O novo homem – única esperança para o futuro*. São Paulo: Gente, s./d.



a crise do sistema inglês de controle jurisdicional dos atos administrativos estabelecido pelo Brasil.

5. A arbitragem e a mediação podem ser métodos adotados para a solução dos conflitos protagonizados pelo Poder Público.

6. O Estado deve dar o exemplo, cumprindo com as suas obrigações e facilitando a gestão dos conflitos nos quais ele se envolve.

## 8. Referências bibliográficas

BARROSO, Juliana Rocha. Disponível em: <[http://www.espiritualidades.com.br/Artigos\\_A\\_C/Barroso\\_Juliana\\_justica\\_restaurativa.htm](http://www.espiritualidades.com.br/Artigos_A_C/Barroso_Juliana_justica_restaurativa.htm)>. Acesso em: 17 set. 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Tradução de Hector Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo: LTr, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito e taoísmo*. São Paulo: LTr, 2003.

\_\_\_\_\_. O novo direito administrativo: do processo de ocidentalização da China ao sistema multiportas. In: CARLIN, Volnei Ivo. *Grandes temas de direito administrativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

\_\_\_\_\_. Dos homens, dos animais e da natureza: o papel da justiça restaurativa na preservação do meio ambiente. In: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. *Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*, p. 195-202.

OSHO. *O novo homem – única esperança para o futuro*. São Paulo: Gente, s./d.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda Tribunal Multiportas. In: Revista Jurídica *Consulex*, 222, 15 de abril de 2006, pp. 26-31.



# A garantia dos direitos fundamentais e o ativismo judicial<sup>1</sup>

Queila de Araújo Duarte Vahl<sup>2</sup>  
Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld<sup>3</sup>

## 1. Introdução

A segunda metade do século XX pôde assistir o surgimento das constituições rígidas, com ênfase aos direitos fundamentais.

A efetividade desses direitos é um desafio que vivemos diariamente, sendo forçoso reconhecer a distância entre a norma constitucional e a realidade social.

No Brasil, o Poder Judiciário tem tomado para si, de forma peculiar, a tarefa de tornar efetivos tais direitos, muitas vezes invadindo as competências reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo.

O presente trabalho tem por finalidade identificar a (i)legitimidade dessa atuação, tendo em conta a divisão de poderes própria dos estados modernos.

No primeiro item será apresentado um conceito de direitos fundamentais, para em seguida, no segundo item, indicar, segundo a teoria garantista de Ferrajoli, o sistema de garantias aos direitos fundamentais. Por fim, no terceiro item, será caracterizada, no Brasil, a invasão do Poder Judiciário nas esferas de competências reservadas aos poderes Legislativo e Executivo no que concerne à efetivação das garantias aos direitos fundamentais.

## 2. Direitos fundamentais: o que são?

Tema central do constitucionalismo são os direitos fundamentais, são esses também, foco deste artigo. Falar sobre eles exige, antes de qualquer coisa, apresentar seu conceito, o que se passa a fazer.

Para Martins Neto<sup>4</sup>, fixar um conceito para a expressão direitos fundamen-

---

<sup>1</sup> Artigo produzido no âmbito dos seminários realizados na Universidade de Perugia – Itália, coordenados pelo Prof. Dr. Maurizio Oliviero, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia, Professor Visitante do Exterior – PVE/CAPES na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Universidade de Brasília – UnB, com a participação do Prof. Dr. Josemar Soares e doutorandos mestres Rafael Padilha dos Santos e Jaqueline Moretti Quintero, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, cursos de mestrado.

<sup>2</sup> Mestranda em ciências jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Procuradora do Estado de Santa Catarina. *E-mail*: queilavahl@hotmail.com.

<sup>3</sup> Mestranda em ciências jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Auditora fiscal de controle externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. *E-mail*: valeriarlg@gmail.com.

<sup>4</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Editora Revista

tais, em um primeiro momento demanda notar que ela é composta por dois termos: o primeiro, o substantivo direito, e o segundo, o adjetivo fundamental.

Observa o autor que direito é um substantivo polissêmico, que no caso é utilizado como sinônimo direito subjetivo. Segue para afirmar que “a palavra direito, no sentido subjetivo designa algo que pertence a alguém”<sup>5</sup>. Esclarece que bem e propriedade, no caso, devem ser entendidos em sentido amplo, o primeiro como “qualquer meio adequado à satisfação de um interesse”<sup>6</sup> e o segundo como “o reconhecimento da destinação ou atribuição de um bem qualquer à pessoa, a fim de que ela possa dele tirar um proveito legítimo”<sup>7</sup>.

Digno de nota que, para o autor, essa relação entre o bem e alguém não quer dizer que somente os direitos individuais podem ser caracterizados como direitos subjetivos, mas que cabem nesse conceito, os direitos transindividuais, entendidos como individuais homogêneos, coletivos e difusos.<sup>8</sup>

Outro aspecto importante do conceito de direito subjetivo, segundo o autor, é a prerrogativa de seu titular de em face desse obter algum proveito<sup>9</sup>, ademais, o efetivo exercício da prerrogativa é desimportante para a existência do direito subjetivo, basta que a possibilidade de agir esteja à disposição de seu titular.<sup>10</sup>

Característica a ser destacada, também, para a compreensão do conceito de direito subjetivo é que as prerrogativas conferidas a um indivíduo em relação a um bem impõem um dever de respeito a todos os outros membros do grupo social, consistente em um comportamento de abstenção.<sup>11</sup>

Destaca ainda Martins Neto, que nos *direitos de estrutura relacional*, como é o caso dos direitos subjetivos, a relação jurídica bilateral que lhes é própria, ao mesmo tempo que atribui a um indivíduo uma prerrogativa, imputa a outro um dever.<sup>12</sup>

Nesse norte, destaca Facchi<sup>13</sup> ao descrever a locução direitos subjetivos, o papel de sujeitos que não o titular na sua realização:

---

dos Tribunais, 2003, p. 19.

<sup>5</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*, p. 24.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 40-41.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>13</sup> FACCHI, Alessandra. *Breve história dos direitos humanos*. São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2011, p. 16-17.

“Direitos subjetivos”, locução utilizada já nas teorias jusnaturalistas seiscentistas e consolidada na doutrina jurídica oitocentista, indica a classe mais ampla de direitos, enquanto se refere ao direito como atributo de um sujeito, sem nada especificar sobre a sua natureza, sobre os titulares, sobre as normas nas quais se traduz etc. Entre os direitos subjetivos distinguem-se direitos que podem se realizar por meio de abstenção de outros sujeitos e direitos que se traduzem em benefícios de outros sujeitos. Os primeiros correspondem à liberdade de fazer ou não fazer alguma coisa e se traduzem em obrigações que limitam as ações de outros; os segundos correspondem a pretensões de que outros façam alguma coisa e se traduzem em obrigações de atos e serviços.

Necessário, ainda, acrescentar que para Martins Neto<sup>14</sup>, a coatividade é um elemento indispensável à composição do conceito de direito subjetivo.

Ademais, direitos subjetivos nos sistemas com raiz na *civil law* não existem sem direito objetivo, ou seja, sem a presença de uma norma válida e vigente que lhe dê suporte.<sup>15</sup>

Conjugando todos os elementos acima abordados, apresenta o autor o seguinte conceito de direito subjetivo:

[...] direito em sentido subjetivo pode ser definido como a prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva.

Assim, tendo em conta que para Martins Neto<sup>16</sup>, “[...] direitos [...] fundamentais [...] são simplesmente direitos subjetivos assinalados com uma marca particular que é a sua qualidade de fundamentais”, e desvelado o sentido do substantivo direito, resta perquirir o que se deve entender pelo adjetivo fundamentais. Para o autor, em razão da sua essencialidade à vida digna dos seres humanos, o constituinte originário conferiu aos direitos ditos fundamentais uma proteção que os torna indisponíveis ao constituinte derivado e ao legislador ordinário, em outras palavras, “podemos então identificar os direitos fundamentais como *direitos subjetivos*

---

<sup>14</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*, p. 48.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 78.

*pétreos*<sup>17</sup>. Portanto, é forçoso concluir que a nota de fundamentalidade atribuída a certos direitos está diretamente ligada à rigidez constitucional.

De outro lado, quanto ao conteúdo, os direitos fundamentais foram fruto de longa gestação. Tiveram seu berço no Estado moderno, com os direitos políticos e civis, passando pelos direitos sociais, pelos direitos coletivos e difusos, com a contínua agregação de novos direitos a seu catálogo<sup>18</sup>, aos quais, no Constitucionalismo Contemporâneo<sup>19</sup> foi conferida especial proteção que caracteriza sua fundamentalidade.

Dispõe o parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal brasileira<sup>20</sup> que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, impondo limites materiais ao constituinte derivado.

Todavia, se é certo que a rigidez constitucional confere fundamentalidade a determinados direitos eleitos pelo constituinte originário para gozarem de especial proteção por traduzirem valores destacados de uma sociedade em um tempo determinado, não é menos certo que tal rigidez é insuficiente para garantir a fruição de tais direitos por seus destinatários. Para esse fim, Ferrajoli construiu uma teoria do constitucionalismo juspositivista que transcende os limites da vigência das normas para alcançar sua validade, impondo limites e obrigações ao Poder Público como garantia dos direitos fundamentais, como se passará a expor no item seguinte.

### 3. Garantias aos direitos fundamentais segundo Ferrajoli

Necessário esclarecer em um primeiro momento que Ferrajoli não concebe o constitucionalismo contemporâneo como a superação do juspositivismo, mas como reforço desde, seu complemento<sup>21</sup>.

Conforme Ferrajoli, vivemos o Estado Constitucional de Direito, aquele em que a Constituição está no vértice da hierarquia das fontes das normas e ademais, no qual a edição de normas pelo Estado não está submetida tão-somente a limites for-

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 81-89.

<sup>18</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 200-201.

<sup>19</sup> Constitucionalismo Contemporâneo, com iniciais maiúsculas, é o termo utilizado por Lenio Streck para designar “o constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra”, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 63-64.

<sup>20</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Poder Constituinte Originário, 1988.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, p. 13.

mais, mas também a limites substanciais. Isso quer dizer que às perguntas “quem?” e “como?”, próprias do Estado Legislativo de Direito, foi definitivamente acrescentada a “o quê?”<sup>22</sup>. Sobre o constitucionalismo salienta:

Há muitas concepções diferentes de Constituição e de constitucionalismo. Uma característica comum entre elas pode ser identificada na ideia de submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma série de normas superiores como são aquelas que, nas atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Nesse sentido, o constitucionalismo equivale, como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *teoria jurídica*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos como os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos.<sup>23</sup>

O garantismo, para o autor, é uma das faces do constitucionalismo, equivalendo ao sistema de garantias correspondente ao modelo normativo por ele desenhado. Uma teoria do constitucionalismo é, portanto, em grande parte uma teoria do garantismo, isso porque a manutenção da democracia constitucional depende de um sistema de instrumentos por meio dos quais se confira efetividade aos direitos fundamentais<sup>24</sup>.

O papel garantista das constituições é assegurado, no modelo desenhado por Ferrajoli, em um primeiro momento por sua rigidez, entendida como a impossibilidade de modificar a constituição senão mediante procedimentos de revisão agravados e controle jurisdicional de inconstitucionalidade das leis. Ademais, devem ser excluídas as possibilidades de revisão dos princípios constitucionais supremos postos como salvaguarda permanente da soberania popular e dos poderes da maioria, como por exemplo, o método democrático, os direitos políticos e o sufrágio universal, os direitos de liberdade e sociais, que constituem os pressupostos elementares dos direitos políticos<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> *Id. Principia iuris teoria del derecho y de la democracia: 2. Teoria de la democracia. Madri: Editora Trotta, 2011, p. 35.*

<sup>23</sup> *Id. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 13.*

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris teoria del derecho y de la democracia: 2. Teoria de la democracia, p. 85.*

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 85-86.

Assim, as normas sobre a revisão e sobre a exclusão de algumas matérias dessa revisão são as garantias constitucionais primárias, consistentes na proibição da produção de normas que alterem ou derroguem normas constitucionais. Enquanto as garantias constitucionais secundárias são as normas sobre controle de constitucionalidade, consistentes na obrigação de anular as normas com características de lei que contrastem com as normas constitucionais, assim como em resolver os conflitos entre poderes gerados pelos desdobramentos que ultrapassem os limites a eles adstritos pelas normas constitucionais instituidoras de suas competências<sup>26</sup>.

Além das garantias constitucionais primárias e secundárias, cujo objetivo é eliminar as antinomias, assegurando a coerência interna do sistema normativo, tendo a constituição como norte, são também necessárias à efetividade dos direitos fundamentais as garantias legislativas e normas de desenvolvimento dos princípios constitucionais, sem as quais não é possível preencher as lacunas. Trata-se de obrigação tanto do legislador ordinário, quanto do Poder Executivo quando exercita poder regulamentar.

Se trata, como es evidente, de los imperativos más importantes, em los que sobre todo se expresa la normatividade de las constituciones rígidas. Su introducción viene impuesta por la *obligación constitucional*, extrañamente ignorada por la teoría del derecho y por la doctrina publicística, a la que está vinculado el legislador em desarrollo de los derechos constitucionalmente establecidos. Es precisamente em esta obligación – la obligación de una *legislación de actuación* – em la que podemos identificar la *garantía constitucional primaria positiva* de tales derechos, la cual incumbe al legislador em adición a la *garantía constitucional primaria negativa* ilustrada em el parágrafo anterior y consistente em la prohibición de producir normas em contraste com la constitución salvo em los casos y em las formas previstas por las normas sobre la revisión. Y es sobre todo em el cumplimiento de esta obligación em lo que consiste la labor de construcción jurídica de la democracia constitucional.<sup>27</sup>

É certo afirmar, portanto, que segundo o modelo proposto por Ferrajoli, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo o protagonismo na criação de instrumentos necessários à efetividade dos direitos fundamentais, pois “los derechos fundamenta-

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris teoria del derecho y de la democracia*: 2. Teoria de la democracia, p. 93.



les, al consistir en normas téticas, requieren siempre, como observância primera y prejudicial, una *legislación de desarrollo*<sup>28</sup>. Cabe notar, como reforço, que os direitos sociais, por consistirem, em sua maioria, direitos a prestações positivas, exigem “la institución de aparatos – escuelas, hospitales, entes de previsión y assistência – encargados de su satisfacción”<sup>29</sup>, a cargo do Poder Executivo.

Assim, embora o constitucionalismo no segundo pós-guerra tenha encarregado o Poder Judiciário da guarda da constituição, cabendo a ele o controle de constitucionalidade das leis e, de outro lado, não se desconheça o seu papel contra-majoritário, é certo que o princípio democrático e a divisão de funções próprias do Estado Moderno não permitem a substituição do processo democrático de tomada de decisões pela decisão judicial, como se passará a abordar no item seguinte.

#### 4. Ativismo judicial no Brasil: invasão da esfera política

Como observa Tessinari<sup>30</sup>, o Constitucionalismo Contemporâneo nos trouxe dois fenômenos: a judicialização do direito e o ativismo judicial. Destaca a autora que embora muitos confundam e misturem esses dois fenômenos, de fato eles são bastante distintos.

Assim, a judicialização do direito é caracterizada pelo aumento de litigiosidade em relação à concretização de direitos fundamentais principalmente, tendo suas causas em fatores alheios à jurisdição, como a “maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário”<sup>31</sup>. Dito de outro modo: a judicialização do direito é um fato social.

O ativismo judicial, a seu turno, decorre de um comportamento adotado por certos membros do Poder Judiciário, assim caracterizado pela autora:

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica. Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> TESSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27-29.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 32.

assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.

[...] É, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é possível encontrar posicionamentos que retratam a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga.<sup>32</sup>

Ponto central para a caracterização do ativismo judicial, para Tessinari<sup>33</sup>, é que as decisões ativistas buscam seu fundamento em critérios não jurídicos, mas econômicos, morais ou políticos, assim enfraquecem o direito, eis que abalam sua autonomia. É o que, conforme anotado pela autora, Lenio Streck chama de predadores externos do direito:

Como resultado disso, surgiu o que Lenio Streck chama de ‘predadores externos do direito’. Ou seja, modos de inter-relacionar o âmbito jurídico com conteúdos morais, econômicos e/ou políticos que, por incidência de seus próprios critérios para a tomada da decisão, resultaram no enfraquecimento do campo jurídico. Como mesmo afirma Streck, o resultado disso é a perda do DNA do Direito, no sentido de que, ao sofrer as influências da Moral ou da Economia de modo substitutivo da *estrutura* que lhe compõe, o Direito acaba perdendo sua identidade como efetivamente esfera *jurídica*.<sup>34</sup>

Em face dos conceitos apresentados, necessário concluir que a judicialização da política – fato social – não pode ser considerada como causa do ativismo judicial – ato de vontade –, tais fenômenos não se confundem.

Estabelecida a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, constatamos com Streck que no Brasil “acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos ‘verdadeiros valores’ que definem o direito justo”<sup>35</sup>, o que deu causa à ampliação do âmbito de discricionariedade dos juízes para muito além do permitido.

---

<sup>32</sup> TESSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*, p. 56.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*.

Note-se que segundo Ferrajoli<sup>36</sup>, enquanto as discricionariedades administrativa e legislativa admitem a criação de direito novo, nos limites da Constituição, a discricionarieidade judicial diz respeito unicamente à interpretação, ou seja, é relativa ao significado das normas aplicáveis ao caso concreto.

Assim é que para Streck<sup>37</sup> a discricionarieidade conferida ao juiz transita dentro das zonas de incerteza, nunca em espaços devidamente aclarados pelas normas democraticamente produzidas, todavia, para o autor, isso não é o que ocorre em nosso país:

[...] em *terrae brasiliis*, discricionarieidade quer dizer duas coisas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade [...].

[...] a força normativa da Constituição – que se manifesta pelo elevado grau de autonomia conquistado pelo direito a partir do segundo pós-guerra – pode, dependendo do *modus* compreensivo-interpretativo utilizado pelos juristas, vir a ser fragilizado ou até mesmo anulado pelo crescente aumento das posturas pragmatistas (nos seus mais variados matizes) que, a pretexto de superar o “ultrapassado” silogismo dedutivista do paradigma liberal-formal-burguês, vêm deslocando o *lucus* do sentido do texto – que representa a produção democrática do direito – na direção do protagonismo (acionalista-indutivista) do intérprete.<sup>38</sup>

Destaca também Streck<sup>39</sup> que por aqui foram importadas e aplicadas, de forma acrítica, teorias construídas em épocas e contextos diversos do brasileiro, como é o caso do ativismo judicial estadunidense<sup>40</sup>. Nesse sentido, Tessinari esclarece que uma das distinções entre o contexto brasileiro e norte americano é a concisão da constituição estadunidense, em contraste com a extensão e detalhamento da brasileira. Portanto, naquele caso há uma justificada discussão sobre a aplicação pelo Poder Judiciário dos direitos não enumerados, debate que perde relevância no Brasil,

---

<sup>36</sup> *Id.*, *Principia iuris teoria del derecho y de la democracia*: 2. Teoria de la democracia, p. 75.

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 53-54.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 61.

onde a Constituição prevê tudo, ou quase tudo.

Ademais, no caso brasileiro, tem-se uma extensa legislação de desenvolvimento dos direitos fundamentais. Tome-se, por exemplo, o direito à saúde, previsto inicialmente no artigo 6º da Constituição Federal<sup>41</sup> entre os direitos sociais. O constituinte reservou, ainda, a seção II, do capítulo II, do título VIII, que trata da ordem social, para explicitá-lo, obrigando a destinação de percentual da receita dos entes federados para aplicação em ações e serviços públicos de saúde. O legislador ordinário, a seu turno, editou diversas leis de desenvolvimento, podendo-se citar entre tantas: lei 8.080/1990<sup>42</sup>, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes; lei 11.347/2006<sup>43</sup> que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários aos portadores de diabetes; lei 11.255/2005<sup>44</sup>, que define a política de prevenção e atenção integral à saúde da pessoa portadora de hepatite; lei 9.313/96<sup>45</sup>, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores de HIV e doentes de AIDS; lei 13.002/2014<sup>46</sup>, que obriga a realização do protocolo de avaliação do frênulo da língua de bebês; lei 12.303/2010<sup>47</sup>, que obriga a realização do exame denominado emissões otoacústicas evocadas em bebês; lei 9.434/1997<sup>48</sup>, que disciplina a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento; lei 10.216/2001<sup>49</sup>, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. O Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar, de igual modo editou um sem número de portarias, padronizando medicamentos, instituindo protocolos clínicos, distribuindo competências entre os órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde, organizando os serviços prestados aos usuários do Sistema.

Mesmo com legislação abundante, têm-se na área da saúde inúmeras situações em que o poder judiciário tem substituído a norma democraticamente editada, válida e vigente, pelo entendimento do julgador, exercitando discricionariedade

---

<sup>41</sup> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

<sup>42</sup> BRASIL. *Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

<sup>43</sup> *Id.* *Lei 11.347, de 27 de setembro de 2006*. Brasília: Congresso Nacional, 2006.

<sup>44</sup> *Id.* *Lei 11.255, de 27 de dezembro de 2005*. Brasília: Congresso Nacional, 2005.

<sup>45</sup> *Id.* *Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996*. Brasília: Congresso Nacional, 2005.

<sup>46</sup> *Id.* *Lei 13.002, de 20 de junho de 2014*. Brasília: Congresso Nacional, 2014.

<sup>47</sup> *Id.* *Lei 12.303, de 2 de agosto de 2010*. Brasília: Congresso Nacional, 2010.

<sup>48</sup> *Id.* *Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Brasília: Congresso Nacional, 1997.

<sup>49</sup> *Id.* *Lei 10.216, de 6 de abril de 2001*. Brasília: Congresso Nacional, 2001.

que não lhe é própria. Assim é que no estado de Santa Catarina tem decidido no Tribunal de Justiça, que embora exista uma política pública estabelecida no SUS, que disponibiliza medicamentos adequados para o agravo de saúde do autor de determinada ação, conforme constatado em perícia realizada no curso do processo por perito nomeado pelo juízo, o Estado deve fornecer medicamento diverso daquele padronizado, pela razão de que foi receitado pelo médico do autor da ação<sup>50</sup>. A revista época<sup>51</sup>, de 16/03/2102, noticia o caso de um paciente no estado de São Paulo, que recebe do SUS, no Hospital Sírio-Libanês, o medicamento não padronizado Soliris, ao custo de R\$ 800 mil ao ano, na época, quando há alternativa terapêutica padronizada.

Não é possibilitado ao Poder Judiciário determinar as políticas públicas que devem ser desenvolvidas e menos ainda executá-las diretamente. Cabe ao Poder Executivo, com a aprovação do Poder Legislativo, fixar as diretrizes, objetivos, metas e prioridades da administração pública<sup>52</sup>.

Sobre o ativismo judicial no Brasil afirma Tessinari<sup>53</sup>:

No atual contexto, os esforços não se voltam mais para *chamar o Judiciário a atuar*, mas para *segurá-lo*. Ou seja, é certo que esse Poder passou por uma verdadeira *mudança funcional*, na medida em que foi provocado a atuar nas esferas de responsabilidade outrora exclusivas do Executivo e Legislativo, como, por exemplo, na realização de políticas públicas – responsabilidade administrativa –, caracterizando, portanto, o fenômeno da judicialização. Contudo, o quadro que se apresenta não é tão somente o do exercício de uma complementariedade (ou cooperação) diante da omissão dos demais Poderes, mas de uma acentuada e discricionária atuação, elevada a ponto

<sup>50</sup> Apelações Cíveis 2014.0015454-0, 2014.028540-5, 2014.012634-5, 2013.051055-6, 2013.058870-0 e 2014.63313-5, por exemplo.

<sup>51</sup> SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. *Revista época*. 16 de março de 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

<sup>52</sup> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais. § 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. § 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. [...] § 4º Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional [...]. In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

<sup>53</sup> TESSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*, p. 134.

de, no ano de 2009, o 'Anuário da Justiça' veicular a seguinte notícia em sua capa: 'O Ano da Virada: País descobre que, ao constitucionalizar todos os direitos, a Carta de 1988 delegou ao STF poderes amplos, gerais e irrestritos. E o Tribunal governa.'

Mostra-se necessário, portanto, repensar no Brasil, o ativismo judicial, promovendo uma correção de curso, reconduzindo os Poderes Executivo e Legislativo ao lugar que lhes é reservado na efetivação dos direitos fundamentais.

## 5. Considerações finais

Como nos ensina Novaes<sup>54</sup>, a constituição pós-guerra não se limita à legalidade formal do positivismo, não se resume a uma carta de promessas, ela é substancial, na medida em que seu conteúdo não pode prescindir de uma "pauta universal de valores de onde decorrem direitos de que os poderes políticos instituídos não dispõem".

Enquanto para a Revolução Francesa não havia constituição sem a garantia de direitos e a separação de poderes<sup>55</sup>, a norma fundamental contemporânea, para Ferrajoli<sup>56</sup>, não pode existir sem que sejam respeitados o princípio da igualdade e os direitos fundamentais.

Todavia, vivemos o esforço diário de tornar os direitos fundamentais efetivos, sendo que essa efetividade não pode prescindir de instrumentos que a assegurem, construídos democraticamente.

Nesse norte, a efetividade dos direitos fundamentais depende de garantias legislativas e normas de desenvolvimento dos princípios constitucionais, além de atos concretos de execução de políticas públicas a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo necessário devolver-lhes o local de destaque que tem sido ofuscado pelo ativismo judicial.

## 6. Referências bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

---

<sup>54</sup> NOVAES, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 198.

<sup>55</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 27.

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris teoria del derecho y de la democracia*: 2. Teoria de la democracia, p. 10.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Poder Constituinte Originário, 1988.

\_\_\_\_\_. *Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996*. Brasília: Congresso Nacional, 2005.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Brasília: Congresso Nacional, 1997.

\_\_\_\_\_. *Lei 10.216, de 6 de abril de 2001*. Brasília: Congresso Nacional, 2001.

\_\_\_\_\_. *Lei 11.225, de 27 de dezembro de 2005*. Brasília: Congresso Nacional, 2005.

\_\_\_\_\_. *Lei 11.347, de 27 de setembro de 2006*. Brasília: Congresso Nacional, 2006.

\_\_\_\_\_. *Lei 12.303, de 2 de agosto de 2010*. Brasília: Congresso Nacional, 2010.

\_\_\_\_\_. *Lei 13.002, de 20 de junho de 2014*. Brasília: Congresso Nacional, 2014.

FACCHI, Alessandra. *Breve história dos direitos humanos*. São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Principia iuris teoria del derecho y de la democracia: 2. Teoria de la democracia*. Madri: Editora Trotta, 2011.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NOVAES, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. *Revista época*. 16 de março de 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias*

discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014.

TESSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



# O trabalho repetitivo no âmbito do contencioso judicial e os riscos à saúde do procurador do Estado

*Reinaldo Pereira e Silva<sup>1</sup>*

## 1. Introdução

Trata-se de estudo sobre o trabalho repetitivo no âmbito do contencioso judicial e os riscos à saúde do procurador do Estado. Em um primeiro momento, discorre-se sobre os distúrbios osteomusculares decorrentes do trabalho repetitivo, enfrenta-se o problema do trabalho repetitivo no âmbito do contencioso judicial e se investigam as implicações funcionais da substituição do processo cartáceo pelo processo eletrônico, findando com a proposição da questão da saúde do procurador do Estado como parâmetro de análise crítica para as inovações tecnológicas. Em um segundo momento, examina-se o desfecho do processo administrativo PGE nº 5.378 com o fim de evidenciar, para efetivo cumprimento do caráter dirigente da Constituição de 1988 no que concerne ao direito ao bem-estar no trabalho, a urgente necessidade da instauração de uma cultura administrativa centrada na saúde do servidor público. Nesse momento, discutem-se o instituto da readaptação como forma de implementação do direito fundamental à saúde, as atividades próprias da carreira de procurador do Estado como atividades privativas de advogado e as consequências práticas da reserva de vaga nos concursos públicos para pessoas com deficiência.

## 2. Os distúrbios osteomusculares decorrentes do trabalho repetitivo

De início, é importante esclarecer o significado de alguns conceitos de amplo emprego na medicina do trabalho e fundamentais para a compreensão da especificidade da questão dos riscos à saúde do procurador do Estado. Assim, LER é a sigla para “lesões por esforços repetitivos” e corresponde a um conjunto de afecções do sistema musculoesquelético que apresentam manifestações clínicas distintas e que variam em intensidade. DORT, por sua vez, é a sigla para “distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho” e corresponde a um conjunto de disfunções do sistema musculoesquelético que se manifestam em condições agudas ou crônicas, podem ser localizadas ou difusas, e derivam do comprometimento de estruturas

---

<sup>1</sup> Doutor em direito pela UFSC. Professor associado de direito constitucional na UFSC. Procurador do Estado de Santa Catarina.

das articulações, dos tendões, dos ossos, dos músculos e suas fâscias, embora nem sempre traduzam a ocorrência de lesão tecidual identificável<sup>2</sup>. É certo que nem toda LER resulta em um DORT, porque há afecções do sistema musculoesquelético que não têm o trabalho como causa, assim como é igualmente certo que nem todo DORT decorre de uma LER, porque grande número de trabalhadores com sintomas no sistema musculoesquelético não apresenta lesão identificável nas estruturas comprometidas e também porque, além do esforço repetitivo, há outros tipos de sobrecarga nociva ao trabalho, como a contração muscular por períodos prolongados para manutenção de postura, o excesso de força empregada para execução de tarefas, o uso de instrumentos que transmitem vibração excessiva etc. Para efeito deste estudo, ao invés das siglas LER e DORT, adota-se a expressão “distúrbios osteomusculares decorrentes do trabalho repetitivo”<sup>3</sup> porque melhor ressalta o fato de que os distúrbios osteomusculares a que mais se arriscam os procuradores do Estado são os decorrentes da sobrecarga dinâmica da atividade laborativa, com concentração sobretudo nas mãos, punhos, ombros, costas e pescoço, combinada, ou não, com a manutenção de posturas inadequadas<sup>4</sup>.

### 3. O trabalho repetitivo no âmbito do contencioso judicial

No âmbito do contencioso judicial, não se deve confundir as causas repetitivas com o trabalho repetitivo. Causas repetitivas são causas individuais com fundamento em idêntica controvérsia, fenômeno distintivo da litigiosidade de massa<sup>5</sup>. O trabalho repetitivo, por sua vez, define-se como um “fator de risco que descreve uma forma de penosidade do trabalho”<sup>6</sup>, e pode circundar tanto as causas repetitivas

---

<sup>2</sup> Cf. CAMPURRA, Gabriele. *Manuale di medicina del lavoro*. Milano: IPSOA, 2013. p. 760-4; LIN, Tchia Yeng; KAZIYAMA, Helena Hideko Seguchi; TEIXEIRA, Manoel Jacobsen. Síndrome dolorosa miofascial. In: TEIXEIRA, Manoel Jacobsen *et al.* (org.). *Dor: contexto interdisciplinar*. Curitiba: Editora Maio, 2003, p. 273-9; SANTOS, Regina Maria dos; BARBOSA, Maria do Socorro Alcécio; TREZZA, Maria Cristina Soares Figueiredo. A vida do trabalhador antes e após a lesão por esforço repetitivo (LER) e a doença osteomuscular relacionada ao trabalho (DORT). *Revista brasileira de enfermagem*. Brasília, nº 60, v. 5, 2007, p. 494-5.

<sup>3</sup> Os distúrbios osteomusculares decorrentes do trabalho repetitivo, como o próprio nome sugere, não são o resultado de agressões ou acidentes isolados, mas de traumas pequenos e continuados, formando-se lenta e progressivamente.

<sup>4</sup> “Certos tipos de trabalho ou fatores ligados ao trabalho estão associados a um risco elevado de contrair (distúrbios osteomusculares) em relação à população em geral ou a outros grupos que não estão expostos aos mesmos fatores de risco” (KUORINKA, Ikka; FORCIER, Lina. *LATR: les lésions attribuables au travail répétitif: ouvrage de référence sur les lésions musculosquelettiques liées au travail*. Québec: Éditions Multi Mondes, 1995. p. 5).

<sup>5</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. *Revista IOB de direito civil e processual civil*. São Paulo, ano VIII, nº 44, nov./dez. 2006, p. 48-50.

<sup>6</sup> “A repetitividade é própria do trabalho. Ela é a garantia de sua qualidade, pois o profissionalismo se afirma na

quanto as não repetitivas, uma vez que sua definição não leva em conta a natureza da controvérsia judicialmente debatida, mas apenas as condições de trabalho por meio das quais o advogado, no caso o procurador do Estado, exerce a representação judicial. Para que, no âmbito do contencioso judicial, o exercício da representação judicial se envolva com a problemática do trabalho repetitivo, as condições de trabalho do procurador do Estado devem se assemelhar às do trabalhador da área de mecanografia<sup>7</sup>. Caso as condições de trabalho resguardem para exercício pelo procurador do Estado apenas as atribuições que são próprias de sua carreira, fornecendo-lhe pessoal suficiente para o auxílio nas diferentes tarefas que giram em torno das atividades privativas de advogado, não há que se falar em trabalho repetitivo.

Há quem diga que na época da datilografia os distúrbios osteomusculares decorrentes do trabalho repetitivo eram em menor número do que na era da digitação porque também menor era o estresse do dia a dia<sup>8</sup>. Deixando de lado o caráter controvérsido do conceito de estresse<sup>9</sup>, mas não ignorando que são questões mais tormentosas na atualidade desde a exigência de maior efetividade do resultado do trabalho, a correspondente falta de adequado descanso, inclusive intelectual, até a má gestão das oportunidades no ambiente de trabalho etc., tudo isso não é causa bastante para explicar o aumento dos distúrbios osteomusculares na era da digitação. Na verdade, foi o advento do computador, garantindo acesso a uma maior quantidade de informação e tornando mais fácil e rápida a comunicação, que fez com que a atividade de mecanografia não mais se cingisse, no caso do procurador do Estado, à redação de peças jurídicas. Atividades laborativas que na época da datilografia eram realizadas por diferentes meios (comunicação oral por telefone, pesquisa dou-

---

aquisição da *expertise* operacional resultante da repetição de gestos que permitem, ao final, falar de um gesto profissional, ou seja, do domínio de um *savoir-faire* valorizador”. Para se considerar o trabalho repetitivo como uma ameaça à saúde do trabalhador, portanto, é imprescindível analisar as condições em que a repetitividade ocorre. É preciso separar a repetitividade “criativa” do excesso de repetitividade. Em outras palavras, “é preciso distinguir o trabalho repetitivo enquanto particularidade neutra que descreve uma modalidade de trabalho do trabalho repetitivo enquanto fator de risco que descreve uma forma de penosidade do trabalho” (LANOUZIÈRE, Hervé. *La définition du travail répétitif comme facteur de pénibilité*. Paris: ANACT, 2015, p. 16).

<sup>7</sup> “Os digitadores, por aplicação analógica do artigo 72 da CLT, equiparam-se aos trabalhadores nos serviços de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), razão pela qual têm direito a intervalos de descanso de 10 (dez) minutos a cada 90 (noventa) de trabalho consecutivo” (Súmula nº 346 do Tribunal Superior do Trabalho).

<sup>8</sup> O argumento acima apresentado se fundamenta em causa de natureza estritamente subjetiva para explicar o aumento atual do número de distúrbios osteomusculares decorrentes do trabalho repetitivo. Ocorre que, no caso da área de mecanografia, especificamente no âmbito da advocacia de Estado, o aumento atual do número de distúrbios osteomusculares possui significativa causa objetiva, conforme se demonstra neste estudo. Nesse contexto, causas subjetivas melhor se definem como fatores desencadeantes e/ou agravantes.

<sup>9</sup> Cf. CASTIEL, Luis David. O stress na pesquisa biomédica e epidemiológica: as limitações do modelo de risco no estudo do processo saúde-doença. In: CASTIEL, Luis David (org.). *O buraco e o avestruz: a singularidade do adoecer humano*. Campinas: Papyrus, 1994, p. 155-9.

trinária e pesquisa jurisprudencial em livros de papel etc.), hoje se definem como atividades de mecanografia. Também não se desconhece que, com a progressiva implantação do processo eletrônico, a digitação tende a acompanhar toda e qualquer atividade do procurador do Estado na representação judicial, iniciando com a confirmação de uma distribuição, seguindo pela consulta aos autos processuais e concluindo com o protocolo das peças jurídicas redigidas. Desse modo, exercendo o procurador do Estado pessoalmente a digitação, em sua vastidão de atividades, evidente não só a caracterização do trabalho no contencioso judicial como repetitivo, mas evidente sobretudo a razão porque, na era da digitação, maior é a incidência dos distúrbios osteomusculares.

#### 4. Do processo cartáceo ao processo eletrônico

Inúmeras são as vantagens do processo eletrônico em relação ao processo cartáceo<sup>10</sup>: a eliminação do papel na documentação das fases processuais, a rapidez na comunicação entre os usuários do processo, o acesso imediato aos autos processuais etc., tudo isso de modo a favorecer a realização de uma prestação jurisdicional mais célere e menos onerosa<sup>11</sup>. Entretanto, quando se afirma que o processo eletrônico nada mais propõe do que “fazer a mesma coisa que o processo cartáceo, mas de modo diverso”, não se pode perder de vista que o “modo diverso” proposto pelo processo eletrônico consiste na mudança da compreensão da própria prestação jurisdicional e demanda uma profunda modificação na rotina de diferentes usuários (juízes, advogados, promotores, assistentes pessoais etc.). Nesse contexto, não tem sentido falar em perdedores e/ou vencedores, porque, na mudança em sistemas sociais complexos como o da prestação jurisdicional, se se perde, todos perdem, se se vence, a vitória é conjunta<sup>12</sup>. Dessa maneira, o êxito das propostas de mudança no

---

<sup>10</sup> A expressão processo cartáceo identifica o processo físico, que se constitui, sobretudo, de papel. A expressão, no Brasil, é adotada em GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Gerenciamento de processos e de cartórios judiciais*. Gestão da Justiça. Relatório final. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2016, p. 6.

<sup>11</sup> Cf. CARLIN, Volnei Ivo. *Iniciação à informática jurídica: reflexões sobre experiências realizadas*. Sequência. Estudos jurídicos e políticos. Florianópolis, v. 3, nº 5, 1982, p. 98 e seguintes. “Dados estatísticos comprovaram que, em 70% do tempo consumido, os processos ficam circulando nos cartórios e nas escriturarias, tão somente para a prática de atos meramente burocráticos, tais como protocolos, geração de furos em folhas, aposição de carimbos, lançamento de certidões, carga de autos, transporte interno e externo etc., transcurso este que acabou levando a alcunha de ‘tempo morto’, uma vez que em nada ajuda na efetividade da prestação jurisdicional. Aliás, só atrapalha. Em contrapartida, o chamado ‘tempo nobre’, vale dizer, aquele que encaminha o processo para seu desiderato, que diz com a atuação do magistrado e demais operadores do sistema de prestação jurisdicional, é de apenas 30%” (GARCIA, Sérgio Renato Tejada. E-Proc e sustentabilidade. *Revista de doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, nº 71, abr. 2016, p. 53).

<sup>12</sup> Cf. RIEM, Glauco; GAUDENZI, Andrea Sirotti. *Problematice e soluzioni del processo telematico*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2015, p. 21.

âmbito do sistema da prestação jurisdicional não prescinde de uma leitura competente do contexto institucional e organizativo em que se insere cada nova iniciativa tecnológica, sob pena de gerar insucessos, como a não consecução dos resultados sociais esperados (celeridade, acessibilidade, eficiência, transparência etc.), custos elevados e mau planejamento de gastos, estranhamento e exaurição dos usuários etc.<sup>13</sup>.

## 5. A saúde do procurador do Estado como parâmetro de análise crítica para as inovações tecnológicas

No ano de 2011, a Associação dos Juízes Federais do Estado do Rio Grande do Sul – Ajufergs, realizou pesquisa com 92 (noventa e dois) juízes federais atuantes na 4ª Região acerca de suas atuais condições de trabalho, oportunidade em que se constatou que 78,89% sentiram piora em sua saúde e em seu bem-estar no trabalho a partir da implantação do processo eletrônico: 73,03% identificaram problemas na visão (ardência, ressecamento ou cansaço dos olhos e aumento de grau); 53,93% identificaram dores físicas (dores em mãos, punhos ou dedos, dores nas costas, dores nos ombros, dores no pescoço, dores nos braços e cotovelos e, em menor número, dores em pernas ou pés); e 47,19% identificaram cansaço, dor de cabeça ou problemas de sono. Além disso, 95,56% acreditavam que o processo eletrônico poderia piorar sua saúde no futuro; 100% se sentiam desorientados para prevenir problemas de saúde decorrentes do processo eletrônico e 82,02% estavam insatisfeitos com suas condições de trabalho em relação ao processo eletrônico<sup>14</sup>.

Segundo Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, “a virtualização do processo, com transformação das peças processuais de papel (autos físicos) em documentos eletrônicos, teve profundos reflexos sobre as tarefas desempenhadas e sobre o esforço cognitivo exigido dos usuários. Não se tratou apenas de acrescentar movimentos corporais e trabalho físico, mas se passou a exigir também uma nova carga de tarefas cognitivas que repercutiriam sobre a saúde e a qualidade de vida”<sup>15</sup>. Ao lado de efeitos positivos para a efetividade da prestação jurisdicional, como a superação

<sup>13</sup> Cf. CONTINI, Francesco; CORDELLA, Antonio. “ICT e giustizia: successi e fallimenti tra legami deboli e governance duale”. In: CARNEVALI, Davide (org.). *Soggetti smarriti. Perché innovazione e giustizia non si incontrano (quasi) mai*. Milano: Franco Angeli, 2010. p. 63-8; VILLECCO, Alessandra. *Il processo civile telematico*. Torino: UTET Giuridica, 2011, p. 151-6; BUONOMO, Giovanni. *Il nuovo processo telematico. Nell'era dell'amministrazione digitale*. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 24-5.

<sup>14</sup> Relatório e conclusões da pesquisa sobre a percepção dos magistrados federais do Rio Grande do Sul quanto às suas condições de saúde e quanto aos recursos de informática disponibilizados para prestação jurisdicional realizada pela Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul (Ajufergs) – junho de 2011.

<sup>15</sup> LEAL Júnior, Cândido Alfredo Silva. *O processo eletrônico e a saúde do usuário: a experiência do TRF 4ª em busca de um processo saudável*. Revista de doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, nº 57, dez. 2013, p. 42.

das distâncias físicas, a celeridade das comunicações processuais etc., somaram-se ao processo eletrônico inúmeros efeitos negativos para seus usuários: “a utilização intensiva da tela, do *mouse* e do teclado do computador, os movimentos repetitivos que estes exigem, as posições estáticas no trabalho frente à tela do computador, as dores osteomusculares, as alterações na visão, entre tantos outros”. Atenta a esse novo contexto de trabalho e, sobretudo, atendendo a demandas apresentadas pelas entidades de classe das categorias dos magistrados – Ajufergs – e dos demais servidores do Poder Judiciário – Sintrajufe-RS –, a administração do Tribunal Federal da 4ª Região instituiu, por meio da portaria TRF4 nº 1.035/2011, comissão para “estudo dos impactos do sistema de processo eletrônico sobre a saúde dos usuários”<sup>16</sup>.

O objetivo a que se propôs a comissão instituída pela portaria TRF4 nº 1.035/2011 foi o de “conciliar as novas ferramentas tecnológicas com as demandas dos usuários, evitando o ciclo de adoecimento, que lentamente inicia com desconforto no trabalho, se transforma em mal-estar, pode virar doença profissional e, em casos graves, resultar até na incapacidade”<sup>17</sup>. De início, constataram-se os problemas no “ambiente interno”: “a implantação ‘urgente’ do e-Proc, privilegiando o funcionamento do sistema e suas funcionalidades, muitas vezes em detrimento do usuário (fazendo funcionar primeiro e deixando para melhorar depois), assim como a ausência de consulta prévia e a participação limitada dos usuários na implantação e nas mudanças”. Na sequência, estabeleceram-se as metas que orientariam o trabalho: “(a) estudar e buscar alternativas para melhoria na visualização de documentos e redução do número de cliques exigidos para o usuário operar o sistema; (b) estudar e buscar alternativas para melhoria no tempo de resposta das ferramentas e para redução de indisponibilidade dos sistemas eletrônicos; (c) realizar campanhas e iniciativas de prevenção à doença e de sensibilização dos usuários internos quanto a medidas de proteção à saúde (cartazes, vídeos institucionais, mensagens, lembretes, palestras etc.); (d) propor melhorias nos serviços de suporte e atendimento de informática ao usuário; (e) propor medidas e alternativas para comunicação eficiente com o usuário, inclusive quanto à divulgação de informações relevantes (novidades, interrupções etc.); (f) difundir, de forma criativa e atrativa, a cultura da pausa durante a jornada de trabalho, estudando e buscando consensos sobre essas

---

<sup>16</sup> \_\_\_\_\_ . *op. cit.* p. 47. No ano de 2015, por meio da resolução nº 207, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – instituiu a “política de atenção integral à saúde de magistrados e servidores do Poder Judiciário”, com o objetivo de definir princípios, diretrizes, estratégias e parâmetros para a implementação, em caráter permanente, de programas, projetos e ações institucionais voltados à promoção e à preservação da saúde física e mental; de coordenar e integrar ações e programas nas áreas de assistência à saúde, perícia oficial em saúde, promoção, prevenção e vigilância em saúde, de modo a fomentar a construção e a manutenção de meio ambiente de trabalho seguro e saudável; e de instituir e monitorar a rede de atenção à saúde, priorizando o compartilhamento de experiências e a uniformização de critérios, procedimentos e prontuários, respeitadas as peculiaridades locais.

<sup>17</sup> \_\_\_\_\_ . *op. cit.* p. 47.



práticas; e (g) manter contato com outros órgãos e organizações para identificar estudos, pesquisas, iniciativas e soluções que possam servir aos usuários do sistema eletrônico”<sup>18</sup>. Além disso, registrou-se também a necessidade de avançar “em direção à acessibilidade das ferramentas eletrônicas e à universalização dos ambientes de trabalho virtuais, inclusive para permitir que a eles tenham acesso usuários portadores de necessidades especiais”<sup>19</sup>.

Em suas proposições, a comissão instituída pela portaria TRF4 nº 1.035/2011, no que concerne à saúde dos juízes e demais servidores do Poder Judiciário, “sugeriu a criação de um prontuário médico eletrônico, cujo objetivo seria mapear afastamentos e licenças para tratamento de saúde a fim de identificar problemas de saúde e incapacidades, permitindo que fosse implementado programa de medicina preventiva. Sob a ótica assistencial, asseguraria o encaminhamento individual de todos os casos detectados que necessitassem atenção, intervenção e acompanhamento. Dentro de um olhar coletivo, ofereceria à Administração a possibilidade de conhecer a saúde dos grupos que compõem a 4ª Região, buscando soluções que minimizassem o impacto à saúde, neutralizassem riscos à segurança e oferecessem ganhos em qualidade de vida no trabalho e também em produtividade”<sup>20</sup>. Quanto à relação saúde/condições de trabalho, diversas foram as sugestões da comissão, inclusive algumas de natureza bastante específica, a exemplo da referente à “utilização de duas telas (dois monitores), quando os níveis de brilho entre elas não são constantes e idênticos, o que acarreta cansaço ocular excessivo. A comissão recomendou a substituição para monitores de igual brilho e idênticas dimensões; ou então, não sendo isso possível em um primeiro momento, que ao menos se procurasse agrupar os monitores em pares, com telas iguais. Também se sugeriu que as compras futuras de equipamentos obedecessem à orientação para igualdade entre as telas de um mesmo computador”<sup>21</sup>.

Não há dúvida de que a instituição pelo Poder Judiciário de políticas de atenção integral à saúde<sup>22</sup> muito tem a ensinar aos demais órgãos do Estado sobre o grau de comprometimento dos gestores públicos com o bem-estar do servidor público e o significado da adoção da saúde como parâmetro de análise crítica para as inovações tecnológicas<sup>23</sup>. Nada, no entanto, que já não tivesse previsão na Constituição

<sup>18</sup> \_\_\_\_\_ . *op. cit.* p. 48.

<sup>19</sup> \_\_\_\_\_ . *op. cit.* p. 51.

<sup>20</sup> \_\_\_\_\_ . *op. cit.* p. 60.

<sup>21</sup> \_\_\_\_\_ . *op. cit.* p. 63.

<sup>22</sup> Políticas inspiradas na iniciativa do Tribunal Federal da 4ª Região e em conformidade com a resolução nº 207/2015, do Conselho Nacional de Justiça.

<sup>23</sup> Torna-se cada vez mais importante a capacidade dos gestores públicos “de promover o trabalho em equipe (portanto, um ambiente de trabalho sem exclusões), de abrir espaços para a participação que contribua para a

de 1988 como imposição permanente; nada, no entanto, que já não se encontrasse na Constituição de 1988 como diretriz vinculante<sup>24</sup>. Com efeito, ao mesmo tempo em que a saúde figura como direito fundamental de todos e dever do Estado (artigo 196), a Constituição de 1988, em sintonia com a convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho, assegura a todos os trabalhadores, independentemente do regime jurídico a que estejam submetidos, o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (artigos 7º, XXII, e 39, § 3º). O que significa dizer que, para efetivo cumprimento do caráter dirigente da Constituição de 1988 no que concerne ao direito ao bem-estar no trabalho, é premente a substituição, em todos os órgãos do Estado, das rotinas pautadas pela lógica da irresponsabilidade institucional<sup>25</sup> por uma cultura administrativa centrada na saúde do servidor público como questão de interesse público<sup>26</sup>. Nessa senda, compreendendo a saúde como o estado de completo bem-estar físico, mental e social, uma cultura administrativa centrada na saúde do servidor público deve não apenas orientar o pensamento e a ação dos gestores públicos para iniciativas que objetivem a prevenção, a detecção precoce, o tratamento de doenças e a reabilitação da saúde, mas também para iniciativas que impeçam a segregação dos trabalhadores doentes e, sobretudo, daqueles que se adoentaram devido às condições de trabalho<sup>27</sup>.

---

atividade de direção, de promover uma cultura organizacional que valorize o trabalho no serviço público e as boas relações de trabalho no contexto da missão específica a ser cumprida” (TOHÁ, Carolina; SOLARI, Ricardo. A modernização do Estado e a gerência pública. *Revista do serviço público*. Brasília, v. 48, nº 3, 1997, p. 91).

<sup>24</sup> “A Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade” (BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? *Revista do instituto de hermenêutica jurídica*. Porto Alegre, v. 1, nº 6, 2008, p. 151).

<sup>25</sup> Trata-se de concepção segundo a qual “as doenças, particularmente aquelas desencadeadas ou agravadas pelo trabalho, são comumente tidas como controláveis pelo próprio trabalhador. É como se a doença fosse, de alguma forma, voluntária e reveladora de indivíduo passivo, que tem que se desculpar pelo seu adoecer” (CARNELIRO, Sérgio Antônio Martins. Saúde do trabalhador público: questão para a gestão de pessoas. A experiência na prefeitura de São Paulo. *Revista do serviço público*. Brasília, v. 57, nº 1, 2006, p. 25).

<sup>26</sup> Cf. BOURGEOIS, Fabrice et al. *Troubles musculosquelettiques et travail. Quand la santé interroge l’organisation*. Paris: ANACT, 2006, p. 143 e seguintes; GOMEZ, Carlos Minayo. Campo da saúde do trabalhador: trajetória, configuração e transformações. In: GOMEZ, Carlos Minayo et al. (org.). *Saúde do trabalhador na sociedade brasileira contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2011, p. 12 e seguintes; GANDOLFI, Sueli Dallari; NUNES Júnior, Vidal Serrano. Direito sanitário. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 29-30; LACAZ, Francisco Antônio de Castro. *Qualidade de vida no trabalho e saúde/doença*. Ciência & saúde coletiva. São Paulo, v. 5, nº 1, 2000, p. 157-9 GANDOLFI, Sueli Dallari. A construção do direito à saúde no Brasil. *Revista de direito sanitário*. São Paulo, v. 9, nº 3, fev. 2009, p. 31 e seguintes.

<sup>27</sup> Cf. SALDANHA, Jorge Henrique Santos. Facilitadores e barreiras de retorno ao trabalho de trabalhadores acometidos por LER/DORT. *Revista brasileira de saúde ocupacional*. São Paulo, v. 38, nº 123, 2013, p. 133-5.



## 6. O processo administrativo PGE nº 5.378/2014

O processo administrativo PGE nº 5.378 versa sobre requerimento de readaptação funcional formulado por procurador do Estado, cujo laudo da gerência de perícia médica da Secretaria da Administração do Estado de Santa Catarina concluiu que o interessado não mais necessitava de licença para tratamento de saúde e que, em razão da redução temporária de sua capacidade física, poderia retornar ao exercício de suas funções desde que não realizasse atividades de digitação, rotações interna e externa e elevação do braço esquerdo acima de 60 graus<sup>28</sup>. Em se contrapondo à conclusão do laudo da gerência de perícia médica, a direção da Procuradoria Geral do Estado ponderou que as atribuições do cargo de procurador do Estado, em todos os órgãos que compõem a Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, envolvem necessariamente o uso da digitação, não se vislumbrando uma forma de execução da readaptação sugerida, sem prejuízo à saúde do interessado<sup>29</sup>. Em consequência do contraponto da direção da Procuradoria Geral do Estado, a gerência de perícia médica prorrogou de ofício e sem a reconsideração do laudo emitido a licença para tratamento de saúde que julgara não mais necessária.

## 7. A configuração jurídica da readaptação

Não mais sendo necessária a licença para tratamento de saúde e, embora limitado em sua capacidade física, sensorial ou psíquica, não tenha sido julgado incapaz para o serviço público, possui o servidor público direito à readaptação em atribuições compatíveis com sua condição funcional, como forma de implementação do direito fundamental à saúde<sup>30</sup>. De acordo com os tratados internacionais,

<sup>28</sup> Processo administrativo PGE nº 5.378, ano: 2014, interessado: Reinaldo Pereira e Silva.

<sup>29</sup> Despacho de fls. PGE 07-09.

<sup>30</sup> Cf. REMY, Cécile. *Éclairer la problématique des soins de suite et de réadaptation*. Valence-sur-Rhône: C.E.O.R., 2004. p. 18-20. *Mutatis mutandis*: “Mandado de segurança. Analista de finanças e controle. Pedido de remoção. Direito à saúde. Ato administrativo vinculado. Recomendação da junta médica oficial. Precedentes do STJ. Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem. Ordem concedida para deferir a remoção de Brasília/DF para a cidade de Belo Horizonte/MG. 1. A teor do art. 36 da lei 8.112/1990, nas hipóteses de seus incisos I e II, a concessão de remoção é ato discricionário da administração, ao passo que, nos casos enquadrados no inciso III, o instituto passa a ser direito subjetivo do servidor, de modo que, uma vez preenchidos os requisitos, a administração tem o dever jurídico de promover o deslocamento horizontal do servidor dentro do mesmo quadro de pessoal. 2. Em homenagem ao princípio da concordância prática, o disposto no art. 36, III, b, da lei 8.112/1990 deve ser interpretado em harmonia com o que estabelecido no art. 196 do Texto Maior (direito subjetivo à saúde), ponderando-se os valores que ambos objetivam proteger. 3. O Poder Público tem, portanto, o dever político-constitucional impostergável de assegurar a todos proteção à saúde, bem jurídico constitucionalmente tutelado e consectário lógico do direito à vida, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue, mormente na qualidade de empregador (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de

“o propósito da readaptação profissional é o de permitir às pessoas com deficiência a obtenção e a conservação de um trabalho adequado, o progresso profissional e, por consequência, o de facilitar sua integração ou sua reintegração na sociedade”<sup>31</sup>, entendendo-se por deficiência “a restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que reduz a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou dificultada pelo ambiente econômico e social”<sup>32</sup>. Além de assegurar o exercício do direito subjetivo de todo servidor público de não sofrer o agravamento de sua doença/deficiência mediante o dever do Estado de implementar condições de trabalho apropriadas ou, ao menos, o de não reexpor o adoentado às mesmas condições de trabalho causadoras do adoecimento<sup>33</sup>, o instituto da readaptação também garante o direito objetivo de todo cidadão à economicidade no serviço público, na medida em que condições de trabalho apropriadas previnem, em última instância, as aposentadorias precoces<sup>34</sup>. Segundo o artigo 24 da lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, “readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica”<sup>35</sup>. Por sua vez, de acordo com o artigo 35 da lei nº 6.745, de 28 de dezembro de 1985, que dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do estado de Santa Catarina, “dar-se-á a readaptação funcional quando, não sendo possível a transferência, ocorrer modificação do esta-

---

segurança nº 18.391, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho).

<sup>31</sup> “Aux fins de la présente convention, tout Membre devra considérer que le but de la réadaptation professionnelle est de permettre aux personnes handicapées d’obtenir et de conserver un emploi convenable, de progresser professionnellement et, partant, de faciliter leur insertion ou leur réinsertion dans la société” (article 1 de la Convention nº 159 du Bureau International du Travail sur la réadaptation professionnelle et l’emploi des personnes handicapées, 1983). No Brasil, a Convenção nº 159, da Organização Internacional do Trabalho, sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas com deficiência, foi promulgada pelo decreto nº 129, de 22 de maio de 1991.

<sup>32</sup> Artigo 1º da Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. No Brasil, referida Convenção foi promulgada pelo decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001.

<sup>33</sup> Cf. D’ATENA, Antonio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2006, p. 10-1. “O instituto da readaptação tem como objetivo a reabilitação funcional digna e eficaz do servidor público. No plano individual, promove o respeito à dignidade da pessoa humana com o desenvolvimento de atividades produtivas de acordo com as limitações sofridas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 585.109, rel. ministra Cármen Lúcia).

<sup>34</sup> Cf. MAENO, Maria; VILELA, Rodolfo Andrade de Gouveia. Reabilitação profissional no Brasil: elementos para a construção de uma política pública. *Revista brasileira de saúde ocupacional*. São Paulo, v. 35, nº 121, 2010, p. 93-6.

<sup>35</sup> “A readaptação será efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga” (§ 2º do referido artigo 24).

do físico ou das condições de saúde do funcionário, que aconselhe o seu aproveitamento em atribuições diferentes, compatíveis com a sua condição funcional”<sup>36</sup>. Assim, na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, o instituto da readaptação visa assegurar ao servidor público a implementação do direito ao desempenho de atividades compatíveis com as suas limitações físicas, sensoriais ou psíquicas dentre as previstas no rol de atribuições do cargo de sua própria carreira<sup>37</sup> ou de um cargo equivalente de outra carreira, independentemente de vaga, sem acarretar, em quaisquer dos dois casos, alteração remuneratória ou de carga horária.<sup>38</sup>

## 8. As atividades próprias da carreira de procurador do Estado

A advocacia, mais do que uma ocupação, é uma missão, cujas atividades privativas, segundo o artigo 1º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>39</sup>, são a postulação perante os órgãos do Poder Judiciário, assim como a consultoria, a assessoria e a direção jurídicas. A postulação perante os órgãos do Poder Judiciário é exercida por meio da função de representação judicial, identificando, em consequência, a advocacia judicial. A assessoria jurídica é espécie do gênero advocacia extrajudicial, “que se perfaz auxiliando quem deva tomar decisões, realizar atos ou participar de situações com efeitos jurídicos, reunindo dados e informações de

<sup>36</sup> “A readaptação não implica mudança de cargo e terá prazo certo de duração, conforme recomendação do órgão médico oficial” (§ 1º do referido artigo 35). “Expirado o prazo de que trata o parágrafo anterior e se o funcionário não tiver readquirido as condições normais de saúde, a readaptação será prorrogada” (§ 2º do referido artigo 35). “Aplica-se subsidiariamente aos procuradores do Estado o estatuto dos servidores públicos civis do Estado de Santa Catarina e a lei complementar nº 81, de 10 de março de 1993” (artigo 95 da Lei complementar nº 317, de 30 de dezembro de 2005, que dispõe sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria Geral do Estado, o regime jurídico dos procuradores do Estado e estabelece outras providências).

<sup>37</sup> Ao revés de readaptação, mais rigoroso seria denominar readequação o processo de reabilitação funcional do servidor público no qual são relacionadas, dentre as atribuições do cargo para o qual foi nomeado e no qual permanecerá ativo, as atividades compatíveis com suas limitações físicas, sensoriais ou psíquicas.

<sup>38</sup> “Administrativo. Servidor acometido de doença ocupacional crônica incapacitante para as atividades inerentes ao cargo de técnico judiciário, especialidade taquígrafia. Limitações da capacidade física consignadas em laudo e parecer conclusivo da junta médica oficial pela readaptação prevista no artigo 24, § 2º, da lei nº 8.112/1990. Readaptação ao cargo de técnico judiciário, área administrativa. Presença dos requisitos. Deferimento. 1. O instituto da readaptação visa conferir a permissão legal ao servidor para desempenhar atividades compatíveis com as suas limitações físicas ou mentais inseridas no rol das atribuições do seu próprio cargo ou daquele para o qual for readaptado, de mesmo nível, classe e padrão, independentemente de vaga, sem acarretar alteração remuneratória ou de carga horária. 2. Observa-se que a readaptação proposta respeita as atribuições, a habilitação e o nível de escolaridade, bem como a equivalência de vencimentos iniciais de ambos os cargos (...) Há precedentes administrativos do STJ e do TST deferindo essa medida no âmbito de suas competências. Readaptação deferida” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.113/2005, rel. ministro Gilmar Mendes).

<sup>39</sup> Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

natureza jurídica, sem exercício formal de consultoria<sup>40</sup>. Trata-se de atividade de aconselhamento em sentido amplo. Já a consultoria jurídica identifica a atividade de aconselhamento em sentido estrito, porque conjuga a assessoria jurídica com a atividade de proferir formalmente opiniões mediante a elaboração de pareceres. Na assessoria jurídica há simples auxílio técnico a quem deva tomar decisões, enquanto na consultoria jurídica há verdadeira orientação jurídica. Ambas as atividades são exercidas por meio da função de aconselhamento extrajudicial, não se confundindo com o aconselhamento intrínseco à representação judicial. A direção jurídica, por sua vez, também é espécie do gênero advocacia extrajudicial, abrangendo um conjunto de ações de diferentes naturezas, como a administração de serviços jurídicos, a coordenação do trabalho de advogados e a definição de instruções normativas referentes às atividades de postulação e de assessoria e consultoria jurídicas. Ainda segundo o referido artigo 1º, em seu § 2º, também se constitui em atividade privativa da advocacia a validação dos atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, para efeito de registro nos órgãos competentes.

De acordo com o artigo 132 da Constituição de 1988, duas são as funções típicas do procurador do Estado: a representação judicial e a consultoria jurídica. Tais funções típicas, também denominadas prerrogativas, são atividades funcionais atribuídas, em caráter intransferível e indisponível, a todos os procuradores do Estado, que, em razão disso, devem se organizar como carreira de Estado. Como é sabido, carreira de Estado é a carreira cujos cargos integrantes exercem atividades consideradas essenciais à funcionalidade do Estado enquanto Estado de direito, compreendendo-se o Estado de direito em sentido forte, ou seja, não apenas o Estado que exerce o poder *sub lege* (sentido fraco), mas que o exerce subordinado ao reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais. Como integrante de uma carreira de Estado, a todo procurador do Estado deve ser assegurada, em igualdade de condições com os demais procuradores do Estado, a possibilidade do exercício das funções que lhe são típicas e que estão expressamente discriminadas na Constituição de 1988. Mas não é só a vedação da manipulação das prerrogativas, em presídio à garantia da indisponibilidade, que deve orientar a organização da carreira de procurador do Estado, igual atenção deve merecer a interdição da transferência destas prerrogativas a terceiros<sup>41</sup>.

A essencialidade para o Estado de direito das funções típicas do procurador do Estado decorre da vontade do poder constituinte de dotar os estados e o Distrito

---

<sup>40</sup> Cf. LÔBO, Paulo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

<sup>41</sup> Cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. As prerrogativas constitucionais do procurador do Estado: análise do caso da consultoria jurídica no estado de Santa Catarina. *Boletim de direito administrativo*. São Paulo, ano 32, nº 5, mai. 2016, p. 450-457.

Federal de uma carreira que, por meio da exclusividade da representação judicial, postule perante os órgãos do Poder Judiciário apenas o interesse público concretamente considerado, e, por meio da exclusividade da consultoria jurídica, oriente a administração apenas com as balizas da constitucionalidade e da legalidade. Nada impede, no entanto, que, por leis locais, outras atividades se acresçam ao rol de atribuições do procurador do Estado. Destas novas atividades, verdadeiras funções atípicas, algumas não gozariam da garantia da indisponibilidade e outras, nem da garantia da indisponibilidade, nem da intransferência. O certo é que o artigo 1º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil cumpriria o papel de última fronteira das possibilidades legais de conferência de novas atribuições ao procurador do Estado. Seriam, portanto, exemplos de funções atípicas do procurador do Estado, a assessoria jurídica, a administração de serviços jurídicos, a coordenação do trabalho dos procuradores do Estado e a definição de instruções normativas referentes às atividades de postulação e de assessoria e consultoria jurídicas. Em outras palavras, as atividades que podem ser consideradas próprias da carreira de procurador do Estado, seja como funções típicas, seja como atípicas, são apenas as que se qualificam como privativas de advogado<sup>42</sup>. A inclusão de uma atividade não qualificada como privativa de advogado ao rol de atribuições do procurador do Estado não prescindiria da vontade do poder constituinte, a exemplo do que ocorre com a Advocacia-Geral da União, que possui a prerrogativa da representação extrajudicial da União<sup>43</sup>.

Exemplos de funções atípicas do procurador do Estado que não gozariam da garantia da indisponibilidade são a administração de serviços jurídicos, a coordenação do trabalho dos procuradores do Estado e a definição de instruções normativas referentes às atividades de postulação e de assessoria e consultoria jurídicas. Isso porque tais atividades não integram o conteúdo dos cargos da carreira a que se ascende objetivamente, que são os cargos na representação judicial e na consultoria jurídica. A rigor, tais funções atípicas do procurador do Estado devem ser exercidas como funções gratificadas, sujeitas, portanto, ao critério do nuto. Por outro lado, exemplo de função atípica do procurador do Estado que não gozaria nem da garantia da indisponibilidade, nem da intransferência, é a assessoria jurídica. Diferentemente do que ocorre com a Advocacia-Geral da União, em que o assessoramento

<sup>42</sup> De acordo com o § 1º, do artigo 3º, do estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, também exercem atividade de advocacia, sujeitando-se a seu regime, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades da administração indireta e fundacional.

<sup>43</sup> “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo” (artigo 131 da Constituição de 1988).

jurídico do Poder Executivo é função típica de seus órgãos integrantes<sup>44</sup>, a assessoria jurídica, por não ser uma função típica do procurador do Estado, pode ser exercida por advogados estranhos à carreira<sup>45</sup>, e, em sendo exercida por procurador do Estado, sujeita-se ao critério do nuto.

Esclarecido o fato de que as atividades próprias da carreira de procurador do Estado, quer como funções típicas, quer como atípicas, são sempre atividades privativas de advogado, cumpre analisar o argumento da direção da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina adotado como fundamento para o desfecho do processo administrativo PGE nº 5.378, segundo o qual as atribuições do cargo de procurador do Estado, em todos os órgãos que compõem a Procuradoria Geral do Estado, em se envolvendo necessariamente com o uso da digitação, não possibilitariam qualquer forma de execução da readaptação sugerida pela gerência de perícia médica da Secretaria da Administração do Estado. A rigor, a gerência de perícia médica não sugeriu nenhuma atribuição específica, apenas alertou para que se procedesse à readaptação temporária do procurador do Estado requerente em funções que não exigissem atividades de digitação, rotações interna e externa e elevação do braço esquerdo acima de 60 graus. Nesse contexto, ao não garantir ao procurador do Estado o exercício do direito à readaptação ao argumento de que todas as atribuições de seu cargo envolveriam necessariamente o uso da digitação, incorreu-se num equívoco administrativo em, pelo menos, dois sentidos. Por primeiro, porque a atividade de digitação não é uma função do procurador do Estado, quer típica, quer atípica. A atividade de digitação, em relação ao procurador do Estado, é uma atividade imprópria, porque, constituindo um meio para a realização de algumas das atribuições da carreira, pode ser exercida pessoalmente ou com o auxílio de titulares de cargos técnico-administrativos<sup>46</sup>. Por segundo, porque há inúmeras atividades próprias da carreira de procurador do Estado que sequer envolvem o uso da digitação ou que,

---

<sup>44</sup> Ver artigo 131 da Constituição de 1988, citado na nota de rodapé antecedente.

<sup>45</sup> A assessoria jurídica é considerada atividade privativa de advogado quando exercida de maneira tecnicamente independente. Caso a assessoria jurídica seja prestada a um advogado e sob sua supervisão, não há que se falar em atividade privativa de advogado, porque ausente à independência técnica. Trata-se, a rigor, de atividade de assistência jurídica, de que também são exemplos as atividades prestadas pelos assistentes pessoais de juízes e promotores. Não há dúvida de que a assessoria jurídica, na hipótese em que é exercida de maneira tecnicamente dependente, é atividade própria de bacharel em direito, porque exige o conhecimento jurídico, mas não é atividade privativa de advogado. Em assim sendo, descabida é a exigência de inscrição na OAB. Para bem evidenciar as diferenças, basta a leitura da descrição e especificação de atribuições dos anexos V (cargo de assistente jurídico) e VI (cargo de advogado) da lei complementar estadual nº 485/2010.

<sup>46</sup> No particular, o equívoco administrativo decorre da indistinção funcional (meio/fim) entre as atividades de competência da carreira de procurador do Estado (funções típicas e funções atípicas de uma carreira de Estado) e as atividades de competência das demais carreiras da Procuradoria Geral do Estado, seja de nível médio, seja de nível superior, a exemplo das atividades de apoio institucional especializado (informática, segurança, transporte etc.) e das atividades de auxílio pessoal (assistência jurídica, perícia, secretaria, digitação etc.).



quando o envolvem, prescindem da pessoalidade, a exemplo da consultoria jurídica, da assessoria jurídica, da integração de comissões de conciliação extrajudicial, da elaboração de pesquisas em fontes cartáceas tanto para fins judiciais como extrajudiciais, da produção de estudos jurídicos de interesse institucional, da participação em audiências, da realização de sustentações orais etc.

## 9. A pessoa com deficiência e a reserva de vaga nos concursos públicos

O artigo 37 da Constituição de 1988, em seu inciso II, estabelece que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”, e, em seu inciso VIII, determina que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Na disciplina da imposição constitucional, a lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, assegura no § 2º de seu artigo 5º o direito das “pessoas portadoras de deficiência de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”. Por sua vez, o decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a lei que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989), em seu artigo 37, § 1º, prevê que “o candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida”.

O mencionado decreto nº 3.298 ainda esclarece que “a pessoa portadora de deficiência participa do concurso público em igualdade com os demais candidatos no que concerne ao conteúdo das provas, à avaliação e aos critérios de aprovação, ao horário e ao local de aplicação das provas, e à nota mínima exigida”<sup>47</sup>. A diferença que os editais de concurso público devem conter diz respeito à “previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato”<sup>48</sup>. Para dar efetividade aos direitos de participação e acesso, o artigo 8º da lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, com a redação dada pela lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, tipifica a ação de “obstar inscrição em concurso público ou acesso de alguém a qualquer cargo ou emprego público, em razão de sua

<sup>47</sup> Artigo 41.

<sup>48</sup> Artigo 39, inciso III.

deficiência”, como crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. Mais recentemente, por meio do decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, a presidência da República promulgou a Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e que foram aprovados pelo Congresso Nacional por meio do decreto legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, constituindo-se no primeiro tratado internacional de direitos humanos a seguir o rito do § 3º, artigo 5º, da Constituição de 1988<sup>49</sup>. De acordo com o artigo 1º da Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. Segundo Lilia Pinto Martins, a definição da Convenção melhor traduz a ideia de que a pessoa com deficiência é, antes de qualquer coisa, uma pessoa com uma história de vida que lhe confere a realidade de possuir uma deficiência, ressaltando a inequívoca responsabilidade do Estado e da sociedade de lhe assegurar uma situação de maior ou menor desvantagem<sup>50</sup>. A definição da Organização das Nações Unidas coaduna-se com a já conhecida definição da Organização Internacional do Trabalho, para quem a “expressão pessoa com deficiência designa toda pessoa cujas perspectivas de encontrar ou de conservar um emprego adequado, assim como de progredir profissionalmente, são de modo considerável limitadas por causa de uma deficiência física ou mental devidamente reconhecida”<sup>51</sup>.

Em sintonia com o entendimento de que “a deficiência é um conceito em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades”<sup>52</sup>, o edital nº 10/2015, que disciplinou

---

<sup>49</sup> “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

<sup>50</sup> Cf. MARTINS, Lilia Pinto. Artigo 2º. Definições. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de *et al.* (org.). *A Convenção sobre direitos da pessoa com deficiência comentada*. Brasília: CORDE, 2008, p. 28-9. “A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III – a limitação no desempenho de atividades; e IV – a restrição de participação” (Artigo 2º da lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência).

<sup>51</sup> “Aux fins de la présente convention, l’expression *personne handicapée* désigne toute personne dont les perspectives de trouver et de conserver un emploi convenable ainsi que de progresser professionnellement sont sensiblement réduites à la suite d’un handicap physique ou mental dûment reconnu” (article 1 de la Convention nº 159 du Bureau International du Travail sur la réadaptation professionnelle et l’emploi des personnes handicapées, 1983).

<sup>52</sup> Preâmbulo da Convenção sobre direitos da pessoa com deficiência.



o concurso público para ingresso na carreira da magistratura do estado de Santa Catarina, ao dispor sobre o regime de participação dos candidatos com deficiência, afirma que “a deficiência não poderá ser incompatível com as atribuições do cargo de magistrado” (21.1) e prevê que “a avaliação sobre a compatibilidade da deficiência com a função judicante deve ser empreendida no estágio probatório a que se submeterá o candidato aprovado no certame” (21.2). Ora, sendo a deficiência um conceito em evolução, qual categoria poderia, de pronto, ser considerada incompatível com as atribuições do cargo de magistrado? Talvez a deficiência mental e alguma hipótese de deficiência múltipla<sup>53</sup>. Mas certamente não a deficiência física, nem a sensorial (auditiva ou visual). Com efeito, o edital nº 10/2015, evidenciando a compatibilidade do exercício da função judicante com a diversidade das pessoas com deficiência, é expresso ao assegurar ao candidato com deficiência visual prova especial em braille ou ampliada (23.2); ao candidato com deficiência auditiva, o atendimento de intérprete de língua brasileira de sinais (23.3); e ao candidato com deficiência física, fiscal para auxiliá-lo no manuseio das provas discursivas e transcrição das respostas (23.4)<sup>54</sup>. Menos analítico foi o edital nº 001/2010, que definiu

<sup>53</sup> “É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II – deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500 HZ, 1.000 HZ, 2.000 HZ e 3.000 HZ; III – deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e, h) trabalho; e, V – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências” (artigo 4º do decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999).

<sup>54</sup> “Em todos os concursos públicos para provimento de cargos do Poder Judiciário, inclusive para ingresso na atividade notarial e de registro, será assegurada reserva de vagas a candidatos com deficiência, em percentual não inferior a 5% (cinco por cento), nem superior a 20% (vinte por cento) do total de vagas oferecidas no concurso, vedada a incidência de ‘nota de corte’ decorrente da limitação numérica de aprovados e observando-se a compatibilidade entre as funções a serem desempenhadas e a deficiência do candidato. As listas de classificação, em todas as etapas, devem ser separadas, mantendo-se uma com classificação geral, incluídos os candidatos com deficiência, e outra exclusivamente composta por estes” (Enunciado administrativo nº 12, de 29/01/2009, do Conselho Nacional de Justiça). De acordo com o voto do relator do pedido de providências nº 200810000018125, que deu origem ao referido enunciado normativo, desembargador Rui Stoco, “é inquestionável a importância que as possibilidades de trabalho e de exercício profissional assumem nas histórias de vida de todas as pessoas. A integração às carreiras públicas e, de forma especial, ao exercício da magistratura, deve ser garantida a todos”, mesmo porque “um Estado de Direito fundado no respeito aos direitos e no princípio democrático precisa proteger as minorias, como a dos deficientes ou portadores de necessidades especiais”.

as normas para o 8º concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira de procurador do estado de Santa Catarina, muito embora igualmente tenha reservado às pessoas com deficiência 5% (cinco por cento) do total das vagas.

Se em todos os concursos públicos para a carreira de procurador do estado de Santa Catarina, desde a vigência da lei estadual nº 12.870, de 12 de janeiro de 2004<sup>55</sup>, prevê-se a reserva de vagas às pessoas com deficiência, como se pode afirmar, para inviabilizar um requerimento de readaptação por incapacidade física temporária, que “as atribuições do cargo de procurador do Estado, em todos os órgãos que compõem a Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, envolvem necessariamente o uso da digitação”? Isso só teria sentido, em *ultima ratio*, se a deficiência de uma pessoa com paraplegia dos membros superiores, por exemplo, fosse considerada incompatível com as atribuições do cargo de procurador do Estado, o que não é. É sabido que o único requisito para a inscrição em concurso para a advocacia de Estado é a titularidade do bacharelado em direito. A prova de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil é requisito para a posse. Logo, o que é próprio das atribuições da carreira de procurador do Estado é o conhecimento do direito, sem o que não é possível o exercício das atividades privativas de advogado. Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, o concurso público para a advocacia de Estado é um concurso para advogados, com a obrigatória participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, visando ao exercício de “uma advocacia especial, no sentido de que ela é prestada com vínculo jurídico específico, competências próprias e objetivo maior de garantir a juridicidade da gestão da coisa pública”<sup>56</sup>. Não é nenhuma novidade que, nos termos da Constituição de 1988, as provas integrantes de um concurso público devem ser elaboradas de acordo com a natureza e a complexidade do cargo público em disputa, já que importaria em violação ao princípio da impessoalidade exigir dos candidatos habilidades e conhecimentos estranhos às atribuições da carreira. Admitindo-se que não teria cabimento a inclusão de prova de aptidão física no concurso público para o cargo de procurador do Estado<sup>57</sup>, tendo

---

<sup>55</sup> “Fica assegurado à pessoa portadora de necessidades especiais o direito de se inscrever em concurso público, processos seletivos ou quaisquer outros procedimentos de recrutamento de mão-de-obra, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo ou emprego público cujas atribuições sejam compatíveis com a necessidade especial de que é portador. O candidato portador de necessidades especiais, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida” (artigo 35 e § 1º).

<sup>56</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e Procuradoria do Estado. *Boletim de direito administrativo*. São Paulo, ano 15, nº 3, mar. 1999, p. 149.

<sup>57</sup> “Concurso público. MPU. Técnico de apoio especializado/transporte. Exigência de teste de aptidão física. Legalidade. A lei 11.415/2006, ao estabelecer a necessidade de realização de ‘provas’ para ingresso no MPU, sem as especificar e determinar que as atribuições dos cargos seriam fixadas por regulamento, permitiu que elas fossem elaboradas de acordo com a natureza e complexidade de cada cargo, o que atende de forma direta aos

em conta o que é próprio das atribuições da carreira, igualmente sem propósito evidenciar-se-ia a inclusão de prova prática de digitação. Aliás, a prova prática de digitação só se justifica em concursos públicos para carreiras de nível médio, a exemplo da de escrevente judiciário<sup>58</sup>. Não é por outra razão que o edital nº 001/2010, que tratou das normas para o 8º concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira de procurador do estado de Santa Catarina, em definindo as atribuições do cargo, exigiu dos candidatos apenas o conhecimento do direito em suas três provas de caráter eliminatório, a exemplo do que ocorrera nos sete anteriores concursos públicos que se sucederam desde 1982.

## 10. Considerações finais

Para efetivo cumprimento do caráter dirigente da Constituição de 1988 no que concerne ao direito do servidor público ao bem-estar no trabalho, faz-se urgente a substituição das rotinas pautadas pela lógica da irresponsabilidade institucional por uma cultura administrativa centrada na saúde como questão de interesse público. O desfecho do processo administrativo PGE nº 5.378 torna evidente essa necessidade. Com efeito, a contraposição à conclusão do laudo da gerência de perícia médica resultou, na prática, em obstrução ao exercício do direito do procurador do Estado à readaptação por incapacidade física temporária. As alegações de que “as atribuições do cargo de procurador do Estado, em todos os órgãos que compõem a Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, envolvem necessariamente o uso da digitação”, e de que, estando impossibilitado o procurador do Estado de digitar, nenhuma função lhe poderia ser atribuída para efeito de readaptação, são infirmes em vários sentidos. Em primeiro lugar, porque ditas alegações não compreendem que o instituto da readaptação, enquanto forma de implementação do direito fundamental à saúde, garante ao servidor público o desempenho de atividades produtivas compatíveis com sua condição funcional. Não é demais lembrar que o direito fundamental à saúde também impõe ao Estado o dever de impedir a segregação dos tra-

---

ditames constitucionais (art. 37, II, da CF)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 29.893, rel. ministro Gilmar Mendes).

<sup>58</sup> “Direito administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Prova de digitação. Segunda chamada. Impossibilidade. Ausência de previsão no edital. Recurso improvido. 1. O edital é a lei do concurso, de modo que a inscrição no certame implica concordância com as regras nele contidas, que não podem ser dispensadas pelas partes. Precedente do STJ. 2. Hipótese em que o edital do concurso público para o cargo de escrevente judiciário do estado de São Paulo expressamente previa que o não-comparecimento à prova, qualquer que fosse o motivo, caracterizaria a desistência e eliminação do candidato, pelo que não é ilegal o ato que indefere pedido de designação de nova data para realização do teste de digitação em virtude de incapacidade física temporária. 3. Recurso ordinário improvido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança nº 21.877, rel. ministro Arnaldo Esteves Lima).

ballhadores doentes e, sobretudo, daqueles que se adoentaram devido às condições de trabalho. Em segundo lugar, porque ditas alegações confundem o que é próprio das atribuições da carreira de procurador do Estado e o que, dentro da estrutura da Procuradoria Geral do Estado, compete às demais carreiras. A atividade de digitação, em relação ao procurador do Estado, é uma atividade imprópria, porque, constituindo um meio para a realização de algumas das atribuições da carreira, pode ser exercida pessoalmente ou com o auxílio de titulares de cargos técnico-administrativos. Se, no estado de Santa Catarina, ainda hoje a atividade de digitação se encontra a cargo do procurador do Estado, tal circunstância não se deve à “propriedade” da atividade exercida em relação às atribuições da carreira, mas apenas atesta a “precariedade” de suas condições de trabalho. E em terceiro e último lugar, porque ditas alegações não só se divorciam do que é constitucionalmente exigível no concurso público para a carreira de procurador do Estado como habilidades e conhecimentos específicos, mas também porque fingem desconhecer as consequências práticas da imposição constitucional de reserva de vaga nos concursos públicos para pessoas com deficiência. De acordo com o artigo 2º da Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, equivale à “discriminação por motivo de deficiência” a recusa de “adaptação razoável”, ou seja, a recusa de “modificações e ajustes necessários a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

## 11. Referências bibliográficas

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, v. 1, nº 6, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança nº 18.391*, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em mandado de segurança nº 21.877*, rel. ministro Arnaldo Esteves Lima.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 29.893*, rel. ministro Gilmar Mendes.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 585.109*, rel. ministra Cármen Lúcia.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 22.113/2005*, rel. ministro Gilmar Mendes.

BOURGEOIS, Fabrice *et al.* *Troubles musculosquelettiques et travail. Quand la santé interroge l'organisation*. Paris: ANACT, 2006.

BUONOMO, Giovanni. *Il nuovo processo telematico. Nell'era dell'amministrazione digitale*. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

CAMPURRA, Gabriele. *Manuale di medicina del lavoro*. Milano: IPSOA, 2013.

CARLIN, Volnei Ivo. *Iniciação à informática jurídica: reflexões sobre experiências realizadas*. Sequência. Estudos jurídicos e políticos. Florianópolis, v. 3, nº 5, 1982.

CARNEIRO, Sérgio Antônio Martins. Saúde do trabalhador público: questão para a gestão de pessoas. A experiência na prefeitura de São Paulo. *Revista do serviço público*. Brasília, v. 57, nº 1, 2006.

CASTIEL, Luis David. O stress na pesquisa biomédica e epidemiológica: as limitações do modelo de risco no estudo do processo saúde-doença. In: CASTIEL, Luis David (org.). *O buraco e o avestruz: a singularidade do adoecer humano*. Campinas: Papyrus, 1994.

CONTINI, Francesco; CORDELLA, Antonio. "ICT e giustizia: successi e fallimenti tra legami deboli e governance duale". In: CARNEVALI, Davide (org.). *Soggetti smarriti. Perché innovazione e giustizia non si incontrano (quasi) mai*. Milano: Franco Angeli, 2010.

D'ATENA, Antonio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2006.

GANDOLFI, Sueli Dallari. A construção do direito à saúde no Brasil. *Revista de direito sanitário*. São Paulo, v. 9, nº 3, fev. 2009.

\_\_\_\_\_; NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. E-Proc e sustentabilidade. *Revista de doutrina da 4ª*

*Região*. Porto Alegre, nº 71, abr. 2016.

GOMEZ, Carlos Minayo. Campo da saúde do trabalhador: trajetória, configuração e transformações. In: GOMEZ, Carlos Minayo *et al.* (org.). *Saúde do trabalhador na sociedade brasileira contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Gerenciamento de processos e de cartórios judiciais*. Gestão da Justiça. Relatório final. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2016.

\_\_\_\_\_. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. *Revista IOB de direito civil e processual civil*. São Paulo, ano VIII, nº 44, nov./dez. 2006.

KUORINKA, Ikka; FORCIER, Lina. *LATR: les lésions attribuables au travail répétitif: ouvrage de référence sur les lésions musculo-squelettiques liées au travail*. Québec: Éditions Multi Mondes, 1995.

LACAZ, Francisco Antônio de Castro. *Qualidade de vida no trabalho e saúde/doença*. Ciência & saúde coletiva. São Paulo, v. 5, nº 1, 2000.

LANOUZIÈRE, Hervé. *La définition du travail répétitif comme facteur de pénibilité*. Paris: ANACT, 2015.

LEAL Júnior, Cândido Alfredo Silva. O processo eletrônico e a saúde do usuário: a experiência do TRF 4ª em busca de um processo saudável. *Revista de doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, nº 57, dez. 2013.

LIN, Tchia Yeng; KAZIYAMA, Helena Hideko Seguchi; TEIXEIRA, Manoel Jacobsen. Síndrome dolorosa miofascial. In: TEIXEIRA, Manoel Jacobsen *et al.* (org.). *Dor: contexto interdisciplinar*. Curitiba: Editora Maio. 2003.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAENO, Maria; VILELA, Rodolfo Andrade de Gouveia. Reabilitação profissional no Brasil: elementos para a construção de uma política pública. *Revista brasileira de saúde ocupacional*. São Paulo, v. 35, nº 121, 2010.

MARTINS, Lilia Pinto. Artigo 2º. Definições. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de et al. (org.). *A Convenção sobre direitos da pessoa com deficiência comentada*. Brasília: CORDE, 2008.

REMY, Cécile. *Éclairer la problématique des soins de suite et de réadaptation*. Valence-sur-Rhône: C.E.O.R., 2004.

RIEM, Glauco; GAUDENZI, Andrea Sirotti. *Problematiche e soluzioni del processo telematico*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e Procuradoria do Estado. *Boletim de direito administrativo*. São Paulo, ano 15, nº 3, mar. 1999.

SALDANHA, Jorge Henrique Santos. Facilitadores e barreiras de retorno ao trabalho de trabalhadores acometidos por LER/DORT. *Revista brasileira de saúde ocupacional*. São Paulo, v. 38, nº 123, 2013.

SANTOS, Regina Maria dos; BARBOSA, Maria do Socorro Alécio; TREZZA, Maria Cristina Soares Figueiredo. A vida do trabalhador antes e após a lesão por esforço repetitivo (LER) e a doença osteomuscular relacionada ao trabalho (DORT). *Revista brasileira de enfermagem*. Brasília, nº 60, v. 5, 2007.

SILVA, Reinaldo Pereira e. As prerrogativas constitucionais do Procurador do Estado: análise do caso da consultoria jurídica no Estado de Santa Catarina. *Boletim de direito administrativo*. São Paulo, ano 32, nº 5, mai. 2016.

TOHÁ, Carolina; SOLARI, Ricardo. A modernização do Estado e a gerência pública. *Revista do serviço público*. Brasília, v. 48, nº 3, 1997.

VILLECCO, Alessandra. *Il processo civile telematico*. Torino: UTET Giuridica, 2011.





# O orçamento público

Jocélia Aparecida Lulek<sup>1</sup>  
Tatiana Coral Mendes de Lima<sup>2</sup>

## 1. Introdução

Neste artigo, a teoria do ordenamento jurídico, idealizada por Norberto Bobbio, será utilizada como paradigma para desenvolver o conceito da norma jurídica, do direito e do sistema jurídico, com objetivo de estabelecer a harmonia entre os homens.

Com base nos ensinamentos de Norberto Bobbio e de Hans Kelsen, faz-se a descrição do funcionamento da estrutura da norma jurídica e a análise da importância do planejamento orçamentário, da elaboração do orçamento público e da razão de sua existência, cuja origem provém da necessidade de combater arbitrariedades no dispêndio dos recursos públicos.

O povo, por meio de seus representantes, autoriza o plano de ação do Estado, consubstanciado na lei orçamentária. Os projetos de lei do Plano Plurianual (PPA), das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual estão assentados nas normas do processo legislativo constantes do art. 59 e seguintes da Constituição Federal (CF), em consonância com as especificidades constantes dos arts. 165 e 166.

O controle efetivo do orçamento público torna-se exequível somente quando assegurado o equilíbrio, a transparência, a segurança jurídica e a eficiência com os gastos e o emprego dos recursos públicos. A participação ativa dos Poderes e do povo nesses atos do Poder Público também lhe é imprescindível.

Para a elaboração deste artigo foram utilizados o método indutivo na fase de investigação e o método cartesiano na fase de tratamento dos dados. Os resultados coadunam-se com o método indutivo e as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica, de acordo com os ensinamentos de César Luiz Pasold.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Mestranda em ciência jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), procuradora do estado de Santa Catarina. E-mail: joaplulek@gmail.com (2016).

<sup>2</sup> Mestranda em ciência jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), procuradora do estado de Santa Catarina. E-mail: tcoralmendesdelima@gmail.com (2016).

<sup>3</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015 (especificamente p. 25 a 56; 67 a 78; 165 a 176; 225 a 228).

## 2. Norma jurídica

A norma jurídica é criada, modificada e derogada pelo Estado. À medida que se busca o conhecimento jurídico dessas normas necessário alcançar a conceituação do próprio Direito.<sup>4</sup>

### 2.1 Norma jurídica, Direito e sistemas normativo e jurídico

A conceituação de norma jurídica impõe análise prévia a respeito do próprio Direito, pois tratar destas normas significa considerar o Direito um sistema de normas.<sup>5</sup>

Norberto Bobbio<sup>6</sup> assevera que o Direito não é norma, senão um conjunto de normas que integra o sistema normativo. A teoria do Direito está relacionada ao conceito de soberania e o que vem em primeiro plano não é a norma isolada, mas o ordenamento. Para ele, “[...] dizer que a norma jurídica é a emanada do poder soberano equivale a dizer que norma jurídica é aquela que faz parte de um determinado ordenamento.”

Hans Kelsen<sup>7</sup> conceitua Direito como “[...] um sistema de normas que regulam o comportamento humano.”

Acerca da definição do Direito, como sistema normativo, leciona Roberto Alexy<sup>8</sup>:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a

---

<sup>4</sup> LULEK, Jocélia Aparecida. *Normas gerais de direito tributário – limites*. Curitiba: 2000.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, p. 40-41.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. João Baptista Machado (trad.). Coimbra: A. Amado, 1974, p. 5.

<sup>8</sup> ALEXY, Roberto. *Conceito e validade do direito*. Organizador Ernesto Garzón Valdés *et al.*; tradução Gergélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009 (Biblioteca Jurídica WMF), p. 151.

pretensão à correção.

Pode-se afirmar que o Direito é um instrumento que regula as relações entre os homens e o Estado, e o Estado, que é possuidor desse instrumento, deve utilizá-lo para promover o bem comum. Já o comportamento humano é regulado tanto por normas jurídicas como por normas morais, sociais, religiosas.

Segundo Eros Roberto Grau<sup>9</sup>:

A visualização do direito apenas como norma [...] é parcial e incompleta. *Nomos*, tal qual *law* – como observa ainda Carl Schmitt [1972/254] – não significa *lei*, *regra* ou *norma*, mas *direito*, que é tanto norma, quanto decisão, quanto, sobretudo, ordenamento. E as ações do rei, do senhor, do mestre, do governante, bem assim do juiz ou de um tribunal – decisões – nos remetem a uma *ordem institucional concreta*, que não é somente uma regra. (itálicos e negrito no original)

E prossegue<sup>10</sup>:

Não se trata apenas de afirmar que o direito é norma, decisão e ordenamento e estrutura, mas, sobretudo – repito –, que o direito é instância da realidade. E que o direito é apreendido do exterior: é uma criação do homem, não redutível às categorias e modelos rígidos da lógica formal [Menezes Cordeiro 1989/LXI]. [...] o direito, ainda quando não seja intencional e deliberadamente transformador, finda por resultar efetivamente transformador, ao ensejar interpretações que conduzem à emancipação social, à maior igualdade social etc. É justamente a presença de marcas e traços de tais discursos, nele, que mantém o discurso jurídico integrado socialmente, de modo a assegurar sua adequação à realidade, tanto quanto seja possível, em um contexto histórico continuamente cambiante. (negrito no original)

No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>11</sup> afirma que:

---

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20-21.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>11</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas SA, 2015, p. 37-85.

O Direito continua resultando de uma série de fatores causais, muito mais importantes até que a decisão, como valores socialmente prevalentes. Interesses de fato dominantes, injunções econômicas, políticas, etc. Ele não nasce da pena do legislador. No entanto, a decisão do legislador, que não o produz, tem a função importante de escolher uma possibilidade de regulamentação do comportamento em detrimento de outras que, apesar disso, não desaparecem do horizonte da experiência jurídica, mas ficam presentes, à disposição, toda vez que uma mudança se faça oportuna.

Conclui-se, pois, que Direito é um conjunto ordenado de normas que forma o sistema normativo, com objetivo de estabelecer a harmonia entre os homens. Existem normas jurídicas porque há ordenamento, e não o contrário. Portanto, o ordenamento jurídico pode ser considerado um sistema jurídico.

Um importante passo para a compreensão do assunto é fazer a distinção entre o sistema jurídico e o sistema normativo de Direito. Paulo de Barros Carvalho, em sua notável obra sobre a teoria da norma tributária, traça as seguintes diferenças entre sistemas jurídico e normativo:

Sistema normativo é apenas o conjunto harmônico das normas existente na ordem jurídica, ao passo que sistema jurídico teria maior amplitude pois compreende além do conjunto organizado de normas todas as demais proposições-prescritivas de natureza não-normativa.<sup>12</sup>

Ainda sobre a matéria ensina J. Dias Marques que

As expressões sistema jurídico e sistema normativo têm um alcance relativamente próximo, mas não se confundem. O sistema normativo é o sistema das normas jurídicas, ao passo que o sistema jurídico vem a ser, mais amplamente, o sistema dos comandos jurídicos. Dado que a figura dos comandos jurídicos é mais ampla que a das normas jurídicas, não sendo estas senão uma espécie daquelas, logo se vê como a expressão sistema jurídico tem um alcance mais vasto que a do sistema normativo.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 3. ed. São Paulo: M. Limond, 1998, p. 37.

<sup>13</sup> MARQUES, Dias José. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Lisboa: [s.n.], [s.d.], 1994, p. 305.

Pelo exposto, a norma jurídica é elemento do Direito e o sistema jurídico abrange o sistema de normas. O ordenamento constituído como sistema inibe problemas entre as normas existentes, as quais, interligadas, formam uma unidade.

## 2.2 Estrutura da norma jurídica

As normas subordinam-se umas às outras numa estrutura escalonada, de acordo com a teoria da construção piramidal elaborada por Hans Kelsen. Norberto Bobbio ao acolher essa teoria assevera:

Essa teoria se presta a dar explicação sobre a unidade de um ordenamento jurídico complexo. O núcleo dessa teoria é que *as normas de um ordenamento não estão todas num mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores até aquelas que se encontram mais acima, chega-se enfim a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Todo ordenamento possui uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; isto é, faz das normas esparsas e de variada proveniência um todo unitário, que se pode chamar, a justo título, de “ordenamento”. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem o ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas, das quais falamos até agora, constituíam um acumulado de normas, não um ordenamento.<sup>14</sup> (grifo do autor).

Ademais, Hans Kelsen concebe a estrutura da norma jurídica como um juízo hipotético que expressa um *enlace* específico (imputação) de uma *situação fática condicionante* (transgressão) com uma *consequência condicionada* (sanção).

Para esse autor, a norma (*primária*) aparece como a relação entre uma conduta ilícita e sua consequente sanção. Segundo Kelsen:

Com o termo “norma” se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem

---

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014. Título original: “Teoria dell’ordinamento giuridico”, p. 58-59.

determinados atos humanos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. Tais atos são – entendidos neste sentido – atos de vontade. Quando um indivíduo, através de qualquer ato, exprime a vontade de que um outro indivíduo se conduza de determinada maneira, quando ordena ou permite esta conduta ou confere o poder de a realizar, o sentido do seu ato não pode enunciar-se ou descrever-se dizendo que o outro se conduzirá dessa maneira, mas somente dizendo que o outro se deverá conduzir dessa maneira<sup>15</sup> (grifo do autor).

Acolhida a teoria de Kelsen de que as normas que compõem um ordenamento não estão em um mesmo plano, que essa teoria está representada por uma pirâmide que constitui a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, que no ápice dessa pirâmide está a norma fundamental, considerada como a norma das normas, e assentada nela é que o ordenamento jurídico é fundamentado, podemos afirmar que o orçamento público é norma jurídica integrante do ordenamento e do sistema jurídico.

### 3. Orçamento público

O orçamento público é importante para o país e deve ser planejado e executado para cumprir a missão estabelecida na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88).

#### 3.1 Conceito, relevância e sistemática normativa

Segundo Regis Fernandes de Oliveira<sup>16</sup>:

Pode-se conceituar o orçamento como a lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público.

---

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1998, p. 5.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 606.

A importância do orçamento público foi expressada com muita propriedade por Rui Barbosa:

A obra com a mais importante providência, que uma sociedade política bem constituída pode exigir de seus representantes, é tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, em sua missão de prover as necessidades públicas mediante o menor sacrifício dos contribuintes; é fazer dessa lei das leis uma força da nação, um sistema sábio, econômico, escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes que ousem perturbar-lhe o curso traçado. Nenhuma instituição é mais relevante, para o movimento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentária.<sup>17</sup>

O orçamento público está balizado pela CRFB/88, e, portanto, considerada materialmente constitucional. Esse é o entendimento de Ricardo Lobo Torres<sup>18</sup>:

É materialmente constitucional, posto que essencial ao Estado de Direito, que se constitui na via tributária e na dos gastos públicos. A disciplina básica da receita e da despesa estabelece a Constituição, que deve estampar os princípios e as normas que tratem simultaneamente de ambas as faces da mesma moeda – as entradas e os gastos públicos. São de natureza verdadeira constitucional o prever o equilíbrio orçamentário, o distribuir a competência para autorizar a cobrança de impostos e a realização de gastos, o exigir a periodicidade do controle legislativo e o estabelecer as diretrizes para a redistribuição de rendas.

Do ponto de vista formal a Constituição Orçamentária brasileira não se esgota na Seção II do Cap. II do Título VI, denominada “Dos Orçamentos” (arts. 165 a 169), pois abrange também as normas sobre o controle da execução orçamentária (arts. 70 a 75), o orçamento do Poder Judiciário (art. 99) e a fiscalização orçamentária dos Municípios (art. 31).

---

<sup>17</sup> BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, nº 82, p. 253, out./dez. 1999.

<sup>18</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 1.

Como a CRFB/88 é rica em princípios e declara os direitos fundamentais, o orçamento público deve obediência aos princípios gerais do Direito e aos princípios específicos prescritos em vários dispositivos constitucionais: arts. 2º, 5º, 6º, 7º, 70, 145, 150, II, 165, 167, 174 e 179.

Os principais enquadramentos normativos do orçamento público são a CRFB/88, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a lei complementar federal nº 101, de 4 maio de 2000, e a lei federal nº 4.320, de 17 de março de 1964.

A CRFB/88 estabelece regras sobre orçamento, tais como: espécies de leis orçamentárias e seu conceito, tipos de orçamento, processo legislativo, orçamento impositivo nas emendas parlamentares no limite de 1,2% da receita corrente líquida e orçamento autorizativo nos demais casos, bem como prazo da execução orçamentária. Adota a sistemática de normas gerais para o Direito financeiro. Nos termos do art. 24 da CF, compete à União federal, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrente ao Direito financeiro. Nessa sistemática, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais.

A lei nº 4.320, de 1964, foi materialmente recepcionada pela CRFB/88 como norma complementar, por tratar sobre normas gerais de Direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal.

A respeito de normas gerais de Direito financeiro, afirma José Souto Maior Borges que<sup>19</sup>

O campo do direito financeiro pode ser entendido, em linhas muito sumárias, como abrangendo normativamente o campo material coberto pela ciência das finanças, substancialmente, ou seja, o estudo dos problemas relativos à receita, despesa, orçamento e crédito público.

Já normas gerais, nas palavras de José Maurício Conti<sup>20</sup>, “[...] são normas que, devido à necessidade de uniformização, extravasam o âmbito de validade da União federal, sendo cogentes a todos os membros da Federação.”

---

<sup>19</sup> BORGES, José Souto Maior. Normas gerais de direito tributário. In: ATALIBA, Geraldo (coord.), *Elementos de direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 125.

<sup>20</sup> CONTI, José Maurício, et al. *Orçamentos públicos: a lei 4.320/1964 comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.



## 4. Princípios e normas

Os princípios estão acima das normas e lhes são superiores. Segundo Robert Alexy<sup>21</sup>,

Princípios são normas, que ordenam que algo, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, seja realizado em medida tão alta quanto possível. Princípios são, segundo isso, mandamentos de otimização, que são caracterizados pelo fato de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. [...] Regras são, por isso, normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. Pelo contrário, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*. Como tais, eles são caracterizados pelo fato de eles poderem ser cumpridos em graus diferentes e de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. As possibilidades jurídicas são, além de pelas regras, essencialmente determinadas por princípios em sentido contrário. (grifo do autor)

Tem-se que o orçamento público é o instrumento jurídico, por excelência, de concretização dos direitos fundamentais, para conferir executividade e efetividade aos direitos sociais. Ricardo Lobo Torres<sup>22</sup>, ao tratar do assunto, explica que

Os princípios gerais do orçamento são os enunciados genéricos que informam a criação, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas orçamentárias. [...] A CF 88 é muito rica na enunciação de princípios orçamentários. O art. 165 estampa inúmeros deles: planejamento, anualidade, publicidade, unidade, clareza, equidade entre regiões e exclusividade. O art. 167 é todo dedicado aos princípios gerais do orçamento: legalidade, não-afetação de receitas, especialidade e equilíbrio orçamentário.

---

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. rev. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p. 123-132.

<sup>22</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume V: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000, p. 121 e 122.

Os princípios como os da legalidade, anualidade e clareza representam o primeiro estágio de valores jurídicos e permitem a segurança jurídica orçamentária. Já as normas, que devem ser produzidas com base nos princípios constitucionais, possuem estrutura diversa e criam obrigações para o Estado.

## 5. Natureza jurídica do orçamento público

Discutir o orçamento público é assegurar o seu equilíbrio, a transparência com os gastos, o emprego dos recursos de maneira eficiente e moral, a efetividade de sua execução em benefício do povo, a segurança jurídica e a justiça.

Para tanto, é preciso analisar a natureza jurídica do orçamento: lei formal (ato de cunho político-administrativo) ou lei material (aquela que possui conteúdo de regra de direito e eficácia inovadora).

Conforme Francisco Gilney Bezerra de Carvalho Ferreira<sup>23</sup>:

[...] teríamos a seguinte construção lógica das teses doutrinárias acerca da natureza jurídica do orçamento: (i) o orçamento seria lei, tanto em sentido formal, quanto em sentido material, porque originário de órgão legiferante (Hoennel); (ii) a lei não se classifica pela origem, mas pelo conteúdo, logo, por não conter nenhuma regra de direito do ponto de vista material, o orçamento seria apenas lei formal (Laband); (iii) o orçamento não é lei formal na sua totalidade, pois em relação às despesas e às receitas originárias, vem a ser mero ato administrativo, mas em relação às receitas tributárias, torna-se lei em sentido material (Duguit); (iv) tanto em relação às despesas, como também no que concerne às receitas, o orçamento não é lei material, mas em qualquer caso trata-se, substancialmente, de ato-condição (Jéze).

Bobbio convencionou “[...] falar em normas gerais quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas; e em normas abstratas quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações).”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Natureza da lei orçamentária e modelo impositivo de orçamento. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, nº 3.183, 19 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21318>> . Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001, p. 180-181.

No Brasil, apoiaram a tese formalista do orçamento Aliomar Baleeiro<sup>25</sup> e Hely Lopes Meirelles<sup>26</sup>. Várias críticas surgiram à tese formalista, inclusive no Brasil, tendo como principais incitadores Francisco Campos<sup>27</sup> e José Afonso da Silva<sup>28</sup>.

O Supremo Tribunal Federal (STF) vinha adotando o entendimento de que o orçamento é uma lei de efeitos concretos (lei apenas formal), não havendo que falar em ação direta de inconstitucionalidade em matéria orçamentária, pois essas matérias não possuem a característica de generalidade e abstração. Seria o orçamento público essencialmente um ato administrativo editado na forma da lei, com objeto determinado e destinatário certo.<sup>29</sup>

Entretanto, a Corte alterou seu posicionamento tradicional, passando a admitir o controle concentrado das normas orçamentárias. O acórdão que provocou tal mudança foi o prolatado na ADI nº 2.925-8, de relatoria do ministro Marco Aurélio (DJ 04/03/2005).

Pelo voto dos ministros, a disposição orçamentária passou a ser objeto de controle de constitucionalidade pela via da ação direta. O debate teve início com a observação do ministro Marco Aurélio de que o texto da lei orçamentária não poderia ficar sem controle, e os demais ministros entenderam que as normas orçamentárias deveriam ser objeto do controle concentrado pela ação direta.

A jurisprudência modificativa confirmou-se, outros acórdãos seguiram-se, de modo que a modificação foi consolidada. Exemplo temo-lo na ADI nº 4.048, MC, Tribunal Pleno, j. 14/05/2008, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21/08/2008, cuja ementa transcrevemos parcialmente:

EMENTA: (...) II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independentemente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de

<sup>25</sup> BALLEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

<sup>26</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Finanças municipais*. São Paulo: Ed. RT, 1979, p. 161-162.

<sup>27</sup> CAMPOS, Francisco. Orçamento – Natureza jurídica – Anualidade – Discriminação de vendas – Imposto de indústrias e profissões – Movimento econômico – Imposto sobre vendas e consignações. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 71, p. 324-344, jan./mar. 1963, p. 325.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso. *Orçamento – programa no Brasil*. São Paulo: Ed. RT, 1972, p. 267-275.

<sup>29</sup> Conforme ADINs nº 1.496, rel. Moreira Alves, julgamento 21/11/1996; ADIN nº 2.100, rel. Nelson Jobim, julgamento 17/12/1999 e nº 283, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12/03/1999.

constitucionalidade. (...) (ADI 4048 MC/DF, relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 14/05/2008)

Os ministros do STF entenderam que as normas do orçamento devem respeitar os ditames constitucionais, e, por isso, deixam de ser atos concretos, que não dariam margem à fiscalização. Hoje, portanto, o STF analisa a questão orçamentária, nesse particular, irrepreensível o exercício de cidadania.

De fato, considerar as leis orçamentárias somente leis formais não condiz com os dias atuais e com o processo legislativo constitucional, uma vez que o orçamento público, em sua essência, é norma jurídica que vincula a administração, gerando expectativas de efetiva realização e estabelecendo limites de flexibilização orçamentária.

Conforme Regis Fernandes de Oliveira<sup>30</sup>,

[...] o orçamento se destina a estabelecer, prever, guiar, proteger, amparar e garantir os *direitos fundamentais*. Neste sentido, não é uma lei anódica, fraca, débil ou meramente formal. É lei estrutural e viabilizadora de todos os denominados direitos fundamentais. Estes estão consolidados no corpo da Constituição. Prenhes de conteúdo. Insisto: o que vale notar é que a lei orçamentária *não é uma lei do Estado*. É da sociedade. Em que sentido? Não cabe ao governo dispor dela da forma como lhe aprouver. Deve-lhe obediência integral. É o *povo*, por seus representantes, quem decide o que quer. Por pior que seja o Poder Legislativo é ele que encarna os sentimentos populares. E através dele que se concretizam as pretensões, as ilusões e as utopias de toda uma população, abandonada, é verdade, mas titular da soberania e das decisões últimas do Estado. (grifo do autor)

Ainda, segundo Ricardo Lobo Torres<sup>31</sup>,

Os processos do orçamento, juntamente com os processos político e econômico, inserem-se no processo histórico da Nação. Mas daí não se tira a conclusão de que seja puramente formal ou refratário aos valores; pelo contrário: todas as decisões fundamentais das políticas públicas passam necessariamente pelo orçamento, embora não seja ele o

---

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, p. 606.

<sup>31</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume V: o orçamento na Constituição, p. 2 e 3.

responsável pelos resultados que venham a ser alcançados na realidade social. O processo orçamentário ganha objetividade na medida em que se considere que as alocações de recursos não resultam automaticamente das decisões sobre políticas, posto que necessitam de um denominador comum, que só a síntese numérica e contábil do orçamento oferece.

A discussão renovou-se pela inclusão de questões outras, sobretudo a proposta de um orçamento impositivo. Crescem as vozes daqueles que asseveram a necessidade de implantar um modelo de orçamento que vincule o Estado à sua fiel observância. Observa-se uma crescente tendência à limitação da margem de discricionariedade administrativa concedida ao Executivo para gerir os recursos públicos, o que pode ser notado pelo aumento gradativo da criação de vinculações orçamentárias, expostas hodiernamente em vários dispositivos constitucionais.

O denominado orçamento impositivo, em contraposição ao modelo autorizativo, promove o resgate do relevante papel do Poder Legislativo na elaboração e execução orçamentária, como legítimo representante dos anseios da sociedade.

O aspecto principal da Emenda Constitucional (EC) 86/2015 é acrescentar ao art. 166 da CF os seguintes dispositivos:

Art. 166. [...] Parágrafo 9º. As emendas ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde. [...].

Parágrafo 11. É obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações a que se refere o parágrafo 9º deste artigo, em montante correspondente a 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior, conforme os critérios para execução equitativa da programação definidos na lei complementar prevista no parágrafo 9º do art. 165.

Pela análise da proposição parlamentar, o pagamento das emendas individuais apresentadas pelos parlamentares serão obrigatórias. O único impedimento é o aspecto técnico, nos exatos termos do § 12 do art. 166, da CF, com as cautelas estabelecidas no § 14 e seus incisos. Importante inovação é a de que metade dos valores das emendas individuais deve ser destinada a ações e serviços públicos de saúde.

A EC 86/2015 tende a ampliar a rigidez orçamentária à medida que torna obrigatória a execução das emendas parlamentares e amplia a despesa obrigatória mínima em saúde.

## 6. Planejamento orçamentário

A CRBF/88 estabelece, no art. 165, três planejamentos orçamentários que exercem função regulatória da sociedade por meio da administração pública: o Plano Plurianual (PPA), as Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o Orçamento Anual (LOA), que se integram harmoniosamente. A LOA deve respeitar as diretrizes orçamentárias, e ambas têm de estar em conformidade com o orçamento plurianual nos termos dos arts. 165, § 7º, 166, § 4º e 167, §§ 1º e 4º da CF.

### 6.1 Plano Plurianual (PPA)

De acordo com a doutrina de Ricardo Lobo Torres<sup>32</sup>, “O plano plurianual tem por objetivo estabelecer os programas e as metas governamentais de longo prazo. É planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico, do equilíbrio entre as diversas regiões do País e da estabilidade financeira.” Aprovado pelo Poder Legislativo, o PPA, planejamento de médio prazo, integra-se a cada ano na estrutura do orçamento anual e orienta a LOA.

### 6.2 Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)

Nos termos do § 2º do art. 165 da CF, a LDO compreende as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orienta a elaboração da LOA, dispõe sobre as alterações na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências financeiras de fomento, ao passo que a LDO tem por objetivo orientar-lhe a elaboração da LOA.

### 6.3 Lei Orçamentária Anual (LOA)

De acordo com o art. 165 da CF, a LOA compreende o orçamento fiscal de todos os poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

---

<sup>32</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume V: o orçamento na Constituição. p. 2 e 3.

Há previsão no § 8º do art. 165 da CF que a LOA não pode conter dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa. Não veda, porém, a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito.

## 7. Elaboração do orçamento público

O processo legislativo de elaboração do orçamento público segue as linhas gerais traçadas pelo art. 59 da CF, com algumas particularidades. Uma delas é que o Congresso Nacional delibera sobre as leis orçamentárias, e não as Casas Legislativas, separadamente.

Essas leis iniciam-se em uma comissão e são deliberadas por ambas as Casas, de acordo com as competências atribuídas ao Parlamento. No mais, os princípios relacionados às leis orçamentárias são diferentes e complementares aos princípios que norteiam o processo legislativo comum.

A CRFB/88, no art. 165, estabeleceu três instrumentos legislativos para compor o orçamento: o PPA, a LDO e a LOA.

### 7.1 Iniciativa e elaboração legislativa

O poder de iniciativa do PPA, da LDO e da LOA, na esfera federal, é do Presidente da República, e a ele é incumbido o dever de “[...] enviar ao Congresso Nacional o PPA, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição”<sup>33</sup>. Trata-se de atribuição *indelegável*, uma vez que a CF proíbe que tal competência seja transferida para qualquer outra autoridade (CF, parágrafo único do art. 84).

Ao Poder Judiciário compete o encaminhamento de proposta orçamentária relativa a seus interesses (art. 99, § 1º, da CF), juntamente com o Executivo.

Os projetos de lei do PPA, da LDO e da LOA são remetidos pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, e § 6º do art. 166, da CF, cabendo ao Poder Legislativo a decisão última sobre o destino das verbas orçamentárias.

A lei complementar nº 101, de 2000, prevê transparência durante o processo de elaboração do projeto de LOA, mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas. É o denominado orçamento participativo. Com efeito, dispõe o inciso I do parágrafo único do art. 48 da aludida lei complementar:

---

<sup>33</sup> Conforme dispõe o inciso XXIII, do art. 84, da CF.

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos [...].

O processo de elaboração do projeto da LOA é desenvolvido no âmbito do sistema de planejamento e orçamento do Poder Executivo e é definido como conjunto de tarefas que resulta na estimativa da receita, na fixação dos programas governamentais e na definição de metas e prioridades, com base no que foi definido na respectiva lei de diretrizes orçamentárias.

## 7.2 Discussão, votação e aprovação do orçamento

Os projetos de lei relativos ao PPA, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual, aos créditos adicionais, no âmbito federal, são apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, conforme o art. 166, *caput* da CF.

De acordo com as normas comuns do processo legislativo, uma vez terminada a votação, o projeto de lei é enviado ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará (artigo 66, *caput* da CF).

Em havendo veto, ele será apreciado em sessão conjunta do Congresso Nacional, dentro de 30 (trinta) dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores, em escrutínio secreto (CF, § 4º do art. 66). Esgotado esse prazo sem deliberação, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, suspensas as demais proposições, até a votação final (CF, § 6º do art. 66). Se o veto for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República (CF, § 5º do art. 66). Caso a lei não seja promulgada dentro de 48 (quarenta e oito) horas pelo Presidente da República, nos casos de sanção tácita ou derrubada do veto, o presidente do Senado a promulgará, e, se esse não o fizer em igual prazo, caberá ao vice-presidente do Senado fazê-lo (CF, § 7º do art. 66).



Após ser promulgada, a lei orçamentária é publicada, para o conhecimento de todos, em Diário Oficial, produzindo os seus efeitos. A vigência da lei orçamentária está bem delimitada no tempo: 1º de janeiro a 31 de dezembro (art. 34 da lei federal nº 4.320, de 1964).

### 7.3 Execução orçamentária

A execução orçamentária diz respeito à concretização do projeto idealizado na LOA acerca da arrecadação da receita estimada e do processamento da despesa fixada, iniciando pelo empenho, passando pela liquidação e chegando ao pagamento.

A execução orçamentária da receita efetiva-se por meio de atos que transformam a receita estimada em valores arrecadados pela entidade, enquanto que a relativa à despesa passa por três fases: o empenho, a liquidação e o pagamento da despesa.

Em síntese, a execução orçamentária é a utilização dos créditos consignados no orçamento ou na lei orçamentária anual.

## 8. Controle do orçamento público

Como já ressaltado, o orçamento público nasce com o propósito de controlar os gastos e de utilizar adequadamente as receitas. Os dados coletados devem estar disponibilizados para consulta e fiscalização da legalidade dos atos do Poder Público.

O controle, por sua vez, deve ser feito pelo Parlamento, que, por meio de seus técnicos, deve realizar a fiscalização e a executoriedade do orçamento público, dos atos e das decisões praticadas pelo Poder Executivo a fim de averiguar se são compatíveis com o ordenamento jurídico.

Vários são os tipos de controle: a) legalidade; b) legitimidade; c) economicidade; d) fidelidade funcional; e) de resultado, de cumprimento dos trabalhos e das metas. O controle pode ser interno ou pode se dar pela participação popular e pelos órgãos de controle na forma disposta pela CRFB/88.

### 8.1 Controle interno

Controle interno é o que exerce cada um dos Poderes na missão de autotutela da legalidade e da eficácia da gestão financeira.

De acordo com a CRFB/88 não só o Poder Executivo, como também o Legislativo e o Judiciário, devem manter sistema de controle interno, como decorrência da autonomia administrativa financeira que apresentam.

A finalidade do controle interno é avaliar o cumprimento das metas previstas no PPA, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União (inciso I do art. 74 da CF). Trata-se do controle do bom andamento da gestão econômica e financeira e é exercido durante a própria execução orçamentária.

Deve, ainda, comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e nas entidades da administração federal, como também da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

O controle interno deve “[...] apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional” (inciso IV do art. 74 da CF). É preparatório do ulterior controle externo.

Esse controle ainda está delineado na lei nº 4.320, de 1964. Atribui-se ao Poder Executivo a tarefa da executoriedade do orçamento. Cabe, porém, a cada Poder a organização de seus órgãos de controle interno.

## 8.2 Controle externo

Controle externo é o realizado pelos órgãos que não executam o orçamento: Congresso Nacional e Tribunal de Contas. Esse controle é feito por intermédio de fiscalização na fase anterior à aprovação do orçamento e após a apresentação do projeto de lei pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo.

A análise do Tribunal de Contas é administrativa, mas não por isso sua competência é menor que a do Poder Legislativo.

Conforme o art. 71 da CF o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, é exercido com auxílio do Tribunal de Contas, e a esse é incumbindo o exame inicial e o parecer prévio e não vinculante sobre as contas da administração, encarregando-se, portanto, do controle e da fiscalização dos responsáveis e da legitimidade da execução orçamentária. Complementa o controle interno levado a efeito pelo próprio Poder Executivo.

Cumpre asseverar que o controle externo também pode ser exercido pela sociedade civil, pelos cidadãos ou por representantes, como as associações ou as organizações.

A participação de vários atores no controle externo das atividades orçamentárias do Poder Executivo representa importante avanço no processo democrático, possibilita sua permanente fiscalização pelos Poderes e pelo povo, sendo que esses procedimentos aperfeiçoam a gestão governamental com vistas ao atendimento dos anseios da sociedade.

## 9. Considerações finais

O orçamento público pode ser visto como instrumento idealizador da democracia e da vontade do povo. As normas jurídicas integrantes do ordenamento jurídico, a elaboração do orçamento público em conformidade com a norma das normas, devem ser promovidas e executadas para atender aos anseios do povo e utilizadas como mecanismo de combate às arbitrariedades no dispêndio dos recursos públicos.

A escolha da autoridade administrativa é feita por meio de um planejamento, consolidado na elaboração administrativa do orçamento público, sendo que a discricionariedade administrativa deve ser exercida visando unicamente ao cumprimento dos objetivos estampados na CRFB/88. O orçamento público é balizado pela CRFB/88 e, portanto, materialmente constitucional.

Considerar as leis orçamentárias somente leis formais não condiz com os dias atuais e com o processo legislativo constitucional, já que o orçamento público, em sua essência, é norma jurídica que vincula a administração, gerando expectativas de efetiva realização das ações e estabelecendo limites de flexibilização orçamentária. O orçamento é uma lei em sentido pleno, de conteúdo normativo, com eficácia material constitutiva inovadora.

O objetivo desse artigo foi demonstrar a importância dos ensinamentos de Norberto Bobbio, utilizados na análise do orçamento público como norma jurídica que integra o ordenamento jurídico e coaduna-se com a teoria escalonada de Hans Kelsen.

Relevante, por sua vez, é a demonstração de que o controle da elaboração, da fiscalização na fase anterior à aprovação do orçamento e após a apresentação do projeto de lei pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo representa uma interferência positiva do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas nos atos do Poder Público, com objetivo de alcançar a eficiente executoriedade do orçamento público.

Conclui-se que a participação de vários atores no controle das atividades orçamentárias representa um importante avanço no processo democrático e possibilita a gestão governamental com vistas ao atendimento dos anseios da sociedade.

## 10. Referências bibliográficas

ALEXY, Roberto. *Conceito e validade do direito*. Organizador Ernesto Garzón Valdés *et al.*; tradução Gergélia Batista de Oliveira Mendes São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009 (Biblioteca Jurídica WMF).

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. rev. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011.

BALLEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, nº 82, p. 253, out./dez. 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014. Título original: “Teoria dell’ordinamento giuridico”.

BORGES, José Souto Maior. Normas gerais de direito tributário. In: ATALIBA, Geraldo (coord.), *Elementos de direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CAMPOS, Francisco. Orçamento – Natureza jurídica – Anualidade – Discriminação de vendas – Imposto de indústrias e profissões – Movimento econômico – Imposto sobre vendas e consignações. *Revista de direito administrativo*, vol. 71, p. 324-344, jan./mar. 1963.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 3. ed. São Paulo: M. Limond, 1998.

CONTI, José Maurício, *et al.* *Orçamentos públicos: a lei 4.320/1964 comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. rev. ampl. São

Paulo: Malheiros, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas SA, 2015.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Natureza da lei orçamentária e modelo impositivo de orçamento. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, nº 3.183, 19 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21318>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

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

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 3. ed. João Baptista Machado (trad.). Coimbra: A. Amado, 1974.

LULEK, Jocélia Aparecida. *Normas gerais de direito tributário – Limites*. Curitiba: 2000.

MARQUES, Dias José. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Lisboa: [s. n.], [s. d.], 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Finanças municipais*. São Paulo: ed. RT, 1979.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e Prática*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SILVA, José Afonso. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: ed. RT, 1972.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume V: o orçamento na Constituição. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.



# Prolegômenos à tutela provisória contra o poder público no Código de Processo Civil de 2015

*Weber Luiz de Oliveira<sup>1</sup>*

## 1. Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 disciplinou o instituto da “tutela provisória”, com o intuito de dar um tratamento uniforme para as decisões concedidas liminarmente, de mérito ou cautelares.

O regime jurídico de direito público e as prerrogativas processuais do Poder Público em juízo influenciam a aplicação das tutelas provisórias, de modo que se faz oportuna uma análise, ainda que prefacial, acerca da atuação do Estado quando estiver diante de decisões judiciais proferidas antecipadamente.

Por essa razão, o presente artigo, inicialmente, descreve a forma pela qual a nova legislação processual civil regulamentou as tutelas provisórias. Ao final, assentadas as premissas, objetiva-se demonstrar os reflexos na atuação da advocacia pública.

No texto, na referência de artigos, quando ausente a descrição da lei, tratar-se-á do Código de Processo Civil de 2015.

## 2. Tutelas provisórias

A denominada tutela provisória, sistematizada nos arts. 294-311 do Código de Processo Civil de 2015, englobou as tutelas antecipada e cautelar. É gênero em que se incluem as seguintes espécies de tutelas sumárias: 1ª tutela de urgência, subdivididas em tutela antecipada e tutela cautelar; 2ª tutela de evidência.

A tutela de urgência poderá ser concedida no início do processo (antecedente) ou durante o seu processamento (incidental).

Havendo uma regulamentação geral acerca da tutela cautelar, a nova lei processual não disciplinou de forma específica o processo cautelar, inexistindo, portanto, a delimitação dos procedimentos cautelares, como, por exemplo, o arresto, sequestro, a busca e apreensão, exibição e a produção antecipada de provas.

Os arts. 296 e 298 tratam da precariedade da tutela provisória, em que se conserva sua eficácia na pendência do processo. Por processo não significa até o final,

---

<sup>1</sup> Mestre em direito pela Universidade Federal do Estado de Santa Catarina. Especialista em direito processual civil pela Unisul/LFG. Professor da Associação Catarinense de Ensino e da Faculdade Cenecista de Joinville. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Procurador do Estado de Santa Catarina.

até o trânsito em julgado, mas até a sentença. Se procedente o pedido, há confirmação da tutela provisória e eventual recurso será recebido apenas no efeito devolutivo (art. 1.012, § 1º, V), ou seja, a tutela provisória manterá sua eficácia; se improcedente, a revogação pode ser expressa ou tácita e, também nesses casos, a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo.

O recurso cabível contra a concessão de tutela provisória em primeiro grau é o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I; concedida a tutela provisória na sentença, o recurso é apelação (art. 1.013, § 5º); concedida pelo relator em julgamento monocrático de agravo de instrumento, cabe agravo interno (art. 1.021); concedida em acórdão apenas, em tese, recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, uma vez que há vedação de interposição de recurso extraordinário pelo enunciado da súmula nº 735, do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>.

Os arts. 297 e 301 dispõem sobre medidas adequadas e idôneas que podem o juiz considerar para a efetivação da tutela provisória, como o cabimento, por exemplo, de sequestro, de forma que também pode se entender pela possibilidade de sequestro de verbas públicas. Conforme exposição logo a ser feita, existem algumas particularidades que merecem uma reflexão mais detalhada.

Destaca-se, ainda dentro dessa efetivação da tutela provisória que, no que couber, aplicam-se também as normas do cumprimento provisório da sentença (art. 297, parágrafo único).

O artigo 1.059 determina a aplicação à tutela provisória contra a Fazenda Pública dos arts. 1º ao 4º da lei nº 8.437/1992 e art. 7º, § 2º da lei 12.016/2009 e, portanto, há extensão das restrições de concessão de medidas liminares às tutelas provisórias regidas pelo CPC/2015.

Ao que importa a atuação da advocacia pública, cabe mencionar que as vedações à concessão de tutela provisória, nos termos do CPC/2015, podem ser assim sintetizadas:

- i) compensação de créditos tributários ou previdenciários;
- ii) entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior;
- iii) reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza;
- iv) quando no mandado de segurança houver impugnação de ato de autoridade sujeita à competência originária de tribunal; e,
- v) quando houver esgotamento, no todo ou em parte, do objeto da ação.

---

<sup>2</sup> “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”.



## 2.1 Tutela de urgência

Os requisitos da tutela provisória de urgência (tutela antecipada/satisfativa e tutela cautelar) estão elencados no art. 300: i) probabilidade do direito; ii) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; iii) ausência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (§ 3º).

Disciplinou-se a responsabilidade pelo prejuízo ocasionado pela efetivação da tutela de urgência, no sentido de, diante das hipóteses de sua revogação, a parte então beneficiada pelo provimento provisório indenizar a outra, responsabilidade essa a ser apurada preferencialmente nos mesmos autos (art. 302).

A tutela de urgência satisfativa pode ser concedida de duas formas diferentes. A primeira, consoante às disposições do art. 300, não havendo modificação em relação ao Código de Processo Civil de 1973; a segunda, nos termos dos arts. 303-304, adiante sistematizadas.

### 2.1.1 Tutela antecipada antecedente e estabilização

Para a concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o Código de Processo Civil de 2015 (arts. 303-304) alterou a regulamentação existente no CPC/1973, inaugurando uma forma de atuação, tanto das partes, quanto do juiz, que trará maior dificuldade no manejo desse instituto processual.

Diante da nova lei a doutrina é extremamente controversa a respeito dos procedimentos e dos reflexos da tutela antecipada e da sua estabilização. Passa-se a expor um ponto de vista que se reputa mais adequado ao manejo pragmático do instituto, ressaltando-se, contudo, que somente a prática judiciária assentará o entendimento regular dos procedimentos a serem adotados pelas partes e pelos juízes, em razão da complexidade que o tema envolve.

Vislumbram-se duas hipóteses de procedimentos: 1º) opção do autor em seguir um procedimento *normal*, sem que se aplique a disciplina da estabilização da tutela antecipada; 2º) opção do autor pela regulamentação que possibilita a estabilização da tutela antecipada.

O 1º procedimento, extraído dos arts. 300 e 303, § 5º, refere-se a que o autor, na petição inicial, indique que não pretende se valer do benefício do art. 303, benefício que trata apenas da feitura de requerimento da tutela antecipada e indicação (não pedido) de tutela final.

Assim, descrevendo o autor na petição inicial que não pretende o procedimento diferenciado de tutela antecipada, há expressa opção pela realização desde logo do pedido final já na propositura da ação, com o que o procedimento seguirá

o rito comum disposto no CPC/2015, com realização de audiência de conciliação e mediação, quando cabível. Se for concedida tutela antecipada a mesma não se estabilizará se não for interposto o recurso de agravo de instrumento. Aqui, não há mudanças significativas, aplicando-se, portanto, o art. 300.

O 2º procedimento, entretanto, merece um cuidado maior. O autor deverá expressamente dispor na petição inicial que pretende se valer do art. 303 (requerimento de tutela antecipada, apenas indicação do pedido final, possibilidade de estabilização). Preenchidos na petição inicial os três requisitos legais para a concessão da tutela antecipada e havendo a sua concessão, terá o autor que aditar sua petição inicial para, se quiser, complementar a argumentação e juntar novos documentos, confirmando o pedido de tutela final no prazo de 15 dias ou outro que o juiz fixar.

Se não realizado esse aditamento o processo será extinto sem julgamento do mérito, perdendo eficácia a tutela antecipada então concedida.

O réu será citado para apresentação de defesa ou, se cabível, participação na audiência de conciliação ou mediação, como também intimado da decisão concessiva da tutela antecipada.

Nesse ponto, duas atitudes podem ser adotadas: 1ª) recorrer por agravo de instrumento, com o que não haverá estabilização da tutela antecipada (art. 304, *caput*); 2ª) não recorrer, oportunidade em que o processo será extinto (art. 303, § 1º) e a tutela antecipada se torna estável (art. 303, *caput*). Destaca-se, porém, que mesmo se interposto o recurso e o autor não aditar a petição inicial, o processo será extinto sem julgamento do mérito (art. 303, § 2º). Existem entendimentos doutrinários no sentido de que qualquer defesa apresentada pelo réu inibe a estabilização da tutela antecipada e, igualmente, não poderia haver a extinção do processo, porquanto o réu teria demonstrado sua insurgência ao pedido, com o que se deveria dar primazia ao julgamento do mérito.

A natureza da decisão de extinção do processo é polêmica na doutrina, tendo autores que entendem ser uma sentença sem julgamento do mérito, outros com julgamento do mérito e, ainda, alguns que reputam ser uma simples decisão de arquivamento dos autos. A depender de qual natureza deva ser entendida essa decisão de extinção, dependerá, por consequência, a tomada de posição quanto a que medida judicial possa ser mais bem intentada em defesa do ente público.

Havendo a estabilização da tutela antecipada, a sua revisão, reforma ou invalidação pode ser realizada por qualquer das partes em demanda especificamente proposta com esse desiderato, sendo que a tutela antecipada conservará os seus efeitos até decisão final de mérito.

Os §§ 5º e 6º do art. 304 trazem ainda mais problemas no intrincado instituto processual em análise. Tratam, respectivamente, do prazo de dois anos do direito de

propor demanda de revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, e que a mesma não faz coisa julgada.

Tal disciplina reflete em demais institutos ligados à atuação da Fazenda Pública, mormente a (im)possibilidade de remessa necessária e a (im)possibilidade de cumprimento da decisão estabilizada se tiver como conteúdo obrigação de pagar dinheiro, reflexos esses aludidos mais à frente.

O prazo de contestação no caso de tutela antecipada antecedente (art. 303) é da data da intimação do aditamento da petição inicial, até porque, se não aditada, o processo é extinto sem julgamento do mérito (art. 303, § 2º); e, o termo inicial é a juntada do mandado/carta precatória/comunicação do juízo deprecado ao juízo deprecado (art. 335, III c/c art. 231 e 232).

### 2.1.2 Tutela cautelar

O procedimento da tutela cautelar, estatuído nos arts. 305/310, será o único existente para asseguarção do resultado útil do processo, uma vez que, conforme noticiado, os específicos procedimentos cautelares não foram disciplinados no CPC/2015.

Em síntese, mantiveram-se as disposições gerais do CPC/1973. O prazo para contestação é de cinco dias, seguindo-se o procedimento comum no caso de sua apresentação. Se não houver contestação presumem-se aceitos pelo réu como ocorrido os fatos alegados pelo autor. Oportuno mencionar que essa disposição não poderá ser aplicada à Fazenda Pública, pois, como é cediço, inaplicável os seus efeitos, o que restou disposto no art. 345, II, do CPC/2015.

Terá o autor o prazo de trinta dias para apresentar o pedido principal nos mesmos autos, seguindo-se com a intimação e prosseguimento do feito conforme rito comum. Não sendo formulado o pedido principal, cessa-se a eficácia da tutela cautelar, além de outras hipóteses do art. 309.

## 2.2 Tutela de evidência

A tutela de evidência não se trata de novidade no CPC/2015, sendo um desdobramento, com ampliação, de hipóteses do art. 273 do CPC/1973. São as seguintes:

- I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmete e houver tese firmada em julgamento de

casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob a cominação de multa;

IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

### 3. Reflexos da tutela provisória na atuação da advocacia pública

Os reflexos na atuação da advocacia diante da tutela provisória são evidentes.

Inicialmente, sobre as decisões concessivas de tutelas provisórias, tendo em vista a ampla e repetida importância dada à fundamentação adequada das decisões judiciais (art. 10; art. 298; art. 489, § 1º) – o que, decerto, pela ordem constitucional contemporânea não podia ser diferente –, deve se atentar para a possibilidade de interposição de recursos contra a concessão de tutelas provisórias sem a exigida fundamentação, como, por exemplo: “Preenchidos os pressupostos da tutela provisória defiro...”

Isso porque, haverá o aperfeiçoamento da prestação do serviço público jurisdicional, além de maior legitimação no cumprimento da decisão judicial, porquanto a imposição de agir da administração, e de seus agentes, em dissonância com a literalidade legal, exige uma fundamentação que dê conhecimento dos seus motivos, até para o fim de nas razões recursais se possibilitar a demonstração de fundamentos contrários à concessão.

No que concerne à precariedade da tutela provisória é salutar renovar a atenção a ser dada na atuação dos advogados públicos para as sentenças de confirmação/revogação das tutelas provisórias, para expedição de ofício aos órgãos administrativos competentes a respeito, tanto da confirmação, mantendo-se o cumprimento, quanto da revogação, mormente nas questões afetas aos provimentos provisórios de prestação continuada.

Dentro de destacada temática de imposição judicial de prestações de trato sucessivo vislumbra-se, igualmente, a possibilidade de, havendo modificação do estado de fato ou de direito, postular pela revisão do julgado, conforme art. 505, I<sup>3</sup> (o

---

<sup>3</sup> Art. 505. Nenhum juiz decidirá as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

art. 471 do CPC/1973 também disciplinava dessa forma).

Ganha relevo tal disciplina nas ações que impõem o fornecimento de medicamentos pelas pessoas jurídicas estatais, quando houver padronização superveniente, com a inclusão do fármaco nos protocolos clínicos de dispensação pública.

Ou seja, para modificar a obrigação de fornecimento de medicamentos por via judicial – mais onerosa aos cofres públicos –, pode-se intentar nova ação pedindo a revisão do que foi estatuído na sentença, para o fim de impor uma obrigação de fazer ao particular, que agora estaria no polo passivo, de que faça o pedido administrativo e, havendo deferimento, outro pedido sucessivo, declaratório negativo ou desconstitutivo daquela primeira relação jurídica imposta pela sentença, para que, doravante, o fornecimento da medicação seja feito administrativamente, com ganho de organização e diminuição dos custos de aquisição, privilegiando o tratamento isonômico e eficiente que deve ser buscado pela administração pública.

Desse modo, nos referidos casos, o órgão de saúde pública deve informar o órgão da advocacia pública acerca da superveniente padronização, para que se postule por aquela medida judicial.

Tema importante a ser debatido é o relativo ao sequestro de verbas públicas.

*A priori*, o sequestro se configura inconstitucional. Isso porque apenas nos casos dispostos na Constituição Federal poderá haver a adoção dessa medida extrema. O sequestro, assim, vem elencado no § 6º do artigo 100 da Constituição Federal (no precatório, preterimento do direito de precedência do credor ou não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito). Ambas necessitam de requerimento do credor.

O artigo 78, § 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), quando houver o parcelamento do precatório, igualmente autoriza o sequestro nas seguintes situações: i) não-pagamento de parcela (vencido o prazo); ii) omissão no pagamento; iii) preterição ao direito de preferência<sup>4</sup>.

É certo, contudo, que nos casos de desabastecimento de medicamentos, a imposição de multa pelo descumprimento da tutela provisória pode ser mais dispendiosa ao erário, sendo a opção pelo sequestro do valor estritamente necessário para aquisição dos fármacos menos oneroso. Destacado tema, aliás, foi objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos recursos repetitivos<sup>5</sup>, sob a égide do CPC/1973.

<sup>4</sup> Essa disposição teve a eficácia suspensa em razão de deferimento de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.362, de 18/02/2002, confirmada pelo Plenário em 25/11/2010.

<sup>5</sup> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPE-

Importante questão, diante da reafirmação do CPC/2015 das restrições à concessão de tutela provisórias nas hipóteses versadas nas leis 8.437/1992 e 12.016/2009, é a relativa a uma atuação de defesa no sentido de impugnar as decisões judiciais violadoras de tais vedações legais, à exceção de matérias já reiteradamente sedimentadas na jurisprudência que autorizam a concessão de tutela provisória, como nos casos de ações que envolvem o direito à saúde (fornecimento de medicamentos e procedimentos médico-hospitalares) e nos de tutela de evidência baseada no art. 311, II.

A estabilização da tutela antecipada, conforme descrito, é um novo instituto processual adotado no CPC/2015 que tem grande repercussão na doutrina, sendo motivo de inúmeras controvérsias sobre a sua aplicabilidade.

Para a atuação dos órgãos de defesa dos entes públicos deve ser verificado se o autor requereu na petição inicial que pretende a estabilização (art. 303, § 5º), pois assim se tem ciência de que se deve recorrer, para evitar a extinção do processo no caso de requerimento feito e de concessão da tutela estabilizada, ou não recorrer, deixando a discussão para a contestação, no caso de não ter o autor requerido aquele procedimento.

Se concedida a tutela antecipada em julgamento monocrático de agravo de instrumento, cabível agravo interno; se no acórdão, apenas recurso especial, em razão da vedação da súmula 735/STF de interposição de recurso extraordinário.

Visualiza-se, desse modo, que no caso do autor requerer a aplicação do procedimento que possibilita a estabilização da tutela antecipada e houver a sua concessão, o recurso de agravo de instrumento é o único meio hábil de defesa para que o processo não seja extinto, de modo que pode-se exigir uma mudança de atuação institucional no que pertine aos recursos que são obrigatórios, como também as possibilidades de dispensa de sua interposição.

Em relação à tutela de evidência, impõe-se que a prática judicial de defesa do poder público esteja em consonância com a prática administrativa (desde que legal, é claro), para o fim de evitar caracterização de abuso do direito de defesa, o que ensejaria a sua concessão.

A propósito, importante a adequação da atuação judicial com os pareceres exarados pelos órgãos de advocacia pública, com maior divulgação ou mais acessi-

---

CIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. 1. **Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.** 2. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ. (REsp. 1.069.810/RS, rel. ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013).

bilidade das manifestações e dos pareceres administrativos exarados no interno das instituições<sup>6</sup>.

Por fim, mister enfrentar a questão da concessão de tutela antecipada que impõe obrigação de pagar quando há a sua estabilização e a sua interligação com aplicação ou não da remessa necessária<sup>7</sup>.

Conforme o § 6º do art. 304 a “decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”.

Portanto, problema maior para o deslinde da questão ora suscitada criou o legislador ao excluir da decisão estabilizada o seu trânsito em julgado. Ora, se é *presuposto constitucional* o trânsito em julgado e, excluindo a legislação processual essa possibilidade para a decisão judicial estabilizada, a mesma não poderia ser passível de execução/cumprimento contra a Fazenda Pública.

Essa é uma falsa questão, contudo, porquanto se houve estabilização é porque inexistiu interposição de recurso, e, assim, o processo será extinto, conforme § 1º do art. 304. Veja-se que havendo a concessão da tutela antecipada e o pedido do autor pelo procedimento especial, o único requisito para a estabilização da tutela antecipada é a não interposição de recurso.

Essa extinção do processo, que se entende como de resolução do mérito, pois houve acolhimento do pedido formulado na ação nos termos do art. 487, I, do CPC/2015 (há diversas posições na doutrina que aludem ser uma sentença de extinção sem julgamento do mérito), trata-se de *outra decisão judicial que difere da anterior decisão concessiva da tutela antecipada* que se estabilizou pela inércia da Fazenda Pública.

Vale dizer, a estabilização da tutela antecipada decorre de uma primeira decisão (interlocutória e de mérito), que, pela disciplina do Código de Processo Civil de 2015 não transita em julgado; já o pronunciamento judicial oriundo da extinção do processo em face da não interposição de recurso é uma decisão de mérito (sentença), regida, como qualquer outra sentença pelas disposições da legislação processual civil, dentre elas, ser passível de ser alcançada pela coisa julgada, de acordo com o

---

<sup>6</sup> Veja-se, por exemplo, que já se tem interpretação doutrinária no sentido do enunciado nº 34 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “(art. 311, I) Considera-se abusiva a defesa da Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou da necessidade de superação do entendimento”.

<sup>7</sup> Esta parte da exposição foi extraída, com algumas adaptações, de texto publicado na seguinte coletânea: “Advocacia pública, coords. José Henrique Mouta Araújo, Leonardo Carneiro da Cunha (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3; coord. geral Freddie Didier Jr.), Salvador: Editora JusPodivm, 2015, pp. 467-509.



art. 502 do CPC/2015 e de se submeter à remessa necessária.

Existindo, então, sentença, existente, em decorrência, a remessa necessária, quando cabível.

Portanto, na estabilização da tutela antecipada há também remessa necessária, não da própria decisão estabilizada, mas sim da sentença que extinguiu o processo em razão da não interposição de recurso. Nesse caso, eventual cumprimento da sentença terá natureza provisória e, assim, não poderá ser manejada, pois pendente ainda o julgamento da remessa.

Incabível a remessa necessária (art. 496, §§ 3º e 4º), a decisão então estabilizada e objeto da sentença extintiva torna-se incontroversa pela própria força da coisa julgada, passível de execução/cumprimento definitivo contra o Poder Público.

Conclui-se, então, que nos casos em que houver a estabilização de obrigação de pagar dinheiro e couber remessa necessária, não se poderá propor o cumprimento da sentença sem que tenha sido julgada a remessa necessária e havido o trânsito em julgado.

Resta, ainda, investigar acerca do pedido de revisão, reforma e invalidação da decisão estabilizada e os seus reflexos no cumprimento/execução da sentença.

Independentemente de haver ou não remessa necessária da sentença proferida no processo em que houve estabilização da tutela antecipada, poder-se-á, conforme autorizado pelo art. 304, § 2º, do CPC/2015, requerer a revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada.

O pedido de revisão, se ocorreu o trânsito em julgado da sentença extintiva, tem os efeitos e características da ação rescisória. Nesse sentido, não se impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória, consoante art. 969 do Código de Processo Civil de 2015, que trata da ação rescisória.

Não se entendendo da forma como acima exposto, pode-se conjecturar outras maneiras de dar resposta à questão da possibilidade de pagamento pelos entes públicos de valor reconhecido em tutela provisória estabilizada, que não produz coisa julgada.

A solução para esse dilema, assim – apesar de não se concordar com a mesma, mas em um exercício hermenêutico possível –, se não for admitida a remessa necessária da decisão estabilizada, ocasião em que o acórdão do Tribunal faria, então, coisa julgada, pode ser engendrada em duas vertentes.

A primeira, no sentido de a parte autora – ciente que está litigando contra o Poder Público, e da exigência da Constituição Federal do pressuposto trânsito em julgado –, aditar a petição inicial confirmando o pedido de tutela final, essa sim passível de trânsito em julgado; a segunda, após a extinção do processo, postular pelo aditamento da petição inicial para o fim de conseguir um provimento final que faça



coisa julgada.

A primeira solução não parece formalmente plausível porque se houve estabilização é porque inexistiu interposição de recurso pelo ente público e, assim, o processo será extinto, sem prosseguimento para análise do aditamento.

Por conseguinte, se o processo em que houve estabilização necessariamente será extinto, mesmo que tenha havido o aditamento da petição inicial nos termos do art. 303, § 1º, I (há entendimentos doutrinários que nesse caso o processo deve prosseguir, dando primazia ao julgamento do mérito), a única possibilidade que se vê, por mais absurda que possa parecer, é a segunda, em que o autor deverá então aguardar a decisão de extinção e requerer, na sequência, o prosseguimento do feito aditando a petição inicial conforme §§ 2º e 4º do art. 304, objetivando receber uma sentença final que produza coisa julgada, abrindo ensejo à execução contra a Fazenda Pública, se não houver recurso, ou a remessa necessária, se houver cabimento.

#### **4. Conclusão**

Conclui-se esses prolegômenos ressaltando a necessidade de análise, quando frente a uma decisão concessiva de tutela provisória satisfativa, não só da decisão judicial, mas, igualmente, da forma como foi requerida pelo autor.

A complexidade inaugurada pela nova legislação processual na disciplina da concessão de tutelas antes do provimento final impõe que os operadores do processo manejem os institutos com o objetivo de assegurar uma defesa eficiente e, no que concerne especificamente à advocacia pública, necessário que se verifique se os requisitos legais estão preenchidos, para o fim de decidir qual a melhor técnica processual a ser utilizada.

Tais ponderações se mostram relevantes na medida em que a defesa do Poder Público em juízo nada mais é que a defesa de todos e de cada membro da coletividade, de modo que, a busca de eficiência na atuação da advocacia pública traz subjacente o cuidado no tratamento da coisa pública, que é o que se espera nos tempos contemporâneos e, quiçá, mais do nunca, de todo agente público.



# O princípio da separação dos poderes como legitimador do Poder Executivo na implementação de políticas públicas

O incidente de assunção de competência sobre provimento de cargos por determinação judicial

*Rodrigo Roth Castellano<sup>1</sup>*  
*Weber Luiz de Oliveira<sup>2</sup>*

Hodiernamente, o Estado, aí compreendido em sentido amplo, tem se deparado com demandas que provocam o Poder Judiciário na busca de obterem provimento para a implementação de políticas públicas ou até mesmo a substituição da vontade do administrador, mormente em situações quando há concursos públicos em andamento.

E tais casos, instigantes por sua natureza própria, acabam por provocar profunda reflexão sobre o papel de cada instituição no seio de sociedades constitucionais democráticas, bem como trazem à tona a discussão sobre o real alcance do princípio da separação dos poderes.

Não se olvida a boa intenção do promovente de referidas demandas, muitas vezes calcado em motivos justos e solidários, contudo, não podemos nos afastar de conceitos constitucionais que impõem a cada esfera de poder suas atribuições e competências.

No tema ora em tela, envolvendo a lotação de vagas oriundas de concurso para ingresso nas carreiras da Polícia Civil, o Poder Executivo formulou um projeto macro para o Estado de Santa Catarina, levando em conta sobretudo estudos técnicos, com base nos quais determinou quantos postos de trabalho serão alocados em cada município/região.

E a quebra desse planejamento provoca e, eventualmente, provocará um efeito cascata prejudicial a toda comunidade catarinense.

Feita esta breve introdução, transcreve-se alguns fundamentos dispostos no recurso de agravo de instrumento interposto pelo Estado, no bojo dos autos da ação

---

<sup>1</sup> Mestre em direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em direito tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp.

<sup>2</sup> Mestre em direito pela Universidade Federal do Estado de Santa Catarina. Especialista em direito processual civil pela Unisul/LFG. Professor da Associação Catarinense de Ensino e da Faculdade Cenecista de Joinville. Procurador do Estado de Santa Catarina.

civil pública nº 0120157-37-2015.8.24.0000, pelo qual busca-se a lotação específica de aprovados em concurso promovido pela Secretaria de Segurança Pública, para a comarca de Garuva<sup>3</sup>, cuja decisão paradigmática proferida pela corte catarinense servirá de norte em casos semelhantes no futuro:

## 1. SÍNTESE DOS FATOS

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, ora Agravado, propôs ação civil pública com pedido liminar objetivando, textualmente:

**a) O deferimento de medida liminar *inaudita altera pars*, determinando-se ao Estado de Santa Catarina que, através da sua Secretaria de Estado da Segurança Pública, nomeie, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o término do Concurso Público de que trata o Edital N. 001/SSP/DGPC/ACADEPOL/2014 e Edital N. 002/SSP/DGPC/ACADEPOL/2014: um escrivão e um agente de polícia, até o término da demanda de modo a garantir, perenemente, o cumprimento dos prazos para o encerramento dos Inquéritos Policiais previstos no art. 10 do CPP e o funcionamento adequado da Polícia Civil e do Serviço de Segurança Pública nos termos do discriminado na fundamentação do pedido, sob pena de multa diária de R\$5.000,00 (cinco mil reais);**

Aduziu, para tanto, que existe reduzido número de policias civis atuando na Delegacia de Garuva, tomando-se como base informação da Delegada de Polícia de Garuva e da Delegacia Regional de Joinville. Afirmou, com substrato em Inquérito Civil, que há um grande número de diligências, investigações e inquéritos policiais inconclusos em razão de falta de pessoal para cumprimento e finalização dos referidos atos.

---

<sup>3</sup> Diversas outras ações civis públicas propostas, em um total de mais 11 (comarcas de Joinville, Balneário Camboriú, Itapoá, Ibirama, Turvo, São Joaquim, Curitibaanos, Coronel Freitas, São João Batista e Curitibaanos), têm também idêntico objeto, qual seja, a nomeação de número determinado de policiais civis e militares, para compor o quadro funcional dos órgãos de segurança pública em cada um dos municípios referidos. Considerando o número de servidores postulados nessas ações civis públicas, constata-se que o Ministério Público do Estado de Santa Catarina almeja que sejam providos, imediatamente, um total de 49 delegados de Polícia, 281 agentes da Polícia Civil, 76 escrivães, 126 policiais militares e 2 psicólogos.

Deste modo, entende o Agravado que havendo concursos abertos para os cargos de Delegado de Polícia e Agentes, deverá ser reservado um quantitativo específico para provimentos na Delegacia de Polícia de Garuva.

A MM. Juiz singular, sem oitiva do Agravante, deferiu em o pedido liminar, determinando que o Estado de Santa Catarina, através de sua Secretaria de Segurança Pública, nomeie, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, após o término do Concurso Público de que trata o edital n. 002/SSP/DGPC/ACADEPOL-2014, **um agente de polícia e um escrivão** para a Delegacia de Polícia de Garuva-SC, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 em favor do Fundo de Reparcelamento da Justiça (art. 13 da Lei n. 7.347/85).

É a síntese do essencial.

## 2. INFORMAÇÕES PRÉVIAS E NECESSÁRIAS

A r. Decisão parte de uma premissa equivocada de que há omissão estatal, o que é contrariado, às claras, pelos concursos abertos. Ora, se existem concursos públicos para provimentos de cargos, dentro dos limites legais, é de conclusão singela que há reconhecimento administrativo de falta de servidores.

Este reconhecimento e encaminhamento de solução, contudo, devem ser realizados em obediência aos ditames normativos, constitucionais e infraconstitucionais, que são impostos a toda a Administração Pública, como, por exemplo, análise do impacto financeiro, disponibilidade orçamentária, estudos das demandas locais para alocação de pessoal, limitação de provimentos ante o estabelecido por lei, etc., etc. e etc.

Esclarece-se a este Egrégio Colegiado, preliminarmente, que há, no mínimo, dois critérios que devem e estão sendo criteriosamente seguidos pelo Estado de Santa Catarina na busca de uma situação ideal, que, ao que parece, passaram despercebidos pela r. Decisão agravada, quais sejam: o 1º relativo a forma como devem ser alocados os servidores nas Delegacias de Polícia, tomando-se como base **estudos técnicos como índices estatísticos de procedimentos**

**registrados, criminalidade das regiões, população, etc.;** o 2º, concernente a limitação orçamentária/financeira de se poder contratar um maior número de policiais para o Estado de Santa Catarina e, quando se diz desta limitação, não é apenas retoricamente, mas sim fática e materialmente, como também da própria limitação legal da Lei Complementar n. 453/2009.

As informações anexas, da Delegacia Geral da Polícia Civil, de forma clara e “sem pinturas”, melhor contextualiza a situação referente aos critérios lotacionais dos policiais civis do Estado de Santa Catarina:

**CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO DA POLÍCIA CIVIL DE SANTA CATARINA PARA DISTRIBUIR OS SERVIDORES NAS UNIDADES POLICIAIS**

I. Tem-se hoje **previsto em Lei Estadual**, que instituiu o plano de carreira do Grupo da Segurança Pública – Polícia Civil (LC nº 453/2009 e LC nº 499/2010):

- 510 (quinhentos e dez) vagas para Delegado de Polícia;
- 834 (oitocentos e trinta e quatro) vagas para Escrivão de Polícia;
- 4.495 (quatro mil, quatrocentos e noventa e cinco) vagas para Agente de Polícia; e
- 158 (cento e cinquenta e oito) vagas para Psicólogo de Polícia.

II. Tem-se hoje, conforme previsto nos dados constantes no SIGRH (Sistema Integrado de Gestão de Recursos Humanos do Governo do Estado de Santa Catarina):

- 369 (trezentos e sessenta e nove) Delegados de Polícia;
- 553 (quinhentos e cinquenta e três) Escrivães de Polícia;
- 2.144 (dois mil, cento e quarenta e quatro) Agentes de Polícia; e
- 47 (quarenta e sete) Psicólogos Policiais.

[...]

III. Diante do desafio que é estabelecer critérios para distribuição do efetivo o Setor de Recursos Humanos da Delegacia Geral realizou estudos que resultaram em proposta de Decreto, já encaminhada ao Governo do Estado, que define o total geral de servidores nas Unidades de Polícia do Estado

com base em critérios técnicos e justificados nos índices estatísticos de procedimentos registrados, criminalidade das regiões, população etc.

IV. Entretanto, o Delegado Geral da Polícia Civil ao assumir suas funções em janeiro de 2011 determinou ao Setor de Recursos Humanos que efetuasse **estudo técnico visando a implementação de uma Política de Movimentação de Pessoal segundo critérios técnicos e de interesse público.**

**V. Estes estudos resultaram na criação:**

- do Mapa de Georreferenciamento da Polícia Civil,
- do Banco de Permutas e
- da Proposta do Quadro Lotacional Geral considerando os critérios de distribuição apontados acima no item 5 (índices estatísticos de procedimentos registrados, criminalidade das regiões, população).

**Como resultado deste estudo foi elaborado o Quadro Lotacional Geral (QLG).**

**Para formulação do Quadro Lotacional Geral foi considerado o número máximo de policiais civis, conforme previsão legal levando em conta os seguintes critérios:**

**a) Quantitativo de habitantes, conforme censo do IBGE 2010,**

**b) Média quantitativa, natureza e gravidade dos crimes registrados nos boletins de ocorrência nos últimos 5 (cinco) anos;**

**c) Média quantitativa e tipo de procedimentos policiais instaurados.**

VII. Entretanto os números precisam ser analisados considerando a mesma proporção encontrada entre o número de servidor previsto em lei e o número de servidor efetivamente trabalhando.

Considerou-se então que o número de servidores da Polícia Civil de Santa Catarina representa os 100% da mão de obra a ser distribuída nas unidades da polícia civil do Estado. O setor do RH usou este raciocínio, pois é necessário dispor, imediatamente, de servidores para as atividades diárias em **TODAS** as unidades.

**FÓRMULA APLICADA:**

Relação entre o número do efetivo por unidade com a proporção encontrada na análise entre a previsão legal e o número efetivo.

VIII. Fez-se um levantamento das aposentadorias, dos falecimentos, das exonerações e demissões a bem do serviço

público desde o ano de 2011 até a presente data e percebeu-se que ocorrem em média 120 (cento e vinte) desligamentos por ano.

[...]

Hoje a Polícia Civil entende como de extrema necessidade a organização e distribuição de vagas através de critérios técnicos, tudo isso com o escopo de tentar inibir as pressões políticas; que os interesses pessoais transpassem aos interesses da instituição e que a escolha das vagas atenda interesse particular em prejuízo do interesse público, etc. buscando assim a total lisura da distribuição de policiais por toda Santa Catarina.

[...]

Para melhorar a situação em todo o Estado será necessário a abertura de vários Concursos Públicos. Já estão em andamento os Concursos Públicos para ingresso na carreira de Delegados e de Agentes.

Em que pese o Concurso Público de 2014, ainda não concluído, vá melhorar a situação da falta de integrantes da Polícia Civil não está nem perto de resolver o problema, pois como foi descrito acima o número de policiais necessários está aquém do quantum que irá ingressar.

Portanto, a realidade exposta demonstra que não há omissão do Poder Público, mas sim atuação no sentido de alocar os recursos humanos de forma **criteriosamente técnica, em todo o Estado e não apenas em um Município.** A atuação corretiva do Poder Judiciário está adstrita a omissão estatal, o que não se afigura presente na situação vertente.

A r. Decisão agravada se baseia, veja-se, em estudo técnico elaborado pela Delegacia Regional de Joinville e pela Delegada da Delegacia de Garuva, como se Garuva fosse uma ilha separada do ente federativo Estado de Santa Catarina, com os seus demais **294 (duzentos e noventa e quatro) municípios.**

A situação descrita na exordial do Ministério Público do Estado de Santa Catarina não é exclusiva da Delegacia de Polícia do Município de Garuva, o que as informações acima



bem esclarecem, de modo que, é certo e incontroverso que a liminar deferida diminui o número de aprovados para alocação dentro dos critérios técnicos resultantes de estudo sério e comprometido dos Administradores da Secretaria de Estado da Segurança Pública.

É dizer, com o perdão da expressão, que “o cobertor é curto” e, dentro deste limite real deve a Administração, **por imposição constitucional dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência públicas**, adotar meios que, a par de minimizar os efeitos da deficiência de pessoal e maximizar os resultados com a alocação baseada em estudo técnico específico, **atinja igualmente todos os Municípios do território catarinense.**

[...]

Estas são as informações prévias e necessárias que já denotam que a reforma da r. Decisão recorrida é impositiva, ante a falta dos requisitos para a concessão da liminar, notadamente o *fumus boni iuris*.

[...]

A análise detida dos fatos dispostos nos autos, em consonância com as disposições constitucionais que regulam a atuação dos poderes estatais, comprova que a r. Decisão agravada atuou em desconformidade com estes primados constitucionais e os princípios administrativos.

A propósito, veja-se que em demanda *similar*, intentada na Capital pelo Sindicato dos Policiais Cíveis de Santa Catarina, em que se postula pela condenação do Estado em dar provimento do total de cargos previstos na Lei Complementar Estadual n. 453/2009, prolatou-se decisão em sentido totalmente diversa da ora recorrida, que, pela percuciência de seu conteúdo merece transcrição:

**No mais, indefiro a liminar, dispensando até mesmo oitiva prévia do réu (art. 2º da Lei 8.437/92).**

**O Sindicato quer que a Administração tome providências para que haja a admissão de mais policiais civis do que**

**as vagas previstas em recente edital, de maneira que seja atendido ao quantitativo de postos previstos na Lei Complementar 453/2009.**

**Deferir uma postulação dessas seria, para dizer o mínimo, uma temeridade.**

Por certo haverá bons argumentos para dizer que o número de policiais seja insuficiente e é mesmo provável que até aquela quantidade prevista em lei seja também acanhada. Diria, sem nenhum risco de errar, que também o montante de policiais militares seja diminuto, tanto quanto de médicos e assim indefinidamente.

Não se criam riquezas por decisões judiciais, muito menos é razoável que a administração financeira fazendária seja debitada ao juízo, que elegerá as prioridades estatais e imporá a superação de todos os problemas sociais.

A ser admitida a demanda do sindicato dos policiais, por que eu renegaria uma equivalente da associação de PMs ou de sindicato dos servidores públicos em geral pleiteando o provimento de mais cargos nas correspondentes categorias?

Não estou aqui defendendo que o Poder Executivo seja soberano na administração dos recursos públicos. Mas tampouco se pode ir ao ponto de ditar políticas públicas por decisões judiciais. O provimento de cargos públicos é missão debitada ao juízo político (no sentido nobre da palavra). Há infinitos aspectos que devem ser pesados simultaneamente. O fato de uma norma criar cargos não impõe que haja provimento de plano.

**É evidente que a fórmula da separação de Poderes não pode ser vista em sua versão radical histórica; mas ela ainda tem inteligência e está na Constituição.**

**O Estado lançou alentado edital para provimento de cargos. É dito que é pouco. Pode ser, mas cabe ao Executivo avaliar a conveniência de ampliar as nomeações à luz de (repito) inúmeros outros tópicos que devem ser avaliados simultaneamente.**

**Espre-se a resposta. (ACP n. 0322986-69.2014.8.24.0023, Hélio do Valle Pereira, DJ n. 2018, de 09.12.2014)**

[...]

Deveras, é consabido que o mérito do ato administrativo, ou seja, o exame da conveniência e oportunidade da implantação

de programas, realização de obras e contratação e alocação de serviços e servidores pela Administração Pública é incensurável pelos outros poderes do Estado, em face do princípio da separação dos poderes esculpido no artigo 2º da Carta Constitucional. Eventual incursão nas competências constitucionais de um Poder/função em outro(a) somente se é admitido em casos de inércia e/ou omissão dos deveres de concretização dos direitos constitucionais, o que, deveras, não é o caso retratado nestes autos.

Conforme já enfatizou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *“as obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes”* (Resp. n. 169876/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 16.06.98, DJU de 21.09.98).

Como a alocação de recursos públicos e contratação/lotação de servidores para esse ou aquele desiderato – mesmo aqueles cuja importância e relevância sejam unânimes no meio social, como no presente caso – depende da decisão das pessoas políticas legitimadas constitucionalmente para tal fim, é vedado ao Poder Judiciário adentar nessa tarefa, **sob pena de evidente afronta ao princípio estabelecido no art. 2º da Constituição Federal.**

Quando a Constituição Federal estabelece as diretrizes relacionadas à segurança pública, limita-se a traçar objetivos que o Estado deve perseguir por intermédio da elaboração de políticas públicas, cuja realização é condicionada à existência de previsões programáticas e orçamentárias, com a participação do Poder Legislativo. Neste sentido dispõe o § 7º do art. 144 da Constituição Federal: **“A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir eficiência de suas atividades”**, como também, dispõe os textos constitucionais federal e estadual que a criação de cargos públicos é competência do Poder Legislativo.

Assim, mesmo querendo, não pode o Estado de Santa Catarina tomar uma atitude, *data vênia*, desarrazoada e desproporcional no sentido de lotar servidores policiais em uma cidade em detrimento de todas as demais do Estado de Santa Catarina,

como impõe que assim o seja a r. Decisão recorrida.

A norma constitucional, programática que é, não outorga poderes ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público para que decida o que, quando e onde deve ser feito. Isso, como decorrência do texto constitucional, é prerrogativa da Administração Pública e, também no caso, competência do Poder Legislativo, sendo juridicamente impossível a ingerência dos demais Poderes nesta seara.

[...]

**Entendimento consentâneo com o ora alegado foi exposto em análise de pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento praticamente idêntico ao presente. Veja-se o quanto estatuiu o e. Desembargador Rodolfo C.R.S. Tridapalli, nos autos do Agravo de Instrumento n. 2015.001160-7, publicado no DJ de 29.01.2015:**

*Insurge-se o Agravante contra a decisão de primeiro grau que deferiu o pedido liminar. Para tanto, sustenta que a liminar, na forma como foi deferida, possui caráter satisfativo, uma vez que esgota o objeto da ação, vez que é perfeita a identidade da tutela de urgência pleiteada e deferida com o provimento final requerido. Em detida análise dos autos, conforme foi asseverado pelo Agravante, observa-se que o pedido liminar, conforme pleiteado pelo Agravado esvaziaria, em parte, o futuro provimento jurisdicional. Isso porque, o Agravado, na petição inicial de fls. 39-verso/40, requereu como pedido liminar, o direcionamento das vagas do edital n. 002/SSP/DGPC/ACADEPOL/2014, para a nomeação dos servidores necessários para as Delegacias de Polícia de Joinville. Do mesmo modo, no mérito, requereu a procedência integral para tornar definitiva a liminar, consistente na nomeação dos servidores, agora em número um pouco superior ao postulado em liminar. Extrai-se dos autos, que o deferimento da medida liminar esgotou totalmente o pedido de mérito. [...]*

*Como visto, o pedido liminar coincide com o pedido de mérito e, portanto, o seu deferimento exaure o pedido principal, devendo para tanto ser suspenso ou limitado. [...]*

*Apesar de ser evidente a necessidade de reprimenda na segurança pública no Município de Joinville, é certo que não se pode permitir que o Concurso Público em andamento seja direcionado – sem*

*qualquer critério técnico – apenas a um município que postulou judicialmente as vagas, sob pena de indébita intromissão no mérito administrativo, vez que a deliberação da conveniência dos atos administrativos faz parte do subjetivismo e discricionariedade do agente público.*

[...]

*Assim, ainda que o Poder Judiciário possa fazer o exame da legalidade e legitimidade do ato administrativo, o que se verifica no caso em tela é a efetiva pretensão de tratamento desigual na esfera estadual para beneficiar um único município, sem qualquer análise de critério técnico de distribuição de vagas a novos servidores da Polícia Civil.*

*Assim, se há Concurso Público em curso com previsão de várias vagas, não há falar-se em letargia estatal, bem assim, a previsão contida no § 3º, art. 1º da Lei n. 8.437/92, veda expressamente a antecipação de tutela pleiteada pela Agravante.*

*Diante disso, conforme tem assentado a doutrina e a jurisprudência que debatem o tema, a sobredita vedação legal somente poderá ser mitigada em circunstâncias especialíssimas, quando a análise do caso concreto demonstrar elevado risco de dano iminente e irreparável, configurado na hipótese de evidente estado de necessidade, em que a negativa da antecipação da tutela pretendida sujeitar o autor à condições que afrontem o princípio da dignidade, o que não é o caso dos autos.*

*À luz dessas considerações, visualizo a relevância na fundamentação do recurso (fumus boni juris) capaz de suspender a decisão hostilizada, a teor do art. 558, caput do Código de Processo Civil – CPC.*

*Nesta senda, aliado ao fato do efeito multiplicador da causa, a prudência judicial orienta pela suspensão da decisão atacada, ao menos até o pronunciamento de mérito pela Câmara competente.*

*Em assim sendo, presentes os requisitos autorizadores, **defiro o pedido de efeito suspensivo**, até que a Câmara competente analise com minudência o mérito recursal.*

A concessão da medida antecipatória deferida caracteriza grave lesão à ordem pública, não servindo, para justificá-la. Assim sendo, a liminar deferida finda por reconhecer, ainda que silenciosa e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 1º, § 3º da Lei n. 8.437/92, até mesmo porque o julgador só pode deixar de aplicar uma dada norma jurídica se a entender inconstitucional e, portanto, nula.

O Supremo, ao decidir pela constitucionalidade do art. 1.º da Lei n.º 9.494/97, findou por julgar conforme a Constituição, também, o art. 1.º da Lei n.º 8.437/92 (§ 3.º: não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação).

Assim, é indisfarçável que a tutela de urgência deferida afastou a incidência do art. 1.º, § 3.º, da Lei n.º 8.437 e, por via de consequência, do art. 1.º da Lei n.º 9.494/97, o que **desrespeita o efeito vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC n.º 04.**

[...]

Com efeito, conforme acima já aludido **não estão presentes os requisitos da fumaça do bom direito** para a manutenção da liminar, uma vez embasada em informações de uma única Delegacia Regional e de servidores de um único Município sem quaisquer respaldos técnicos e/ou conhecimento efetivo da realidade global existente em todo o Estado.

Deveras, temerária é a decisão liminar com tamanha amplitude com base tão-somente nas poucas provas produzidas unilateralmente pelo Agravado e na visão limitada pelo território de Garuva!

Não se trata de disputas institucionais entre os Poderes de Estado, mas de busca de soluções para um setor da sociedade, a segurança pública, que está sendo levado a efeito pela Administração com critérios técnicos que a complexidade do tema impõe. A solução simplória da r. Decisão agravada, a rigor, deteriora a situação da segurança pública no território do Estado de Santa Catarina.

*Data maxima venia*, não compete ao Judiciário determinar quantos policiais devem atuar em um dado município e/ou região. Tampouco lhe cabe dizer, dentre esse número, quantos devem trabalhar no setor x, y ou z ou nesta ou naquela Delegacia. Ainda mais quando existem concursos públicos em andamento.

Se o Executivo já realizou estudos técnicos com base em **variáveis diversas e complexas** (população, procedimentos policiais instaurados, quantitativo policial, etc.), determinando a abertura de concursos públicos para contratar policiais civis, em número que considera as políticas públicas implementadas, as necessidades e as possibilidades existentes, não é possível ao Judiciário sobrepor-se a tal decisão. Se não há omissão estatal, tanto que já existiram nos últimos anos alguns concursos públicos e nomeações recentes (documentos anexos), não pode o Judiciário ditar o número de policiais civis a serem contratados. Essa definição é de competência única e exclusiva do Estado, por sua Secretaria da Segurança Pública, que é o órgão que detém o conhecimento das necessidades na área e de todos os estabelecimentos e pode determinar, dentro de um critério equânime, o número adequado e possível de profissionais a serem contratados.

**Não se está diante de situação de omissão estatal! Veja-se que pelo critério técnico adotado pelo já referido Quadro Lotacional Geral Proporcional, o número de servidores está dentro do quantitativo. Eventual aumento de servidores para completar o Quadro Lotacional Geral depende de criação de novos cargos públicos e realização de outros concursos públicos.**

Não é possível que o controle dos atos administrativos realizados pelo Judiciário possa, sem violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, convolar-se em substituição da atividade administrativa pela atividade judiciária.

[...]

## **7. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, AO PRINCÍPIO FEDERATIVO E AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE**

Em um Estado Federado um pressuposto básico de sua existência é a igualdade entre as unidades federativas. Outra não é a concepção constitucional, estatuída já no art. 1º: **“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito**

**Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:”.**

Há, portanto, por determinação da Constituição Federal, igualdade entre os entes federativos. E, ainda mais, há, por imposição do art. 5º, *caput*, igualdade entre as pessoas.

Nos termos do conteúdo da r. Decisão agravada, há afronta direta aos preceptivos constitucionais invocados, na medida em que reserva número específico de aprovados em um concurso público geral para um determinado município, Garuva, em detrimento de outros municípios e das pessoas que neles residem.

A ofensa ao texto constitucional e as competências materiais nele dispostas são diretas e evidentes. Pertinente é o escólio de José Afonso da Silva:

*A vedação de criar distinções entre brasileiros coliga-se com o princípio da igualdade. Significa que um Estado não pode criar vantagem a favor de seus filhos em detrimento de originários de outros, como não poderá prejudicar filhos de qualquer Estado em relação a filhos de outros, nem filhos de um Município em relação a filhos de outros. A União não poderá beneficiar nem prejudicar filhos de uns Estados ou Municípios ou do Distrito Federal mais do que filhos de outros. Tampouco os Municípios poderão fazê-lo. O ato administrativo será nulo e a autoridade responsável por ele poderá incidir no crime previsto no art. 5º, XLI.*

*A paridade federativa encontra apoio na vedação de criar preferências entre Estado federado e outro ou outros, ou entre Municípios de um Estado e os de outro ou do mesmo Estado, ou entre Estado de Distrito Federal. (Curso de direito constitucional positivo, 13ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 452)*

Daí, exsurgem, também, a inexistência da fumaça do bom direito para a manutenção liminar guerreada.

**8. DO EFEITO MULTIPLICADOR DA DECISÃO AGRAVADA**

Cumprе observar que é perfeitamente previsível que a medida



liminar gerará repercussão na organização da Segurança Pública de junto a outros municípios do Estado, independentemente de observar as programações orçamentárias e de recursos humanos.

E isso porque os *Parquets* com atuação em outros Municípios seriam atraídos a também ajuizarem ações civis públicas, para também compelir o Estado à prestação idêntica à presente nestas outras localidades, já que a criminalidade é crescente em todo o país.

**A propósito, como já noticiado nestas razões recursais, veja-se decisão exarada também em Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público na Comarca de Joinville, em que também restou decidido pela reserva de aprovados nos concursos em andamento.**

E por que não deferir-se medidas liminares, como muito bem pontuado na decisão da lavra do Juiz Hélio do Valle Pereira, para contratação de mais professores, de mais médicos, enfermeiros, agentes penitenciários, policiais militares, Procuradores, Promotores, Juízes e, assim, infinitamente, já que os serviços públicos assim o são, infinitos e infundáveis!

Daí a necessidade de analisar este *apelo* recursal em todas as suas especificidades e vicissitudes, antes de manter obrigação passível de qualificar-se, como efeito multiplicador, quando o ente público restaria sobrecarregado de obrigações que desestruturaria não somente sua gestão mas a prestação de serviço público a toda coletividade do Estado de Santa Catarina.

A visão restrita de apenas uma cidade do Estado pode, como ressaltado, trazer eventual solução local, contudo, denota efeitos reflexos e multiplicadores de grande problematidade, tanto administrativa, quanto jurisdicional.

[...]

**Por conseguinte, não parece razoável, legal ou constitucional conceder tratamento diferenciado aos indivíduos de apenas um Município em detrimento de**

**todas as demais pessoas e municípios do Estado de Santa Catarina.**

A grave lesão de difícil reparação está, repita-se uma vez mais, no impacto que uma concessão da liminar como a guerreada tem aptidão para provocar, pela extensão da pretensão deduzida e, ainda, o estímulo à repetição de ações semelhantes, do que resultará o comprometimento da organização administrativa nesta sensível área da segurança pública, além de desestruturar todo o estudo técnico realizado pela Secretaria de Estado da Segurança Pública, com impactos negativos em outros municípios.

[...]

Ante a importância da matéria e seus reflexos, a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina submeteu o exame do caso ao grupo de Câmaras de Direito Público da mesma Corte, cuja decisão final recebeu a seguinte ementa:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO PARA QUE O ESTADO NOMEIE, EM 30 DIAS, UM ESCRIVÃO E UM AGENTE DE POLÍCIA PARA DELEGACIA DE POLÍCIA CIVIL DE MUNICÍPIO, APÓS O TÉRMINO DE CONCURSO PÚBLICO EM VIGÊNCIA.**

**QUESTÃO DECIDIDA PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO EM PREVENÇÃO DE DIVERGÊNCIA. ART. 947, § 4º, DO CPC.**

**PARA O FIM DO § 3º DO ART. 947 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, FICA ASSENTADA A TESE JURÍDICA 2:**

**SEGURANÇA PÚBLICA. ORDEM JUDICIAL PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE AGENTE DE POLÍCIA CIVIL EM DETERMINADA DELEGACIA. DESCABIMENTO.**

*“Sem prejuízo da possibilidade, sempre existente, de controle judicial dos atos da Administração Pública, não pode o Judiciário substituir-se ao Administrador para determinar, em afronta ao princípio da separação dos Poderes, onde devem ser providos cargos na área da segurança pública”.* **RECLAMO CONHECIDO E PROVIDO.**

Do teor do julgado transcreve-se fundamentação que entra no âmago da questão discutida:

Ora, na busca de subsídios para a solução do problema, é clarividente a intenção da decisão verberada, posto que pautada nas necessidades do Município de Garuva.

Todavia, quando se transborda a problemática para além da circunscrição de determinada urbe, os contornos da discussão passam a submeter-se a inúmeras outras variáveis inerentes à portentosa gestão da máquina pública.

E avançando para uma macro perspectiva da situação apresentada, constata-se a existência de obstáculos de toda ordem para nomeação dos cargos.

Não bastasse a questão de índole econômico-orçamentária [...] advém trazer à baila a polêmica inerente à separação dos Poderes.

Não se descure que o Judiciário não pode se furtar de examinar lesão ou ameaça a direito.

Mas este mesmo baluarte constitucional, que evoca o cotidiano do cidadão, porque é ele quem realmente está sujeito à falta de segurança, não pode cerrar as portas para a própria autonomia do Governo Estadual.

Por isso que, embora reconheça a imprescindibilidade do reforço organizacional nas Delegacias de Polícia, é necessário que se suspenda a ocupação de tais cargos, providência que leva em consideração a indispensabilidade de apurado e minucioso estudo sobre a realidade vivenciada em cada município, individualmente.

Isto porque decisão alguma deve se dissociar de seu contexto, de seu momento, de sua *sui generis* especificidade.

[...]

O Judiciário não pode determinar ao Executivo onde exatamente deve prover os cargos na área da segurança pública. A escolha nominal das cidades contempladas importaria consolidação de atividade tipicamente política, contrariando a concepção trazida pela Constituição Federal, onde se primou por adequada distinção de funções para cada órgão.

[...]

Há uma série de fatores que devem ser ponderados para se formar tão distinta solução, cujo mote, porém, não pode se distanciar da raiz legal estabelecida pelo art. 2º da Carta Magna, no sentido de que “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

[...]

Daí a pertinência de se firmar um rumo para dissensão de tal celeuma, pois o cenário que se avizinha é o surgimento de inúmeros julgados versando sobre causa semelhante.

Diante disto, por tratar-se de relevante questão de direito, com grande repercussão social, é de ser dado provimento ao agravo interposto.

Assim, para o fim do art. 947, § 3º, do Código de Processo Civil, fica assentada a *Tese Jurídica 2*:

SEGURANÇA PÚBLICA. ORDEM JUDICIAL PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE AGENTE DE POLÍCIA CIVIL EM DETERMINADA DELEGACIA. DESCABIMENTO.

Sem prejuízo da possibilidade, sempre existente, de controle judicial dos atos da Administração Pública, não pode o Judiciário substituir-se ao Administrador para determinar, em afronta ao princípio da separação dos Poderes, onde devem ser providos cargos na área da segurança pública.

Dessarte, pronuncio-me no sentido de conhecer do agravo, dando-lhe provimento, para desconstituir a decisão recorrida e fixar a *Tese Jurídica 2*, nos termos do art. 947, § 3º, do Código de Processo Civil.

Como se vê, o grupo de Câmaras de Direito Público atuou de maneira elogiável, fixando tese jurídica que respeita o princípio da separação dos poderes e prestigia a atuação do administrador público – legitimado pela população para implantação de políticas públicas, permitindo que se busque as melhores soluções para todos os âmbitos do Estado, sobremaneira no que toca à segurança pública. Há adequada deferência às competências constitucionais dos poderes/funções de Estado.

Destacado julgamento foi processado no rito do Incidente de Resolução de Competência (IAC), a teor do art. 947 do Código de Processo Civil de 2015. Tal incidente se trata de novo instituto disciplinado pelo ordenamento jurídico-processual, no sentido de que o “acórdão proferido em assunção de competência **vinculará** todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houve revisão de tese” (§ 3º).

Essa vinculação se insere no contexto de precedentes vinculantes regulamentados pela nova legislação processual civil, para o fim de uniformizar o entendimento jurisprudencial, vinculando todos os órgãos jurisdicionais, de modo a concretizar princípios de direitos fundamentais, notadamente o princípio da igualdade e o da segurança jurídica, dando-se o mesmo tratamento e solução jurisdicional às mesmas questões submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

Em tal medida, igualmente, é a redação do art. 927, *caput*, do CPC/2015, que traz uma ordem de observação, aos juízes e tribunais, a determinadas decisões as quais elenca em seus incisos, dentre as quais, os acórdãos em incidente de assunção de competência (inciso III).

Nesses termos, atuou o Judiciário, em harmonia institucional com a administração, de forma a assentar tese jurídica que elucida complexa situação vivenciada na área da segurança pública no estado de Santa Catarina, prestigiando a implementação de políticas públicas delimitadas por estudo pertinente ao provimento de servidores, embasado em critérios estritamente técnicos, respeitando as competências definidas na Constituição federal acerca das funções estatais e, por fim, solucionando e impondo um tratamento uniforme e igualitário, no território catarinense, a eventuais discussões sobre a matéria.



**DIOESC**

DIRETORIA DA IMPRENSA OFICIAL  
E EDITORA DE SANTA CATARINA  
IMPRENSA OFICIAL E ARQUIVO PÚBLICO

COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO

**ESTADO DE SANTA CATARINA**

**Secretaria de Estado da Administração**

**Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina**

Rua Duque de Caxias | 261

Saco dos Limões | Florianópolis | SC

CEP 88045-250 | Fone: (48)3665-6200

ADP-97482 | OP 8825

