



ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria Geral do Estado

2014

REVISTA DA

Procuradoria Geral do Estado

Impressão (DIOESC)

Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina

Projeto Gráfico

Heloisa de Oliveira Ganzo

Diagramação | Capa

Heloisa de Oliveira Ganzo

Revisão (DIOESC)

Débora Silveira de Souza Cardoso

Jaqueline Sindorski Bigaton

COMISSÃO EDITORIAL*

Bárbara Lebarbechon Moura Thomaselli

Camila Maria Duarte

Carlos Alberto Carlesso

Eduardo Zanatta Brandeburgo

Francisco José Guardini Nogueira

Gian Marco Nercolini

Rejane Maria Bertoli - coordenadora

* Procuradores do Estado, designados pela Portaria nº 17/2013.

Ficha Catalográfica

Elaborada pela Bibliotecária Neusa Maria Schmitz CRB-14/542

R 454

Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina,
n. 3, 2014. – Florianópolis: Dioesc, 2013.

Anual.
ISSN 2319-0671

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

CDU: 340



ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria Geral do Estado

2014

Sumário

Editorial 7

PRIMEIRA SEÇÃO | Artigos de procuradores do Estado 9

Procurador geral do Estado de Santa Catarina membro da carreira – uma proposição de *lege ferenda* | *Weber Luiz de Oliveira* 11

Técnicas de garantia e garantia da justiça no Estado Constitucional | *João dos Passos Martins Neto e Bárbara Lebarbenchon Moura Thomaselli* 23

Fundamentos para obtenção de bloqueio de receitas por meio de cartão de crédito | *Marcos Rafael Bristot de Faria e Thiago Mundim Brito* 37

O modelo de gestão da saúde por organizações sociais no Estado de Santa Catarina | *Bruno de Macedo Dias* 53

A impossibilidade de condenação da Fazenda Pública Estadual em honorários de sucumbência nas execuções não embargadas, mesmo nos casos de RPV | *André Martinez Rossi* 77

Cadastro Ambiental Rural (CAR): desafios e perspectivas | *André Emiliano Uba* ... 97

Do domínio do Estado de Santa Catarina sobre as terras situadas nos campos de Araçatuba ou Massiambú | *Ana Cláudia Allet Aguiar* 109

Demarcação constitucional de terras indígenas e participação dos estados da federação | *Alisson de Bom e Souza* 123

SEGUNDA SEÇÃO | Artigo de convidado 143

Ação civil pública e a tutela da moralidade administrativa – estudo de caso em licitação | *Samuel Dal-Farra Naspolini* 145

TERCEIRA SEÇÃO | Artigos selecionados no Prêmio Procurador do Estado Irineu José Rubini 163

Editorial do Prêmio 165

O exame da constitucionalidade dos projetos de lei por meio da atividade consultiva das PGEs | *Maurício Moliner Nazário* **167**

A autonomia da Procuradoria Geral do Estado enquanto condição necessária ao combate da corrupção | *Tailine Fátima Hijaz* **177**

Ponderações acerca do fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde pelo Estado | *Mylena Baldo* **189**

QUARTA SEÇÃO | Coletânea de informações estatísticas da Procuradoria Geral do Estado 201

Coletânea de informações estatísticas da Procuradoria Geral do Estado 203

Editorial

A edição de 2014 da Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina tem por objetivo divulgar os trabalhos da instituição e as atividades desenvolvidas pelos Procuradores do Estado de Santa Catarina.

A revista está dividida em quatro seções: a primeira, formada por artigos de Procuradores do Estado, baseados em estudos e teses desenvolvidas no exercício de suas funções; a segunda, com artigo de representante do Ministério Público estadual convidado; a terceira, com os trabalhos selecionados pela Comissão Organizadora e Julgadora da primeira edição do Prêmio Procurador do Estado Irineu José Rubini; e a quarta e última seção, composta por dados estatísticos que traduzem a atividade da Procuradoria Geral do Estado, no exercício de 2013, fornecidos pela Corregedoria Geral da PGE/SC.

A edição da presente revista apresentou-se como um importante desafio, que somente foi vencido graças à colaboração da administração da PGE/SC, dos colegas Procuradores do Estado, representante do Ministério Público estadual e estudantes do curso de direito que participaram do Prêmio Procurador do Estado Irineu José Rubini.

A todos, que colaboraram direta e indiretamente, nossos sinceros agradecimentos.

Comissão editorial

PRIMEIRA SEÇÃO

Artigos de Procuradores do Estado

Procurador geral do Estado de Santa Catarina membro da carreira – uma proposição *de lege ferenda*

Weber Luiz de Oliveira¹

1. Introdução

Tem o presente artigo o escopo de demonstrar a necessidade de alteração de dispositivo da Constituição do Estado de Santa Catarina, que disciplina as condições para preenchimento do cargo de procurador geral do Estado, cargo que se defende que seja ocupado por membro da carreira de procurador do Estado, nos termos do quanto estatuído pela Constituição Federal.

2. Disciplinamento Constitucional e Legal

A Constituição Federal preceitua no 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 federal.

A Constituição do Estado de Santa Catarina dispõe que o procurador geral do Estado “será nomeado pelo Governador dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, advogados, de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada” (art. 103, ° 1°).

A Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, Lei Complementar Estadual nº 317, de 30 de dezembro de 2005, descreve que “o Procurador-Geral do Estado, Chefe da advocacia do Estado, nomeado na forma da Constituição Estadual, preferencialmente dentre Procuradores do Estado em atividade na carreira, despachará diretamente com o Governador do Estado as matérias a seu encargo”.

A prerrogativa de escolha livre pelo chefe do Poder Executivo é adequada, haja vista que o procurador geral do Estado é quem detém a competência de coordenar

¹ Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em direito processual civil pela UNISUL/LFG.

o Sistema de Serviços Jurídicos do Estado de Santa Catarina². Nesse sentido, há que se ter pessoa de confiança do chefe do Poder Executivo, porquanto a aplicação das políticas públicas do governo em exercício, eleito democraticamente, perpassa pelo estudo jurídico e exigências legais que devem ser dirimidas pelo órgão jurídico competente, qual seja, a Procuradoria Geral do Estado, chefiada pelo procurador geral do Estado.

Essa livre escolha, todavia, é constitucional e eficiente desde que realizada entre os membros da carreira, o que leva a uma continuidade e uniformização dos trabalhos e ações então desenvolvidas, sem interrupção por influências extrajurídicas, políticas ou quaisquer outras. Isso porque o órgão Procuradoria Geral do Estado é um órgão, acima de tudo, técnico, técnico-jurídico, não podendo ficar à mercê de alterações repentinas e/ou de situações ou arranjos políticos variados.

A defesa das políticas públicas implementadas não transforma os procuradores do Estado em advogados do chefe do poder executivo, porquanto tem, esses profissionais, como premissa básica, a atuação em defesa do Estado e de sua ordem constitucional, com autonomia funcional no exercício de suas funções³, consoante disposição do art. 2º, da Lei Complementar Estadual nº 317/2005.

A imperatividade de exercício da chefia da advocacia pública por membro de carreira também se mostra evidente quando se constata que a advocacia do Estado envolve a representação judicial e consultoria jurídica não só do Poder Executivo, mas de todos os poderes estatais – Judiciário e Legislativo – como também do Ministério Público e do Tribunal de Contas. De rigor, o chefe da advocacia pública estadual é advogado do “Estado” e não do “Governo”.

Ainda, entre os princípios da Procuradoria Geral do Estado⁴, delimitado no art. 3º da LC nº 317/2005, está o da indivisibilidade da instituição, do qual decorre

² O Decreto nº 724, de 18 de outubro de 2007, “Dispõe sobre a organização, estruturação e funcionamento do Sistema de Serviços Jurídicos da Administração Direta e Indireta”, ressaltando no art. 1º que esse Sistema “tem por finalidade a adoção de procedimentos homogêneos e integrados, visando à normatização, coordenação, supervisão, regulação, controle, fiscalização e uniformização da orientação jurídica, nos órgãos e entidades que o integram”.

³ Pertinente a manifestação de José Augusto Delgado (2006, p. 61): “Somos testemunhas presentes, repetimos, de que os Procuradores dos Estados, na concepção que possuem de que não são empregados dos Chefes dos Poderes, porém, súditos diretamente vinculados aos anseios da cidadania, cumprem, de acordo com os comandos constitucionais, especialmente, os dogmas da moralidade, as atividades inerentes à defesa do direito posto em Juízo”.

⁴ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 49), ao classificar as funções essenciais à justiça como procuraturas constitucionais, correspondendo o Ministério Público à *advocacia da sociedade*, a Advocacia Geral da União e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal correspondendo à *advocacia do Estado* e, por fim, a *advocacia dos necessitados* relativa à Defensoria Pública, sustenta que as referidas procuraturas têm como princípios a essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso.

que essa indivisibilidade também afeta a ter no cargo de procurador geral do Estado membro da carreira.

3. Justificação

O procurador do estado, servidor público de carreira, tem um melhor e profundo conhecimento do órgão, das necessidades internas e dos procedimentos existentes, resultando daí uma especificação, uma especialização e uma uniformização do serviço público prestado. Dessarte, o membro da carreira conhece, na teoria e na prática, o ordenamento jurídico público afeto ao exercício do cargo, o que, de fato, inexistente em outras pessoas não integrantes da advocacia pública estadual.

A exigência da Constituição Federal é que a representação judicial e a consultoria jurídica dos Estados sejam feitas por procuradores de Estado, organizados em carreira. O provimento desse cargo também restou delimitado pelo texto constitucional, “dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases” (art. 132).

Nesse contexto, resta impositivo constitucionalmente que a defesa judicial e a consultoria jurídica somente podem ser feitas por membro da carreira, o que afasta a nomeação de advogados não integrantes da mesma.

Aproposição defendida busca, além da conformidade da Constituição Estadual com a Federal, o reconhecimento dos advogados públicos membros da Procuradoria Geral do Estado, um fortalecimento da Instituição, uma especialização, efetivação, continuidade e impessoalidade do serviço público jurídico e, por conseguinte, uma adequada eficiência e segurança jurídica nos trabalhos desenvolvidos.

A situação jurídica contemporânea do Estado brasileiro não mais se conforma com a nomeação para o exercício de cargo de vital importância na Administração das unidades federadas de pessoas estranhas aos quadros oficiais. O princípio da impessoalidade, sedimentado no caput do art. 37, da Constituição Federal, afasta essa possibilidade. Não se está mais vivendo em épocas coloniais, em que o procurador do Estado, “como fidalgo, servia à realeza, integrante do estamento, situação que se perpetuará durante o Império, com reflexos na República” (SCHUBSKY, 2008, p. 33).

A realidade retratada por Sérgio Buarque de Holanda, referido por Schubsky (2008, p. 32), de que “é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”

não está mais presente hodiernamente – ou, ao menos, não se quer presente⁵. A profissionalização da Administração Pública e de seus quadros é imperativo para a prestação eficiente dos serviços públicos exigidos pela sociedade. Os serviços jurídicos inserem-se nesse contexto.

Contrariamente, Rubens Naves, defendendo um modelo gerencial de Estado na busca da eficiência na prestação dos serviços públicos que devem se pautar por resultados, entende que “advogados podem assumir cargos em comissão, mas somente para o exercício das funções aqui indicadas: ligadas ao comando da atuação administrativa, ou ao assessoramento pessoal de agentes públicos ocupantes de cargos de alto escalão” (2008, p. 44). Entretanto, adverte, em sequência, que “não se pode admitir o provimento de um advogado em cargo de comissão para exercer a representação judicial e administrativa da entidade estatal”.

Em alguns estados da Federação já se vê que a legislação local disciplinou o que ora se propõe. Cita-se, exemplificadamente, os estados do Rio Grande do Sul⁶, São Paulo⁷, Rio de Janeiro⁸, Mato Grosso do Sul⁹, Tocantins¹⁰, Piauí¹¹ e Acre¹².

O Estado de Minas Gerais, em recente notícia vinculada no sítio da Associação Nacional dos Procuradores de Estado (ANAPE)¹³, encaminhará, pelo governador do Estado, projeto de emenda à sua Constituição também para que seja obrigatória a nomeação do seu advogado geral por membro da carreira.

4. Posição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o tema. Em julgamento, em 16 de agosto de 2007, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.581-3, proposta pelo Governo do Estado de São Paulo contra o parágrafo único do art. 100, da Constituição Estadual, a decisão foi de seis votos a cinco no sentido da

⁵ Goffredo da Silva Telles Júnior, em discussões anteriores à instauração da Assembléia Nacional Constituinte de 1986, destacou que “o que é preciso é que o Governo não se confunda com o governante; o que é preciso é que o Governo seja, de fato e de direito, uma *instituição regulamentada*, organizada por uma lei superior, uma lei que submeta governados e governantes” (1985, p. 31).

⁶ Constituição Estadual, art. 117.

⁷ Constituição Estadual, art. 100, parágrafo único.

⁸ Constituição Estadual, art. 176, § 1º.

⁹ Constituição Estadual, art. 145.

¹⁰ Constituição Estadual, art. 51, § 1º.

¹¹ Constituição Estadual, art. 150, § 1º.

¹² Constituição Estadual, art. 124.

¹³ Disponível em: <<http://anape.org.br/noticia/AGE+de+carreira+em+breve+em+Minas+Gerais>>. Acesso em: 02 set. 2013.

constitucionalidade do dispositivo questionado. Veja-se, a propósito, as razões do ministro Marco Aurélio, ao proferir o seu voto vencedor:

[...] creio que a harmonia no âmbito da Procuradoria é preservada quando se guinda, ao cargo maior de Procurador, integrante do quadro funcional. Essa harmonia, a meu ver, pode ficar solapada – não digo, não afirmo que fique solapada –, se o governador simplesmente pinçar um terceiro e o colocar nesse cargo de chefia.

E, em continuidade ao seu voto, faz diferenciação em relação à Advocacia Geral da União, a qual é chefiada por membro não integrante da carreira, dispondo que não se aplica à Procuradoria Geral do Estado, tendo em vista que o art. 132 da Constituição Federal enuncia que os procuradores dos Estados serão organizados em carreira, aí incluído, o procurador geral do Estado. Este o seu raciocínio:

Do meu ponto de vista, cumpre dar significado à distinção feita pelo legislador constituinte no trato das instituições.

Quanto ao Advogado-Geral da União, não há a menor dúvida, pode o Presidente nomear à livre discricção. Agora, relativamente à Procuradoria, deve-se conjugar o artigo 132 – no que é silente, não alude à chefia da Procuradoria, mas a algo muito significativo, a representatividade do Estado pelos integrantes da carreira, e, como disse, o Procurador-Geral representa, num patamar superior, até mesmo, o próprio Estado – com o 235, VIII, que apenas viabilizou a escolha do Procurador-Geral fora da carreira até a promulgação da Carta estadual.

Por isso, entendo que não se tem, na espécie – ainda que se despreze a ângulo da conveniência, e creio que o dispositivo é salutar no que valoriza a carreira [...]

Em 12 de fevereiro de 2009, novamente o Pretório Excelso manifestou-se sobre o tema, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.682, do Estado do Amapá, relator ministro Gilmar Mendes, assentando que a escolha do procurador geral do Estado é de competência do poder legislativo decorrente, que poderá exigir que seja por membro da carreira ou não. Enfim, sedimentando esse entendimento, no julgamento da ADI nº 291, do Estado do Mato Grosso, julgada em 07 de abril de 2010, tendo como relator o ministro Joaquim Barbosa, o STF sedimentou que o “cargo de Procurador Geral do Estado é de livre nomeação e exoneração pelo Governador do Estado, que pode escolher o

Procurador Geral entre membros da carreira ou não”.

5. Crítica

Não se coaduna com a atual posição do Supremo Tribunal Federal. Diferentemente do disciplinamento da Constituição Federal em relação a Advocacia Geral da União, que define que o “ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição” (art. 131, § 2º) seja feito por concurso, a advocacia pública estadual e distrital deve ser preenchida e organizada por membros de carreira (art. 132), com ingresso obrigatório através de concurso público de provas e títulos. Inexistem quaisquer ressalvas, tanto em relação ao ingresso em classes, sejam final ou inicial, quanto à nomeação de membros, como os expressamente feitos em relação ao órgão federal¹⁴.

A interpretação da Constituição, na espécie, é literal¹⁵. Não há indeterminação nos conceitos descritos nos dispositivos descritos, de forma que não se mostra possível utilizar-se de métodos e princípios de interpretação axiológicos. É cediço que, quando a Constituição não se expressou, não é cabível ao intérprete ampliar o significado de seus preceitos, notadamente quando inexistente indeterminação nos enunciados, mas delimitação clara.

Por conseguinte, pessoa não integrante da carreira, portanto, não submetida a certame público constitucionalmente imposto, não pode exercer o cargo por ausência de pressuposto constitucional.

O poder constituinte decorrente dos Estados Federados não pode ser exercido, regulamentando matéria em que o poder constituinte originário já se pronunciou e se exauriu. Outra não é a redação do art. 25, da Constituição Federal, que diz que os Estados “organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Com efeito, a decorrência do poder constituinte estadual é delimitada

¹⁴ Marisa Zandonai (2006, p. 375) contextualiza: “O modelo de advocacia pública da União não revela simetria com o modelo de advocacia pública dos Estados e do Distrito Federal, conforme expressamente demonstra o texto constitucional”.

¹⁵ Adverte Inocêncio Mártires Coelho (2007, p. 43) que “ao aplicador do direito – por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação – não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, tampouco ir além do seu sentido linguisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade e para ela funciona como limite da interpretação”. Destaca, ainda: “No âmbito da hermenêutica jurídica, em geral, e da interpretação constitucional, em particular, a idéia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e racionalizar a interpretação deriva imediatamente do princípio da segurança jurídica, que estaria de todos comprometida se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça” (p. 111).

por uma zona de autodeterminação e um conjunto de limitações impostos pela Constituição Federal (SILVA, 1997, p. 563).

José Afonso da Silva (1997, p. 564-570) entende que essas limitações ao poder constituinte decorrente resultam dos princípios constitucionais sensíveis e dos estabelecidos, dividindo as limitações desses últimos em expressas, subdivididas em vedatórias – que proíbem os Estados de realizar atos ou procedimentos – e mandatórias, implícitas e decorrentes.

Ao que importa ao presente debate, o disciplinamento da forma de nomeação do cargo de procurador geral do Estado sucede da interpretação literal e sistemática do quanto disposto nos arts. 131 e 132, da Constituição Federal, sendo uma limitação explícita mandatória ao poder constituinte estadual. Essa limitação explícita mandatória, oriunda dos princípios constitucionais estabelecidos,

consistem em disposições que, de maneira explícita e direta, determinam aos Estados a observância de princípios, de sorte que, na sua organização constitucional e normativa, hão que adotá-los, o que importa confranger sua liberdade organizatória aos limites positivamente determinados [...] (SILVA, 1997, p. 566).

Elenca, ainda, José Afonso da Silva as várias matérias que o Constituinte Estadual tem que dispor, referindo “sobre sua *representação judicial e consultoria jurídica*, que hão de ser atribuídas a Procuradores dos Estados, organizados em carreira, com as garantias, direitos e prerrogativas indicados nos arts. 132 e 135” (p. 567).

O art. 132, da Constituição Federal, ainda estatui que a representação judicial e a consultoria jurídica das unidades federadas serão exercidas não pelo órgão, mas sim pelos procuradores dos Estados e do Distrito Federal, daí corroborando com mais ênfase a obrigatoriedade de nomear-se exclusivamente membro da carreira para o exercício do cargo de procurador do Estado.

Devem ser considerados, portanto, órgãos unipessoais, nas palavras de Fernandes (2010, p. 88). Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 50), referido por Fernandes, cada procurador do Estado “é um órgão individual, para empregar a nomenclatura de Marcello Caetano, com sua natureza institucional ligada ao cargo, desempenhando com independência técnico-profissional”.

Marisa Zandonai arremata:

A advocacia pública nos Estados foi posta diferente na Constituição Federal. Remete com exclusividade o exercício

da representação judicial aos *Procuradores* dos Estados e do Distrito Federal e não à Instituição “Procuradoria Geral dos Estados ou do Distrito Federal”, ou qualquer órgão ou carreira a ela vinculados, de maneira que apenas os profissionais públicos ali nominados estão autorizados pelo texto constitucional a *representar judicialmente* o Estado (2006, p. 385-386).

A propósito do tema, a ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia Antunes Rocha, quando procuradora do Estado de Minas Gerais, publicou artigo que se traz a colação, defendendo o quanto ora alegado:

[...] A advocacia não é atividade exclusiva do Estado; mas é exclusiva do Estado, entretanto, a advocacia pública, que há de ser desempenhada por um de seus órgãos. Somente os membros da carreira de Procurador, servidor efetivo do Estado com função única e permanente, é que podem desempenhar as atividades de representação judicial e de consultoria jurídica da pessoa pública de cujos quadros faça parte.

[...]

É o Procurador-Geral do Estado Procurador do Estado? A questão pode parecer um tanto surrealista ou posta como jogo de palavras, à primeira vista, tem pertinência ainda em face da melancólica prática administrativa que domina o cenário nacional.

É que, ressalva feita a algumas Constituições Estaduais que, expressamente, afirmaram que o Procurador-Geral do Estado, dentre os Procuradores de Estado, com indesejável frequência se indaga se ficaria o chefe do Poder Executivo vinculado a limitar o seu campo de escolha, aos membros da carreira de Procurador do Estado.

[...]

O Procurador-Geral do Estado exerce a advocacia pública ou é um mero administrador da Procuradoria-Geral do Estado? A resposta há de ser afirmativa quanto à primeira alternativa, quer dizer, o Procurador-Geral do Estado é um advogado público. Entre as suas atribuições tem-se, como principal, a da representação judicial e da consultoria jurídica. Ele representa a entidade, dentro e fora do seu território, perante qualquer juízo ou tribunal, propõe ação, determina providências judiciais ou

extrajudiciais, define o pólo ativo e passivo nas ações a serem propostas pela Procuradoria-Geral do Estado, aprova os pareceres emitidos e, principalmente, delega competência aos demais procuradores. Bastaria esta função para se indagar: não fosse (ou se não é) o Procurador-Geral do Estado um Procurador do Estado (o qual recebe a sua competência da Constituição e da lei que regulamenta, no âmbito de cada entidade, a forma de exercício da atribuição constitucional que lhe é cometida), como detém ele competência que possa delegar aos demais membros da carreira? Somente pode delegar competência quem tem competência. A competência para a representação judicial e a consultoria jurídica é outorgada constitucionalmente *apenas e exclusivamente aos Procuradores organizados em carreira* e na qual o ingresso depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil. Portanto, a competência do Procurador do Estado tem fundamento constitucional. Mas somente o tem o Procurador do Estado de carreira. Esta competência é genérica para a representação judicial e a consultoria jurídica. Para cada ação, cada processo, cada caso específico é que se vale o Procurador-Geral do Estado de delegação legalmente referida e que, atualmente, mesmo na jurisprudência, tem-se como não imprescindível para o desempenho da atribuição em situação concreta.

Portanto, somente quem detém a competência genérica pode delegar a competência para situação específica. E aquela advém da Constituição e somente é dirigida aos Procuradores do Estado de carreira (1999, pp. 147-151).

Há, outrossim, um fundamento relevante, na esteira do voto do ministro Marco Aurélio, acima transcrito. Trata-se do constante no Título IX, último título da Constituição Federal, intitulado “Das Disposições Constitucionais Gerais”, que no art. 235, VII, relata:

Art. 235. Nos dez primeiros anos da criação do Estado, serão observados as seguintes normas básicas:

[...]

VIII – até a promulgação da Constituição estadual, responderão pela Procuradoria-Geral, pela Advocacia-Geral e pela Defensoria-Geral do Estado advogados de notório saber,

com trinta e cinco anos de idade, no mínimo, nomeados pelo Governador eleito e demissíveis *ad nutum*.

Diante dessa redação, conclui-se que, se em novos Estados criados pode temporariamente o chefe da advocacia pública ser advogado demissível *ad nutum*, isso *somente* até que seja promulgada a Constituição estadual, devendo, a partir de então, por consectário lógico, serem nomeados servidores efetivos, com muito mais razão em Estados Federados que já existiam o preenchimento do cargo de procurador geral apenas se pode dar por procuradores de carreira, e isto obrigatoriamente após a promulgação da Constituição de 1988, não se podendo aguardar a promulgação da estadual.

6. Conclusão

Do articulado, em sede conclusiva impende assentar que a Constituição Federal disciplinou diferentemente as advocacias públicas federal e estaduais.

O princípio da simetria não se aplica em razão de restar totalmente regulamentado pelo texto constitucional o regime jurídico da advocacia dos Estados, não podendo o poder constituinte decorrente disciplinar matéria em afronta à Constituição Federal.

Uma interpretação lógica e sistemática dos arts. 131 e 132, da Constituição Federal de 1988, consentem com essas assertivas.

A Advocacia Geral da União pode ser, por expressa disposição constitucional (art. 131), dirigida por advogado não integrante da carreira, sendo apenas o ingresso nas classes iniciais feito por concurso público de provas e títulos. É a instituição que é incumbida da representação judicial e extrajudicial.

Já no que concerne à advocacia pública dos Estados e do Distrito Federal, a representação judicial e extrajudicial se dá diretamente pelos procuradores dos Estados e do Distrito Federal, aprovados em concurso público de provas e títulos (art. 132) e organizados em carreira.

Por conseguinte, não se pode admitir, por ofensa ao referido art. 132, que a representação judicial e extrajudicial do Estado se faça por advogado não integrante da carreira, por nítida ausência de pressuposto constitucional, muito menos se tratando do cargo de direção superior.

Os procuradores do Estado, membros efetivos da carreira, no exercício contínuo do cargo ensejam uma especificação, uma especialização e uma uniformização do serviço público prestado, decorrendo daí uma melhor eficiência e impessoalidade – sem intervenções políticas desinteressadas – nas tratativas dos

temas postos à sua apreciação.

Nesses termos, tanto em um enfoque objetivo quanto subjetivo, salutar e constitucional ao Estado de Santa Catarina e a instituição Procuradoria Geral do Estado, que o cargo de procurador geral do Estado seja preenchido por membro da carreira, de livre nomeação e exoneração pelo governador do Estado.

Para tanto, mister que haja uma emenda à Constituição Estadual para o fim de inserir o que ora se defende, com posterior alteração na Lei Complementar nº 317/2005.

Essa a proposição, *de lege ferenda*.

7. Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DE ESTADO (ANAPE). *AGE de carreira em breve em Minas Gerais*. Disponível em: <<http://anape.org.br/noticia/AGE+de+carreira+em+breve+em+Minas+Gerais>>. Acesso em: 08 set. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, José Augusto. Autonomia das Procuradorias dos Estados. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 30, n. 64, p. 49-61, jul./dez. 2006.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Regime Jurídico da Advocacia Pública*, São Paulo: Método, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro*, n. 45, p. 41-57, 1992.

NAVES, Rubens. *Advocacia em Defesa do Estado*. São Paulo: Método, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (1999). *Constituição e Procuradoria do Estado*.

In: *Boletim de Direito Administrativo*, ano XV, n. 3, p. 147-153, mar. 1999.

SANTA CATARINA. Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989. Florianópolis, SC. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/docs/constituicaoEstadual/constituicao.doc>>. Acesso em: 01 ago.2013.

_____. Lei Complementar n. 317, de 30 de dezembro de 2005. Dispõe sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria Geral do Estado, o regime jurídico dos Procuradores do Estado e estabelece outras providências. Disponível em: <http://200.192.66.20/alesc/docs/2005/317_2005_lei_complementar.doc>. Acesso em: 01 ago. 2013.

_____. Decreto n. 724, de 18 de outubro de 2007. Dispõe sobre a organização, estruturação e funcionamento do Sistema de Serviços Jurídicos da Administração Direta e Indireta. Disponível em: <http://www.pge.sc.gov.br/index.php?option=com_wrapper&Itemid=163>. Acesso em: 01 ago. 2013.

SCHUBSKY, Cássio. Origens da Advocacia Pública. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Centro de Estudos. *Advocacia pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Coordenação editorial e texto de Cássio Schubsky. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. O Exercício do Poder Constituinte. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 24 (número especial – Propostas para a Constituinte), dez. 1985.

ZANDONAI, Marisa. Art. 132 da Constituição Federal – Interpretação e Alcance no Âmbito da Administração Pública – Análise Jurisprudencial. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Orgs.). *As Perspectivas da Advocacia Pública e a Nova Ordem Econômica*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

Técnicas de garantia e garantia da justiça no Estado Constitucional

João dos Passos Martins Neto¹

Bárbara Lebarbenchon Moura Thomaselli²

1. Introdução

O Estado Constitucional é o menino de ouro da teoria jurídica contemporânea. Para defini-lo, os juristas e filósofos do direito costumam dar ênfase ao advento, após a Segunda Guerra Mundial, de um modelo jurídico-político que tem como principal nota distintiva a incorporação ao sistema de direito de um novo tipo de lei, a Constituição, cuja singularidade se percebe como estando associada a um conjunto de predicados jamais identificados na experiência normativa da sociedade. Dentre esses, são normalmente apontados os seguintes: a força normativa, a supremacia e a rigidez da lei constitucional, bem como a existência de mecanismos de controle de constitucionalidade das demais leis que compõem o ordenamento jurídico. Neste artigo, a intenção primordial é argumentar e demonstrar que referidos predicados, em função de sua neutralidade ideológica, são condições necessárias, mas não suficientes do Estado Constitucional. Pretende-se sublinhar que, se é verdade que o Estado Constitucional é a expressão de um sistema de garantias, é preciso que se evite a confusão entre os instrumentos de garantia e os objetos da garantia, de modo a caracterizá-lo não como uma ordem qualquer, mas antes comprometida com valores universais ou, ao menos, em torno dos quais foi possível à humanidade estabelecer um amplo consenso em seu percurso civilizatório.

A preocupação dominante é teórica, de natureza explicativa. Mas, como é óbvio, o conhecimento da história das instituições e o aperfeiçoamento dos conceitos jurídicos não serve apenas ao diletantismo, revelando-se relevante para a militância do homem e do jurista. Sem a percepção de que o Estado Constitucional não é senão a ideologia dos direitos humanos convertida em normas constitucionais, o que se perde não é apenas a profundidade da análise acadêmica, mas a única perspectiva capaz de conduzir a uma realização consequente do direito constitucional. Na pesquisa, vale registrar, exclusivamente bibliográfica, adotou-se o método indutivo,

¹ Procurador geral do Estado.

² Procuradora do Estado.

e quanto à abordagem e ao relato, para dar conta da matéria, foi utilizada a técnica do raciocínio e do argumento por contraste. Nesse sentido, para elucidar as marcas mais frisantes do Estado Constitucional de Direito e isolar o respectivo conceito, pareceu sobretudo útil promover a sua comparação com o modelo jurídico-político que imediatamente lhe antecede, o do Estado Legal de Direito.

2. O Estado Legal de Direito

No discurso político e acadêmico, Estado de Direito é uma categoria frequentemente utilizada, mas nem sempre com igual significado. De acordo com Ferrajoli (2003, p. 13), em sentido amplo, Estado de Direito designa qualquer “ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados nas formas e com os procedimentos legalmente estabelecidos”³. Por outro lado, em sentido estrito – e também forte –, Estado de Direito designa aqueles “ordenamentos nos quais todos os poderes públicos estão sujeitos à lei, não apenas com relação às formas, mas também com relação aos conteúdos”⁴. Nessa acepção, apenas são considerados Estados de Direito os ordenamentos em que todos os poderes, especialmente o Legislativo, estão vinculados a preceitos substantivos estabelecidos por meio de normas constitucionais que prestigiam a divisão de poderes e os direitos fundamentais⁵. Ferrajoli (2003) observa que ambos os conceitos descrevem realidades políticas diferentes. O primeiro refere-se ao modelo positivista do Estado de Direito de caráter legalista, que surge com o nascimento do Estado Moderno a partir da centralização da produção jurídica. O segundo corresponde ao modelo *neoconstitucionalista* do Estado Constitucional de Direito, ou Estado Constitucional, produto da difusão na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, das Constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais.

Segundo Ferrajoli (2003), os dois modelos refletem experiências históricas, ocorridas no continente europeu⁶, decorrentes da alteração de paradigmas da estrutura do direito, da ciência jurídica e da jurisdição. A primeira

³ “Ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos.” (Cfe. FERRAJOLI, 2003, p. 13, tradução livre.)

⁴ “Estado de Derecho designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto), limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos.” (Cfe. FERRAJOLI, 2003, p. 13, tradução livre.)

⁵ No mesmo sentido, Zagrebelsky, 2002, p. 21-34.

⁶ A esse respeito, Ferrajoli (2003) adverte que essa análise não contempla a experiência inglesa da *rule of law*, que, ainda que represente a primeira experiência de Estado de Direito em sentido forte, permaneceu sempre ligada à tradição da *common law* e a inexistência de uma Constituição formal e, por isso, não pode ser enquadrada em nenhum dos modelos que foram por ele apresentados.

transformação, relativa à estrutura do direito, verificou-se com o advento do monopólio estatal da produção jurídica e, portanto, do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito válido, caracterizando a formação do Estado Legal de Direito.

O Estado Legal de Direito está em íntima conexão com o advento do Estado Moderno, que se forma na Europa entre os séculos XIII e os fins do século XVIII. O Estado Moderno se apresenta basicamente como uma unidade de comando das relações de vida num espaço territorial relativamente amplo, realizada através da concentração do poder de ditar normas de comportamento e de sancionar a conduta ilícita. Consolida-se quando a monarquia finalmente se impõe ao modo de configuração político-jurídica típica do medievo, marcada pela existência concomitante de uma pluralidade de estruturas de poder, com destaque para a Igreja Romana – cuja liderança clerical afirmava a supremacia dos cânones divinos por ela revelados –, e para o senhor feudal, que, no círculo de sua propriedade, exercia um domínio autônomo. A unidade jurídico-política viabiliza-se através do monopólio da força, que se traduz pelo exercício exclusivo do poder de legislar (monopólio da legislação) e de julgar (monopólio da jurisdição) no espaço territorial das novas comunidades nacionais. Implicando a redução do conteúdo do direito às leis e decisões emanadas do poder estatal, o monopólio da força retira a quaisquer outros pretensos poderes, sobretudo o eclesiástico, o direito de organizar a vida em sociedade e, assim, assegura a edificação de um único ordenamento vinculante.

Com efeito, diz Ferrajoli (2003, p. 15), no direito anterior, ou pré-moderno, não havia tradição ou formação legislativa, mas apenas jurisprudencial e doutrinária, ou seja, “inexistia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, mas, ao contrário, uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de instituições diferentes e concorrentes – do Império, da Igreja, dos príncipes, dos municípios, das corporações – nenhuma delas com o monopólio da produção jurídica”⁷. O reconhecimento de uma norma como jurídica não dependia da sua fonte de produção, mas de sua racionalidade intrínseca ou da justiça dos seus conteúdos.

Com o ocaso do mundo medieval e o ingresso na era moderna, a ordem político-jurídica muda radicalmente, sobretudo pela afirmação do princípio da legalidade como critério de identificação do direito válido e existente, independentemente de sua valoração como justo. Uma norma jurídica não é mais válida por ser justa, mas, exclusivamente, por ter sido “posta” por uma

⁷“En el Derecho pre moderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario e formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes – el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones – ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica.” (Cfe. FERRAJOLI, 2003, p. 15, tradução livre.)

autoridade dotada de competência legislativa. Verifica-se aí a inversão do princípio jusnaturalista, até então vigente, *veritas, non auctoritas facit iudicium*. Agora, diz-se que *auctoritas, non veritas facit legem*, princípio do positivismo jurídico do Estado Legal de Direito. Hespanha (2005, p. 341) assinala, a propósito, que a nova ordem política chega à sua fase de institucionalização depois do período “programático e experimental” correspondente à metodologia jusnaturalista da sociedade medieval. Ele registra que, no plano jurídico, “esta fase caracteriza-se pelo movimento legalista e, sobretudo, pela tendência codificadora”.

O Estado qualifica-se, então, como uma organização na qual o direito é reduzido à lei, que passa a ser considerada, de acordo com Goyard-Fabre (2002), em seu componente formal e não em seu componente material. Nas lições de Ferrajoli (1999), o Estado adota o princípio da superioridade da lei, equivalente ao princípio jacobino da onipotência do legislador, e, portanto, do parlamento como órgão de soberania popular, que não encontra nenhum limite, senão formal, para a produção normativa.

Canotilho (1999) ressalta, na mesma linha de pensamento, que o Estado Legal de Direito incorpora a ideia do primado da lei com base na doutrina da soberania nacional representada pelo poder legislativo. O princípio da primazia da lei conduzia à submissão do poder político ao direito, sob um duplo ponto de vista: os cidadãos têm a garantia de que a lei só pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral; e essa lei constitui a fonte de direito hierarquicamente superior e, por isso, todas as medidas adotadas pelo poder executivo deviam estar em conformidade com ela. Entretanto, sob esse modelo, existe tão somente uma vinculação formal à lei, porquanto ainda que o direito estabeleça a forma de produção jurídica, não reconhece qualquer limitação de conteúdo, de modo que inexistem âmbitos de exclusão das possibilidades de regulação. O direito apresenta-se, assim, de acordo com Cademartori (1999, p. 25), “esvaziado de qualquer referente substancial ou material e passa a ser uma forma vazia a ser preenchida por qualquer conteúdo”.

De acordo com Ferrajoli (2003), o advento do Estado Legal de Direito foi acompanhado, ainda, de uma alteração de paradigma com relação à ciência jurídica. A partir da afirmação do princípio de legalidade como norma de reconhecimento do direito válido e existente, a ciência jurídica deixa de ser uma ciência imediatamente normativa para converter-se em uma disciplina tendencialmente cognitiva, ou seja, explicativa de um objeto, o direito positivo, autônomo e separado dela. Ferrajoli (2003, p. 16-17) sublinha que, embora uma comparação entre o Código Civil Napoleônico e as Instituições de Gaio não apontem diferenças substanciais, “o que deve ser ressaltado como a grande alteração é o título de legitimação, que deixa de

ser a autoridade dos doutores, para ser a autoridade da fonte de produção”⁸. Enfim, somente a lei e o princípio da legalidade são as fontes de legitimação e de produção de normas jurídicas. Disso resulta, ainda, a quebra do paradigma da jurisdição, porquanto o direito jurisprudencial é superado, submetendo-se o direito à lei e ao princípio da legalidade como fontes únicas de legitimação.

Zagrebel'sky (2002) aprofunda a análise observando que o Estado Legal de Direito se afirma através do princípio da legalidade, expressando a ideia da lei como ato normativo supremo e irresistível ao qual, em linha de princípio, não é oponível nenhum direito mais forte, qualquer que seja sua forma e seu fundamento, vale dizer, nem o poder de exceção do rei e de sua administração, em nome de uma superior “razão do Estado”, nem a aplicação, por parte dos juizes, ou a resistência dos particulares, em nome de um direito mais alto, o direito natural, ou de direitos especiais.

De acordo com o magistério de Barroso (2003), o positivismo jurídico, característico do Estado de Direito em sua fase inicial, correspondeu à importação do positivismo filosófico para o mundo do direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica com características análogas as das ciências exatas e naturais. Nesse contexto, o direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa, de modo que a ciência do direito deveria fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. A discussão sobre questões como legitimidade e justiça não deveria, portanto, ser tratada no âmbito do direito, devendo separar-se o direito e a moral.

Em suma, o Estado Legal de Direito pode ser conceituado como o modo de organização político-jurídica no qual, embora constituindo a lei emanada do poder público o instrumento de regência da vida em sociedade, o poder legislativo encontra-se limitado apenas por regras que definem as autoridades habilitadas a legislar e a forma pela qual devem proceder. Nesse sentido, embora limites jurídicos existam, eles são de natureza formal, isto é, relativos à competência do legislador e ao modo de legislar. O legislador, com autoridade para criar o direito e desde que observe o rito prescrito, é livre quanto ao conteúdo das leis, podendo imprimir qualquer direção à matéria de sua deliberação. Seus comandos, quaisquer que sejam, são obrigatórios, uma vez que a validade da lei depende só do respeito à competência e ao procedimento. O recurso à lei como medida das condutas lícitas e ilícitas tende a gerar previsibilidade, mas ainda assim a fragilidade do modelo é evidente. Mesmo que juízos morais, tradições culturais e circunstâncias políticas

⁸ “Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no es la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción”. (Cfe. FERRAJOLI, 2003, p. 17, tradução livre.)

possam, na prática, conter um legislador benigno, não há, no plano jurídico, nenhuma segurança contra um legislador maligno, ou contra a expedição de uma norma que afronte padrões mínimos de justiça reconhecidos no curso da história da civilização humana. No Estado Legal de Direito, essa garantia jurídica não existe porque falta nele uma lei que, fixando salvaguardas contra a iniquidade, seja qualificada como fundamental, vinculante, superior e irrevogável, segundo precisamente a lógica do constitucionalismo.

2.1 O Estado Constitucional de Direito

O Estado Constitucional de Direito surge da crise da legalidade. Segundo Barroso (2003, p. 25), a “ambição positivista de certeza jurídica” custou caro à humanidade. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador de qualquer ordem estabelecida, de modo que o “fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados” (BARROSO, 2003, p. 26).

De fato, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, porquanto esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Como destaca Barroso (2003), os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a normas emanadas da autoridade competente, o que determinou a rejeição da ideia, até então cristalizada, de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto.

Nas palavras de Cademartori (1999, p. 29), a norma geral e abstrata deixa de ser considerada “instrumento adequado para assegurar a paz social e, particularmente, a indisponibilidade daqueles valores e princípios com respeito aos quais existe um amplo consenso social”. A lei não é mais a expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente, como a medieval, mas passa a ser percebida como um ato personalizado que persegue interesses particulares. Por isso, segundo Zagrebelsky (2002), a lei não é mais garantia de estabilidade, senão ela mesma se converte em instrumento e causa de instabilidade, fato que determina a alteração do paradigma do Estado Legal de Direito para outro capaz de reconduzir à unidade do sistema.

Hespanha (2005) assinala que o vigor antilegalista das décadas que se seguiram à Segunda Guerra Mundial não é uma simples consequência dos movimentos de natureza filosófica no domínio do direito. O trágico contexto

político dos totalitarismos contemporâneos teve enorme impacto sobre a consciência jurídica e obrigou a reavaliar a função do direito. “Uma coisa ficou clara. O formalismo da pandectística, com o relativismo axiológico que lhe andava ligado, não armava suficientemente os juristas para, enquanto juristas, se oporem a projetos políticos e jurídicos que negassem os valores fundamentais da cultura europeia” (HESPANHA, 2005, p. 49).

Até aquele momento histórico, anota Hespanha (2005), a legitimidade do direito fundava-se exclusivamente no fato de ser estabelecido de acordo com os procedimentos prescritos. Os seus valores de referência eram desprovidos de conteúdo e apontavam apenas para a necessidade de observar uma forma, e foi nessas circunstâncias que o nacional-socialismo subiu ao poder. No “fim da guerra, gerou-se, portanto, um movimento espontâneo de refundamentação do direito em valores suprapositivos, indisponíveis para o legislador” (HESPANHA, 2005, p. 470).

Segundo Prieto (1998), a crise provocou o deslocamento do Estado Legal para o Estado Constitucional, ou seja, a afirmação do império da Constituição sobre a lei, como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e a garantia dos direitos fundamentais. Esse deslocamento, mais uma vez, proporciona alteração nos paradigmas da estrutura do direito, da ciência jurídica e da jurisdição.

O resultado da crise será o reconhecimento da necessidade de que o ordenamento jurídico contenha uma lei com validade superior – a Constituição – e com força normativa (obrigatoriedade). Ao longo do século XX, na Europa, as normas constitucionais adquirem o *status* de normas jurídicas em sentido forte, superando-se o modelo no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, cuja concretização ficava, invariavelmente, condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, sem espaço para o desempenho de qualquer papel relevante por parte dos órgãos do poder judicial.

De acordo com Barroso (2005), a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas, de modo que a aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia “produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático” (BARROSO, 2005, p. 23). Assim, se a primeira mudança de paradigma do direito se deu com o nascimento do Estado Moderno e com a afirmação do princípio de legalidade como

norma de reconhecimento do direito, uma segunda mudança, não menos radical, é a produzida na segunda metade do século XIX, com a subordinação das leis às Constituições rígidas, hierarquicamente superiores.

No Estado Constitucional, a validade das leis, em geral, não depende apenas da sua forma de produção, senão também da coerência de seus conteúdos com as normas constitucionais. A vigência das leis, que no paradigma positivista havia se dissociado da ideia de justiça, dissocia-se agora da ideia de validade formal, sendo possível que uma lei formalmente válida e, por conseguinte, vigente, seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com as normas constitucionais. Ocorre a superação do paradigma típico do Estado Legal de Direito, referente à estrutura do direito, porquanto agora só serão consideradas como leis válidas aquelas produzidas pela autoridade competente e de acordo com a forma previamente estabelecida, mas cujos conteúdos estejam em conformidade com as normas constitucionais.

Goyard-Fabre (2002, p. 112) assinala que a ideia-força do novo modelo é a de supremacia da lei constitucional, que é vista como o fundamento de toda a ordem jurídica. Sob a Constituição, “a catedral jurídica se organiza em sistema” e, nesse, “a ordem constitucional é portadora de normatividade, de modo que as regras de direito ganham figura, no âmbito estatal, de modelos de diretividade”. Segundo Goyard-Fabre (2002, p. 117), para a “teoria constitucionalista, o critério da legalidade não é outro senão a inscrição de uma regra ou a inserção de um comportamento no edifício jurídico que tem como pedra angular a Constituição”. A Constituição é verdadeiramente a regra superior, “o estatuto matricial da institucionalização” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 126), de modo que qualquer lei ou enunciado de direito só será válido se congruente com a norma constitucional. A Constituição torna-se o critério de validade da ordem jurídica.

Zagrebelsky (2002, p. 34), na mesma direção, observa que a principal novidade da fórmula é que a lei agora está subordinada a uma categoria mais alta do direito, a Constituição. “A lei, que antes fora medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, cede espaço para a Constituição e se converte, ela mesma, em objeto de medição”⁹. O legislador já não é mais soberano para editar leis com qualquer conteúdo, mas tem que ajustar sua política às exigências constitucionais.

Por isso, como assinala Prieto (1998), o Estado Constitucional tem como uma das suas características principais a existência de um procedimento efetivo de controle de constitucionalidade das leis, bem como implica um controle sobre

⁹ “[...] la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición”. (Cf. ZAGREBELSKY, 2002, p. 34, tradução livre.)

o exercício do poder em geral. Quaisquer leis, regulamentos administrativos ou decisões judiciais em desacordo com a norma constitucional poderão ser impugnados através dos procedimentos constitucionalmente previstos. Paralelamente, no Estado Constitucional, altera-se o papel do juiz, que só pode aplicar a lei se essa for constitucionalmente válida.

O princípio da supremacia constitucional leva a uma primeira consequência de peso. O legislador ordinário, embora também se encontre limitado por regras de competência e procedimento (limites formais), está submetido agora às normas substantivas previstas na lei constitucional. Nesse caso, o limite que se lhe antepõe é material. Se, por exemplo, a lei constitucional, que vale mais, proíbe a pena de morte, o legislador ordinário já não pode instituí-la por meio da legislação penal.

Mas o novo modelo incorpora, ainda, o predicado da rigidez constitucional, decorrente da atribuição às normas constitucionais de uma maior capacidade de resistência. A rigidez constitucional se subdivide em duas espécies de desigual intensidade. De um lado (rigidez relativa), ela implica que as normas constitucionais só podem ser modificadas através de um procedimento de revisão específico e agravado (emenda) na comparação com as demais leis do ordenamento jurídico; de outro (rigidez absoluta), ela implica que determinadas cláusulas da lei constitucional não podem ser jamais abolidas, mesmo por meio de emendas constitucionais, porquanto são consideradas “referentes indisponíveis” em função da sua extraordinária importância. Enquanto o princípio da supremacia protege a Constituição contra o legislador ordinário, a rigidez normativa protege a Constituição contra a sua própria reforma, ora dificultando a alteração (no caso de normas com rigidez relativa), ora impedindo-a absolutamente (no caso de normas com rigidez absoluta). Assim, por exemplo, se a proibição da pena de morte consta da lei constitucional como uma norma relativamente rígida, sua adoção pela legislação penal dependerá da aprovação prévia de uma emenda constitucional que a torne permissível, mas, para tanto, o legislador reformador terá que ultrapassar as barreiras de um procedimento rigoroso. Por outro lado, se a proibição da pena de morte consta da lei constitucional como um referente indisponível – ou seja, como uma “cláusula pétrea” –, a legislação penal jamais poderá adotá-la porque a Constituição não pode ser modificada para autorizá-la.

Contudo, é indispensável notar que força normativa, supremacia, rigidez e mecanismos de controle de constitucionalidade são condições necessárias, mas não suficientes do Estado Constitucional. Por consistirem de predicados neutros, ideologicamente, em tese eles se prestam para defender qualquer Constituição, mesmo uma que porventura respalde a desigualdade entre os homens, a censura do pensamento ou o confisco de bens particulares. Por isso, o que tem um papel

decisivo para a identificação do Estado Constitucional é a adesão à ideologia dos direitos humanos, que congrega as ideias de justiça compartilhadas pela maior parte dos povos e nações do mundo no estágio atual do longo processo de civilização. O Estado Constitucional não se define, assim, tanto pelo modo como se garante a lei constitucional, mas, sobretudo, pelas ideias de justiça que, nela positivadas ou expressamente sancionadas, são por ela garantidas.

A ideologia dos direitos humanos ganha adesão, na Constituição, através das normas que declaram os chamados direitos fundamentais. Não é por acaso, então, que, no dizer de Pozzolo (2003, p. 188), “o argumento neoconstitucionalista parte do dado positivo da constitucionalização da carta de direitos – *bill of rights* –, ou seja, de um catálogo mais ou menos detalhado de direitos fundamentais¹⁰”.

Os direitos fundamentais são a essência do Estado Constitucional. Zagrebelsky (2002) tem disso uma exata noção quando sustenta que o direito constitucional contemporâneo reconhece aos indivíduos um “patrimônio de direitos”, originário, independente e protegido frente à lei, numa linha que se aproxima da tradição norte-americana. Nessa, os direitos do homem têm por fundamento uma esfera jurídica que precede as estipulações do legislador, são entendidos como patrimônio subjetivo dos cidadãos, são tidos como anteriores à formação do próprio Estado.

Nessa direção, segundo Peña (2003), a finalidade do Estado Constitucional é satisfazer os direitos. Tal objetivo se pretende alcançar fundamentalmente assegurando a primazia da Constituição e deixando os direitos atrincheirados mediante dois instrumentos ou garantias: a rigidez constitucional e o caráter normativo das Constituições. Miranda (1998), a propósito, registra que não se trata de proclamar solenemente direitos subjetivos do homem, mas de afirmá-los como princípios objetivos e institucionais do Estado, porquanto os direitos fundamentais são as bases do Estado, e a sociedade em que falte sua garantia não tem Constituição. Também Andrade (1998, p. 27-28) observa que a limitação efetiva do poder se alcança através da consagração constitucional dos direitos. Os direitos fundamentais tornam-se, assim, direitos constitucionais, reunindo “as condições para que lhes seja reconhecida relevância jurídica positiva com um valor superior ao da própria lei”. Segundo o autor, “o caráter constitucional dos direitos acabou sempre por gerar a garantia jurídica efetiva deles perante todos os poderes públicos, incluindo o poder legislativo”.

A ressalva que precisa ser feita é a de que a garantia dos direitos que se pretenda qualificar como verdadeiramente fundamentais, para ser efetiva e

¹⁰ “[...] el argumento neoconstitucionalista parte del dato positivo de la constitucionalización del *bill of rights*, o sea, de un catálogo más o menos detallado de derechos fundamentales”. (Cfe POZZOLO, 2003, p. 187, tradução livre.)

duradoura, depende da atribuição do predicado da rigidez absoluta às normas que os declaram. É que não basta que eles sejam imunes em face do legislador ordinário em razão da supremacia constitucional, nem que haja a previsão de um procedimento rigoroso que dificulte a alteração constitucional. É preciso que eles sejam considerados como pertencendo a uma esfera de indisponibilidade total, ou seja, não possam ser suprimidos ou reduzidos nem mesmo por meio de emenda e, como tal, sejam inacessíveis ao poder de reforma constitucional. Por isso que o Estado Constitucional corresponde à ideologia dos direitos humanos convertida em normas constitucionais de rigidez absoluta.

Em síntese, Estado Legal de Direito e Estado Constitucional de Direito constituem modelos históricos que se distinguem, essencialmente, pela posição da autoridade estatal em relação aos direitos fundamentais, entendidos como projeções de preceitos de justiça que, uma vez reconhecidos por normas jurídicas de validade superior, não admitem supressão por normas jurídicas de qualquer escalão e mediante qualquer procedimento. O Estado Legal de Direito se caracteriza pela ausência de normas de semelhante natureza, razão pela qual, em seu interior, o poder legislativo encontra-se livre quanto ao conteúdo das leis que produz. Diversamente, no Estado Constitucional de Direito, a existência de direitos absolutamente imunes à abolição implica a sujeição de todos os poderes a limites substantivos que não é permitido violar.

Por fidelidade à história, é agora necessário advertir que o Estado Constitucional de Direito é, para a Europa e para o Brasil, uma experiência tardia. O advento da Constituição dos Estados Unidos, que se segue à declaração de independência das colônias britânicas na América do Norte (1776) e às sucessivas declarações de direitos dos Estados federados, já assinalava uma expressiva ruptura com o formalismo jurídico, revelando a estruturação de um modelo político-jurídico que se antecipou em mais de um século à forma constitucional da generalidade das democracias ocidentais do mundo contemporâneo (Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, Brasil etc.).

Na América, a 1ª Emenda, aprovada em 1789, dispôs que “o Congresso não editará lei instituindo uma religião, ou proibindo o seu exercício; nem restringirá a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito de o povo reunir-se pacificamente, ou o de petição ao governo para a correção de injustiças”. Posteriormente, a 14ª Emenda (1868) declarou que “nenhum Estado fará ou executará nenhuma lei, com efeito de reduzir as prerrogativas ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem tampouco Estado algum privará uma pessoa de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal; nem denegará a alguma pessoa, dentro de sua jurisdição, a igual proteção das leis”. Em ambos os casos, estamos diante de normas

constitucionais que expressamente pretendem estabelecer limites de conteúdo ao direito ordinário, com a diferença de que, no primeiro, a restrição se dirige ao legislativo federal e, no segundo, ao legislativo estadual. O dado notável é que, poucos anos mais tarde, a Constituição dos Estados Unidos passou a contar com um reforço de grande originalidade na história das instituições, o surgimento da consciência da supremacia das leis constitucionais e da possibilidade do controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*). No julgamento do célebre caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, a Suprema Corte positivou ambas as garantias ao qualificar a Constituição como “*superior paramount law, unchangeable by ordinary means*” e ao afirmar que “*a legislative act contrary to the constitution is not law*”. Acresce considerar que, nos Estados Unidos, as cláusulas pétreas do constitucionalismo europeu e brasileiro – que indicam as normas constitucionais dotadas de rigidez absoluta – encontram equivalente parcial na doutrina das *entrenchment clauses*. Sob seu guarda-chuva, direitos como a liberdade de religião e a liberdade de imprensa devem ser entendidos como imunes à abolição e, nessa medida, protegidos mesmo em face do poder de reforma constitucional. Por conseguinte, Comparato (1999, p. 95) está coberto de razão quando afirma que a Constituição, em sua acepção moderna, é “uma criação norte-americana”.

3. Considerações finais

Em função do princípio da supremacia da Constituição, os direitos fundamentais caracterizam-se como imunes em face do legislador ordinário, que está proibido de editar leis com eles desconformes. Nessa medida, por desfrutarem de posição hierárquica, os direitos fundamentais produzem, nos casos de incompatibilidade material com os conteúdos constitucionais, efeitos invalidatórios em relação ao direito ordinário pós-constitucional e efeitos derogatórios em relação ao direito ordinário pré-constitucional. Produzem ainda, quando não houver incompatibilidade irremediável, um importante efeito hermenêutico, impondo que seja o direito ordinário interpretado de modo tal que não lhes contrarie o sentido. Além disso, os direitos fundamentais gozam de proteção processual diferenciada. São defensáveis por mecanismos processuais de arguição de inconstitucionalidade, quer sob o modelo de controle concentrado ou abstrato, quer sob o modelo de controle difuso ou concreto. Por fim, os direitos fundamentais – ou ao menos aqueles que se pretenda reconhecer como verdadeiramente fundamentais – são dotados de rigidez absoluta. Nesse sentido, são direitos insuscetíveis de revogação, mesmo por meio de emendas constitucionais. São direitos subjetivos pétreos, que compõem o rol dos conteúdos normativos declarados insuscetíveis de abolição. O que explica,

no entanto, todo esse arsenal de garantias externas é o seu valor intrínseco, a sua relação de conexão com a ideia de justiça culturalmente compartilhada, ou seja, o fato de constituírem eles, os direitos fundamentais, pressupostos da dignidade da pessoa humana, na linha da tradição humanista das declarações internacionais de direitos humanos. Garantir a realização desse magnífico conteúdo ideológico é o projeto singular do Estado Constitucional de Direito.

4. Referências bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. 350 p.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-48.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 11, p. 21-65, out./dez. 2005.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedida, 1999. 1.414 p.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. 421 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Tradução de Perfecto Andrés Ilbañez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. 180 p.

_____. Pasado y futuro del Estado de Derecho. Tradução de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-29.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 376 p.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. Síntese de um novo milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 551 p.

PEÑA, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. In: *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 33-51, 2003.

POZZOLO, Suzana. Un constitucionalismo ambiguo. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 187-210.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. 127 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. 156 p.

Fundamentos para obtenção de bloqueio de receitas por meio de cartão de crédito¹

Marcos Rafael Bristot de Faria²

Thiago Mundim Brito³

1. Introdução

Atualmente, conforme divulgado no sítio do Conselho Nacional de Justiça⁴, os executivos fiscais correspondem a 43% de todas as ações em tramitação no país, sobrecarregando nosso judiciário, já assoberbado de processos.

No caso das Procuradorias Gerais dos Estados – PGEs, os executivos fiscais representam a grande maioria de ações em tramitação, não alcançando a efetividade almejada na cobrança dos créditos.

Tomando por analogia o recente estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA⁵, as execuções fiscais que tramitam perante a Justiça Federal, cujo exequente é a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, têm um tempo médio de tramitação de 9 anos, 9 meses e 16 dias, com a probabilidade de recuperação integral do crédito de apenas 25,8%.

Extrai-se do referido estudo que a execução fiscal nos moldes atuais tem um resultado muito aquém do desejado, fazendo-nos refletir qual o caminho a seguir, principalmente quanto à busca de patrimônio penhorável do executado para a satisfação integral do crédito.

Com os avanços tecnológicos, mormente na área da informática, a busca de bens do executado que consistia um trabalho lento e manual (envio de ofícios solicitando pesquisas, diligências do oficial de justiça e outros) ganhou certa celeridade, com os bancos de dados virtuais e a penhora *on-line*.

¹ Palestra proferida no 9º Encontro Nacional de Inteligência Fiscal – ENIF.
Palestrante: Marcos Rafael Bristot de Faria.

² Procurador do Estado de Santa Catarina, especialista em direito tributário pela UFSC.

³ Procurador do Estado de Santa Catarina.

⁴ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/25648:prazo-para-inscricoes-no-seminario-de-execucao-fiscal-realizado-pelo-tjdft-se-encerra-nesta-terca-feira>>.

⁵ CUNHA, Alexandre dos Santos *et al.* *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*. Brasília: IPEA; CNJ, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_custounitario.pdf>.

Nesse sentido, pode-se citar o caso de veículos e aeronaves sobre os quais a pesquisa pode ser feita *on-line*, nos sistemas dos Departamentos de Trânsitos – DETRANs e da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, respectivamente. Outro exemplo a ser mencionado é a busca de imóveis, existindo um esforço de virtualização dos cadastros capitaneado pela Associação do Registradores de São Paulo – ARISP, porém, ainda levará um tempo considerável para abarcar todos os cartórios do país.

Por sua vez, quanto ao bloqueio de valores de titularidade do devedor, existentes em aplicações geridas pelas instituições financeiras por meio do sistema Bacen Jud 2.0, impende ressaltar que, apesar da ferramenta constituir um grande avanço no que tange à efetivação da penhora sobre dinheiro, essa possui limitações que são exploradas pelos maus pagadores, já que esse sistema não abrange algumas aplicações financeiras ordinariamente oferecidas pelo sistema financeiro aos seus clientes. Outrossim, as cooperativas de crédito estão fora da sistemática do Bacen Jud 2.0. Por fim, existe sempre a possibilidade de o dinheiro não transitar pelas contas do executado.

Dessa feita, ciente de que os sonegadores contumazes encontram diversas formas de proteger seu patrimônio, buscou-se a utilização dos modernos meios digitais de fiscalização e controle do contribuinte a fim de penhorar recebíveis do contribuinte antes da efetiva apropriação dos valores.

Pelo exposto, visando ser cada vez mais eficaz na cobrança dos grandes devedores, foram utilizadas informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito a fim de penhorar seus créditos futuros, demonstrando, assim, uma forma viável de dar mais efetividade à cobrança da dívida pública.

2. Da ordem de penhora do art. 11, da Lei nº 6.830/80, e dos princípios basilares que norteiam a execução fiscal

Antes de analisar a penhora sobre o crédito de terceiro, convém abordar a ordem de preferência estabelecida na Lei de Execuções Fiscais – LEF.

Uma leitura desatenta e apartada dos demais dispositivo da LEF (Lei nº 6.830/80) poderia dar a entender, aos mais afoitos, que a gradação de bens prevista no art. 11 é vinculante tanto para a Fazenda Pública quanto para o devedor:

Art. 11. A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

- II – título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;
- III – pedras e metais preciosos;
- IV – imóveis;
- V – navios e aeronaves;
- VI - veículos;
- VII - móveis ou semoventes; e
- VIII - direitos e ações.

§ 1º Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.

§ 2º A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º.

§ 3º O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exequente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo.

No entanto, a compreensão mais adequada, lastreada em uma interpretação sistemática da LEF e do ordenamento jurídico, aponta no sentido de que a ordem transcrita somente se aplica ao sujeito passivo tributário.

Lendo-se os arts. 11 e 15, ambos da LEF, conclui-se que a Fazenda Pública não está adstrita à mencionada gradação, já que a qualquer tempo está autorizada a requerer a substituição ou o reforço da penhora independentemente da observância do art. 11, da norma em comento, *verbis*:

Art. 15. Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:

- I – ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; e
- II – à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

Como se nota, não se mostra lógica a interpretação de que, em um primeiro momento, a Fazenda Pública estaria obrigada obedecer à ordem do art. 11, da LEF, porém, logo em seguida, estaria livre para requerer a substituição ou o reforço de penhora por aqueles bens lhe parecessem uma garantia mais efetiva.

A prevalecer esse entendimento, estar-se-á forçando que a Fazenda Pública inicialmente indique bens de acordo com a gradação do art. 11, da LEF, contrariamente à sua vontade, para requerer, em ato contínuo, a substituição por

aqueles que já desejasse desde o início, prática totalmente contrária aos princípios da celeridade e da eficiência.

De acordo com o art. 612, do CPC, aplicável subsidiariamente à LEF, a execução se processa no interesse do credor:

Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a **execução no interesse do credor**, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados. *(sem grifo no original.)*

Cabe ao credor, maior interessado na execução, dizer quais os bens que lhe pareçam mais idôneos para garantir o adimplemento forçado da obrigação vindicada em juízo.

Não se está a dizer que, havendo duas ou mais formas igualmente efetivas a satisfazer o credor, esse poderá optar por aquela que se mostre mais gravosa para o devedor, eis que o art. 620, do CPC, veda essa espécie de abuso de direito: “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Por fim, segundo jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o princípio de que a execução se processa no interesse do credor prevalece sobre o de que a execução é feita pela forma menos gravosa ao devedor:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PENHORA DE PRECATÓRIO. RECUSA DA FAZENDA EXEQUENTE. POSSIBILIDADE. DESOBEDIÊNCIA À ORDEM LEGAL.

1. É cediço nesta Corte que os créditos decorrentes de precatório judicial são penhoráveis. Contudo, podem ser recusados pela exequente nas hipóteses previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da Lei n. 6.830/80, em razão de desobediência da ordem legal.

2. A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados a penhora fora da ordem legal, uma vez que, não obstante o princípio da menor onerosidade ao devedor, a execução é feita no interesse do credor, nos termos do art. 612 do CPC.

3. “A satisfação do direito de crédito perpassa pela possibilidade de recusa ou substituição do bem dado em penhora; logo, a

Súmula 417 do STJ não inviabiliza a possibilidade de recusa do credor, desde que justificada por uma das causas descritas no art. 656 do CPC.” (AgRg nos EDcl no Ag 1.282.484/RJ, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/11/2010).

4. Agravo regimental não provido.
(AgRg nos EDcl no AREsp 110.340/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 14/05/2012). *(sem grifo no original.)*

3. Da natureza jurídica da operação de cartão de crédito e da classificação legal como penhora do direito de crédito

Nas palavras de Nelson Abrão, o cartão de crédito é

um documento comprobatório de que seu titular goza de um crédito determinado perante certa instituição financeira, o qual o credencia a efetuar compras de bens e serviços a prazo e saques de dinheiro a título de mútuo⁶.

Em outras palavras, o cartão de crédito é um documento, atualmente feito de plástico, o qual demonstra que o seu titular, cujo nome está inscrito em seu corpo, detém crédito rotativo perante o seu emissor, permitindo ao primeiro efetuar compras de bens e serviços oferecidos pelos empresários filiados às operadoras de cartão de crédito (emissor).

De início, se observa que o cartão de crédito não se confunde com o contrato de cartão de crédito, esse firmado por três sujeitos de direitos (titular do cartão de crédito, emissor do cartão de crédito e filiados às operadoras de cartão de crédito) e por três ou mais negócios jurídicos, os quais prevêm uma pluralidade de obrigações.

Nas suas palavras, Waldo Fazzio Júnior ensina que:

o cartão de crédito compreende três elementos, quais sejam:
a) a empresa emissora que, concedendo-o ao comprador e pagando o fornecedor, intermedia e facilita a compra e venda;
b) o titular do crédito (portador aderente ou usuário) pessoa

⁶ ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 147, 1966.

credenciada pela empresa emissora, mediante o pagamento de taxa anual, que adquire bens ou serviços do fornecedor; e c) o fornecedor ou vendedor empresário que, filiado à empresa emissora, vende produtos ou mercadorias, ou presta serviços ao usuário, recebendo daquela o respectivo valor.⁷

Em apertada síntese, a sistemática ocorre da seguinte forma. A administradora emite, em favor de uma pessoa física (titular), um cartão de crédito, pessoal e intransferível, que lhe permite pagar suas contas numa rede de estabelecimentos afiliados, sendo que esses são reembolsados posteriormente pela administradora, descontada uma porcentagem de remuneração, e a administradora cobra, em relação jurídica autônoma, as dívidas ao titular, além de uma taxa anual.

No que tange, especificamente, ao contrato entabulado entre o titular e o emissor, verifica-se que a administradora emissora abre, em prol do titular do cartão, um crédito pessoal, até certo valor limite ou sem valor limite, para ser utilizado na rede afiliada durante um mês. Ao cabo desse período, o titular deve saldar a parcela gasta desse crédito, e o crédito retorna ao valor limite.

Dessa forma, o pagamento realizado pelo titular do cartão pode ser feito, dependendo do caso, até 30 dias após a compra, sem juros. Além disso, o titular pode optar, também, pelo crédito rotativo, pagando apenas uma parcela do débito e financiando o restante com juros.

Por sua vez, o contrato firmado entre o titular do cartão de crédito e o empresário filiado à respectiva operadora estabelece que, em pagamento pelo bem ou serviço, o portador do cartão transfere o seu crédito junto à operadora de cartão de crédito ao filiado à operadora de cartão de crédito.

Por fim, em relação ao contrato entre o emissor e o filiado da operadora de cartão de crédito, o primeiro se obriga a pagar ao segundo as despesas efetuadas pelo portador, até um determinado limite, independente de falta de provisão, insolvência ou oposição do titular do cartão. Já o empresário filiado se obriga a aceitar os cartões, fazendo as vendas ou prestações de serviços, sem qualquer acréscimo nos preços, dando quitação ao titular do cartão, no ato em que esse assina a nota de venda ou serviço.

Nesse ponto impende destacar que a dívida paga pelo emissor (operadora de cartão de crédito) ao empresário filiado constitui obrigação cujo devedor é o próprio emissor, materialmente diferente daquela contraída pelo titular junto ao emissor, essa representada pela fatura de cartão de crédito encaminhada mensalmente ao usuário do cartão de crédito.

⁷FAZZIO JR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 533.

Prova disso é que suas condições de pagamento e até seu valor podem ser diferentes dos originais. Aqui, resta evidenciado o efeito catalisador do sistema do cartão de crédito para atividade econômica, pois o empresário não despende recursos ou tempo no sentido de aferir o grau de solvência do adquirente de seus bens e serviços, como forma de se precaver de eventual inadimplemento.

Logo, o sistema de cartão de crédito é um contrato complexo, composto de diversas submodalidades contratuais, sejam elas: a) de financiamento pelo emissor do cartão ao credenciar o usuário; b) de compra e venda pelo usuário; c) de cessão de crédito pelo titular do cartão ao fornecedor; d) de prestação de serviços do emissor ao usuário e ao fornecedor.

Em outros termos, a dinâmica do uso do cartão de crédito se procede em três etapas. A primeira é a concessão de crédito pelo emissor ao titular do cartão de crédito. Em seguida, o titular do cartão de crédito realiza um contrato de compra e venda com um dos empresários filiados à operadora de cartão de crédito, cedendo-lhe o crédito que possui junto ao emissor em pagamento aos bens e serviços adquiridos. Ao final, o empresário filiado à operadora apresenta, perante essa última, o crédito cedido com o escopo de receber o correspondente em dinheiro.

Por conseguinte, até o efetivo pagamento pela operadora de cartão de crédito com a transferência dos valores, o empresário filiado somente é titular de um direito de crédito em face da primeira. Os valores existentes nas contas bancárias do emissor do cartão de crédito pertencem a esse, somente passando à propriedade do filiado à operadora com a tradição do dinheiro.

Tanto é verdade o que se afirma que, caso operadora de cartão de crédito não efetuar o pagamento dos créditos apresentados pelos seus filiados, somente se estará diante de uma violação contratual, não havendo que se falar em direito de busca e apreensão do dinheiro depositado nas contas do emissor do cartão de crédito, já que o numerário não integra a esfera patrimonial dos filiados.

De efeito, a chamada penhora sobre cartão de crédito é, na verdade, uma constrição judicial sobre direito de crédito perante terceiro, cuja titularidade é do devedor, espécie de bem previsto no inciso VIII do art. 11, da LEF, qual seja, “diretos e ações”.

Ressalta-se, outrossim, que a penhora sobre crédito de terceiro, cujo objeto é a pecúnia, se mostra, de certo, como meio de efetivação antecipada da penhora sobre dinheiro antes da transferência da posse pelo depósito em conta bancária.

A proximidade existente entre a penhora sobre crédito de terceiro e sobre dinheiro é tão grande que há julgados que tratam tais medidas como iguais:

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO
EXECUÇÃO FISCAL PENHORA SOBRE DIREITOS

EXISTENTES E MANTIDOS PERANTE AS EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO POSSIBILIDADE. 1. **OS DIREITOS DO EXECUTADO EXISTENTES E MANTIDOS PERANTE AS EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO CARACTERIZAM DINHEIRO E CORRESPONDEM A PATRIMÔNIO EM PODER DE TERCEIROS, NOS TERMOS DO ARTIGO 672 DO CPC.** 2. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. 3. Decisão mantida. 4. Recurso de agravo de instrumento desprovido.

(TJ-SP.Agravo de instrumento n. 0172326-49.2012.8.26.0000, Des. Rel. Francisco Bianco, 5ª Câmara de Direito Público, DJe 19/12/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 717.260-1, DE LONDRINA - 7ª VARA CÍVEL. RELATOR: DES. RUY CUNHA SOBRINHO AGRAVANTE: ESTADO DO PARANÁ AGRAVADO: FARMÁCIA E DROGARIA NISSEI LTDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA. CRÉDITO DE PRECATÓRIO REQUISITÓRIO. LEGITIMIDADE DA RECUSA MANIFESTADA PELA FAZENDA PÚBLICA. INOBSERVÂNCIA À GRADAÇÃO LEGAL. EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009. **PENHORA ELETRÔNICA SOBRE DINHEIRO. CABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. LOCAL E DO STJ. PENHORA DE CRÉDITOS RECEBÍVEIS DE CARTÃO DE CRÉDITO. CONSTRIÇÃO EQUIVALENTE A PENHORA DE DINHEIRO. POSSIBILIDADE. Recurso provido.**

(TJ-PR.Proc. 717260-1, Des. Rel. Ruy Cunha Sobrinho, 1ª Câmara Cível, DJe 05/06/2012) *(sem grifo no original.)*

4. Do procedimento legal da penhora do crédito de terceiro e sua distinção com a penhora sobre faturamento

A penhora sobre crédito de terceiro não se confunde, de qualquer modo, com a penhora sobre faturamento. Essa distinção está na própria gênese dessas formas de constrição judicial.

De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal

– STF⁸, o faturamento é a soma de todas as receitas decorrentes da venda de mercadorias e prestação de serviços pela pessoa jurídica.

Como se nota, a penhora sobre faturamento recai sobre receitas indeterminadas do devedor. Por sua vez, na penhora sobre crédito de terceiro, se está diante de bem certo e determinado ou determinável indicado pelo credor.

Dito de outra forma, enquanto a penhora sobre faturamento recai sobre todas as receitas provenientes da atividade econômica da pessoa jurídica e a penhora sobre crédito de terceiro, sobre alguns créditos indicados pelo credor.

No entanto, as diferenças ultrapassam os aspectos conceituais, abrangendo também o procedimento judicial a ser adotado.

Para a penhora sobre crédito de terceiro, o *iter* processual a ser seguido pelo magistrado está previsto na subseção IV, do Código de Processo Civil – CPC, arts. 671 a 676:

Art. 671. Quando a penhora recair em crédito do devedor, o oficial de justiça o penhorará. Enquanto não ocorrer a hipótese prevista no artigo seguinte, considerar-se-á feita a penhora pela intimação:

- I – ao terceiro devedor para que não pague ao seu credor;
- II – ao credor do terceiro para que não pratique ato de disposição do crédito.

Art. 672. A penhora de crédito, representada por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos, far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não em poder do devedor.

§ 1º Se o título não for apreendido, mas o terceiro confessar a dívida, será havido como depositário da importância.

§ 2º O terceiro só se exonerará da obrigação, depositando em juízo a importância da dívida.

§ 3º Se o terceiro negar o débito em conluio com o devedor, a quitação, que este lhe der, considerar-se-á em fraude de execução.

§ 4º A requerimento do credor, o juiz determinará o comparecimento, em audiência especialmente designada, do devedor e do terceiro, a fim de lhes tomar os depoimentos.

Art. 673. Feita a penhora em direito e ação do devedor, e não

⁸ REs nº 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084.

tendo este oferecido embargos, ou sendo estes rejeitados, o credor fica sub-rogado nos direitos do devedor até a concorrência do seu crédito.

§ 1º O credor pode preferir, em vez da sub-rogação, a alienação judicial do direito penhorado, caso em que declarará a sua vontade no prazo de 10 (dez) dias contados da realização da penhora.

§ 2º A sub-rogação não impede ao sub-rogado, se não receber o crédito do devedor, de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens do devedor.

Art. 674. Quando o direito estiver sendo pleiteado em juízo, averbar-se-á no rosto dos autos a penhora, que recair nele e na ação que lhe corresponder, a fim de se efetivar nos bens, que forem adjudicados ou vierem a caber ao devedor.

Art. 675. Quando a penhora recair sobre dívidas de dinheiro a juros, de direito a rendas, ou de prestações periódicas, o credor poderá levantar os juros, os rendimentos ou as prestações à medida que forem sendo depositadas, abatendo-se do crédito as importâncias recebidas, conforme as regras da imputação em pagamento.

Art. 676. Recaindo a penhora sobre direito, que tenha por objeto prestação ou restituição de coisa determinada, o devedor será intimado para, no vencimento, depositá-la, correndo sobre ela a execução.

Já a penhora sobre faturamento, não obstante prevista no art. 11, §1º, da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais – LEF), tem seu procedimental descrito na subseção V, do CPC, nos arts. 677 e 678⁹:

Art. 677. Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em 10 (dez) dias a forma de administração.

§ 1º Ouvidas as partes, o juiz decidirá.

§ 2º É lícito, porém, às partes ajustarem a forma de administração, escolhendo o depositário; caso em que o juiz homologará por

⁹ Aplicação subsidiária por força do art. 1º, da LEF.

despacho a indicação.

Art. 678. A penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores.

Parágrafo único. Quando a penhora recair sobre a renda, ou sobre determinados bens, o depositário apresentará a forma de administração e o esquema de pagamento observando-se, quanto ao mais, o disposto nos arts. 716 a 720; recaindo, porém, sobre todo o patrimônio, prosseguirá a execução os seus ulteriores termos, ouvindo-se, antes da arrematação ou da adjudicação, o poder público, que houver outorgado a concessão.

Da leitura das normas transcritas, conclui-se que a penhora sobre crédito de terceiro se efetiva com a simples medida de intimação do terceiro, o qual fica obrigado a depositar em juízo os valores por si devidos à medida que forem vencendo, sob pena de aplicação do art. 312, do Código Civil, *verbis*:

Art. 312. Se o devedor pagar ao credor, apesar de intimado da penhora feita sobre o crédito, ou da impugnação a ele oposta por terceiros, o pagamento não valerá contra estes, **que poderão constranger o devedor a pagar de novo, ficando-lhe ressalvado o regresso contra o credor.** (*sem grifo no original.*)

De outro eito, a penhora sobre faturamento implica em intervenção muito mais intensa na atividade empresarial, porque há a nomeação de administrador judicial pelo Juízo, cabendo ao auxiliar do Juízo indicar plano de administração da pessoa jurídica e acompanhar detidamente o desenvolvimento da atividade econômica de modo a assegurar a efetivação da penhora com depósitos regulares à disposição do Poder Judiciário.

A existência de procedimentos diferentes, cada um em uma subseção do CPC, está a indicar claramente que são institutos jurídicos diversos, que não se confundem, cujo único ponto de contato é se tratarem de espécies de penhoras.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou essa temática no REsp nº 1.035.510/RJ, cujo acórdão está assim ementado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. PENHORA DE CRÉDITO QUE NÃO SE CONFUNDE COM PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO DE ADMINISTRADOR.

– A verificação dos motivos que justificaram a rejeição dos bens oferecidos à penhora demandam, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento vedado nos termos da Súmula 7 do STJ. Precedentes.

– **A penhora sobre crédito recai sobre direitos certos ou determináveis do devedor, efetivando-se mediante a simples intimação do terceiro, que fica obrigado a depositar em juízo as prestações ou juros por si devidos à medida que forem vencendo. Com esta simples medida, evita-se que o próprio executado receba a importância penhorada, frustrando a satisfação do crédito exequendo. Dispensa-se, nesta circunstância, a nomeação de administrador, figura necessária e indispensável para a penhora sobre o faturamento, que exige rigoroso controle sobre a boca do caixa, o que não é, evidentemente, a hipótese.**

– Ainda que se admitisse que se está diante de penhora do faturamento, é certo que esta Corte admite esta modalidade de constrição patrimonial, sem que isso, por si só, represente ofensa ao princípio da menor onerosidade ao devedor, preconizado no art. 620, CPC. Recurso Especial não conhecido.

(REsp n.º 1.035.510/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 16.09.2008). *(sem grifo no original.)*

Dessarte, ao passo que a penhora sobre o faturamento se efetiva por meio de medidas extremamente interventivas na vida da pessoa jurídica e de alcance abrangente na receita, a penhora sobre crédito de terceiro se realiza com simples intimação de terceiro e de atuação pontual sobre os ingressos do ente ficto.

Dessa forma, de tudo o que fora dito, a penhora sobre crédito de terceiro, cujo objeto é a pecúnia, constitui meio de efetivação antecipada da penhora sobre dinheiro, não guardando qualquer relação com a penhora sobre faturamento.

5. Da utilização dos meios de controle e fiscalização digitais na execução fiscal

Como abordado anteriormente, todo o objetivo da penhora sobre o crédito de terceiro é evitar a blindagem patrimonial efetuada por grandes sonegadores, tornando obsoletos os meios usuais de constrição (penhora de imóveis, veículos e Bacen Jud).

Diante desse quadro, fez-se necessária a adoção de novas estratégias de constrição patrimonial por parte dos órgãos de cobrança da dívida ativa.

Nesse contexto, a medida aqui defendida mostra-se de grande valia para recuperação dos créditos dos Entes Políticos.

A penhora de crédito do devedor com terceiro não é coisa nova, estando estabelecida nos arts. 671-676, do CPC, recaindo sobre bens certos determinados ou determináveis, de procedimento extremamente singelo, como se daria se a penhora incidisse sobre os recebíveis em um contrato de locação.

Inicialmente, impende que se faça a análise da atividade econômica do sujeito passivo tributário de modo a identificar a origem dos seus recebíveis e, por conseguinte, a melhor forma de cobrança. Nesse ponto é notório que, no setor varejista, a utilização do cartão de crédito é mais acentuada.

Ressalto que a depuração de dados das operadoras de cartão de crédito mostra-se imprescindível para averiguar a eficácia da referida penhora. Esses valores também servirão de estimativa do montante que será bloqueado judicialmente, pois, como a penhora sobre crédito de terceiro recai sobre valores futuros e incertos, não é possível precisar de antemão o *quantum* que será depositado em juízo.

Dessa forma, é importante a dosagem do percentual de vendas penhorado das operadoras de cartão de crédito. Se a constrição judicial for integral, é muito provável que futuramente a relação comercial deixe de ocorrer, o que frustrará por completo a medida.

Em paralelo ao efeito direito de carrear recursos financeiros para a quitação do seus débitos com o Ente Público Federativo, essa forma de constrição patrimonial tem estimulado os devedores a alterarem o seu comportamento, aderindo aos parcelamentos tributário e, principalmente, pagando seus tributos em dia.

A justiça catarinense está dando guarida para essa tese, consoante, podemos citar a decisão de primeiro grau proferida nos autos nº 0904103-59.2013.8.24.0023, que foi confirmada pelo Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina nos autos do Agravo de Instrumento nº 2013.027642-7.

6. Da inexistência de violação do sigilo fiscal

A disciplina do sigilo fiscal está prevista no art. 198, do Código Tributário Nacional – CTN, o qual contém o seguinte teor:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;
II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;
II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;
III – parcelamento ou moratória.

Da leitura, nota-se que é vedada a divulgação de informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo tributário obtida em razão do ofício.

Ocorre que a divulgação a que se refere o CTN não abrange a manifestação processual perante o Poder Judiciário, no interesse do ente público, no âmbito de executivo fiscal, para a cobrança de suas receitas por meio do seu órgão competente

para manifestar em Juízo.

7. Considerações finais

O combate aos devedores contumazes, que se utilizam de todas as formas e sistemas possíveis para blindar seu patrimônio e sonegar tributos, consiste em um dos grandes problemas enfrentados por nossa sociedade, pois cabe ao Estado fomentar a livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF), resguardar a livre concorrência (art. 170, IV, da CF) e garantir a arrecadação tributária para propiciar a consecução de todas as suas funções (saúde, educação, segurança etc.).

Sob essa ótica, o presente estudo propõe que seja propagada a prática da penhora do crédito dos executados perante as administradoras de cartão de crédito para buscar a efetivação da execução fiscal, visando dificultar as manobras dos grandes contribuintes que muitas vezes deixam de pagar tributos, financiando a atividade privada com dinheiro público.

Por fim, como sugestão para aumentar a efetividade da execução deve-se modernizar o sistema Bacen Jud a fim de suprir suas lacunas, bem como ser disponibilizado aplicativos que permitam que a futura penhora eletrônica englobe recebíveis de administradoras de cartão de crédito/débito, haja vista o teor da novel MP nº 615/2013 que atribui competência ao Bacen para controlar os arranjos de pagamento, incluindo operações de cartão de crédito (as operações de cartão de crédito e débito representaram, em 2011, aproximadamente, 41% de todos os pagamentos da economia nacional)¹⁰.

Outro esforço a ser desempenhado consiste na colocação como meta do CNJ a virtualização integral dos cartórios de registros de imóveis, de modo, em um curto espaço de tempo, unificar os bancos de dados, o que facilitará a busca de bens.

¹⁰ Exposição de motivos da MP nº 615/2013.

O modelo de gestão da saúde por organizações sociais no Estado de Santa Catarina

Bruno de Macedo Dias¹

1 Enquadramento jurídico das organizações sociais da saúde e seu surgimento no Brasil. 2 Características das organizações sociais da saúde. 3 Principais dificuldades jurídicas enfrentadas pelas organizações sociais da saúde. 3.1 Fenômeno do terceiro setor e a utilização equivocada do termo “privatização”. 3.2 Discussões sobre a constitucionalidade do sistema. 3.3 Tentativas de equiparar o funcionamento das organizações sociais ao de um órgão público. 3.4 Dificuldades da compreensão do conceito de complementariedade do art. 199, § 1º, da CF. 4 A Experiência catarinense com as organizações sociais da saúde. 4.1 Primeiros casos. 4.2 Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU. 4.3 Hospital Regional de Araranguá – Deputado Affonso Guizzo. 4.4 Hospital Florianópolis. 5 Avaliações de sucesso encontradas na literatura especializada. 6 Conclusões. 7 Referências bibliográficas.

1. Enquadramento jurídico das organizações sociais da saúde e seu surgimento no Brasil

Nas últimas décadas, com o aumento da velocidade no fluxo de informações e conhecimento, acompanhado da evolução tecnológica, de produção e usufruto de bens e da expectativa de vida, passou-se a exigir do direito um caminhar que satisfaça todas essas transformações.

Ao passo do fortalecimento da democracia no país, também aumenta o anseio do cidadão por uma melhor proteção de seus direitos e até mesmo a ampliação desses. As recentes manifestações constatadas em todo o país demonstram isso.

Espera-se da legislação, da justiça e da administração pública uma adequação que propicie o atendimento satisfatório aos direitos em velocidade igual ao que eles evoluem e a solução imediata de problemas nem sempre de fácil resolução.

¹ Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista, pelo CESUSC, em direito material e processual civil.

As demandas por maior atenção à saúde, como não poderiam deixar de ser, ganham destaque nesse contexto, por serem referentes ao bem mais valioso de um ser humano – sua vida – e a outros que poderiam ser enumerados na sequência, como sua integridade física e boa condição de saúde.

É nesse contexto que se apresenta a problemática das organizações sociais da saúde, uma alternativa que proporciona à administração pública a possibilidade de prestar assistência pública à saúde de forma mais célere, com menores entraves financeiros nos gastos com pessoal e, segundo estudos realizados, com maior eficiência.

As organizações sociais foram criadas pela Lei Federal n. 9.637, de 15 de maio de 1998, como parte do chamado “Programa Nacional de Publicização”, idealizado pelo então ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, e buscaram trazer uma alternativa ao assustador crescimento da máquina estatal e dos gastos públicos, em especial com o funcionalismo, justamente como já recomendava o art. 10, § 7º do Decreto-Lei nº 200/67, mais atual do que nunca:

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Todavia, enfrentam justamente uma forte resistência ideológica daqueles que apenas conseguem conceber o direito sob os parâmetros clássicos, e frequentemente ineficazes, do direito administrativo tradicional, e defendem a rejeição de qualquer inovação nessa seara, ainda que isso implique na inexecução do serviço público ou em sua prestação insatisfatória.

Tem-se, assim, um claro exemplo de evolução da sociedade e da forma de atender seus anseios que não foi acompanhada por uma evolução instrumental e da mentalidade de parte da comunidade jurídica.

A definição da organização social e sua função para o estado podem ser extraídas dos artigos 1º e 5º, da Lei Federal nº 9.637/98:

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos,

cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

[...]

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o poder público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Com efeito, as organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado *sem fins lucrativos*, com atividades dirigidas a finalidades de relevante interesse social, definidas em lei, dentre as quais se destaca a saúde para o propósito deste estudo. Não possuem finalidade lucrativa, razão pela qual não se enquadram propriamente no conceito de empresa do art. 966, do Código Civil.

Destarte, conforme será melhor esclarecido no item 3.1, não se trata de um órgão clássico de iniciativa privada, que age em busca do lucro, embora também não se confunda com a própria administração pública direta ou indireta. Trata-se de uma entidade do terceiro setor, no qual integrantes da própria sociedade civil unem esforços para auxiliar o poder público na execução de atividades tipicamente suas.

Isso ocorre através dos chamados contratos de gestão, através dos quais o poder público fomenta e transfere para essas entidades filantrópicas a execução de serviços públicos de áreas como a saúde.

Esses contratos preveem os termos nos quais o serviço deve ser prestado, suas características, a forma de fiscalização e o valor que será necessário para isso, sem possibilidade de lucro pela organização social contratada.

Através desses contratos na área da saúde, é possível que uma Organização Social passe a gerenciar os serviços de uma Unidade de Pronto Atendimento, de programas como “saúde na família”, serviços de atendimento móvel e até mesmo um hospital.

Sempre, saliente-se, sob os termos pré-estabelecidos pelo poder público, prestando-lhe contas de todas as notas, com sua fiscalização e, na hipótese de alguma discrepância, sujeita ao instituto da encampação.

2. Características das organizações sociais da saúde

As organizações sociais da saúde, não bastasse serem instituições sem fins

lucrativos, estão sujeitas a uma severa lista de outros requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.637/98, condição *sine qua non* para sua qualificação sob esse enquadramento.

Dispõe o art. 2º da referida lei:

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I – comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do poder público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos

e bens por estes alocados;

II – haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do ministro de estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Para não correr o risco de ser repetitivo, só alguns dos itens transcritos serão reforçados. Serão abordados quatro aspectos: natureza dos objetivos, transparência, gestão de eventuais excedentes e destinação dos bens adquiridos.

No primeiro aspecto, deve-se registrar que uma organização social estará necessariamente limitada ao objetivo social de interesse público que eleger dentre os previstos no art. 1º, da Lei das OS. Isso impede que o recurso público receba destinação diversa, especialmente pelo fato de os contratos de gestão especificarem a unidade de aplicação da verba.

Quanto à transparência, além de se cogitar um direito global de acesso aos dados que essas repassam periodicamente à administração pública, elas apresentam obrigatoriedade de publicação anual de seus relatórios financeiros e de execução de contratos de gestão no Diário Oficial da União.

Por se tratar de entidade sem fins lucrativos, e recipiente de recursos públicos, eventuais excedentes financeiros devem ser aplicados nas atividades por ela desenvolvidas, no caso concreto, na prestação da saúde. O contrato de gestão pode estabelecer, ainda, o reinvestimento desses valores na própria unidade contratada.

Finalmente, a lei estabelece, ainda, que o patrimônio destinado ou adquirido passe para outra organização social ou para o poder público na hipótese de extinção ou desqualificação.

Com todas essas características e restrições, é evidente que não se está tratando, *in casu*, de prestação de um serviço público por empresa de iniciativa privada.

3. Principais dificuldades jurídicas enfrentadas pelas organizações sociais da saúde

A análise mais detalhada das principais críticas sofridas no âmbito jurídico pelas organizações sociais da saúde deixa bastante clara a essência ideológica que o sistema enfrenta, pois os argumentos trazidos pelos opositores, *data venia*, não resistem a um estudo mais apurado, em especial se forem consideradas as

necessidades da sociedade.

São quatro, principalmente, os questionamentos técnicos trazidos pelos opositores do sistema: a suposta privatização da saúde pública, a alegada inconstitucionalidade do modelo, a tentativa de equiparar essas instituições a organizações privadas e incompreensão do termo complementariedade utilizado pelo constituinte no art. 199, § 1º, da Constituição Federal.

3.1 Fenômeno do terceiro setor e a utilização equivocada do termo “privatização”

O primeiro argumento utilizado pelos críticos do sistema é certamente o mais ideológico: comparar a contratação das organizações sociais a uma privatização da saúde. Esse argumento, *data venia*, é absurdamente desatualizado, e não encontra respaldo em discussões de economia, economia política, e mesmo parcerias público-privadas, há diversas décadas.

Com efeito, as organizações sociais são tão distantes do conceito clássico de estado quanto do conceito de empresas com intuito de lucro. Afinal, as atividades que exercem são essencialmente ligadas ao primeiro, tal qual sua função social, enquanto o conceito privado praticamente serve apenas para indicar as regras pelas quais fará suas contratações.

É preciso compreender que o rol de empreendimentos encontrados deve ser dividido em três grupos absolutamente diversos:

I. primeiro setor: composto pelo estado, na busca da realização de um interesse eminentemente público, sem a busca de lucro, sujeito às regras de direito administrativo;

II. segundo setor: constituído pelas empresas, antes da iniciativa privada, na atuação de interesses eminentemente privados, com finalidade lucrativa, sujeito às regras de direito privado;

III. terceiro setor: formado por organizações que surgem da própria sociedade civil, na busca da realização de um interesse exclusivamente público, sem finalidade lucrativa, sujeito às regras de direito privado.

Com efeito, o terceiro setor, integrado pelas instituições privadas (no sentido de não serem governamentais, não se buscarem o lucro) que representam iniciativas de órgãos da própria sociedade no intuito de auxiliarem o poder público na realização de atividades relevantes para os cidadãos, sem objetivarem o lucro, ocupa hoje um fundamental espaço na economia mundial.

Nesse sentido:

A redefinição das funções do Estado e dos meios de alcançar seus objetivos implica, como vimos, a redefinição das funções da sociedade. A reforma do Estado está condicionada, portanto, à reforma da sociedade, “que tem por objetivo precípua organizar sólidas entidades intermédias, que devem reconhecer suas competências e aspirar, de forma auto-responsável, a realização de suas tarefas e objetivos.

Nesse cenário, surgiu, portanto, uma nova expressão: terceiro setor. Traduzido do inglês *third sector*, essa expressão, difundida a partir da década de 60 do século passado, tem sido utilizada genericamente para se referir às organizações formadas pela sociedade civil, cujo objetivo não é a busca pelo lucro, mas a satisfação do interesse público. Situa-se ao lado do primeiro setor, ocupado pelo Estado, e do segundo setor, do qual fazem parte as entidades privadas com finalidade lucrativa².

Os críticos desse sistema ignoram tão essencial conceito, no qual se enquadram as organizações sociais, e fazem parecer que o Estado estaria passando para sociedades empresárias de elevado potencial lucrativo e risco de mercado atividades que são fundamentais para a população.

A verdade é que, para população, nenhum prejuízo ocorre, pois o poder público manterá o planejamento da unidade, a fiscalização e custeará o serviço para a população, cabendo à Organização Social exclusivamente a sua gestão, com uma eficiência e excelência de gestão fundamentais para uma atividade tão complexa como a gestão de um hospital.

Por conseguinte, para que se realize qualquer debate jurídico válido, devem ser abandonados conceitos como “privatizações”, “empresas” e “iniciativa privada”, que apenas deixam o debate menos jurídico e mais ideológico.

3.2 Discussões sobre a constitucionalidade do sistema

A discussão sobre a constitucionalidade do sistema, por outro lado, é ainda mais simples. Os opositores do modelo de organização social alegam que essa afronta o art. 196, da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido

² MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro setor e imunidade tributária*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008. p. 57.

mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ora, não é difícil ver que tal leitura é míope, pois a prestação dos serviços da saúde embora seja dever do Estado, pode ser prestada direta ou indiretamente. Não há nenhuma obrigação no sentido de que essa prestação deva ser feita de forma imediata. Já a participação da iniciativa privada ocorre de forma complementar, para aqueles que desejem pagar por serviços de sua escolha.

Não bastasse esse argumento, a contratação de organizações sociais na área da saúde encontra respaldo nos artigos 197 e 199, § 1º, da Constituição Federal:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

[...]

Art. 199 [...]

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes desse, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

A discussão sobre a constitucionalidade desse novel modelo encontra-se pendente no Supremo Tribunal Federal com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, na qual a medida cautelar foi indeferida justamente para garantir a aplicação da legislação correspondente até o seu julgamento final:

2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo – os atos normativos impugnados foram publicados em 1998 – seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida. (ADI-MC 1923, Min. Eros Grau.)

Ademais, a medida cautelar foi indeferida naquele feito com incontáveis pronunciamentos pela constitucionalidade da lei apresentados pelos ministros votantes.

O julgamento foi interrompido por um pedido de vista do ministro Marco Aurélio de Mello após dois votos de procedência parcial dos ministros Carlos Ayres Britto e Luiz Fux. A procedência parcial, em ambos os votos, foi pela constitucionalidade do sistema, resguardada, contudo, a possibilidade de fiscalização pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público e a necessidade de procedimento seletivo para escolher a contratada.

Embora alguns integrantes do Ministério Público não observem a decisão do Supremo Tribunal Federal, que autorizou a aplicação da lei até o julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923, verifica-se que outros tribunais já se manifestaram no mesmo sentido.

Assim dispôs o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE GESTÃO. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. O contrato de gestão administrativo constitui negócio jurídico criado pela Reforma Administrativa Pública de 1990.
2. A Lei n. 8.666, em seu art. 24, inciso XXIV, dispensa licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.
3. Instituto Candango de Solidariedade (organização social) *versus* Distrito Federal. Legalidade de contrato de gestão celebrado entre partes.
4. Ausência de comprovação de prejuízo para a administração em razão do contrato de gestão firmado.
5. A ação popular exige, para sua procedência, o binômio ilicitude e lesividade.
6. Recurso especial improvido (Resp. n. 952.899/DF, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 03.06.2008).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina não destoa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU PARCIALMENTE O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA PARA SUSPENSÃO DO CONTRATO DE GESTÃO N. 020/2012 E DETERMINAR QUE O MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ NÃO CELEBRASSE CONTRATO DE GESTÃO COM ENTIDADE PRIVADA COM O INTUITO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS NO HOSPITAL MUNICIPAL RUTH CARDOSO. MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ QUE DEFENDEU A LEGALIDADE DA CONTRATATAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL PARA A GESTÃO ADMINISTRATIVA DO NOSOCÔMIO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. LEI FEDERAL N. 9.637/1998, ARTS. 1º E 5º E LEI FEDERAL 8.666/1993, ART. 24, INC. XXIV QUE PERMITEM A CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE GESTÃO ENTRE O PODER PÚBLICO E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS POR AQUELE QUALIFICADAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E ATIVIDADES LIGADAS À SAÚDE SEM PRÉVIO CERTAME. FALTA DE COMPROVAÇÃO, NO ÂMBITO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA, DE ILEGALIDADE NA PRÁTICA DE TAIS ATOS ADMINISTRATIVOS. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. LIMINAR CASSADA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.067235-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 16-07-2013).

Diante de todos esses elementos, não é possível compreender que a discussão travada sobre a constitucionalidade do modelo de organizações sociais da saúde tenham outro viés que não seja ideológico.

3.3 Tentativas de equiparar o funcionamento das organizações sociais ao de um órgão público

Mais um grave problema jurídico enfrentado pelas organizações sociais da saúde são as tentativas de equipará-las à própria administração, submetendo-as a todos os rigores do direito público.

Dentre essas medidas, citam-se algumas:

- a. exigência de licitação para as compras da organização social;
- b. exigência de concurso público;

- c. observância do princípio orçamentário;
- d. trabalhar com sistema de pagamentos da administração;
- e. dever de observar os princípios de direito administrativo;
- f. sujeição à fiscalização dos Tribunais de Contas e dos órgãos do Ministério Público.

Primeiramente, deve-se salientar que os quatro itens iniciais devem ser afastados de plano, pois representam justamente a razão de existência das organizações sociais. O motivo pelo qual vislumbrou-se uma maior perspectiva de êxito para essas entidades encontra-se no fato de elas não estarem sujeitas ao princípio orçamentário, não realizarem licitação ou concurso público ou poderem fazer aquisições diretas. Assim, teriam a agilidade necessária para as necessidades típicas dos serviços de saúde. Excluir essas características equivaleria a extingui-las, já que passariam a ser entes idênticos ao poder público em sua forma de gestão.

Ressalve-se, outrossim, que parece recomendável a da exigência de um processo seletivo entre as organizações sociais interessadas em executar um serviço público da saúde, como é feito neste Estado.

No tocante aos princípios da administração pública, por se tratar de entidade que recebe recursos públicos e realiza um interesse público, é bastante razoável que esses sejam observados, respeitando-se, é claro, a essência das organizações sociais e as características que lhe são próprias. Por exemplo, é razoável que, pelo princípio da impessoalidade, sejam buscados três orçamentos antes de uma aquisição, mas não o é exigir o processo licitatório.

Quanto à sujeição à fiscalização dos Tribunais de Conta e dos órgãos do Ministério Público, novamente em razão ao interesse envolvido e do recurso público repassado, é inafastável a sua possibilidade. Trata-se de dois entes valiosos na defesa da sociedade e do interesse público. O que não parece admissível é a utilização dessa prerrogativa como insurgência ao sistema em si ou para incluir exigências que lhe são incompatíveis, como as abordadas acima.

Por fim, convém salientar que a tendência é que o Supremo Tribunal Federal defina as restrições aplicáveis ou não às organizações sociais no julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923. A tendência, pelos votos até o momento, é que apenas as duas últimas restrições sejam contempladas.

3.4 Dificuldades da compreensão do conceito de complementariedade do art. 199, § 1º, da CF

O maior problema jurídico da atuação das organizações sociais da saúde

encontra-se na interpretação do art. 199, § 1º, da Constituição Federal:

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes desse, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Diante desse vernáculo, contido em um dispositivo bastante específico da Magna Carta, surgiram algumas interpretações e possibilidades. Cogita-se, na sequência, algumas delas:

- a. O Estado deve prestar diretamente à saúde e somente pode contratar organizações sociais em locais onde o serviço for suficiente;
- b. O Estado pode contratar organizações sociais em específicas áreas nas quais forneça serviços de saúde, mas esses não forem suficientes para a população;
- c. O Estado pode contratar organizações sociais para serviços específicos que sejam complementares aos que a administração pública repute essenciais;
- d. O Estado pode contratar organizações sociais para complementar os serviços que fornece sempre que esses forem insuficientes, distantes ou faltar-lhe os meios necessários para adequada prestação;
- e. O Estado pode contratar organizações sociais para prestação de quaisquer serviços na área da saúde, mas a participação no planejamento, nas diretrizes e na coordenação do Sistema Único de Saúde fica restrita aos entes federados.

Ora, antes de prosseguir, deve-se recordar os artigos 196 e 197, da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Com efeito, o Estado, aqui apresentado como poder público, englobados todos

os entes federados, é o garantidor da prestação da saúde aos seus jurisdicionados, mas a sua execução pode ocorrer diretamente ou através de terceiros. O fundamental, na verdade, é que se busque a redução dos riscos e o acesso universal e igualitário.

Parece óbvio que, sempre que a lei permitir e o Estado observar que a prestação da saúde pode ser bem realizada através do fomento, essa medida deve ser realizada, sob pena justamente de obstar o implemento das garantias fundamentais, como o acesso universal.

Dito isso, passa-se aos itens acima. De imediato, descarta-se a primeira hipótese por ela ser absolutamente inútil: se o Estado somente contratar organização social quando já prestar integralmente a saúde à população, essa contratação é obviamente desnecessária.

Os outros itens, contudo, ainda não se encontram em um estágio de maturação jurídica ideal. Assim, mostra-se importante compará-los com a realidade brasileira.

Segundo dados expostos pela Dr. Cleusa Bernardo, do Ministério da Saúde, no V Seminário do Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde³, 57% dos municípios brasileiros que possuem hospitais filantrópicos (1.740) apresentam apenas essa unidade na rede de saúde. Ou seja, não há qualquer hospital administrado diretamente pelo poder público nesses entes federados.

Qualquer conclusão que leve a acreditar que a complementariedade deve ser interpretada de forma ampla, iria acarretar o fechamento dessas unidades, ainda que o poder público não tivesse condições de absorvê-las ou mantê-las no mesmo nível de qualidade. A população, que usufrui desses serviços gratuitamente, seria prejudicada com a interrupção ou queda da qualidade.

O mesmo pode ser visto nas restrições orçamentárias que inúmeras unidades federadas hoje apresentam. Se um estado não pode ampliar seu número de servidores por restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal, qual a melhor solução a adotar: deixar de instalar novas unidades da saúde ou ampliar o atendimento através de organizações sociais?

Não parece que a Constituição Federal desejou que a integralidade dos serviços de saúde fosse prestada indiretamente pelo estado. O oposto também é verdadeiro. Mas parece óbvio que qualquer interpretação do termo complementariedade que gere o retrocesso na busca por um acesso universal e igualitário pela saúde também não pode ser admitida.

Diante disso, a alternativa que melhor parece solucionar esse conceito é a “d”: o estado pode contratar organizações sociais para complementar os serviços que fornece sempre que esses forem insuficientes, distantes ou faltar-lhe os meios

³ Seminário Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde, 5, 2013, Rio de Janeiro. Dados disponibilizados pela internet.

necessários para adequada prestação.

4. A experiência catarinense com as organizações sociais da saúde

A história das organizações sociais da saúde no Estado de Santa Catarina teve seu marco inicial com a publicação da Lei nº 12.929, de 04 de fevereiro de 2004, com a qual ficou autorizada a qualificação e contratação dessas entidades do terceiro setor.

Muito embora o Estado de Santa Catarina já apresentasse experiências anteriores com a prestação da saúde pública e gratuita por entidades não pertencentes à administração direta ou indireta, através de santas casas e de universidades, o modelo de organizações sociais da saúde no Estado foi inaugurado com a referida lei.

São bastante recentes, portanto, os *cases* para estudo nesse ente federado, mas, segundo informações coletadas durante a elaboração de defesas judiciais, vários deles possuem ótima avaliação pela população.

Nos últimos meses, três unidades têm tomado a maior parte das atenções, com litígios judiciais recentes. Destarte, esse estudo será dividido, nesse momento, em quatro partes, uma para as primeiras experiências com o novo modelo e outras três com essas unidades com contratação mais recentes.

4.1 Primeiros casos

Dentre as unidades de prestação de serviços de saúde sob a gestão de organização social no estado, podemos elencar as seguintes:

- a. HEMOSC – Organização Social Fundação de Apoio ao Hemosc e Cepon – FAHECE – Contrato de Gestão nº 001/2007;
- b. CEPON – Organização Social Fundação de Apoio ao Hemosc e Cepon – FAHECE – Contrato de Gestão nº 002/2007;
- c. Hospital Materno Infantil Dr. Jeser Amarante Faria – Organização Social Hospital Nossa Senhora das Graças – Contrato de Gestão nº 001/2008;
- d. Hospital Regional de Joinville Hans Dieter Schmidt – Organização Social Fundação São Paulo Apóstolo – Contrato de Gestão nº 001/2010;
- e. Hospital Regional de São Miguel do Oeste Terezinha Gaio Basso – Organização Social Associação Beneficente Hospitalar Peritiba – Grupo São Camilo – Contrato de Gestão nº 003/2010.

Conforme antecipado no item anterior, foram ouvidos registros de diversos elogios entre as unidades referidas. Por se tratar de um estudo jurídico desse instituto, contudo, não será aprofundado esse aspecto, restando, entretanto, destacadas as unidades para que os interessados possam fazer suas próprias avaliações.

Foi localizada celeuma judicial quanto ao CEPON e o HEMOSC, definitivamente solucionada em favor do modelo de gestão implementado na Apelação Cível nº 2009.051400-1, da Relatoria do Des. Newton Trisotto, julgado em 14.10.2010:

ACÇÃO POPULAR – CONTRATO DE GESTÃO – ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – EXECUÇÃO DE SERVIÇOS REALIZADOS TAMBÉM PELO HEMOSC (CENTRO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DE SANTA CATARINA) E PELO CEPON (CENTRO DE PESQUISAS ONCOLÓGICAS) – PRETENSÃO VISANDO A SUSPENSÃO OU CANCELAMENTO DO EDITAL DO CONCURSO DE PROJETOS – RECURSO DESPROVIDO

I – Não se revela incompatível com o ordenamento constitucional, com os seus princípios expressos e implícitos, e não é lesiva ao erário lei que institui o “Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais” e autoriza “a descentralização de atividades e serviços de natureza social, desempenhados por órgãos ou entidades públicas estaduais, para pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos” (Lei Estadual n. 12.929, de 2004).
II – “1. O contrato de gestão administrativa constitui negócio jurídico criado pela Reforma Administrativa Pública de 1990.

2. A Lei n. 8.666, em seu art. 24, inciso XXIV, dispensa licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

3. Instituto Candango de Solidariedade (organização social) *versus* Distrito Federal. Legalidade de contrato de gestão celebrado entre partes.

4. Ausência de comprovação de prejuízo para a Administração em razão do contrato de gestão firmado.

5. A Ação Popular exige, para sua procedência, o binômio ilicitude e lesividade.

6. Recurso especial improvido” (Resp n. 952.899, Min. José Delgado).

Isso reforça a crença de que o mesmo destino será dado aos litígios abaixo.

4.2 Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU

A partir de agosto de 2012, através do Contrato de Gestão n. 02/2012, a gestão do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência em Santa Catarina passou a ser prestado por organização social.

Até aquele momento, o serviço era prestado diretamente pelo Estado através de 131 servidores públicos (apenas um médico e nenhum motorista) e pouco mais de 400 contratados temporários. A situação desses temporários arrastou-se pelo tempo, com sucessivas renovações das excepcionalidades, até que o Tribunal de Contas demandou a retificação dessa irregularidade. Logo, todos esses temporários teriam que ser desligados.

Diante de um conjunto de circunstâncias – imediata necessidade de solucionar o serviço, impossibilidade de interrupção, percentuais elevadíssimos com gastos com pessoal e caráter desgastante da atividade, com tendência para pedidos de afastamento dos servidores por motivo de saúde após período de trabalho nessa área – optou-se pelo modelo de gestão através de organização social.

Em 1º de agosto de 2012 e em 14 de setembro de 2012, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina deflagrou, respectivamente, a Ação Cautelar nº 023.12.043764-4 e a Ação Civil Pública nº 023.12.052526-0. Nessas, foi deferida medida liminar em primeiro grau para determinar a imediata retomada do serviço.

Através do Agravo de Instrumento nº 2012.090026-4, o Estado de Santa Catarina obteve:

- o efeito suspensivo em regime de plantão pelo período de 90 (noventa) dias, em 15 de dezembro de 2012;
- o efeito suspensivo, em 06 de fevereiro de 2013 para sustar os efeitos da decisão por 120 (cento e vinte) dias ou até o julgamento definitivo, estando em curso a última hipótese.

O desembargador relator decidiu nesses termos, em 27 de agosto de 2013:

De conseguinte, interpretando aquele comando, como relator do feito, considero que, extrapolados os aludidos 120 (cento e vinte) dias, faz-se prevalente a parte final do

comando decisório e, de conseguinte, o efeito suspensivo há de permanecer incólume até o pronunciamento do órgão colegiado competente.

Assim, é de ser revista a decisão noticiada, eis que partiu da premissa de que se exauriu o efeito suspensivo deferido, o que efetivamente não ocorreu.

Dessa forma, defiro o pedido do Estado de Santa Catarina.

Diante disso, o serviço do SAMU é prestado atualmente por uma organização social, o que permitiu a elevação de sua força de trabalho para mais de mil funcionários, dentre esses, mais de quatrocentos médicos, segundo dados da Secretaria de Estado da Saúde.

Essa apresenta, ainda, constantes relatórios de suas atividades e tem o dever de manter eficiente serviço de ouvidoria, com avaliação do serviço prestado pelos usuários e resolução dos problemas que lhe são apresentados. Todas essas informações são apreciadas pelo Estado de Santa Catarina, na qualidade de contratante.

Estima-se que, dependendo das possibilidades que a Lei de Responsabilidade Fiscal permitir ao Estado, existiria um grande risco ao serviço caso fosse necessária a sua imediata assunção, com a contratação de um número limitado de servidores. Por outro lado, através do contrato de gestão, fundado em lei flagrantemente constitucional, esse pôde prosseguir.

4.3 Hospital Regional de Araranguá – deputado Affonso Guizzo

O Hospital Regional de Araranguá foi fundado em 1979 e, desde sua criação, jamais foi administrado diretamente pelo Estado de Santa Catarina. Nesses quase vinte e cinco anos, foi administrado por instituições filantrópicas religiosas e por universidade, até que passou a ser gerido por uma primeira organização social em 2012.

Em razão de problemas encontrados pelo Estado de Santa Catarina na prestação de contas no final de 2012, a organização social anterior foi desqualificada, devolveu os valores sob os quais se apurou a irregularidade e teve sua substituição determinada.

No momento em que a sua substituta era determinada em Processo de Concurso de Projetos, o Ministério Público deflagrou a Ação Civil Pública nº 004.13.002637-2 e obteve, em 22 de abril de 2013, medida liminar que determinasse a assunção imediata do hospital. O prazo, posteriormente, foi elevado para 180

(cento e oitenta) dias. A decisão encontra-se pendente de recurso do Agravo de Instrumento nº 2013.032533-5.

A questão é bastante grave porque o Estado de Santa Catarina não possui nenhum servidor público lotado no Hospital Regional de Araranguá, tendo em vista que a gestão nunca foi realizada diretamente por ele. O risco em discussão é a avaliação de quantos servidores o poder público poderia contratar caso fosse mantida a decisão liminar. Caso se considere que não há possibilidade de contratação em número suficiente, haveria inclusive risco de fechamento ou redução da unidade para fins emergenciais.

Com isso, o modelo de gestão por organização social mostra-se mais uma vez interessante, pois permite a continuidade do funcionamento do hospital independentemente das dificuldades financeiras que seriam encontradas pelo modelo tradicional.

4.4 Hospital Florianópolis

O *case* mais recente de organização social no Estado de Santa Catarina é o Hospital Florianópolis. Essa unidade, localizada no município de Florianópolis, no bairro do Estreito, foi fechada parcialmente para reformas no início de 2010.

Desde então, manteve-se em funcionamento apenas com sua unidade de emergência, enquanto o restante continuava em obras, com melhorias para a reabertura. Durante esse período, por necessidade de outras unidades e por não operar em seu potencial máximo, diversos servidores foram transferidos para outras unidades, com possibilidade de retorno caso desejassem.

Diante disso, apenas 244 servidores encontram-se lotados naquela unidade, além da possibilidade de retorno de outros 99, caso interessados, que estão em atividade em outras unidades. O número necessário para a simples reabertura do hospital em pleno funcionamento seria de aproximadamente 592 funcionários.

Há, ainda, projeto em andamento de expansão da unidade com construção de um prédio, anexo, com sete andares, o que permitirá uma ampliação muito aspirada no atendimento de saúde na Grande Florianópolis.

Em virtude dos custos envolvidos, em especial com gastos em pessoal, e da proporção da expansão para complementar os serviços já existentes, o Estado de Santa Catarina optou pelo modelo de gestão por organização social.

O Ministério Público, mais uma vez, ajuizou a Ação Civil Pública nº 0025273-15.2013.8.24.0023 na tentativa de obstar a medida que permitiria a reabertura do hospital, obtendo liminar em 06 de junho de 2013.

A tutela de urgência causou certo atraso no cronograma das obras e da

contratação, mas foi revertida em 06 de junho de 2013, no Agravo de Instrumento nº 2013.03494-4. A decisão foi lavrada nos seguintes termos:

Nesta linha, orienta ainda que os contratos de gestão vinculam às organizações ao atendimento dos objetivos traçados pelo próprio Estado, e que o controle interno por elas exercido não exclui, em qualquer hipótese, o controle externo exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas, e, inclusive, do Ministério Público.

Portanto, a partir de uma análise perfunctória da demanda, não se vislumbra ilegalidade no edital publicado pelo Estado de Santa Catarina para a realização do contrato de gestão sob litígio.

Vislumbra-se, aliás, o objetivo precípua de atender ao interesse público, dado que o Estado já se manifestou não possuir recursos humanos adequados à gestão do Hospital Florianópolis, e diversamente do esposado pelo juízo *a quo*, não há interesse do município de Florianópolis em assumir a gestão, conforme consignado em audiência de conciliação da qual participaram as partes e o referido município (fl. 68).

Por tudo isso, e sendo notória a situação caótica pela qual passa a saúde catarinense, a suspensão da decisão liminar conferida em 1º grau é medida que se impõe para sanar o prejuízo a que será submetida toda a população dependente do funcionamento do hospital, tendo em vista que, permanecendo sob a administração direta do Estado, o nosocômio, que se encontra às vésperas de voltar à atividade após reforma, continuará com seu potencial de atendimento plenamente reduzido, dados os entraves burocráticos possuídos pelo ente público para a contratação de pessoal em decorrência dos limites estabelecidos na lei de responsabilidade fiscal. À luz dessas considerações, conclui-se pela existência de equívoco na decisão censurada, de cujo cumprimento se divisa a ocorrência de lesão grave irreparável ao recorrente, circunstâncias que, a teor do art. 558, *caput*, do CPC, conduzem ao deferimento do efeito suspensivo postulado.

Com isso, foi concluído o concurso de projetos para escolher a organização social que fará a gestão do Hospital Florianópolis e sua obra aproxima-se do final,

com previsão de reabertura ainda no ano de 2013.

5. Avaliações de sucesso encontradas na literatura especializada

Embora não seja atribuição do jurista realizar avaliações técnicas sobre modelos de gestão hospitalares ou em outras unidades da saúde, por absoluta falta de *expertise*, isso não impede a busca de estudos que tenham feito tais análises. Em verdade, essa busca é fundamental para reforçar – se for o caso – a viabilidade da opção administrativa que foi realizada de forma benéfica à população e ao interesse público.

Inicia-se por um estudo realizado no modelo de organizações sociais por Taborda:

O modelo de gestão em parceria com instituições privadas qualificadas como OSS está consolidado em São Paulo. Os resultados de doze anos demonstram que os hospitais estaduais gerenciados por OSS são 30% mais produtivos e 8% mais baratos do que os hospitais similares, diretamente administrados pela Secretaria de Estado da Saúde. Os pacientes ficam menos tempo internados, em média 3,3 dias, contra 5,1 dias em hospitais da administração direta. O bom resultado obtido com esse modelo pode ser em parte explicado pela maior autonomia em selecionar, contratar e demitir o seu pessoal, mas também pela eficiência em alocar recursos orçamentários e na definição de contratos com fornecedores. Os gerentes administram o seu pessoal com foco dirigido para o cumprimento de metas de desempenho predefinidas, geralmente obtendo melhores resultados que os hospitais estaduais tradicionais (WORLD BANK, 2006)⁴.

Interessante analisar, ainda, estudo realizado pelo Banco Mundial no Estado de São Paulo, em 2006:

Os dados descritos agregados em nossa pesquisa de campo

⁴ TABORDA, Wladimir *et al.* Organizações Sociais de Saúde no Estado de São Paulo: fundamentos e resultados. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Org.). *Terceiro setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011. p. 148.

com 20 hospitais de São Paulo são consistentes com a análise dos dados do estudo do Banco Mundial sobre desempenho hospitalar (2006, em publicação) os hospitais OSS agrupados superaram seus pares da administração direta. A percepção pública da reforma das OSS também foi positiva, tanto que o governo está explorando a possibilidade de estender o modelo a outros hospitais estaduais. Porém, é fácil exagerar na magnitude das diferenças entre os tipos de hospitais, e simplificar a explicação do desempenho superior das OSS. Muitos hospitais OSS não oferecem serviços de emergência; e muitos controlam sua demanda por serem hospitais de “porta fechada”.

[...]

Enquanto qualquer uma das opções estaria cheia de desafios políticos e legais, uma terceira opção é fazer para os profissionais do setor saúde estadual um novo regime de emprego inteiramente novo que tenha mais em comum com o regime CLT atual. Para diminuir a oposição política e os desafios legais que tal proposta geraria a aderência ao novo regime para os atuais servidores teria que ser voluntária. Entretanto, todos os novos servidores seriam contratados pelo novo estatuto; e gradualmente a gestão de recursos humanos no setor saúde seria transformada. Reconhecemos que o mandato constitucional do Regime Jurídico Único para servidores públicos no Brasil é um poderoso obstáculo para tal mudança. Entretanto, o caso para reforma é estimulante⁵.

Por fim, La Forgia e Couttolene compararam as modificações introduzidas pelo sistema de organizações sociais com o procedimento de maior autonomia dos hospitais europeus, em 2008:

A reforma administrativa ocorrida na metade da década de 1990 trouxe a discussão sobre autonomia de volta a agenda política com a aprovação de legislação promovendo as organizações sociais. Apesar de o governo federal não parecer disposto a implementar diretamente essas reformas, parcialmente por medo da reação dos sindicatos de servidores públicos, alguns estados e, em uma menor proporção, municípios tomaram a

⁵ BANCO MUNDIAL. Brasil: melhorando o desempenho do setor saúde – lições das inovações do Estado de São Paulo e da cidade de Curitiba. Relatório nº 35691-BR. Banco Mundial, 2006. p. 22.

condução na exploração do modelo de organizações sociais e outras alternativas de administração direta ou indireta. O apoio federal para esses esforços poderia catalisar e ampliar essas inovações por todo o país. O modelo de organizações sociais é alinhado às reformas organizacionais nos hospitais públicos da Europa.⁶

Diante dos elementos acima, fica evidente que o modelo de gestão por organizações sociais apresenta aspectos positivos que não podem ser descartados, bem como que o modelo de gestão tradicional possui elementos negativos que não podem ser ignorados.

6. Conclusões

Neste trabalho, foi possível reunir um pouco dos elementos disponíveis sobre as organizações sociais nos serviços públicos de saúde e a característica das críticas recebidas. Parece seguro concluir que esse modelo constitui uma alternativa válida para o nosso Estado evoluir cada vez mais na prestação pública da saúde.

Importante salientar que os elementos trazidos não têm a pretensão de apresentar o modelo de organizações sociais da saúde como infalível ou perfeito. Tampouco implicam em uma crítica automática da gestão direta pela administração pública.

Eles trazem, contudo, a clareza de que o modelo tradicional da administração pública tem muitas dificuldades para responder com velocidade e eficiência aos desafios encontrados nos serviços públicos de saúde e que o modelo das organizações sociais oferece ferramentas que ajudam a solucionar esses problemas. Ambos os modelos, por dependerem de atuações humanas, estão sujeitos a falhas e superações.

Fica flagrante, não obstante, que o modelo tradicional precisa ser revisto em diversos de seus aspectos legais, para garantir a eficiência e velocidade desejada, de modo que a saúde dos cidadãos catarinenses possa ser atendida. Até que essas

⁶ “The administrative reforms of the mid-1990s put autonomy back on the policy agenda with the passage of legislation promoting social organizations. Although the federal government appears unwilling to implement these reforms, partly for fear of the reaction of public employee unions, some states and, to a lesser extent, municipalities are taking the lead in exploring the social organization model and other autonomous alternatives to direct and indirect administration. Federal support for these efforts could catalyze and extend innovation nationwide. The social organization model is aligned with organizational reforms in public hospitals in Europe. (FORGIA, Gerard M. La; COUTTOLENC, Bernard F. Hospital performance in Brazil: the search for excellence. World Bank Publications, 2008. p. 199. Traduzido pelo autor.)

evoluções normativas possam ocorrer, cabe à administração pública utilizar-se das ferramentas que dispõe para que o interesse público possa ser atendido da melhor maneira possível.

Têm-se dois modelos válidos e constitucionais disponíveis para a escolha do administrador. Outros sistemas sólidos e bem planejados seriam igualmente bem-vindos e deveriam ser estudados pelo jurista para fortalecer uma compreensão de que o direito administrativo não serve para engessar o Estado e impedir que ele realize, na velocidade necessária, as suas funções.

As inovações e as dificuldades são um convite para estudar, aprender e evoluir, sem o apego aos preconceitos e ideologias. Esse trabalho é árduo e cheio de obstáculos, mas isso não indica que, por esse motivo, seja errado.

Não pode o administrador público ficar estagnado diante de uma série de problemas para solucionar e clamores da sociedade para atender em razão de uma leitura ultrapassada do direito administrativo, que preza exclusivamente por formalidades, em detrimento dos seus próprios princípios, notadamente o princípio da eficiência.

7. Referências bibliográficas

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BANCO MUNDIAL. *Brasil: melhorando o desempenho do setor saúde – lições das inovações do Estado de São Paulo e da cidade de Curitiba*. Relatório nº 35.691-BR. Banco Mundial, 2006.

BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Organizações sociais de saúde: a experiência exitosa de gestão pública de saúde do Estado de São Paulo. In: CONASS Progestores. Nota técnica nº 17/2006, de 22 de agosto de 2006. Meio eletrônico.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Organizações Sociais. In: *Cadernos do MARE*, 2. 5. ed. Brasília: MARE, 1998.

FORGIA, Gerard M. La; COUTTOLENC, Bernard F. *Hospital performance in Brazil: the search for excellence*. World Bank Publications, 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro setor e imunidade tributária*. Belo Horizonte:

Forum, 2008.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais. In: CONASS Progestores. Nota técnica nº 17/2006, de 22 de agosto de 2006. Meio eletrônico.

_____. CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Org.). *Terceiro setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

SEMINÁRIO TERCEIRO SETOR E PARCERIAS NA ÁREA DE SAÚDE, 5, 2013, Rio de Janeiro. Dados disponibilizados pela *internet*.

TABORDA, Wladimir *et al.* Organizações sociais de saúde no Estado de São Paulo: fundamentos e resultados. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Org.). *Terceiro setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

A impossibilidade de condenação da Fazenda Pública Estadual em honorários de sucumbência nas execuções não embargadas, mesmo nos casos de RPV

André Martinez Rossi¹

1. Introdução

O art. 1º-D da Lei nº 9.494/97, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, determina que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda pública nas execuções não embargadas”.

Ainda que se admita que referido dispositivo possa ser aplicado tanto aos feitos em que a Fazenda pública figure como executada quanto às execuções fiscais, o âmbito do presente trabalho se restringe apenas à primeira hipótese, mais especificamente no que tange às execuções de sentença (título executivo judicial) para o pagamento de valor certo.

Assim, o dispositivo em questão revogou tacitamente parte do art. 20, § 4º, do CPC, que estabelecia a incidência de honorários “nas execuções embargadas ou não”, no que tange às condenações envolvendo a Fazenda pública.

Logo que referido dispositivo foi editado, vozes na doutrina foram levantadas pregando a sua suposta inconstitucionalidade, sob a alegação, em síntese, de violação dos requisitos para a edição de medida provisória no caso (inconstitucionalidade formal), bem como de violação do princípio da isonomia² (inconstitucionalidade material).

Nessa esteira, o STF teve a oportunidade de apreciar a constitucionalidade de referido dispositivo da Lei nº 9.494/97, por meio do RE nº 415.932-5/PR, entendendo pela sua constitucionalidade. Mas concedeu-lhe interpretação conforme a Constituição para reduzir o seu campo de aplicação apenas às execuções por quantia certa, e exclusivamente àquelas que culminam na expedição de precatório, excluindo a sua aplicação às execuções para o pagamento de débito por meio de requisição de pequeno valor (RPV).

Ou seja, o STF teria considerado inconstitucional a aplicação de referido

¹Procurador 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.

² Cássio Scarpinella Bueno. *O poder público em juízo*. 4. ed. p. 286.

dispositivo às execuções por quantia certa contra a Fazenda, quando o valor da execução fosse enquadrado como sendo de pequeno valor segundo a legislação de regência, pago não por precatório, mas via RPV.

Ocorre que o referido julgado do STF envolveu um débito de pequeno valor do INSS, uma autarquia federal que possui requisitos próprios para o adimplemento de obrigações de pagar quantia certa.

Por isso, referido entendimento do STF, no que tange a afastar a aplicação do art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, aos casos envolvendo RPV, deve ser aplicado unicamente aos feitos atinentes ao INSS, e não aos feitos envolvendo as Fazendas públicas em geral e as Fazendas estaduais em particular, como tem sido feito pela jurisprudência pátria dominante.

Dessa maneira, o presente trabalho tem por escopo defender a tese de que o entendimento do STF para a condenação da Fazenda pública em honorários de sucumbência nas execuções por quantia certa não embargadas, quando se trate de RPV, se aplica unicamente ao INSS, e não às Fazendas estaduais.

2. Da breve retrospectiva sobre os pagamentos das condenações impostas à Fazenda pública

Como se sabe, o art. 100, da Constituição Federal, determina que os pagamentos devidos pela Fazenda pública oriundos de condenações judiciais devem se dar obrigatoriamente por meio da expedição de precatório, com exceção daqueles pagamentos definidos em lei como sendo de pequeno valor, conforme o § 3º, do referido dispositivo.

Muito embora o § 3º, do art. 100, da CF/88, excepcione as condenações de pequeno valor da expedição de precatório, tal não quer dizer que o adimplemento do respectivo valor devido seja realizado da mesma maneira que o adimplemento dos débitos envolvendo os particulares, já que é assente que os bens públicos são impenhoráveis.

Dessa maneira, seja o pagamento do valor devido pela Fazenda pública realizado por meio da expedição de precatório ou via RPV, em geral o mecanismo legal para o efetivo pagamento é o mesmo, qual seja, o ajuizamento de execução de quantia certa contra a Fazenda pública.

Tal fato decorre da aplicabilidade, à Fazenda pública, do disposto nos artigos 730 e 731, do CPC, ao determinar que essa deve ser citada para opor embargos, e não para pagar o débito porventura devido.

Assim, uníssonas são a doutrina e a jurisprudência ao ressaltar que não se

aplica à Fazenda pública a sistemática de cumprimento de sentença estabelecida por meio da Lei nº 11.232/2005, que continua submetida à execução para o adimplemento do valor a que foi condenada judicialmente, sem o sincretismo processual estabelecido por meio de referido diploma legal.

Ou seja, mesmo nos casos envolvendo RPV, também deve ser ajuizada a competente execução para fins de adimplemento do respectivo débito, não podendo a Fazenda pública se antecipar e pagar o débito espontaneamente antes de ser citada em execução, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, não restam dúvidas de que, para que a Fazenda pública pague o débito a que foi condenada judicialmente, mister se faz que seja ajuizada a respectiva execução.

3. Das exceções à necessidade de ajuizamento de execução para o adimplemento de condenação à Fazenda pública

Há duas exceções à obrigatoriedade de se ajuizar uma execução para a cobrança da quantia certa a que foi condenada a Fazenda pública, nas quais é possível que a Fazenda cumpra espontaneamente o título executivo judicial contra si lavrado.

A primeira exceção é a sua condenação no âmbito do Juizado Especial, a que aludem a Lei nº 10.259/2001 e a Lei nº 12.153/2009. O art. 13, incisos I e II, da Lei nº 12.153/2009, aplicável à Fazenda estadual, assim dispõe:

Art. 13. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado:

I – no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contado da entrega da requisição do juiz à autoridade citada para a causa, independentemente de precatório, na hipótese do § 3º, do art. 100, da Constituição Federal; ou

II – mediante precatório, caso o montante da condenação exceda o valor definido como obrigação de pequeno valor.

Assim, referido dispositivo determina expressamente que, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, o pagamento do respectivo débito da Fazenda estadual será efetuado por meio de “requisição do juiz à autoridade citada para a causa”, ou por meio de precatório, sem que seja necessário ajuizar ação de execução

para o cumprimento de referido comando.

Nas palavras de José Henrique Mouta Araújo³, ao comentar o referido dispositivo: “No que respeita ao pequeno valor, o procedimento para quitação é simplificado: ocorrerá no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, independentemente de precatório (RPV)”.

O dispositivo em comento já era previsto no Juizado Especial da Justiça Federal, conforme o art. 17, da Lei nº 10.259/2001, aplicável no âmbito da União.

Dessa maneira, a primeira exceção se aplica tanto à Fazenda pública estadual quanto ao INSS.

A segunda exceção à obrigatoriedade de ajuizamento da ação executiva em questão se aplica unicamente ao INSS, no âmbito da previdência social, conforme se depreende do art. 128, *caput*, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 10.099/2000, *verbis*:

Art. 128. As demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios regulados nesta lei cujos valores de execução não forem superiores a R\$ 5.180,25 (cinco mil, cento e oitenta reais e vinte e cinco centavos) por autor, poderão, por opção de cada um dos exequentes, ser quitadas no prazo de até sessenta dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade da expedição de precatório⁴.

O dispositivo retro transcrito sofreu diversas alterações desde a edição da referida lei. E nas suas diversas redações anteriores, dadas pela Lei nº 8.213/91, Lei nº 8.620/93 e Lei nº 9.032/95, o art. 128, *caput*, era expresso ao prever que as obrigações decorrentes da referida lei, até o valor que determinava, seriam liquidadas⁵ ou quitadas⁶ “imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731, do Código de Processo Civil”⁷.

Ou seja, muito embora a redação atual do dispositivo em questão mencione haver “valor de execução” e “exequente”, sugerindo a necessidade de ajuizamento

³ Os Juizados Especiais fazendários e a Lei nº 12.153/2009: observações iniciais. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 84, p. 23.

⁴ O valor previsto em referido dispositivo é atualmente de R\$ 37.320,00, conforme a Portaria Interministerial MPS/MF nº 02, de 06 de janeiro de 2012, dos Ministérios da Fazenda e da Previdência Social.

⁵ Expressão conferida pela Lei nº 8.213/91 e Lei nº 8.620/93.

⁶ Expressão conferida pela Lei nº 9.032/95, e pela própria Lei nº 10.099/2000, que deu ao dispositivo a sua redação atual.

⁷ Expressão utilizada em todas as redações anteriores do dispositivo.

de uma execução, bem como disponha sobre “precatório”, indicando a sua suposta não aplicação à RPV (que dispensa o precatório), isso não significa nem uma coisa nem outra.

E isso porque o dispositivo afirma que o pagamento do débito ocorrerá em “até sessenta dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão”, prazo esse que é incompatível com o ajuizamento de uma execução, e a posterior citação da autoridade competente, o transcurso do prazo para ajuizar embargos, a expedição de requisição de pequeno valor pelo juízo, e o respectivo pagamento.

Ademais, a própria Lei nº 10.099/2000, que deu ao dispositivo em comento a sua atual redação, afirma acerca de seu objeto: “Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, regulamentando o disposto no § 3º, do art. 100, da Constituição Federal, definindo obrigações de pequeno valor para a previdência social”.

Assim, muito embora a redação atual do art. 128, *caput*, da Lei nº 8.213/91 não seja a melhor, até por ter deixado de prever expressamente a dispensa da aplicação dos artigos 730 e CPC aos débitos de pequeno valor da autarquia federal, como dispunha referido dispositivo nas redações anteriores, a sua interpretação histórica e lógica leva ao entendimento de que a RPV também é expedida independentemente de ajuizamento de ação de execução contra o INSS, continuando inaplicáveis os artigos 730 e 731, do CPC.

Referido entendimento, então aplicável unicamente aos processos envolvendo o INSS no juízo comum, passou, com a edição da Lei nº 10.259/2001, a também abranger os pequenos débitos dessa autarquia, oriundos dos Juizados Especiais.

Dessa maneira, das duas referidas exceções à obrigatoriedade de ajuizamento de ação de execução para o adimplemento do débito judicial, apenas a primeira delas, atinente aos Juizados Especiais, é aplicável às Fazendas públicas estaduais, eis que a exceção prevista na Lei nº 8.213/91 para o adimplemento de débito de pequeno valor no procedimento comum é exclusiva do INSS, autarquia federal.

4. Da impossibilidade de condenação da Fazenda pública estadual em honorários de sucumbência nas execuções não embargadas

4.1 Da execução anômala a que é submetida a Fazenda pública para o pagamento de valor certo a que foi condenada: ausência de inadimplência

Conforme o exposto, com exceção dos débitos oriundos de condenações no âmbito dos Juizados Especiais fazendários, o procedimento a ser obedecido para que a Fazenda pública estadual efetue o adimplemento da quantia certa a que

foi condenada judicialmente se dá por meio do ajuizamento de ação de execução autônoma, conforme determinam os artigos 730 e 731, do CPC.

Dessa maneira, a Fazenda pública não pode realizar o pagamento do débito em questão de maneira espontânea, antes de ajuizada a execução, sob pena de violação ao ordenamento jurídico pátrio.

Vale ressaltar, por oportuno, que a própria sistemática de expedição da RPV impede que o pagamento de quantia certa seja efetuado pela Fazenda pública antes do ajuizamento da respectiva execução, não apenas pela obrigatoriedade de se seguir o rito do art. 730, do CPC, mas também pelo fato de ser o próprio juízo quem determina a expedição da RPV⁸.

Dessas premissas, é possível concluir que a execução autônoma contra a Fazenda pública para o pagamento de quantia certa oriunda de título judicial é uma execução anômala, completamente diferente das demais execuções. Ou, nas palavras do ministro Gilmar Mendes, uma “execução ficta” (RE nº 420.816-4/PR).

Isso porque, conforme o art. 580, do CPC, o ajuizamento de “qualquer execução” tem como requisitos indispensáveis (i) o inadimplemento de obrigação pelo devedor; e (ii) um título executivo líquido, certo e exigível.

Ora, no caso em comento, não há que se falar em inadimplência da Fazenda pública, pelo simples fato de que ela somente pode legalmente pagar o respectivo débito após ser citada em execução. Por isso, a inadimplência da Fazenda apenas acontecerá se, após a sua citação em execução, e de ter escoado o prazo para o ajuizamento de embargos, o juízo determinar a expedição de RPV e, dentro do prazo de 60 dias, a Fazenda pública não pagar o respectivo débito de pequeno valor (ou não pagar o precatório no período determinado constitucionalmente).

Assim, o requisito do inadimplemento do devedor para o ajuizamento da execução em questão não se aplica às execuções por quantia certa a que foi condenada a Fazenda pública, eis que ela não está em mora no pagamento do débito, não havendo que se falar em inadimplência do devedor. Por isso, o único requisito necessário para o ajuizamento da execução por quantia certa contra a Fazenda pública é o título executivo líquido, certo e exigível.

O STJ tem entendimento pacífico sobre a ausência de mora da Fazenda nesses casos, até o efetivo pagamento da RPV no prazo legal, conforme o REsp. nº 1.143.677/RS, julgado em sede de recurso repetitivo, a seguir parcialmente ementado:

⁸ Acerca do assunto, o próprio código de normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina determina, em seu art. 257-A, *caput*, que “As requisições de pequeno valor serão expedidas pelo juiz diretamente ao ente devedor, com prazo de 60 dias para pagamento (In: nº 01/2007-GP)”.

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. DIREITO FINANCEIRO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E O EFETIVO PAGAMENTO DA RPV. JUROS DE MORA. DESCABIMENTO. SÚMULA VINCULANTE 17/STF. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. IPCA-E.

APLICAÇÃO.

1. A Requisição de pagamento de obrigações de Pequeno Valor (RPV) não se submete à ordem cronológica de apresentação dos precatórios (artigo 100, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), inexistindo diferenciação ontológica, contudo, no que concerne à incidência de juros de mora, por ostentarem a mesma natureza jurídica de modalidade de pagamento de condenações suportadas pela Fazenda pública (Precedente do Supremo Tribunal Federal: AI 618.770 AgR., rel. ministro Gilmar Mendes, segunda turma, julgado em 12/02/2008, DJe-041, DIVULG 06.03.2008, PUBLIC 07/03/2008).

(Rel. ministro Luiz Fux, corte especial, j. em 02.12.2009).

E, justamente por não haver inadimplência ou mora da Fazenda pública na execução em questão, é que não deve haver a incidência de honorários de sucumbência nesse feito, conforme determina o art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97.

Os honorários, nesses casos, serão devidos unicamente se ajuizados os competentes embargos à execução, e apenas nesta nova relação jurídica cognitiva, eis que a relação jurídica executiva não é ocasionada pela mora ou inadimplência da Fazenda pública, mas tão somente pela sistemática a que se submetem os pagamentos de quantia certa a que fora condenada.

Em síntese, como a execução de valor certo contra a Fazenda pública é uma ação executiva anômala ou ficta, que não exige como requisito para o respectivo ajuizamento a inadimplência ou mora do devedor, resta claro que não deve haver a condenação da Fazenda pública estadual em honorários de sucumbência nesse caso.

4.2 Da violação do princípio da causalidade

Como decorrência do exposto no tópico anterior, é possível concluir que não pode ser imputada à Fazenda pública a responsabilidade pelo ajuizamento da execução em questão, pelo simples fato de que ela está legalmente impedida de adimplir espontaneamente o débito, não se lhe aplicando os dispositivos processuais acerca do cumprimento de sentença, conforme já visto.

Em outros termos, a Fazenda pública não deu causa ao ajuizamento da respectiva execução para o pagamento do débito a que foi condenada, pois deve ela aguardar ser citada em execução por quantia certa para pagar o respectivo débito, via RPV ou precatório.

Assim, em vista do princípio da causalidade, não pode ela ser condenada em honorários de sucumbência nessas execuções, quando não embargadas.

Com efeito, conforme o bem exposto por Leonardo José Carneiro da Cunha⁹, “a derrota constitui um forte indício de ter sido o vencido o causador daquela demanda”. No entanto, mesmo vencedora, a parte pode ser condenada em honorários, porque “deve arcar com os honorários de sucumbência aquele que deu causa ao ajuizamento da demanda”.

Pois bem, na execução por quantia certa ajuizada contra a Fazenda pública, nenhuma das partes deu causa ao ajuizamento da demanda. Nem o exequente, que é obrigado a ajuizar a execução por força de lei para ver adimplido o título executivo que possui, nem o executado, que não é inadimplente, pois está impedido de pagar o débito espontaneamente antes da sua citação em execução, conforme dispõe a legislação de regência.

Ora, se nenhuma das partes deu causa ao ajuizamento da demanda executiva, como imputar a uma delas a condenação em honorários de sucumbência, sem violar o princípio da causalidade?

Isso simplesmente não é possível, justamente pelo fato de a execução em questão ser anômala ou ficta, por não estar presente o requisito da inadimplência do devedor, sendo compulsória.

Assim, o que o art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, fez foi simplesmente tornar expresso no ordenamento jurídico pátrio o que já era possível por conta do princípio da causalidade, ou seja, afastar a condenação da Fazenda pública em honorários de sucumbência nas execuções não embargadas.

Dessa maneira, a condenação da Fazenda pública em honorários nas execuções não embargadas viola frontalmente o princípio da causalidade.

4.3 Da ausência de sucumbência

⁹ Honorários de sucumbência e princípio da causalidade. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 23, p. 85.

Conforme visto, nem sempre a parte sucumbente será condenada em honorários de sucumbência, por conta do princípio da causalidade. Assim, mesmo tendo restado vencedora, a parte poderá ter dado causa ao ajuizamento da demanda, e por isso poderá ser condenada em honorários.

Vale mencionar, por oportuno, que na execução por valor certo em face da Fazenda pública, além de nenhuma das partes ter dado causa ao ajuizamento do feito, conforme o exposto no tópico anterior, também nenhuma das partes restará sucumbente no feito, porque sucumbência não terá havido.

É esta a posição do ministro Cezar Peluso sobre o assunto (RE nº 420.816-4/PR), ao relacionar a sucumbência no processo à possibilidade de a parte interpor algum recurso, *verbis*:

A ideia de sucumbência está ligada a uma situação jurídico-material que, resultante de certa decisão ou provimento jurisdicional, é suscetível de ser melhorada por efeito de algum recurso. Então, diz-se sucumbente a parte que foi posta, por uma decisão ou por outra espécie de provimento, em situação tal que pode ser melhorada mediante recurso.

Nos casos de execução por quantia certa contra a Fazenda pública, a execução, tanto no sentido de ação processual, quanto no sentido material de pagamento, não pode dar-se de maneira ordinária ou geral. É que o credor só pode exigir o crédito em procedimento análogo ao processo de execução, e a devedora não o pode pagar senão mediante esse mesmo procedimento específico.

Nesse caso, se não há embargos no sentido técnico da palavra, não há sucumbência alguma, porque não existe nenhuma situação possível de ser modificada em benefício do recorrente mediante recurso.

Assim, conforme o bem exposto argumento do ministro Cezar Peluso, não há que se falar em sucumbência da Fazenda pública nas execuções por quantia certa não embargada.

E, como a Fazenda também não deu causa à referida execução, a falta de sucumbência impede que seja ela condenada em honorários de advogado no referido processo de execução.

4.4 Do desvio de finalidade dos honorários nas execuções não embargadas

Como se sabe, a finalidade dos honorários advocatícios é a justa remuneração do trabalho prestado pelos advogados.

Assim, o art. 22, *caput*, e o art. 23, ambos da Lei nº 8.906/94, dispositivos plenamente válidos do ordenamento jurídico, são expressos em determinar que os honorários de sucumbência “pertencem ao advogado” (conforme, inclusive, já se manifestou o ministro Gilmar Mendes no RE nº 420.816-4/PR), o que é medida de justiça, ante o imprescindível ofício exercido pelos *causídicos* (em que pese existir opiniões na doutrina em sentido contrário¹⁰).

Nessa esteira, quando da condenação nas ações ajuizadas em face da Fazenda pública, nas quais essa restar sucumbente, o trabalho dos advogados já terá sido devidamente remunerado não apenas pelos honorários de sucumbência impostos na ação principal de cognição, mas também pelos eventuais honorários convencionados com a parte que representa.

Assim, impor uma nova condenação a título de honorários à Fazenda pública na ação executiva em questão é totalmente incabível, também por implicar em um desvio de finalidade do instituto.

Isso porque, na execução contra a Fazenda pública, o único trabalho que o patrono da parte vencedora tem é elaborar o cálculo do valor devido, e requerer a citação da Fazenda nos termos do art. 730, do CPC. E, ainda assim, quando não houver uma prévia fase de liquidação de sentença, na qual haverá a dispensa, inclusive, desse encargo do exequente de apurar o valor devido.

Ou seja, nas execuções por quantia certa em face da Fazenda pública, o advogado nunca terá o trabalho exigido dos patronos nas execuções contra os particulares em geral, qual seja, a localização de bens do devedor, a obtenção de eventual provimento para a decretação de fraude à execução de bens alienados, a penhora e a avaliação de bens, a alienação desses bens em hasta pública ou particular, e os demais atos inerentes ao procedimento executivo normal.

Tal decorre do fato de que os bens públicos são impenhoráveis, e o pagamento dos débitos da Fazenda pública se dá em conformidade com o art. 100, da CF/88.

Assim, o trabalho do patrono nas execuções de valor certo contra a Fazenda pública cinge-se a, quando muito, efetuar o cálculo atualizado do valor devido, requerer a citação da Fazenda pública, e aguardar a concordância dessa com o valor *exequendum*, bem como aguardar o respectivo pagamento desse valor (o que pode demorar, se for o caso de expedição de precatório, mas não há trabalho do patrono a ser remunerado nessa espera).

Dessa maneira, há um claro desvio de finalidade nos honorários de advogado

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Honorários da sucumbência como direito da parte vencedora. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 40, p. 58.

impostos à Fazenda pública nas execuções de valor certo que tem contra si ajuizadas, quando não embargadas, já que não há qualquer trabalho relevante do patrono do exequente a ser remunerado, ante o procedimento peculiar existente para o pagamento dos débitos da Fazenda.

Portanto, também não há como ser condenada a Fazenda pública em honorários nas execuções não embargadas, sob pena de desvio de finalidade dessa verba remuneratória.

4.5 Da violação do princípio da razoabilidade

A prevalecer a condenação da Fazenda pública em honorários de sucumbência nas execuções por valor certo, verifica-se que também restará violado o princípio da razoabilidade.

Com efeito, o único meio de cobrar esse valor a título de honorários a ser imposto na ação de execução em questão também será por meio do ajuizamento de uma nova ação de execução. Isso porque, conforme já visto, não é possível à Fazenda pública adimplir espontaneamente os débitos a que foi condenada judicialmente, inclusive a verba honorária.

Assim, a prevalecer esse entendimento, nessa segunda execução, ajuizada apenas para a cobrança dos honorários de sucumbência impostos na primeira execução, também haveria novamente a condenação da Fazenda pública em honorários de sucumbência.

E para a cobrança dessa nova condenação em honorários, haveria de ser obrigatoriamente ajuizada uma terceira execução, e assim sucessivamente, *ad aeternum*, em um ciclo interminável de condenações em honorários nas execuções não embargadas, e o ajuizamento de novas execuções para o respectivo adimplemento. Tal entendimento, por óbvio, não pode prevalecer, não apenas porque viola o princípio da razoabilidade, mas também por representar um locupletamento indevido da Fazenda pública estadual.

Em síntese, também em vista da violação ao princípio da razoabilidade, não pode a Fazenda pública ser condenada em honorários de sucumbência nas execuções não embargadas.

5. O entendimento do STF sobre o art. 1º-d, da Lei nº 9.494/97

O STF teve a oportunidade de se manifestar acerca da constitucionalidade do art. 1º-D da Lei nº 9.494/97, por meio de recurso extraordinário interposto

pelo INSS contra a condenação em honorários sofrida em processo de execução de sentença ajuizada por uma beneficiária em face da autarquia federal.

Referido precedente, RE nº 420.816-4/PR, teve como relator o então ministro Sepúlveda Pertence, com o seu julgamento em 29 de setembro de 2004, mediante a apreciação, pelo Tribunal Pleno da Corte, do respectivo incidente de inconstitucionalidade do art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, que foi julgado procedente pelo TRF4 (referido recurso extraordinário foi julgado conjuntamente com o RE nº 415.932-5/PR, também envolvendo o pagamento de honorários pelo INSS).

Após a superação da discussão acerca da existência de relevância e urgência para a edição da respectiva medida provisória que inseriu o mencionado art. 1º-D, na Lei nº 9.494/97, o STF passou a discutir o alcance de referido dispositivo.

A discussão se voltou à execução por quantia certa contra a Fazenda pública. Nas palavras do ministro Sepúlveda Pertence, “há certas execuções contra a Fazenda, para pagamento em dinheiro, que são compulsórias. Agora, há outros tipos de execuções, que não as de pagamento em dinheiro, em que não existe esse dado”.

E continua o ministro Sepúlveda Pertence:

O processo de execução por quantia certa contra a Fazenda é um desdobramento necessário para a satisfação do débito reconhecido por sentença, ao contrário do que ocorre na execução por quantia certa contra o devedor particular.

A partir deste momento da votação, fica mais claro no acórdão a diferenciação entre os tipos de execuções contra a Fazenda pública, se ajuizadas para o pagamento de quantia certa, ou para o cumprimento de outras obrigações (obrigação de fazer, por exemplo). E também de qual seria o alcance do art. 1º-D, na Lei nº 9.494/97, se abarcaria todas as execuções ou apenas aquelas para o pagamento de quantia certa, já que o dispositivo não é claro nesse ponto.

Assim, em vista das colocações do ministro Gilmar Mendes no sentido de que referido dispositivo se aplicaria apenas “às prestações de pagamento, só isso”, o ministro Sepúlveda Pertence afirmou que seria o caso “de cogitar de interpretação conforme” para deixar claro que o dispositivo se aplicaria apenas às execuções por quantia certa, já que “isso não está dito na medida provisória”, pois essa disporia sobre “quaisquer execuções não embargadas contra a Fazenda pública”.

E deu um exemplo de uma espécie de execução contra a Fazenda pública em que não se aplicaria o referido dispositivo, aquela ajuizada para o cumprimento de uma obrigação de fazer, qual seja, a expedição de um ato administrativo para reintegrar um servidor público. Neste caso, o dispositivo da Lei nº 9.494/97 em comento não seria aplicável, pois haveria mora da Fazenda no cumprimento da

obrigação que poderia se dar de forma espontânea, e, por conseguinte, deveria haver a condenação em honorários na respectiva execução que a parte se veria compelida a ajuizar.

Nessa esteira, o ministro Sepúlveda Pertence fez a sua proposta de voto, para dar ao dispositivo em análise “uma interpretação conforme, para reduzir o alcance da medida provisória às execuções por quantia certa contra a Fazenda pública. Para as outras, não vejo justificativa” para a dispensa de honorários.

Deixando mais clara a proposta de voto para a “interpretação conforme”, o ministro Gilmar Mendes afirmou que “a execução que se cuida aqui é esta execução do art. 730, do CPC. É disso que estamos a falar”.

E concluiu o ministro Pertence: “A minha proposta é esta: dar provimento ao recurso, mas reduzir a declaração de inconstitucionalidade a outras execuções que não aquela por quantia certa”.

Ocorre que o ministro Sepúlveda Pertence profere o seu voto no sentido de considerar constitucional o dispositivo em análise, exclusivamente “nas execuções por quantia certa contra a Fazenda pública e, ainda, aí, excetuada a hipótese de crédito de pequeno valor”, sem, contudo, adentrar em detalhes sobre o motivo da exclusão do pagamento desses créditos menores da dispensa de condenação em honorários de sucumbência a que alude o art. 1º-D, na Lei nº 9.494/97.

Na sequência, o ministro Gilmar Mendes retifica o seu voto para acompanhar o ministro Sepúlveda Pertence no que tange à exclusão da aplicação do dispositivo à RPV, “porque essa questão do valor da execução realmente só se tornou transparente a partir do voto do ministro Celso de Mello” (RE nº 415.932-5/PR, fls. de registro nº 790, correspondente às fls. 69 do acórdão).

Surpreendentemente, no entanto, o voto do ministro Celso de Mello não consta no acórdão. Ou seja, não é possível saber ao certo o motivo pelo qual os ministros acompanharam o sempre brilhante voto do ministro Celso de Mello para que fosse dada interpretação conforme ao dispositivo em comento, e ser afastada a sua aplicação às execuções por valores certos contra a Fazenda pública, quando fosse o caso de RPV.

E assim, foi proclamado o resultado do julgamento, por meio do qual:

O Tribunal conheceu do recurso e declarou, incidentalmente, a constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, com interpretação conforme de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução, por quantia certa, contra a Fazenda pública (Código de Processo Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamentos de obrigações definidos em lei como de pequeno valor, objeto do § 3º, do

artigo 100, da Constituição.

A partir desse julgamento, constante no informativo nº 363 da Corte Suprema, passou-se a entender que nas execuções de valor certo contra qualquer Fazenda pública, que implicassem em expedição de RPV, haveria a condenação em honorários de sucumbência, não sendo aplicável, com base em referido precedente, o art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, a esses casos.

É esta a jurisprudência dominante do STJ, conforme o entendimento exposto por meio do precedente a seguir ementado, oriundo de recurso interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. INCIDÊNCIA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA MP Nº 2.180-35/2001. ENTENDIMENTO DO STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Corte Superior no julgamento do RE 420.816/PR, julgado em 29/9/2004, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu a constitucionalidade da MP nº 2.180-35/01, com interpretação do art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, conforme a Constituição, para afastar sua aplicação às obrigações de pequeno valor.

2. Hipótese de execução por quantia certa não embargada contra a Fazenda pública, em que a parte exequente renunciou aos valores excedente a 40 (quarenta) salários mínimos, o que determinou o pagamento por meio de Requisição de Pequeno Valor – RPV.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg. no AREsp. 8789/RS, rel. ministro Arnaldo Esteves Lima, primeira turma, j. em 15/05/2012).

Em vista de referido entendimento, José Leonardo Carneiro da Cunha afirma que há três situações a serem consideradas sobre a questão, fazendo uma pertinente diferenciação caso se aplique a lei dos Juizados Especiais federais: (a) execução em que se procede mediante precatório; (b) execução em que se dispensa o precatório,

mas não se aplica a lei dos Juizados Especiais federais; e (c) execução em que se dispensa o precatório, mas se aplica a lei dos Juizados Especiais federais¹¹.

Para referido mestre, haveria a dispensa de pagamento de honorários de sucumbência apenas nas situações ‘a’, em vista do julgamento do STF, e na situação ‘c’, porque nos Juizados Especiais federais “não há processo de execução”, e consequentemente não há condenação em honorários.

Assim, haveria a condenação da Fazenda pública em honorários de sucumbência apenas na situação ‘b’, qual seja, na execução em que se dispensa o precatório e concomitantemente que não se aplique a lei dos Juizados Especiais federais.

E isso em vista do julgamento do STF sobre o tema.

Com a devida *venia*, não há como concordar com a incidência de honorários de advogado também nessas situações em que há RPV, e que não se aplique o rito dos Juizados Especiais, no que tange às Fazendas públicas estaduais.

Dessa maneira, deve ser conferido um alcance mais restrito do que àquele estabelecido pela jurisprudência pátria em relação à interpretação conforme a Constituição do art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, dada pelo STF no RE nº 420.816-4/PR, para excluir a Fazenda pública estadual do campo de aplicação de referido julgado. É o que se buscará demonstrar no tópico seguinte.

6. Da inaplicabilidade do RE nº 420.816-4/PR à Fazenda pública estadual quanto à incidência de honorários advocatícios nos casos envolvendo RPV

Primeiramente, vale ressaltar que o fato de a execução por quantia certa contra a Fazenda pública culminar em precatório ou RPV em nada altera as conclusões anteriores de que não há outro meio de ser pago o valor devido, seja em um ou em outro caso. E isso porque referidos meios de pagamento ostentam “a mesma natureza jurídica”, conforme o REsp. nº 1.143.677/RS, retro mencionado.

Ou seja, mesmo nos casos em que há RPV, a Fazenda pública também não pode pagar o débito devido antes de ser citada em uma execução, nos termos do art. 730, do CPC (com exceção das hipóteses antes mencionadas).

Portanto, aplicam-se igualmente aos casos envolvendo RPV os impedimentos à condenação em honorários de sucumbência anteriormente mencionados.

Em segundo lugar, conforme já visto, há exceções à regra de que deve necessariamente haver execução para que a Fazenda pública pague a quantia certa

¹¹ *A Fazenda pública em juízo*. 8. ed. p. 136.

a que foi condenada, como nos processos que tramitam pelo rito dos Juizados Especiais (Lei nº 12.153/2009 e Lei nº 10.259/2001), bem como aqueles envolvendo valores considerados pequenos e que sejam devidos pelo INSS no juízo comum (Lei nº 8.213/91).

Ocorre que, nessas exceções, caso a Fazenda pública não cumpra a RPV e deixe de pagar o débito de pequeno valor em 60 dias a partir da sua intimação para o respectivo cumprimento, estará ela em mora, sendo por isso considerada inadimplente. Mas há uma diferença de tratamento legal entre a inadimplência da Fazenda pública estadual e a inadimplência do INSS.

Quando a Fazenda pública estiver em mora no pagamento de RPV no âmbito dos Juizados Especiais, seja devedora a Fazenda estadual ou o INSS, haverá sequestro de numerário do ente para o respectivo pagamento, sem a necessidade de ajuizamento de qualquer execução.

Já quando for o caso de pagamento de RPV no juízo comum, apenas quando a devedora for o INSS é que haverá necessidade de o credor ajuizar ação de execução para o adimplemento do valor devido, caso a Fazenda pública permaneça inadimplente.

Isso porque, no juízo comum, a Fazenda estadual está impedida de pagar RPV espontaneamente, ao contrário do INSS.

Esse é exatamente o alcance do RE nº 420.816-4/PR em análise.

Com efeito, o referido precedente versou sobre a exigência de honorários de advogado em uma execução de pouco mais de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) contra o INSS, em sentença oriunda do juízo comum.

Referido montante é considerado de pequeno valor pelo art. 128, *caput*, da Lei nº 8.213/91. Conforme já exposto, o valor previsto em referido dispositivo, para a dispensa de ajuizamento de execução contra o INSS, é atualmente de R\$ 37.320,00, conforme a Portaria Interministerial MPS/MF nº 02, de 06 de janeiro de 2012, dos Ministérios da Fazenda e da Previdência Social (art. 8º, parágrafo único).

Dessa maneira, o caso julgado pelo STF sem dúvida se enquadrava na exceção à obrigatoriedade de ajuizamento de execução previsto pelo art. 128, *caput*, da Lei nº 8.213/91, que prevê o pagamento do débito a que foi condenado o INSS “no prazo de até sessenta dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão”, conforme o expressamente consignado pelo ministro Sepúlveda Pertence em seu voto.

E, nesse caso julgado pelo STF, havia sentença condenatória proferido pelo juízo comum e não pelo Juizado Especial, pois o recurso extraordinário foi interposto no TRF4.

Assim, se o INSS não pagou a respectiva RPV atinente à sua condenação no juízo comum no prazo determinado pela Lei nº 8.213/91, a autarquia é considerada

inadimplente, e por isso deu causa ao ajuizamento da execução para o adimplemento de seu débito, sendo correta a sua condenação em honorários nesse caso.

Em outros termos, em qualquer caso envolvendo a condenação do INSS em débitos de pequeno valor, seja no juízo comum ou no Juizado Especial, não haverá necessidade de o credor ajuizar uma ação de execução para o adimplemento do débito, eis que inaplicável é o art. 730, do CPC.

Portanto, a dispensa da execução é medida que se impõe, a não ser que o INSS tenha deixado escoar *in albis* o prazo para o pagamento do débito, e a parte seja obrigada a ajuizar a competente ação de execução, ante a inadimplência da autarquia federal no juízo comum.

Esse é justamente o caso do RE nº 420.816-4/PR, qual seja, a necessidade de ajuizamento de uma execução para a cobrança de débito de pequeno valor em face do INSS, oriundo do juízo comum, ante o não adimplemento voluntário do débito no prazo legal, conforme determina a Lei nº 8.213/91.

Nesse caso, por óbvio que irá incidir honorários de sucumbência, eis que o próprio INSS deu causa ao ajuizamento da execução por quantia certa, sem que a legislação impusesse ao exequente a necessidade de qualquer ato executivo para ver o seu crédito adimplido.

Esse é, certamente, o teor do voto do ministro Celso de Mello que não se encontra no acórdão do RE nº 420.816-4/PR.

E por isso faz todo o sentido, nas ações de execução por quantia certa envolvendo o INSS no juízo comum, quando o valor executado é considerado pequeno (nos termos do art. 128, da Lei nº 8.213/91, e respectivas Portarias Interministeriais MPS/MF que atualizam o respectivo valor), que, não havendo o adimplemento voluntário do valor devido pela autarquia no prazo legal, não seja aplicado o art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, para afastar a condenação em honorários de sucumbência na execução cujo ajuizamento deu causa o INSS.

Consequentemente, perfeito foi o entendimento do STF ao ter conferido interpretação conforme ao art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, para afastar a sua aplicação aos “casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor”, no caso concreto em análise, que envolvia o INSS no juízo comum.

No entanto, referido entendimento não se aplica às Fazendas públicas estaduais.

Conforme já exposto, a única exceção às Fazendas estaduais para o adimplemento espontâneo dos seus débitos, sem o ajuizamento da execução a que alude o art. 730, do CPC, é nos processos que seguem o rito dos Juizados Especiais da Fazenda pública, em vista do disposto no retro-mencionado art. 13, da Lei nº 12.153/2009. Ou nas condenações que as Fazendas estaduais sofrem

solidariamente com algum ente federal no âmbito da Lei nº 10.259/2001 (quando admitida a sua participação em feitos neste juízo, havendo a mitigação da aplicação do art. 6º, inciso II, da referida lei, ante a atração da competência do juízo federal à Fazenda estadual).

Nestes casos envolvendo os Juizados Especiais, portanto, ainda que descumprida a RPV, não haverá processo de execução, e conseqüentemente não há que se falar em condenação em honorários, conforme a pertinente diferenciação efetuada por José Leonardo Carneiro da Cunha, anteriormente exposta.

Por outro lado, nas condenações de valor líquido em face da Fazenda estadual, cujos respectivos processos de conhecimento não estiverem sujeitos ao rito dos Juizados Especiais, mas sim ao procedimento comum, então não haverá alternativa para o adimplemento voluntário, havendo obrigatoriamente que ser ajuizada a execução.

E isso mesmo que se trate de débito de pequeno valor a ser pago por meio de RPV, já que, diferentemente do INSS, nesses débitos pequenos oriundos do juízo comum, impõe-se o ajuizamento da execução para o respectivo adimplemento pela Fazenda estadual.

Portanto, nesses casos de débitos oriundos de RPV a que a Fazenda estadual seja condenada em ações oriundas do juízo comum, não é possível que se aplique o entendimento do RE nº 420.816-4/PR. Isso porque, nessas hipóteses, a Fazenda estadual não deu causa ao ajuizamento da respectiva execução, e por isso lhe é plenamente aplicável o art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, para afastar qualquer condenação em honorários de sucumbência.

Em outros termos, o entendimento firmado pelo STF no RE nº 420.816-4/PR, no sentido da inconstitucionalidade da aplicação do art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, a qualquer débito de pequeno valor, tem o seu alcance restrito às hipóteses envolvendo o INSS.

Em síntese, no que tange à Fazenda estadual, referido julgado não se aplica aos casos envolvendo RPV no rito comum, em que deve ser obrigatoriamente observado o art. 730, do CPC, para o respectivo pagamento do débito, de maneira idêntica aos pagamentos por meio de precatório.

7. Conclusão

Diante de todo o exposto, é possível concluir que o entendimento do STF externado no RE nº 420.816-4/PR, no sentido de dar interpretação conforme ao art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, para excluir da abrangência desse dispositivo todos os casos envolvendo pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno

valor, se aplica única e exclusivamente ao INSS, e não às Fazendas públicas estaduais.

E isso porque apenas o INSS tem a possibilidade de adimplir voluntariamente qualquer débito de pequeno valor sem a necessidade de que seja ajuizada uma execução para tanto, esteja o respectivo processo condenatório sujeito ao rito dos Juizados Especiais ou ao rito comum. Por isso, caso haja uma execução contra o INSS para o pagamento de valores a serem pagos por meio de RPV, certamente essa autarquia terá dado causa ao ajuizamento desse processo executivo.

Por outro lado, as Fazendas estaduais apenas podem pagar seus débitos sem a necessária execução quando observado o rito dos Juizados Especiais. E, mesmo nesses casos, quando esse pagamento não for realizado, será o caso de sequestro de numerário, e não de ajuizamento de execução, inviabilizando assim qualquer condenação em honorários de sucumbência.

Por isso, as Fazendas estaduais nunca poderão ser condenadas em honorários de sucumbência nas execuções não embargadas nos casos em que houver o pagamento de quantia certa envolvendo RPV, seja nos feitos que tramitarem pelo rito dos Juizados Especiais, seja naqueles atinentes ao rito comum. E isso porque naquelas, não há processo de execução, mas adimplemento voluntário ou sequestro de numerário, e nessas a Fazenda estadual não terá dado causa ao ajuizamento da respectiva execução, cuja exigência advém do art. 730, do CPC.

Portanto, o entendimento consolidado pelo STF no RE nº 420.816-4/PR, no sentido de ser considerada inconstitucional a aplicação do art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97, a qualquer débito de pequeno valor, deve ser redimensionado, para abranger unicamente os débitos de pequeno valor do INSS, ante as peculiaridades que envolvem os pagamentos realizados pela referida autarquia federal, sendo inaplicável às Fazendas públicas estaduais.

Cadastro Ambiental Rural (CAR): desafios e perspectivas

André Emiliano Uba¹

1. Introdução

Como é cediço, a proteção ambiental está relacionada com a garantia do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225, *caput*, da Constituição da República, como direito humano fundamental. A Constituição admite que a problemática ambiental é tema merecedor de amplo debate na sociedade contemporânea, tanto pela sua necessidade para o exercício de atividades econômicas quanto pela simples preservação de bens naturais como forma de garantir um meio ambiente às presentes e futuras gerações.

Por esse motivo, a visão atual que vem prevalecido caminha no sentido do direcionamento da atuação dos setores governamentais e não governamentais para a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação ambiental, sem possibilidade de estabelecimento de hierarquia entre ambos, permitindo maior amplitude no controle da atividade estatal, quando essa se afasta dessas diretrizes predominantes.

Nesse sentido, como instrumento apto a possibilitar a regularização ambiental de determinadas atividades, sem perder de vista a proteção do meio ambiente, nosso ordenamento jurídico prevê o Cadastro Ambiental Rural (CAR), instrumento previsto pelo Novo Código Florestal Brasileiro (Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012).

O presente trabalho pretende analisar tal instituto, abordando-se, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, sua origem, seus principais aspectos e desafios para implementação, propondo, ainda, medidas para otimizar sua plena efetivação.

2. Cadastro Ambiental Rural (CAR)

2.1 Precedente e conceituação

Muito embora o CAR tenha sido criado com essa nomenclatura apenas

¹ Procurador do Estado de Santa Catarina. Consultor jurídico da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável. *E-mail*: uba@pge.sc.gov.br .

em 2012, há muito tempo se verificam, no ordenamento jurídico brasileiro, mecanismos normativos objetivando a regularização ambiental de propriedades e atividades rurais.

Em 1997, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), por meio da Resolução CONAMA nº 237, estabeleceu o Licenciamento Ambiental de Assentamentos. A partir daí, os Projetos de Assentamentos de Reforma Agrária foram enquadrados como atividade agropecuária e de criação de animais (conforme Anexo I da citada Resolução). A obrigatoriedade de licenciamento de projetos de assentamentos, imputada pela Resolução, suscitou, em alguns estados, a necessidade de elaboração de Estudos de Impacto Ambiental (EIA) e Relatórios de Impacto Ambiental (RIMA) para a criação, implementação e desenvolvimento de projetos dessa natureza.

Visando disciplinar a forma de licenciamento e minimizar o risco que a necessidade de elaboração dos relatórios ambientais traria ao desenvolvimento da política de reforma agrária, uma vez constatada a ausência de um instrumento claro de regularização ambiental no Código Florestal² vigente à época, em 2001 foi editada a Resolução CONAMA nº 289, que estabeleceu as diretrizes para o licenciamento ambiental dos Projetos de Assentamentos de Reforma Agrária.

A partir do ano de 2005, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) deu início a um processo de discussão visando à adequação da Resolução CONAMA nº 289/2001 aos Projetos de Assentamento. Contudo, referida Resolução foi revogada a partir da publicação da Resolução CONAMA nº 387/2006, que dispôs sobre a mesma matéria. Válido ressaltar, ainda, que o Decreto Federal nº 7.029, de 2009, criou o Programa Federal Mais Ambiente³, outro diploma normativo que buscou dar maior dinâmica às políticas públicas em prol da manutenção do Meio Ambiente.

Somente em 2012, o Cadastro Ambiental Rural (CAR), já assim denominado, passou a ter existência legal no nosso ordenamento jurídico, com a vigência do novo Código Florestal (Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012), conceituando-o como registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento.

O CAR pode ser entendido como um instrumento fundamental para auxiliar no processo de regularização ambiental de propriedades e posses rurais, consistindo no levantamento de informações georreferenciadas do imóvel, com delimitação

² BRASIL, Código Florestal Brasileiro.

³ BRASIL, Decreto nº 7.029, de 10 de dezembro de 2009.

das Áreas de Proteção Permanente (APP), Reserva Legal (RL), remanescentes de vegetação nativa, área rural consolidada, áreas de interesse social e de utilidade pública, com o objetivo de traçar um mapa digital a partir do qual são calculados os valores das áreas para diagnóstico ambiental. Nesse sentido, caracteriza-se como um registro público eletrônico de âmbito nacional, compondo uma base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento, sendo esse cadastramento obrigatório para todas as propriedades e posses rurais, apresentando natureza declaratória permanente⁴.

Assim, a partir do advento do novo Código Florestal, o Conselho Nacional do Meio Ambiente, a fim de adequar suas normas à nova Lei, editou a Resolução CONAMA n° 458/2013⁵ (revogando a Resolução CONAMA n° 387/2006). Dessa forma, no bojo da Resolução CONAMA n° 458/2013, a Licença de Instalação e Operação (LIO) tornou-se simultaneamente o instrumento de licenciamento de atividade e de regularização ambiental, a partir, inclusive, de informações oriundas do CAR, exigido como parte do próprio Termo de Referência que os órgãos ambientais devem exigir para o licenciamento, conforme Anexo VII, da citada Resolução.

2.2 Objetivos e regulamentação

A Constituição Federal de 1988, dentre suas inovações, trouxe a defesa do direito ao meio ambiente com a edição de um capítulo próprio para as questões ambientais, além de outros diversos artigos destinados à matéria, caracterizando assim, a Carta Magna como a principal fonte formal do Direito Ambiental.

Com efeito, o art. 225 estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Ao elevar o conceito de meio ambiente à condição de direito de todos e bem de uso comum do povo, alterou o conceito jurídico de “meio ambiente”, tal qual era determinado pela Lei da Política Nacional de Meio Ambiente⁶.

Nesse sentido, o Código Florestal Brasileiro, Lei n° 12.651/2012, como um dos mecanismos para dar efetividade ao preceito constitucional, estabeleceu o Cadastro Ambiental Rural (CAR) como base de dados pública eletrônica de alcance nacional e compulsória a todos os imóveis rurais. Criado na esfera do Sistema

⁴ THOMÉ, 2013, p. 322.

⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução n° 458, de 16 de julho de 2013.

⁶ THOMÉ, Op. cit., p. 70.

Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINIMA), o CAR objetiva o controle, monitoramento e combate ao desmatamento das florestas e demais formas de flora nativa, além do planejamento ambiental e econômico dos imóveis rurais brasileiros. É sua finalidade, também, integrar as informações ambientais referentes à situação das Áreas de Preservação Permanente (APP), das áreas de Uso Restrito e das áreas consolidadas das propriedades e posses rurais do Brasil (art. 29, *caput*, da Lei nº 12.651/2012).

O CAR encontra-se disciplinado nos arts. 29 e 30, do novo Código Florestal, sendo regulamentado pelo Decreto Federal nº 7.830, de 17 de outubro de 2012, constituindo-se em instrumento de múltiplos usos pelas políticas públicas ambientais e visa contribuir para o fortalecimento da gestão ambiental e o planejamento municipal.

Intenta, também, a reunião das informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo uma ampla base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico, além de combater o desmatamento.

É indispensável à adesão ao Programa de Regularização Ambiental (PRA) – art. 9º, do Novo Código Florestal –, sendo também seu objetivo localizar e cadastrar Áreas de Preservação Permanente (art. 3º, inciso II, do novo Código Florestal) e Reserva Legal (inciso III, do mesmo diploma legal), além de facilitar o trabalho de fiscalização dessas pelas autoridades competentes.

3. O papel dos entes federativos no CAR

O sistema constitucional brasileiro, segundo Mukai, “adotou a fórmula de competências enumeradas ou de poderes remanescentes, sendo enumerados os poderes que tocam à União e aos municípios, e os remanescentes, aos Estados-membros”⁷. Não obstante, a competência concorrente é outro aspecto pertinente, essa existe em caráter concorrente e supletivo, das três ordens estatais, peculiaridade que aumenta as dificuldades de seleção – trata-se do federalismo cooperativo⁸.

No tocante ao CAR, o chamado federalismo cooperativo é amplamente pertinente e, dada a complexidade e extensão dos problemas que envolvem a temática do meio ambiente, a descentralização de atribuições e a cooperação conjunta é imprescindível⁹.

Nessa seara, o Decreto nº 7.830, de 17 de outubro de 2012, que regulamenta

⁷ MUKAI, 2010, p.16.

⁸ Id.

⁹ PADILHA, 2010, p. 203.

o Sistema de Cadastro Ambiental Rural, o Cadastro Ambiental Rural, e estabelece normas de caráter geral aos Programas de Regularização Ambiental, de que trata a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, estabelece como incumbência da **União Federal** a manutenção do Sistema de Cadastro Ambiental Rural (SICAR), sistema eletrônico de âmbito nacional destinado ao gerenciamento de informações ambientais dos imóveis rurais.

Esse sistema tem como objetivos, nos termos do art. 3º, incisos I a V, do referido Decreto Federal:

I – receber, gerenciar e integrar os dados do CAR de todos os entes federativos;

II – cadastrar e controlar as informações dos imóveis rurais, referentes a seu perímetro e localização, aos remanescentes de vegetação nativa, às áreas de interesse social, às áreas de utilidade pública, às Áreas de Preservação Permanente, às Áreas de Uso Restrito, às áreas consolidadas e às Reservas Legais;

III – monitorar a manutenção, a recomposição, a regeneração, a compensação e a supressão da vegetação nativa e da cobertura vegetal nas áreas de Preservação Permanente, de Uso Restrito, e de Reserva Legal, no interior dos imóveis rurais;

IV – promover o planejamento ambiental e econômico do uso do solo e conservação ambiental no território nacional; e

V – disponibilizar informações de natureza pública sobre a regularização ambiental dos imóveis rurais em território nacional, na Internet.

Outrossim, também compete à União Federal, por meio do Ministério do Meio Ambiente (MMA), a disponibilização de imagens destinadas ao mapeamento das propriedades e posses rurais para compor a base de dados do sistema de informações geográficas do SICAR, com vistas à implantação do CAR (art. 3º, §4º, do Decreto Federal). Compete ao MMA, também, atuar na coordenação e promoção do CAR.

No que atine aos **Estados e Municípios**, a norma estabelece que eles receberão, preferencialmente, os requerimentos de inscrição no CAR formulados pelos proprietários, possuidores rurais ou responsáveis diretos pelo imóvel rural (art. 6º, §2º, do Decreto Federal).

Deverão encaminhar os dados relativos ao CAR para o SICAR, bem como

realizar vistorias de campo, sempre que julgar necessário para verificação das informações declaradas e acompanhamento dos compromissos assumidos.

Além disso, os Estados terão para uso os módulos de inscrição e gestão do Cadastro disponíveis pela União Federal e, para que seja estabelecido um padrão mínimo de informações, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (IBAMA) integrará os bancos de dados estaduais. Cabe aos Estados, ainda, promover a integração dos municípios favorecendo a descentralização; o desenvolvimento e adaptação de um sistema *web* para realização do CAR; estabelecer cooperações com Associações de Municípios e Municípios; e auxiliar na capacitação de técnicos de cadastramento e gerenciamento do CAR.

4. Perspectivas e desafios

A dimensão jurídica do CAR é especial, uma vez que é um registro público. Tal registro equipara-se aos feitos nos cartórios de registro de imóveis. Sendo assim, ultrapassa seu caráter de publicidade da matéria registrada, ao estender seus efeitos frente direitos de terceiros¹⁰.

No âmbito federal, tem-se verificado a elaboração de alguns projetos para implementação do CAR, tais como: Projeto de Apoio à Elaboração dos Planos Estaduais de Prevenção e Controle dos Desmatamentos e Cadastramento Ambiental Rural; Projeto Pacto Municipal para a Redução do Desmatamento em São Félix do Xingu (PA); e, Projeto de CAR, em parceria com a TNC (*The Nature Conservancy*), esse último encerrado em dezembro de 2012.

Ademais, o MMA, em parceria com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), conforme informações obtidas no sítio do órgão¹¹, desenvolveu programa específico voltado às instituições públicas e privadas interessadas em elaborar projetos de CAR, no âmbito do Fundo Amazônia, cujo gestor é o próprio banco.

De qualquer sorte, o registro do CAR de cada unidade familiar permitirá o monitoramento do uso dos recursos naturais e do cumprimento da cláusula ambiental constante do Contrato de Concessão de Uso (CCU), aliando à regularização ambiental do lote a comprovação da regularidade ocupacional do assentado.

Sendo assim, considerando que o CAR se consolida como instrumento

¹⁰ MACHADO, 2013, p. 914.

¹¹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

de regularização ambiental, somente deverão ser passíveis de licenciamento as atividades desenvolvidas por cada agricultor dentro do seu lote, conforme as bases legais vigentes.

Contudo, entende-se que algumas questões devem ser superadas e esclarecidas para total implementação do instituto. Uma delas é sobre o conceito de “imóvel rural” que será adotada para fins do CAR. Hoje tal definição encontra-se prevista no art. 4º, I, do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964), *in verbis*:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se:

I – “Imóvel Rural”, o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada;

Como se depreende do texto acima, o legislador deixa em segundo o plano o critério localização para definir “imóvel rural”, colocando em evidência a forma de exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, “quer através de planos públicos de valorização, quer através da iniciativa privada”.

Corroborando, vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, em caso no qual se discutia a definição da natureza da área para fins de desapropriação, assim se manifestou:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO RESCISÓRIA – DESAPROPRIAÇÃO PARA FIM DE REFORMA AGRÁRIA – DEFINIÇÃO DA NATUREZA DA ÁREA DO IMÓVEL – FINALIDADE ECONÔMICA.

1. É a municipalidade que, com base no art. 30 da Constituição Federal/88, estabelece a sua zona rural e a sua zona urbana, observado por exclusão o conceito apresentado pelo Estatuto da Terra (Lei 4.504/64) para imóvel rural para definir os imóveis urbanos.

2. Apesar de o critério de definição da natureza do imóvel não ser a localização, mas a sua destinação econômica, os Municípios podem, observando a vocação econômica da área, criar zonas urbanas e rurais. Assim, mesmo que determinado imóvel esteja em zona municipal urbana, pode ser, dependendo da sua exploração, classificado como rural.

3. O acórdão rescindindo reformou o julgado do Tribunal de Justiça de Goiás para considerar o imóvel desapropriado como

sendo urbano e rural quando o correto, segundo o art. 4º da Lei n. 4.504/64 (Estatuto da Terra), seria somente rural em virtude de sua finalidade econômica.

4. A destinação dada à terra era de exploração extrativa agrícola, que não pode ser afastada em razão de mero loteamento formalizado na Prefeitura local, mas não implementado na prática.

Ação rescisória procedente.¹²

Diante da ausência de outro parâmetro, em um primeiro momento, o conceito, positivado pelo Estatuto da Terra e ratificado pelo STJ, poderá ser utilizado para fins de definição de “imóvel rural” no âmbito do CAR, considerando, precipuamente, a finalidade do imóvel.

Outro grande desafio a ser superado é a necessidade de prévia capacitação do corpo técnico dos órgãos ambientais, tanto para efetivação do cadastramento como para realizar vistorias.

Ademais, tanto o novo Código Florestal como o Decreto Federal nº 7.830/2012 facilitam o processo de registro da área de Reserva Legal, sem necessidade de averbação em cartório. Para isso, o requerente deve apresentar planta georreferenciada do local e o órgão ambiental, por meio de imagens, verificará se está ou não de acordo com a legislação.

Dessa feita, para dar segurança jurídica e transparência no processo, todos os critérios técnicos utilizados para o sistema devem ser regulamentados, bem como a qualidade das imagens (que, nos termos do art. 3º, §4º, do Decreto Federal nº 7.830/2012, serão disponibilizadas pelo Ministério do Meio Ambiente) que é fundamental para se evitar que esse mecanismo, ao invés de proteger, seja lesivo ao meio ambiente e aos proprietários, possuidores rurais ou responsáveis diretos pelo imóvel rural.

5. Considerações finais

Conforme demonstrado, a Constituição da República, de 1988, trouxe diversas inovações quanto à gama de direitos relacionados ao meio ambiente, dentre elas a edição de alguns dispositivos que, direta ou indiretamente, se relacionam ao meio ambiente. Na contramão das cartas constitucionais anteriores, houve um aprofundamento das relações entre meio ambiente e a infraestrutura econômica,

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Ação Rescisória nº 3.971-GO (2008/0095747-9).

ao considerar aquele como base e elemento indispensável para o desenvolvimento dessa última¹³.

A partir dessa interpretação, tem-se que a legislação federal, mais especificamente o novo Código Florestal e o Decreto Federal nº 7.830/2012, estabeleceu o conceito e as diretrizes para a implementação do Cadastro Ambiental Rural.

Como se procurou demonstrar, o CAR é um importante mecanismo para a tutela do meio ambiente e controle deste pelo Estado, haja vista ser instrumento obrigatório para a regularização ambiental das propriedades rurais.

Contudo, percebe-se que desafios de ordem prática devem ser superados a fim de dar total efetividade ao comando normativo.

Nesse sentido, a conscientização dos proprietários, possuidores rurais ou responsáveis diretos pelo imóvel rural, por meio de ações de sensibilização realizadas por parte do poder público e sociedade civil organizada, a regulamentação de critérios técnicos para a formalização do cadastro, a capacitação do corpo técnico dos órgãos ambientais dos estados e municípios, bem como a disponibilização de imagens de qualidade para verificação das informações recebidas pelos órgãos ambientais dos estados e municípios são importantes medidas que podem ser tomadas pelo poder público a fim de dar efetividade ao novo instituto.

Dessa forma, o CAR cumprirá seu papel na busca por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, em consonância com o princípio constitucional, propiciando segurança jurídica aos produtores rurais, evitando e sendo instrumento para coibir atividades que possam vir a lesar o meio ambiente, sem afastar nem prejudicar o desenvolvimento econômico e social.

6. Referências bibliográficas

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

BRASIL. Código Florestal Brasileiro. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Revogado pela Lei nº 12.652, de 2012. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm>. Acesso em: 21 ago. 2013.

_____. Código Florestal Brasileiro. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga

¹³ ANTUNES, 2012, p. 65-66.

as leis nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e nº 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 19 ago. 2013.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 289, de 25 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=286>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 387, de 27 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=525>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 458, de 16 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=696>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. Decreto nº 7.029, de 10 de dezembro de 2009. Institui o Programa Federal de Apoio à Regularização Ambiental de Imóveis Rurais, denominado “Programa Mais Ambiente”, e dá outras providências. Revogado pelo Decreto nº 7.830, de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/D7029.htm>. Acesso em: 21 ago. 2013.

_____. Decreto nº 7.830, de 17 de outubro de 2012. Dispõe sobre o Sistema de Cadastro Ambiental Rural, o Cadastro Ambiental Rural, estabelece normas de caráter geral aos Programas de Regularização Ambiental, de que trata a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7830.htm#art23>. Acesso em: 21 ago. 2013.

_____. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm>. Acesso em: 25 ago. 2013.

_____. Lei nº 12.727, de 17 de outubro de 2012. Altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as leis nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; e revoga as leis nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o § 2º do art. 4º da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12727.htm>. Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

_____. Ministério do Meio Ambiente. CAR – Cadastro Ambiental Rural. Disponível em: <<http://www.car.gov.br/index.php/8-institucional/19-inicial-car>> Acesso em: 19 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Ação Rescisória nº 3.971-GO (2008/0095747-9). Relatora ministra Denise Arruda. Goiânia, 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 7. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. rev. ampl. e atual., de acordo com as leis nº 12.651, de 25.5.2012, e nº 12.727, de 17.10.2012, e com o Decreto nº 7.830, de 17.10.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental: conforme Lei nº 12.727/2012*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Do domínio do Estado de Santa Catarina sobre as terras situadas nos campos de Araçatuba ou Massiambú

Ana Cláudia Allet Aguiar¹

Relevante é noticiar o recente desfecho de ação judicial proposta contra o Estado de Santa Catarina, não só porque deixou esse de pagar a cifra astronômica almejada pela requerente, mas, sobretudo, em razão do fundamento da tese de defesa do Estado que, acolhida pelo Poder Judiciário, passou a apresentar desdobramentos administrativos, políticos, econômicos e sociais ao poder público estadual: quer na urgente necessidade de recuperação e preservação de patrimônio imobiliário de valor ambiental do Estado de Santa Catarina, seja na concreta regularização fundiária das terras situadas nos Campos de Araçatuba ou Massiambú, correspondentes às praias do Sonho, Pinheira, Guarda do Embaú e Ponta do Papagaio, no litoral sul do Estado.

No ano de 1995, o Estado de Santa Catarina e o município de Palhoça foram citados para contestar ação ordinária de indenização por desapropriação indireta ajuizada por uma empresa de administração e empreendimentos na Comarca de Palhoça². A demandante afirmava ser proprietária de um imóvel com área de 1.087.619,50 m² (um milhão, oitenta e sete mil, seiscentos e dezenove metros quadrados), situado no lugar denominado Campos do Massiambú, distrito de Enseada de Brito, no município de Palhoça, adquirido em 1977, por autorização do referido município, através da Lei nº 256 e por escritura de compra e venda, obtendo o imóvel matrícula no cartório de registro de imóveis competente.

Inconformada com o advento do plano diretor do município, que classificou as terras de sua propriedade como “área de preservação permanente” (APP), sob o fundamento de que correspondem a glebas localizadas no perímetro do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, a empresa requerente pleiteou indenização no valor de R\$ 12.294.858,32 (doze milhões, duzentos e noventa e quatro mil, oitocentos e cinquenta e oito reais), montante esse relativo ao conteúdo econômico que supostamente alegava ter perdido com a classificação das terras em APP.

O Estado de Santa Catarina apresentou contestação. No prazo da resposta requereu, por ação declaratória incidental, a nulidade do título de domínio da requerente como questão prejudicial do mérito e, nos autos principais, o acolhimento da carência de ação (pela ilegitimidade ativa *ad causam*), face à inexistência de

¹ Procuradora do Estado de Santa Catarina. Mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

² Processo nº 0002023-14.1995.8.24.0045, 1ª Vara Cível de Palhoça, in <www.tjsc.gov.br>.

domínio válido ou eficaz a amparar o pedido de indenização por desapropriação indireta. Como matéria de fundo, o Estado deixou consignado, entre outras razões, que não cabia indenização, tendo em vista a condição da área objeto do litígio: caracterizada como de preservação permanente, constituída de dunas e restinga, sob a proteção da legislação federal. Por fim, foi impugnado o valor dado à causa, eis que esse comprovadamente não correspondia monetariamente à importância que a requerente dizia ter pago ao município de Palhoça.

A ação de desapropriação indireta é de natureza real, exigindo a prova do domínio, através de título válido e eficaz. E a prova da propriedade se dá pela comprovação da transcrição do respectivo título no registro competente. No caso, o título e a transcrição apresentados pela requerente foram impugnados por via da ação declaratória incidental de nulidade proposta no prazo da contestação. A questão relativa ao domínio passou a ser prejudicial do mérito. Na hipótese, se declarada fosse a nulidade do título do domínio, a demandante tornar-se-ia carecedora da ação proposta.

E foi o que ocorreu.

Várias razões levavam à nulidade do domínio da empresa requerente sobre o imóvel objeto do litígio, alegadas em preliminar nos autos principais e na ação declaratória incidental de nulidade do título.

Primeiro, porque o imóvel não tinha matrícula nem registro em nome do município de Palhoça. De acordo com certidão expedida pelo oficial de registro de imóveis da Comarca de Palhoça – SC, o município de Palhoça, ao transferir o bem para a requerente, não apresentou título aquisitivo do imóvel. Logo, não podia ter sido matriculado e registrado diretamente em nome da adquirente. Conforme dispõe o art. 176, item II, nº 5, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973), é requisito essencial da matrícula o número do registro anterior.

Razão mais contundente para declarar a nulidade do título de domínio da requerente é que o município de Palhoça não tinha nem podia ter registrado em seu nome tal imóvel porque, em data de 16 de setembro de 1904, através da Lei nº 652, o Estado de Santa Catarina transferiu para a municipalidade da Palhoça a administração dos Campos de Araçatuba ou Massiambú, podendo, apenas, a municipalidade arrendar, anualmente, àqueles que estivessem ocupando esse logradouro público lotes nunca maiores de oito hectares. Com a edição da Lei nº 652, o município de Palhoça passou a exercer uma posse precária, porque sabia que a região pertencia ao Estado e que esse lhe repassara exclusivamente a administração. Nunca podia ter se intitulado proprietário da região, efetuando escritura de compra e venda e abrindo matrícula sem título hábil a legitimá-lo.

Não é preciso dizer que no direito pátrio, embora estando registrado o título,

o titular não adquire segurança quanto à inexpugnabilidade do seu pretense direito. Se a origem é nula, nula é a transcrição do título, pois ninguém se torna proprietário por força exclusiva da transcrição. A ineficácia do negócio causal é transferida para o registro, refletindo diretamente em seus efeitos³.

Ainda foi alegado pelo Estado que a nulidade da escritura e do registro é também visível em face às disposições da Lei de Registro Público e do Código Civil, pois o imóvel encontrava-se no perímetro do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, em terras consideradas, há muito, bem de uso público comum do povo, e, por consequência, fora do comércio, inalienável. Habitantes de regiões vizinhas, historiadores, técnicos, estudiosos, funcionários ou não do Estado são testemunhas de que aquela área constituía-se em “compáscuo em terreno público”.

Caracterizado pela ausência de afloramento rochosos e pedras, com vegetação de restinga, formada basicamente de cordões de dunas ou areia, de onde as antigas praias foram se retirando paulatinamente, como se pode verificar da própria declaração do município de Palhoça⁴ no processo, o local não permitia a prática da agricultura de subsistência, muito menos construções para moradia, por não representar “terra firme”. Assim, não existia interesse dos habitantes em possuir tais terrenos, resultando em áreas comunais, verdadeiros logradouros públicos, inalienáveis ou indisponíveis. E a venda de bem público, coisa fora do comércio, com exceção das hipóteses previstas em lei, não produz efeito, sendo absolutamente nula.

Quanto ao mérito, o Estado argumentou, inicialmente, que o Parque Estadual da Serra do Tabuleiro foi criado pelo Decreto nº 1.260, de 1º de novembro de 1975, abrangendo, aproximadamente, 900 km² (novecentos quilômetros quadrados), cerca de 1% (um por cento) do território do Estado, uma extensão modesta, considerando que a cobertura florestal ideal de um país ou estado deve ser de, no mínimo, um terço de sua superfície total. A instituição da zona protegida deu-se tendo em vista os estudos e pesquisas realizados por geógrafos e biólogos desde 1965, como os de Raulino Reitz e Roberto M. Klein, relativamente ao potencial hídrico, geológico, florístico, climático e paisagístico, representados na região.

³ A prova da saída do bem, de domínio do Estado, deve ocorrer por formas legais como as sesmarias, legitimação de posse, revalidação de títulos, compra e venda e regularização fundiária. Todas essas formas pressupõem a outorga estatal. Oportuno anotar a lição com fundamento histórico do desembargador Aristides de Queiroz: “Duas coisas são ainda hoje absolutamente necessárias para se poder dizer que o particular tem domínio territorial, ou seja em terras do Brasil: a primeira é mostrar seguramente o ato com o qual a terra em apreço passou um dia do domínio do Rei, do Império, da República, ou do Estado para o domínio do particular; a segunda é demonstrar como essa terra depois de entregue ao particular transitou pelas mãos dos demais particulares até aquele que na ocasião a tem como sua”. (A lei bahiana sobre terras devolutas. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, 1977, p. 275).

⁴ Processo nº 0002023-14.1995.8.24.0045 (f. 32), 1ª Vara Cível de Palhoça, in <www.tjsc.gov.br>.

Não bastasse todo o levantamento feito pelos pesquisadores e estudiosos, outras razões se apresentavam para a criação da reserva: ainda na vigência do antigo Código Florestal (Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934), o governo federal declarou protetoras as florestas existentes ao longo da encosta atlântica da Serra do Mar, através do Decreto nº 50.813, de 20 de junho de 1961⁵. Antes, porém, foi expedido, em 25 de janeiro de 1952, o Decreto nº 30.443, declarando remanescentes as florestas e vegetações existentes na área do “Vale do Massiambú, de propriedade do Governo do Estado de Santa Catarina, localizada no Vale dos Rios Massiambú Grande e Massiambú Pequeno, Distrito de Enseada de Brito, Município de Palhoça – SC”.

Isso porque a região guardava espécimes naturais preciosos, cuja conservação se considerava necessária por motivo de interesse biológico ou estético, devendo o poder público reservá-la para parques de gozo público.

As florestas ou vegetações protetoras e remanescentes (art. 4º, do Código Florestal de 1934) eram consideradas, pelo mesmo código, de conservação perene e inalienáveis. Posteriormente, com a edição do novo Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965), essas florestas passaram à condição de “área de preservação permanente”, mantendo as mesmas exigências da antiga legislação⁶.

Voltando ao caso em estudo, deve-se ter em vista que a conservação das dunas encontradas na região é imprescindível. São dunas imóveis e móveis, que se movimentam conforme a ação do vento. A retirada da vegetação fixadora das dunas pode fazer a areia se deslocar mais facilmente, atingindo estradas e propriedades privadas. Limitando o direito de construir, o Código Florestal objetiva, em última análise, a defesa dos habitantes e de seus interesses privados.

Com efeito, argumentou-se na contestação que não cabia à requerente exigir reparação por não poder construir em cima das dunas, tendo que mantê-las e a sua

⁵ RUFINO, Gilberto D’Ávila. Parecer nº 299-A, de 19 de novembro de 1986. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis: DIOESC, n. 1, p. 155, 1986.

⁶ O Código Florestal de 1965 determinava: “Art. 3º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: [...] f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues”. Também a Resolução nº 4, de 18 de setembro de 1985, do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, que trata das reservas ecológicas e áreas de florestas de preservação permanente: “Art. 2º Para os efeitos desta Resolução são estabelecidas as seguintes definições: [...] n) restinga – acumulação arenosa litorânea, paralela à linha da costa, de forma geralmente alongada, produzida por sedimentos transportados pelo mar, onde se encontram associações vegetais mistas características, comumente conhecidas como vegetação de restingas; [...] p) dunas – formação arenosa produzida pela ação dos ventos no todo, ou em parte, estabilizada ou fixada pela vegetação”. “Art. 3º São reservas ecológicas: [...] b) as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: [...] IX – nas dunas, como vegetação fixadora [...]” “Art. 5º Os Estados e Municípios, através de seus órgãos ambientais responsáveis, terão competência para estabelecer normas e procedimentos mais restritivos que os contidos nesta resolução, com vistas a adequá-las às particularidades regionais e locais”.

vegetação, porque, ao adquirir, já ali estavam as dunas com suas características e restrições legais. Não se constrói em cima de dunas ou areia, como ninguém pede ao poder público recompensa pelas áreas perdidas como montes inaproveitáveis, lagoas e banhados, areais e pedreiras⁷.

A negativa de indenização em ação de desapropriação indireta tendo por fundamento as restrições administrativas incidentes sobre áreas de preservação permanente, decorrentes da legislação federal para a proteção da natureza, é posição assentada na doutrina do direito ambiental, tendo sido também objeto de discussão nos tribunais pátrios.

As florestas permanentes do art. 2º, do citado Código Florestal, e se diga, por extensão, as dunas e sua vegetação, por suas características de generalidade, atingindo propriedades indeterminadas, devem, conforme Paulo Affonso Leme Machado⁸, ser incluídas como limitações administrativas, não sendo indenizáveis pelo poder público, mas sim gratuitas, tendo em vista o princípio da função ambiental da propriedade estampada no art. 170, inc. VI, da Constituição Federal de 1988.

Exatamente sobre a necessidade de proteger os recursos naturais daquela região, o Estado citou, na contestação, estudo elaborado pelo procurador do Estado, Gilberto D'Avila Rufino, no Parecer nº 299-A, de 19 de novembro de 1986, publicado na *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina*:

Os condicionamentos impostos à propriedade das florestas com fundamento no interesse comum têm origem no fato de que esses bens nem sempre foram considerados suscetíveis de apropriação individual, em detrimento da coletividade. Em Roma, Anco Márcio (640 a.C.), quarto rei de Roma, deliberou incorporar ao domínio do Estado todas as matas existentes. No Brasil colonial, a Carta Régia de 13 de março de 1797, declarada de propriedade da Coroa “todas as matas e arvoredos à borda da costa, ou de rios que desemboquem imediatamente no mar, e por onde em jangadas se possam conduzir as madeiras

⁷ Conforme PEREIRA (na obra *Direito florestal brasileiro*) *apud* RUFINO, Ob. cit., p. 153.

⁸ *Direito ambiental brasileiro*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 476 e 491. Para melhor ilustrar a sua assertiva, o autor traz à lume a lição de Osny Duarte, que discorreu sobre a conservação das matas protetoras do Código Florestal de 1934: “Sua conservação não é apenas por interesse público, mas por interesse direto e imediato do próprio dono. Assim como ninguém escava o terreno dos alicerces de sua casa, porque poderá comprometer a segurança da mesma, do mesmo modo ninguém arranca as árvores das nascentes, das margens dos rios, nas encostas das montanhas, ao longo das estradas, porque poderá vir a ficar sem água, sujeito à inundações, sem vias de comunicação, pelas barreiras e outros males conhecidamente resultantes de sua insensatez. As árvores nesses lugares estão para as respectivas terras como o vestuário está para o corpo humano. Proibindo a devastação, o Estado nada mais faz do que auxiliar o próprio particular a bem administrar os seus bens individuais, abrindo-lhe os olhos contra os danos que poderia inadvertidamente cometer contra si mesmo”.

cortadas até as praias”. Uma carta régia posterior, do Príncipe Regente, e de 08 de julho de 1800, impôs aos proprietários a obrigação de conservar no interesse da Coroa “as madeiras e paus reais na largura de 10 léguas da costa marítima”.

É por isso que, embora o direito tenha evoluído no sentido de admitir a privatização dos recursos florestais, a utilização destes continuou fortemente submissa ao poder de polícia das autoridades florestais e do meio ambiente, tendo-se em vista a satisfação de necessidades coletivas (abastecimento de água, defesa contra inundações, conservação dos solos, preservação de espécies animais e vegetais). Daí dizer-se que as florestas – assim como todas as coisas que de um modo qualquer são de interesse comum – encontram-se sob o domínio eminente do Estado [...].⁹

A sentença foi prolatada nos autos judiciais no mesmo sentido do parecer emitido pelo representante do Ministério Público da Comarca de Palhoça, julgando procedente a ação declaratória incidental promovida pelo Estado de Santa Catarina, extinguindo o feito principal, declarando a nulidade do título de propriedade da empresa e a sua ilegitimidade para pleitear indenização por desapropriação indireta daquele imóvel.

A requerente interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça.

A Quinta Câmara Civil, por votação unânime, negou provimento ao recurso em acórdão prolatado pelo desembargador Volnei Carlin, cuja ementa confirma a tese do Estado de Santa Catarina, de que estão sob o seu domínio as terras situadas nos Campos de Araçatuba ou Massiambú¹⁰:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – INDENIZAÇÃO RETENDIDA – LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DA ENTIDADE AUTORA NÃO RECONHECIDA – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

A empresa autora, que reivindica direitos sobre imóvel cujo título dominial pertence ao Estado, não tem legitimidade ativa para buscar, em ação desapropriatória, qualquer indenização, eis que é inquestionável a falta de lei dando legitimidade ativa *ad causam* para a entidade acionante, exigência explícita e imposta pelo art. 6º, do Código de Processo Civil, donde há de

⁹ *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis: DIOESC, n. 1, p. 158, 1986.

¹⁰ TJSC – Rel. Volnei Carlin – Apelação Cível nº 1999.018234-7, 07-03-2002, in <www.tjsc.gov.br>.

ser reconhecida a inexistência de uma das condições da ação, devendo ser declarada a extinção do processo, sem julgamento de mérito, *ex vi* do inciso VI, art. 267, do Codex Instrumentalis.

ACÇÃO DESAPROPRIATÓRIA – SIGNIFICADO DOS VOCÁBULOS ADMINISTRAÇÃO E PROPRIEDADE – PRINCÍPIO TELEOLÓGICO – APLICABILIDADE.

Os atos de administração limitam-se aos de guarda, conservação e percepção dos frutos dos bens administrados, sendo, no último caso, se arrendados. A possibilidade de alienação, não se insere na hipótese, pois é ato característico de quem é proprietário (possuidor do domínio), sempre subordinado à *voluntas* (vontade expressamente manifestada). Ademais, a administração é atividade daquele que não é senhor absoluto.

Numa eventual incerteza, aqui não ocorrida, mister se faz a invocação do princípio da finalidade, onde deverá prevalecer o interesse coletivo. Enfim, o juiz deve perguntar-se o que seria se, em presença de tantas mudanças (nas ideias, costumes, instituições, princípios, Estado social e econômico), a justiça e a razão não recomendassem adaptar o texto às realidades da vida contemporânea.

ACÇÃO INDENIZATÓRIA POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO TABULEIRO – CAMPOS DE MACIAMBU OU ARAÇATUBA – DECRETO PRESIDENCIAL N. 30.443/52 – PROPRIEDADE.

São de domínio do Estado de Santa Catarina as terras situadas nos Campos de Maciambu ou Araçatuba, tendo a Lei Estadual n. 652/1904 transferido, tão-só, sua administração à Municipalidade de Palhoça.

REGISTRO DE IMÓVEIS – CANCELAMENTO – ART. 859 DO CÓDIGO CIVIL – PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM*.

Presume-se titular do direito real aquele constante do registro. Tal presunção, no entanto, é relativa, sendo passível de cancelamento a transcrição da venda efetuada a *non dominus*.

ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA – NULIDADE – PRESCRIÇÃO – ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL.

É vintenário o prazo prescricional para intentar ação de nulidade de ato jurídico de compra e venda a contar da data do registro do título no Cartório de Registro de Imóveis.

O acórdão cuidou de bem definir o domínio do Estado sobre os Campos de Araçatuba ou Massiambú, fazendo referência não só ao Decreto Federal nº 30.443/1952, que declarou remanescentes as florestas e vegetações encontradas naquela área, mas à Carta Federal de 1967, que manteve no domínio dos Estados as terras devolutas não compreendidas no patrimônio da União. Na realidade, bem antes, por força do disposto no art. 64, da Constituição Federal de 1891, as terras devolutas situadas nos territórios dos Estados, de propriedade da Coroa, foram repassadas aos respectivos Estados-membros. Logo, somente o Estado, seu legítimo proprietário teria poderes para ceder, transferir ou alienar qualquer área daqueles campos:

[...] Ademais, o Decreto Presidencial n. 30.443, de 26.01.1952 (fls. 222) mais fortemente confirma o domínio do Estado sobre a área ao declarar remanescentes as florestas e vegetações existentes no Vale do Maciambu, “de propriedade do Governo do Estado de Santa Catarina”, único Ente Público com capacidade jurídica para alienar ditos terrenos. A Constituição Federal de 1967, por sua vez, manteve no domínio dos Estados todas as terras devolutas não compreendidas no patrimônio da União.

Quanto a estas, Caramuru Afonso Francisco assevera que:

As terras devolutas necessitam de prévio registro da carta de sentença da ação discriminatória que as separou das terras particulares para que se faça a aquisição por parte dos particulares que tiveram suas ocupações legitimadas pelo Estado.

Com efeito, como ensina Vito José Guglielmi, efetivada a discriminação das terras (seja administrativa, seja judicial) – e reconhecido o domínio público – para que delas se possa dispor, essencial é que as tenha inscrito como de seu domínio.

É a partir do registro que adquire o poder de

disposição e, assim, válida e eficazmente, o instrumento de alienação ao particular ingressa na serventia imobiliária. (CARAMURU, Afonso Francisco. *Do registro de imóveis e seu cancelamento*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 176-177)

Desta forma, não poderia o ato jurídico ter-se realizado validamente pois

Os Estados, por sua vez, terão, por força da norma constitucional, a propriedade de ilhas fluviais e lacustres e de terras devolutas não compreendidas entre as pertencentes à União (CF/88, art. 26, III e IV). Mas, se a entidade pública federal, estadual ou municipal vier a alienar ou a adquirir, a qualquer título, bem de raiz, inclusive por desapropriação, deverá matriculá-lo no Registro Imobiliário competente para que haja transferência ou aquisição da propriedade válida erga omnes (RTJSP, 36:332; RT 548:103). (DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registros de Imóveis*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 494).

Destarte, levar a efeito o novo registro sem que previamente se tenha inscrito o título de propriedade do alienante configura ofensa ao art. 195 da Lei de Registros Públicos (Lein. 6.015/73), que consagra o princípio da continuidade, consistente no “imprescindível encadeamento entre assentos pertinentes a um dado imóvel e às pessoas nele interessadas” (CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 366).

Por outro lado, o registro efetuado em nome da autora não é prova incontestante de propriedade do imóvel. Conforme o entendimento de Maria Helena Diniz,

A força probante, que se funda na fé pública do registro, levado a efeito por serventuário provido de autoridade legal, gera a presunção de que o direito real pertence à pessoa em cujo nome se registrou. Assim, o título, de per si, não comprovará o domínio nem o ônus real, pois

somente com o assento se operará sua aquisição. A prova do direito real far-se-á pelo registro, do qual decorre uma presunção *juris tantum* de sua aquisição, que prevalecerá até prova em contrário (RT, 169:383, 278:355, 505:75, 547:252, 421:298, 441:74, 579:91 e 343:186; RF, 329:292, 185:218; RTJ, 107:28). (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 658-659)

Na mesma linha dispõe Afonso Francisco Caramuru que

no que se refere à presunção gerada pela transcrição ou inscrição, ainda fiel às observações de Lafayette e do próprio Conselheiro Nabuco, o codificador não acolheu o princípio germânico, conferindo à transcrição uma presunção relativa, que admite prova em contrário e discussão. (*Do Registro de Imóveis e seu Cancelamento*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 119)

A jurisprudência é no mesmo sentido:

Ninguém se torna proprietário por força exclusiva da transcrição, independentemente de título válido. A presunção do art. 859 do Cód. Civil é relativa e admite prova em contrário (RT 278/355)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Registro de Imóveis – transcrição – Em nosso direito, a presunção que resulta da transcrição no registro de imóveis é sempre *juris tantum*, admitindo assim prova em contrário. (REsp. n. 10.182, DF, Rel. Min. Luís Gallotti. Revista Forense, n. 143, set/out. 1952, p. 113/114).

D'autre part, a legitimidade é requisito exigido pelo art. 3º, do CÂnone Processual Civil, para que o autor possa propor a ação. É a denominada legitimação para a causa ou *legitimatío ad causam*. Significa que só o titular de um direito pode discutí-lo em juízo. É, segundo Chiovenda, “a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei”. (BARBI, Celso

Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense. v. 1. p. 37-38).

Em suma, por força das lições doutrinárias e jurisprudenciais supra transcritas, todas insitamente ligadas aos fatos do processo, constata-se a inquestionável falta de legitimação ativa *ad causam* da autora, donde há de se aplicar o inciso VI, do art. 267, do Código de Processo Civil, em face da inexistência de uma das condições da ação [...].

O acórdão transitou em julgado para as partes em 22 de março de 2004, após a interposição de embargos declaratórios¹¹ e de recurso especial¹² pela requerente, sem que alcançasse sucesso.

Ainda com o objetivo de desconstituir o citado acórdão, foi ajuizado no prazo decadencial de dois anos ação rescisória contra o Estado de Santa Catarina e o município de Palhoça. A rescisória foi julgada improcedente pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, do Tribunal de Justiça, cujo acórdão relatado pelo desembargador Rui Fortes, apresenta a seguinte ementa¹³:

ACÇÃO RESCISÓRIA – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – INDENIZAÇÃO PRETENDIDA – PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO TABULEIRO – TERRENO LOCALIZADO NOS CAMPOS DE MASSIAMBÚ E ARAÇATUBA – LEI ESTADUAL N. 652/1904 E DECRETO PRESIDENCIAL N. 30.443/52 – ALIENAÇÃO ENTRE PARTICULAR E O MUNICÍPIO DE PALHOÇA – IMÓVEL QUE, EM VERDADE, É DE PROPRIEDADE DO ESTADO DE SANTA CATARINA – ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA – NULIDADE – ACERTO DO ACÓRDÃO RESCINDENDO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Em face do acórdão, foram interpostos, sem êxito, embargos declaratórios pela requerente. O aresto transitou em julgado em 24 de junho de 2011. Logo, também em sede de ação de rescisória o Tribunal de Justiça confirmou a tese suscitada pelo Estado de domínio sobre as terras situadas nos Campos de Araçatuba ou Massiambú, nos termos da Lei Estadual nº 652/1904:

¹¹ TJSC – Rel. Volnei Carlin – Embargos Declaratórios em Apelação Cível nº 1999.018234-7/0001.00, 15-08-2002, in <www.tjsc.gov.br>.

¹² TJSC – Rel. Jorge Mussi – Recurso Especial em Apelação Cível nº 1999.018234-7/0002.00, 11.04.2004, in <www.tjsc.gov.br>.

¹³ TJSC – Rel. Rui Fortes – Ação Rescisória nº 2006.008945-1, 18.09.2009, in <www.tjsc.gov.br>.

[...] Tratam os autos de ação rescisória em que a autora busca ver rescindido o acórdão proferido por este Tribunal, para que seja reconhecida a validade do ato jurídico de compra e venda de imóvel situado na região denominada Campos de Araçatuba e Massiambu, alienada pelo município de Palhoça, e, conseqüentemente, seja concedida a respectiva indenização por desapropriação indireta, tendo em vista que as terras foram consideradas de preservação permanente com a criação do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, esvaziando, assim, o seu conteúdo econômico. Na espécie, não se constata nenhuma ofensa aos dispositivos invocados pela autora, quais sejam, o art. 485, V e IX, do CPC, além de suposta violação aos preceitos elencados nos arts. 333, 334, IV, ambos do Código de Processo Civil, e no art. 1.245, do Código Civil.

Isso porque restou reconhecido nos autos da ação principal que o bem em litígio sempre pertenceu ao Estado de Santa Catarina, tanto que a alienação efetuada pelo município de Palhoça e o título de domínio da autora foram declarados nulos, com base nas provas carreadas, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória Incidental ajuizada pelo Estado, reconhecendo-se a ilegitimidade da empresa requerente na demanda indenizatória.

Convém destacar, desde logo, que a autora embasa seu direito na Lei Estadual n. 652, de 16.9.1904 (fls. 229), a qual concedeu ao município de Palhoça a administração e possibilidade de arrendamento das terras, conforme se depreende do seu art. 1º:

Fica transferida para a municipalidade de Palhoça a administração dos Campos de Araçatuba ou Massiambu, que fará medir e demarcar à sua custa, e autoriza a arrendá-los anualmente aos que estiverem ocupando esse logradouro público, ou a outros quaisquer, em lotes nunca maiores de oito hectares.

Ora, prevendo a Lei Estadual n. 652/1904, expressamente, a faculdade de o município administrar os bens, quer significar, tão-somente, que os atos da administração municipal limitam-se “aos de guarda, conservação e percepção dos frutos dos bens

administrados; não incluem os de alienação”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed., São Paulo: Atlas S/A, 2000. p. 53).

Cumprе assinalar que a tese de domínio do Estado de Santa Catarina sobre os Campos de Araçatuba ou Massiambú, acolhida pelo Poder Judiciário, vem sendo defendida por esta Procuradoria Geral do Estado em processos judiciais promovidos por particulares contra o Estado, a exemplo de ações de desapropriação indireta, em que os autores pretendem indenizações, bem como em ações de usucapião, almejando o título de propriedade ou domínio.

Ocorre que, além de ações judiciais envolvendo imóveis situados na área de domínio do Estado de Santa Catarina, outras situações fáticas são encontradas naquela região que merecem atenção imediata: turbação, esbulho ambiental-urbanístico, loteamentos ilegais, ocupações irregulares de áreas por atos de compra e venda, permuta e doação ilegal, construções ilícitas, especulação imobiliária, degradação da área rica em belezas naturais e de grande valor ambiental.

Deve-se observar que possíveis ações do Estado de Santa Catarina, na condição de titular da área dos Campos de Massiambú ou Araçatuba, face à complexidade que apresentam, devem demandar atos administrativos, recursos humanos e financeiros, mas sobretudo vontade política do poder público estadual em dar solução e resposta à coletividade catarinense que reclama por isso.

Necessária, ainda, a dedicação exclusiva de procuradores do Estado destacados para essa missão, com uma estrutura de apoio técnico (topógrafos, agrimensores, engenheiros florestal e agrônomo, biólogos, geógrafos, geólogos), sem prejuízo do pessoal administrativo que deverá auxiliar na coleta de dados e outras informações, em visitas a campo.

Não é preciso dizer que a concepção individualista do direito há muito se encontra ultrapassada, diante do surgimento das teorias de interesses difusos e coletivos. Entre as mesmas, destaca-se o direito ao meio ambiente de natureza transindividual, calcado no princípio constitucional da função social da propriedade, do qual se retira que o uso da propriedade deve estar condicionado ao bem-estar social. É o princípio constitucional expresso no art. 225, da Constituição Federal:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

É hora e dever do Estado de Santa Catarina e de sua coletividade defender firmemente os bens públicos contra todos os atos que colidem com os princípios constitucionais da função social e ambiental da propriedade, e em especial, da legalidade, impessoalidade e moralidade, inscritos no art. 37, da Carta Federal, expurgando para sempre a triste e infeliz prática histórica, observada no Brasil, da passagem de terras eminentemente públicas para mãos de particulares.

Demarcação constitucional de terras indígenas e participação dos estados da federação

Alisson de Bom e Souza¹

1. Considerações iniciais

Desde a carta de Pero Vaz de Caminha, a questão indígena perpassa o imaginário social, ora como reflexo de uma visão romântica, ora como um ruído propagador de preconceitos.

A história brasileira é repleta de acertos e desacertos em relação ao tratamento conferido aos índios. Da tentativa de utilização como escravos às missões jesuíticas, passando pelo extermínio velado, os povos aborígenes brasileiros chegaram ao século XXI carregando a experiência de trocas com o “homem civilizado” e, também, conservando, ao menos parcialmente, seus usos, tradições e costumes.

Abstraídas as questões históricas, as populações indígenas recebem especial tratamento da Constituição Federal de 1988, que reservou o Capítulo VIII – “Da Ordem Social” – para tratar especificamente dos direitos dos índios.

A Carta Magna reconhece aos índios, no art. 231, “[...] os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las [...]”.

Essa competência explícita da União de ser o ente federado responsável pela demarcação de terras indígenas esconde um plexo de corresponsabilidades federativas fundamentais para o rigoroso cumprimento das finalidades constitucionais.

A demarcação de terras indígenas é tema de complexidade peculiar, pois cuida de interesses, muitas vezes, estranhos à civilização, haja vista que as comunidades indígenas têm usos, tradições e costumes típicos, o que exige maior rigorismo no reconhecimento do direito originário sobre a terra e, ao mesmo tempo, acarreta em maior flexibilidade científica na afirmação desse direito.

No Brasil, conforme dados apresentados no Censo de 2010 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010, p. 17), há 505 terras indígenas reconhecidas, compreendendo 12,5% do território brasileiro, ou seja, 1.067.399,26 km², com significativa concentração na Amazônia Legal. Além dessas, no momento do Censo, outras 182 terras indígenas estavam em processo

¹ Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em direito público e direito constitucional.

demarcatório, culminando num total de 687 terras indígenas, com superfície total de 1.086.298,52 km².

O estudo censitário do IBGE informa, ainda, que o total de população indígena residente no território nacional está na ordem de 896,9 mil pessoas, distribuídas em 305 etnias, sendo que desse total 57,7% residem em terras indígenas e 42,3% residem fora delas (2010, p. 54-55 e 85).

Este trabalho pretende fundamentar o dever-poder de participação ativa dos estados da federação nas demarcações de terras indígenas no Brasil, com alicerce constitucional.

2. Da exploração ao reconhecimento dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas

O tratamento jurídico da questão indígena no Brasil tem relação direta com a evolução histórica experimentada em solo brasileiro desde o descobrimento, em 1500.

O deslumbramento inicial na troca de experiências entre a civilização europeia e os povos indígenas foi paulatinamente sendo substituído pela cultura colonizadora do homem branco europeu, conforme assevera Vilas Boas (2012, p. 26), “a política amistosa com a prática do escambo entre os europeus e os índios foi cedendo lugar a relações mais conflituosas, na medida em que o interesse europeu pela exploração do pau-brasil ia aumentando”.

Nos primeiros séculos da história brasileira, a proteção jurídica conferida pelo colonizador aos povos indígenas se deu de modo simbólico e no escopo de defender os interesses dos colonizadores. Na lição de Santos Filho (2012, p. 131):

A partir do descobrimento do Brasil a causa indígena passou a ser tratada por instrumentos normativos que, apesar de não atenderem à diversidade dos povos existentes, como feito pela Espanha com a edição da *Ley de Indias*, e ainda que de forma não satisfatória e adequada ao pensar dos dias atuais, vedaram o cativeiro de índios e asseguraram os territórios que ocupavam. [...]

Apesar da existência de diversos diplomas reconhecendo a natureza humana dos índios, e o direito deles sobre as terras que ocupavam, os registros demonstram pouca efetividade das normas de proteção então editadas.

E continua o referido autor:

A legislação indigenista brasileira inclinou-se sempre pela exclusiva defesa dos interesses dos colonizadores, sem preocupação ou respeito com a cultura dos índios que já habitavam as terras. Não raro foi utilizada como instrumento de opressão aos índios, fruto de visão etnocêntrica, hoje rompida pela Constituição vigente (SANTOS FILHO, 2012, p. 18).

A doutrina indigenista invariavelmente situa nos primeiros séculos da colonização do território brasileiro o caráter expropriatório da relação entre brancos e índios. Vilas Boas (2012, p. 28) evidencia essa análise histórica:

A primeira espoliação dos povos indígenas, assim, decorreu da colonização do Brasil e, embora o descobrimento pelos portugueses tenha ocorrido no ano de 1500, ainda no século XIX, marcado pela passagem de três regimes políticos, as disparidades ainda eram enormes, especialmente em relação à política indigenista.

O período republicano iniciou a fase de institucionalização da causa indígena. A primeira Constituição republicana brasileira, de 1891, foi omissa em relação aos povos indígenas. Porém, em 1910, foi criado o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), entidade federal vinculada à questão indígena. Vilas Boas (2012, p. 41) aponta que “a criação do SPI refletia bem a chamada política integracionista, na qual se acreditava que os índios deveriam passar necessariamente por um processo evolutivo e que a civilização representava um estágio mais avançado [...]”.

A primeira Constituição a regular algum tipo de proteção aos indígenas foi a de 1934. Frise-se que, até a Constituição de 1967, as disposições constitucionais exigiam a localização permanente do índio na terra como pressuposto indispensável à proteção possessória.

A partir da Constituição de 1967, passou-se a exigir apenas que as terras fossem habitadas pelos indígenas como pressuposto garantidor da sua posse. Previu também que as terras ocupadas pelos índios integravam o patrimônio da União, a fim de garantir que tais terras não fossem alienadas. O fato é que a política indigenista brasileira, até 1988, visava à integração dos índios à sociedade:

Até 1988, a política indigenista no Brasil estava centralizada na integração dos índios à comunhão nacional, ou seja, era evidentemente marcada por suas atividades voltadas

à incorporação do índio e esta era a política presente nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e Emenda de 1969, sem contar as de 1824 e 1891, as quais nem ao menos mencionavam a pessoa do índio (VILAS BOAS, 2012, p. 48).

Em 1967, o SPI foi extinto e, em seu lugar, foi criada a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, órgão federal de assistência aos índios. Em 1973, foi editada a Lei nº 6.001/1973, o Estatuto do Índio.

Somente em 05 de outubro de 1988, com a promulgação da atual Constituição brasileira, inaugurou-se uma nova realidade no que diz respeito à relação entre o Estado e os povos indígenas. Houve a transição do pressuposto da integração para o pressuposto da interação, garantindo aos indígenas o direito à diferença.

Nessa linha, Barreto (2011, p. 104) afirma a relevância da Constituição de 1988 nessa transição paradigmática:

Quando a CF/88 reconheceu aos índios “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” e impôs à União o dever-poder de os “proteger e fazer respeitar”, abandonou o “paradigma da integração” e adotou um novo: o “paradigma da interação”.

No capítulo VIII – “Da Ordem Social”, a Carta Magna de 1988 dedica tratamento específico aos índios, reconhecendo, dentre outros, “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, *verbis*:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Há, portanto, escopo constitucional de defesa da cultura indígena, fato esse incontestável, entretanto, isso não significa desobediência aos requisitos diretamente extraídos do texto constitucional, especialmente aqueles relacionados ao reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Na verdade, muitas vezes, a defesa ideológica intransigente ou preconceitos arraigados prejudicam a análise científica da questão das terras indígenas. Como afirma Barreto (2011, p. 36):

Nosso imaginário – e, por que não dizer, nosso entendimento – está repleto desta correlação: índio é aquele ser que vive na selva, anda nu, é feroz, primitivo... ou, ao contrário, está em um museu vivo, é o “bom selvagem” [...].

Na questão das terras indígenas o conhecimento do quadro fático específico relacionado à terra e aos seus ocupantes é essencial, pois afirmações genéricas sobre a totalidade dos povos indígenas não são adequadas em um contexto normativo que

reconhece a diferença.

3. Modalidades de terras indígenas

O Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/1973, estabelece 03 (três) modalidades de terras indígenas:

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

I – as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;

II – as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste título;

III – as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Os incisos II e III do art. 17 referem-se, respectivamente, às áreas indígenas instituídas pela União em qualquer parte do território nacional destinadas a posse e ocupação pelos índios e às terras de propriedade das comunidades indígenas, havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

Nesse sentido, Villares (2009, p. 179) aponta que “as áreas reservadas e as terras de domínio coletivo das comunidades indígenas e dos índios não podem ser confundidas com o território por eles ocupado tradicionalmente”.

A aplicação do art. 231, da Constituição de 1988 (na CF/67, com a EC/69, tal questão era regulada no art. 198), constitui 01 (uma) das modalidades de terra indígena: *as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*.

4. Demarcação constitucional de terras indígenas

A demarcação das terras indígenas previstas no art. 231, da Constituição Federal, é de competência da União. Inclusive, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União, por força do art. 20, inciso XI, da Constituição Federal.

O Estatuto do Índio (Lei Federal nº 6.001/1973) estabeleceu no art. 19 a competência da FUNAI para o processamento administrativo de demarcação de terras indígenas:

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto

do Poder Executivo.

O Decreto Federal nº 1.775/1996 é o instrumento normativo que regula o processo administrativo de demarcação de terras indígenas.

Demarcação é o ato que visa a fixação de limites físicos em uma porção de terras. O art. 1.297, do Código Civil, garante ao proprietário o direito de demarcar, a fim de “se evitar pendências e meio de individuar o objeto do direito de propriedade” (VIANA, 2007, p. 334).

A demarcação de terras indígenas é a fixação de limites físicos em uma porção de terras destinada à posse permanente de determinada comunidade indígena, cabendo-lhe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes. Villares (2009, p. 125) conceitua:

Demarcação é o ato que define os limites de um território. É o trabalho de colocar marcas físicas, marcos artificiais, e estabelecer os naturais, que determinam onde é ou não a área de posse de determinada comunidade/povo indígena.

O ato demarcatório tem natureza meramente declaratória. Apenas se reconhece um direito preexistente, originário, direito esse constitucionalmente previsto e assegurado.

As terras tradicionalmente ocupadas, desse modo, pertencem aos indígenas independentemente de demarcação administrativa. A finalidade da demarcação é a regularização e proteção dessas terras, a fim de garantir segurança jurídica.

Nesse contexto, a demarcação de terras indígenas depende da demonstração inequívoca de requisitos constitucionais. O objeto da demarcação constitucional é a terra que a comunidade indígena tradicionalmente ocupe. Deve haver, portanto, a demonstração do *fato indígena*.

Primeiramente, deve-se verificar se o marco temporal para a identificação de terras indígenas no Brasil, que é a data da promulgação da Constituição Federal, está presente. Somente as terras tradicionalmente ocupadas por índios em 05 de outubro de 1988 é que poderão ser reconhecidas como terras indígenas.

Stefanini (2012, p. 125) demonstra o afastamento constitucional de qualquer teorização metafísica ou atemporal para a identificação das terras tradicionalmente ocupadas:

Estabeleça-se assim, fundamentalmente, que a expressão sobre as terras que tradicionalmente ocupam afirma e traduz, a rigor, a comunicação de que estas (terras) se localizam no espaço e

no tempo identificado, jamais no ideário dos sentimentos que tisnam a lógica e a razão.

O Supremo Tribunal Federal julgou, em 19 de março de 2009, a Petição nº 3.388, cujo objeto versa sobre a validade da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol².

Trecho do voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, ressalta o requisito do marco temporal da ocupação indígena:

“I – o marco temporal da ocupação. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma *pá de cal* nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.** Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a **chapa radiográfica** da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. Exclusivo uso e fruição (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às “riquezas do solo, dos rios e dos lagos” existentes na área

² O julgamento da Petição nº 3.388 declarou, por maioria, constitucional a demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol e determinou a observância de algumas condições. O processo ainda não transitou em julgado, pois está pendente de publicação o julgamento de recursos de embargos de declaração interpostos pelas partes, que não modificou o julgado.

objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. 231), devido a que “os recursos minerais, inclusive os do subsolo”, já fazem parte de uma outra categoria de “bens da União” (inciso IX, do art. 20, da CF)” (STF, 2009, p. 67-68 do Acórdão, grifo nosso).

Fica clara a necessidade de se demonstrar a ocupação indígena em 05 de outubro de 1988, bem como que se retrate a denominada “chapa radiográfica” das terras a demarcar. Inclusive, o ministro Carlos Ayres Britto ressalta a exigência constitucional de data certa, cuja finalidade é evitar a migração posterior de índios de outras regiões do Brasil ou de outros países, no único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação.

O voto do saudoso ministro Menezes Direito também corroborou com a necessidade de verificação do marco temporal estabelecido pela Constituição:

Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. **São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988. [...] A ocupação é, portanto, um fato a ser verificado** (STF, 2009, p. 150-151 do Acórdão, grifo nosso).

Nessa linha, não se enquadra na norma constitucional a tese da ocupação imemorial, bem explicada por Stefanini (2012, p. 136):

Essencialmente o raciocínio compunha-se do pressuposto de que, sendo os indígenas os primitivos habitantes, decorre deste reconhecimento que, em tese, todas as áreas tidas pelos colonizadores e seus descendentes guardavam este estigma de imemorialidade com efeitos jurídicos. Os títulos privados, cuja origem sucessória vinculava-se à outorga de entes públicos, jaziam contrastados com os fatos possessórios dos “direitos originais” dos índios. O Estado, genericamente considerado, ao proceder aos desmembramentos dominiais através de vários sistemas e regimes legais – sesmarias, legitimação de posse, regularização fundiária, concessões imperiais, republicanas, compra e venda e outras – consequenciou que tais propriedades/posses rurais estavam tismados pela referida tese indigenista. Assim, não poderiam tais títulos ser contrapostos a dos indígenas que permaneciam com ocupação imemorial que a protraitria no tempo até a primitiva e original

fática quinhentista.

O próprio STF, na Súmula nº 650, já rechaçava a ideia de a ocupação indígena em passado remoto ser pressuposto para o reconhecimento dos direitos originários dos índios às terras tradicionalmente ocupadas.

Assim, os casos de ocupação indígena em passado remoto ou a ocupação posterior ao marco temporal decorrente da Constituição Federal não traduzem o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Por outro lado, para alguns, como José Afonso da Silva, “os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato [...]” (2012, p. 860).

O ilustrado constitucionalista afirma que “o indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido” (SILVA, 2012, p. 861).

Isso porque se propala que a relação do indígena com a terra não se dá por meio de conceitos de direito civil. Trata-se de uma relação diferenciada, própria dos indígenas:

a relação do indígena e suas terras não se rege pelas normas de Direito Civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu *habitat*, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana (SILVA, 2012, p. 861-861).

Além do marco temporal, o fato indígena comporta a verificação do caráter tradicional da ocupação indígena. O parágrafo primeiro, do art. 231, da Constituição Federal, delimita as características das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios: 1) terras por eles habitadas em caráter permanente; 2) as utilizadas para suas atividades produtivas; 3) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; 4) e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O ministro Gilmar Mendes, no julgamento do caso da terra indígena Raposa Serra do Sol, explica que:

nos termos do art. 231, § 1º, da CF/88, os seguintes fatores

devem ser verificados na definição de uma determinada área como terra indígena: a) fator temporal (“habitadas em caráter permanente”); b) fator econômico (“utilizadas para as suas atividades produtivas”); c) fator ecológico (“imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar”); d) fator cultural ou demográfico (“necessárias a sua reprodução física e cultural”) (STF, 2009, p. 587 do Acórdão).

Por último, registre-se que o art. 231, da Constituição Federal, não tem por objetivo garantir direitos originários sobre terras a índios estrangeiros. A tutela é direcionada aos índios brasileiros.

Não se pode conceder a estrangeiros direitos superlativos em detrimento do povo brasileiro, “é dizer, povo brasileiro como um só continente humano de hoje, de ontem e de amanhã, a abarcar principalmente os três elementares grupos étnicos dos indígenas, do colonizador branco e da população negra” (STF, 2009, p. 40 do Acórdão).

No voto do ministro Carlos Ayres Britto demonstra-se a necessidade de nacionalidade brasileira dos índios protegidos pelo art. 231, da Constituição:

[...] são as âncoras normativas de que nos valem para adjetivar de brasileiros os índios a que se reportam os arts. 231 e 232, da Constituição. Não índios estrangeiros, “residentes no País”, porque para todo e qualquer estrangeiro residente no Brasil já existe a genérica proteção da cabeça do art. 5º da nossa Lei Maior [...]. Assumindo tal qualificação de pessoas naturais brasileiras, ressalte-se, decisivas consequências hermenêuticas para a compreensão do tema da demarcação das terras indígenas, pois as “organizações”, “comunidades” e “populações” a que se refere o inciso V, do art. 129, da Magna Carta Federal, são constituídas de coletividades humanas genuinamente nacionais, todas alocadas em solo pátrio (STF, 2009, p. 41 do Acórdão).

Portanto, somente quando comprovado o *fato indígena* é possível a demarcação constitucional de terras indígenas, reconhecendo-se o direito originário dos índios brasileiros às terras por eles tradicionalmente ocupadas em 05 de outubro de 1988, sendo essas consideradas bens da União, afetadas para a posse permanente dos índios, garantindo-lhes usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

5. Estados da federação e demarcação de terras indígenas

A Constituição Federal confere à União o protagonismo incontestável em relação às questões indígenas. O art. 22, XIV, prevê a competência privativa da União para legislar sobre populações indígenas. O já citado art. 231 fixa a competência da União de demarcar e proteger as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

A competência de emitir o ato demarcatório é exclusiva da União, porém, a participação ativa na demarcação de terras indígenas é um dever-poder dos estados da federação, pois esses têm a competência de zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público, conforme prescreve o art. 23, I, da Constituição Federal.

O dever de zelar pela aplicação rigorosa do artigo 231, da Constituição Federal, é instrumento de alcance do interesse público, representado nos requisitos exigidos pela Carta Magna para o reconhecimento dos direitos originários dos índios às terras que tradicionalmente ocupam. Como bem afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 61):

este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.

Inclusive, o art. 25, § 1º, da Constituição Federal, prevê a competência residual dos Estados. O dever-poder de participar ativamente do processo demarcatório, no escopo de zelar pelo cumprimento do art. 231, da Constituição, não é vedado pela Constituição.

Não bastasse isso, a União, por meio da FUNAI, e o Ministério Público, por força do art. 129, V, da Constituição Federal, têm como função, respectivamente, a proteção e a defesa judicial dos índios, ou seja, são constitucionalmente parciais.

A demarcação de terras indígenas significa a apropriação pela União de

porções do território estadual. Nesse sentido, a União também tem o compromisso federativo de não prejudicar as demais pessoas federativas.

Trata-se do dever-poder de prestigiar o federalismo de equilíbrio, escopo do Estado Federal, além de evidenciar um federalismo cooperativo entre a União e os estados-membros (HORTA, 1999).

A federação se caracteriza “pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa” (SILVA, 2012, p. 99).

As pessoas políticas, União, estados, municípios e Distrito Federal, devem guardar entre si um dever de fidelidade, de lealdade recíproca, no escopo de garantir a indissolubilidade da Federação.

Desse modo, as competências estabelecidas na Constituição, sejam da União, dos estados ou dos municípios, devem ser exercidas em conformidade ao princípio da lealdade à federação, decorrência lógica do princípio federativo.

O princípio da lealdade à Federação foi construído pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã. O ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Petição nº 3.388, atribui função a esse princípio:

O princípio da lealdade à Federação atua como um dos mecanismos de correção, de alívio das tensões inerentes ao Estado Federal, junto aos que já se encontram expressamente previstos na própria Constituição. Sua presença silenciosa, não escrita, obriga cada parte a considerar o interesse das demais e o do conjunto. Transcende o mero respeito formal das regras constitucionais sobre a federação, porque fomenta uma relação construtiva, amistosa e de colaboração. Torna-se, assim, o espírito informador das relações entre os entes da federação, dando lugar a uma ética institucional objetiva de caráter jurídico, não apenas político e moral (STF, 2009, p. 597-598 do Acórdão).

As parcelas autônomas da Federação, os estados, possuem o direito de participar das deliberações da União, como explica Gilmar Mendes (2012, p. 860):

O Estado Federal expressa um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão.

Nas demarcações de terras indígenas, há interesse direto dos estados afetados. O fato de a União ser o ente federativo competente para demarcar, possui finalidade específica, uniformizar em todo o território nacional o *modus operandi* demarcatório.

Não é sem razão que o § 8º, do art. 2º, do Decreto Federal nº 1.775/1996, que regula o processo de demarcação de terras indígenas, apesar de ser restritivo, reconhece o interesse direto dos estados da federação afetados:

Art. 2º [...]

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

No julgamento da Petição nº 3.388, o ministro Gilmar Mendes relacionou o princípio da fidelidade à Federação ao dever-poder de participação dos estados, inclusive com direito de voz e voto, no processo demarcatório:

No caso das demarcações de terras indígenas, competência privativa da União, a aplicação do princípio da fidelidade à Federação determina o direito de participação (direito de voz e voto) no procedimento demarcatório de terras indígenas, visando à efetivação dos direitos constitucionais dos índios brasileiros, mas garantindo que, diante de alternativas igualmente válidas de concretização desses direitos, seja escolhida a que melhor preserve o princípio federativo (STF, 2009, p. 598).

O ministro Menezes Direito consignou em seu voto, no referido julgamento, a obrigatoriedade de manifestação dos entes federados:

A manifestação dos entes federativos cujos territórios forem abrangidos pela terra indígena não pode ser meramente facultativa, porém obrigatória, e deve ocorrer sobre o estudo de identificação, sobre a conclusão da comissão de antropólogos

e sobre o relatório circunstanciado do grupo técnico (art. 2º, § 6º), sem prejuízo do disposto no § 8º, do art. 2º, do Decreto n. 1.775/96 (STF, 2009, p. 187 do Acórdão).

O ministro Celso de Mello, por sua vez, alerta para a necessidade de realização até mesmo de audiência pública para se resguardar a autonomia institucional do Estado-membro em face de substancial redução de sua base física:

O Poder Executivo da União, na realidade, pode, Senhor Presidente, **mediante utilização abusiva da demarcação administrativa de terras indígenas, comprometer, gravemente, a incolumidade jurídica do Estado Federal brasileiro**, promovendo dramática redução da base geográfico-territorial de certa unidade federada, fazendo-o mediante reconhecimento, como terras indígenas – pertencentes, em consequência, ao patrimônio da União Federal –, de extensas áreas localizadas no Estado-membro.

Daí a necessidade, Senhor Presidente, de rígido controle jurisdicional, quando regularmente provocado por quem se julgue injustamente lesado, do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas – **sem prejuízo da possibilidade, na fase administrativa do procedimento demarcatório, de prévia audiência pública, com ampla participação das unidades federadas interessadas** –, em ordem a **impedir que a autonomia institucional do Estado-membro venha a ser afetada em decorrência de substancial redução de sua base física, causada pelo arbitrário reconhecimento, como área indígena, de terras cuja ocupação não se ajuste aos parâmetros definidos no art. 231, da Constituição** e, também, no Estatuto do Índio” (STF, 2009, p. 506-507, grifo nosso).

Inclusive, o STF estabeleceu como salvaguarda institucional o item “t” da parte dispositiva do Acórdão do caso da terra indígena Raposa Serra do Sol, cujo teor afirma que “é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento”.

No âmbito do Estado de Santa Catarina, a Constituição Estadual, após a Emenda Constitucional nº 40/2005, determina, na forma da lei, o reassentamento ou a indenização de pequenos agricultores, que, de boa-fé, ocupem terras

indígenas, *verbis*:

Art. 148-A. O Estado poderá promover, na forma da lei e por meio de convênios com outros entes federativos, o reassentamento ou a indenização dos pequenos agricultores que, de boa-fé, estejam ocupando terras destinadas por meio de processo demarcatório, aos povos indígenas.

Esse tipo de dispositivo reforça ainda mais o dever-poder de ativa participação do Estado-membro nas demarcações de terras indígenas em seu território, pois o reconhecimento equivocado de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, além de violar a Constituição, pode acarretar em prejuízo indevido ao Estado.

O desequilíbrio federativo nos conflitos relacionados à demarcação de terras indígenas é tão relevante que o julgamento das causas judiciais entre a União e os estados e o Distrito Federal é competência originária do Supremo Tribunal Federal, conforme disposição do art. 102, I, “f”, da Constituição Federal.

Trata-se de competência criada para conferir foro especial a conflitos judiciais federativos, cujo conteúdo seja passível de demonstrar uma animosidade considerável entre a União e os estados. Nessa hipótese, funciona o STF como um Tribunal da Federação, conforme denomina o professor José Afonso da Silva (2012, p. 562).

Na Reclamação nº 2.833, de Roraima, que versava sobre a competência para processar e julgar litígio sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, o STF foi claro ao fixar sua competência para julgamento da matéria. Transcreve-se a ementa do julgado:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 820/98, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA. – Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea “f”, do inciso I, do art. 102, da Lei Maior). – Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 820/98, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta Casa de Justiça apreciar

todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. – Reclamação procedente.

(Rcl 2.833, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2005, DJ 05-08-2005, PP-00007, EMENT VOL-02199-01, PP-00117, LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 262-275, RTJ VOL-00195-01, PP-00024 – grifo nosso.)

No mesmo sentido, foi o precedente do Plenário do STF na Reclamação nº 3.205, relativo à usurpação de competência do STF no caso de conflito entre entes da federação na demarcação da terra indígena Ibirama Lá-Klanô, situada em Santa Catarina:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 102, I, F, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – Ação que contesta a Portaria 1.128/2003, do Ministério da Justiça, que demarcou terras indígenas. II – Configuração do conflito entre entes da Federação, prevista no art. 102, I, f, da CF. III – Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal reconhecida. Precedentes. IV – Agravo regimental improvido.

(Rcl 3.205 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007, PUBLIC 07-12-2007, DJ 07-12-2007, PP-00018, EMENT VOL-02302-01, PP-00115 – grifo nosso.)

Os estados da Federação são interessados na demarcação de terras indígenas e o dever-poder de participação ativa no processo demarcatório prestigia o princípio federativo, contribuindo para o fiel cumprimento do art. 231, da Constituição Federal.

6. Considerações finais

A evolução histórica do modo como o Estado brasileiro trata as questões

indígenas tem na Constituição Federal de 1988 um importante marco de transição paradigmática, de um paradigma de integração para um paradigma de interação, baseado no direito à diferença.

O reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios traduz a relevância conferida às comunidades indígenas pelo Estado brasileiro.

Contudo, essa transição paradigmática não significa uma abertura para a demarcação infundada ou uma cláusula aberta para o reconhecimento de todas as terras ocupadas pelos índios, mesmo em passado remoto.

O ato demarcatório com fundamento no art. 231, da Constituição Federal, tem consequências relevantes e afeta a autonomia política dos estados da federação sobre o seu território. A necessidade de demonstração do *fato indígena* é a bússola de atuação dos entes envolvidos na demarcação de terras indígenas.

O princípio federativo impõe à União o dever-poder de proporcionar participação plena dos estados da Federação afetados no processo de demarcação de terras indígenas. Paralelo a isso, os estados da Federação têm o dever-poder de participar ativamente na demarcação de terras indígenas, seja pela relevância dos valores e bens jurídicos envolvidos, seja pela possibilidade de a União, por ela mesma, apropriar-se de parcelas consideráveis de seus territórios.

Nesse raio de atuação das pessoas estatais, o pacto federativo se fortalece e se garante o fiel cumprimento do art. 231, da Constituição Federal, reconhecendo-se aos índios, verdadeiramente, os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

7. Referências bibliográficas

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. 1. ed. (2003). 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Petição nº 3.388. Relator: Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno. Julgado em 19 de março de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico (DJe)*, Brasília, DF, 01 jul. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2010: características gerais dos indígenas – Resultados do Universo*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_dos_Indigenas/pdf/Publicacao_completa.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. 1. ed. (2005). 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

STEFANINI, Luiz de Lima. *Código indígena no direito brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*. Volume XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VILASBOAS, Márcia Cristina Altvater. *Os povos indígenas e a transição paradigmática: da integração à interação*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

SEGUNDA SEÇÃO

Artigo de convidado

Ação civil pública e a tutela da moralidade administrativa – estudo de caso em licitação

Samuel Dal-Farra Naspolini¹

1. Introdução

O presente artigo visa investigar a possibilidade de emprego da ação civil pública como mecanismo processual de tutela da moralidade administrativa no curso de procedimentos licitatórios, em especial, no que tange ao controle de cláusulas do edital fixadas discricionariamente pela administração, porém atentatórias a princípios regentes da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), e, por consequência, violadoras também do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37). Como pano de fundo à investigação teórica, apresentar-se-á caso concreto enfrentado na Comarca de São Joaquim, no qual, sob invocação do princípio da moralidade administrativa, houve manejo de ação civil pública para retificação de cláusula de edital que, segundo a percepção do autor da ação, feria princípios inerentes ao procedimento licitatório, como o princípio da competitividade.

Parte-se da consolidação do conceito de ação como direito abstrato, vinculado à possibilidade de invocação da tutela jurisdicional, por parte do autor, para proteção de interesse violado ou ameaçado. A ação civil pública representa a adaptação do instrumento à realidade das sociedades contemporâneas, nas quais os principais interesses potencialmente afetados por atos lesivos são de índole transindividual e a legitimidade para tutela de tais bens em juízo é conferida a entes associativos e órgãos estatais, v.g., o Ministério Público, mediante emprego de instrumentos desconhecidos pelo direito processual civil clássico, de viés individualista e patrimonialista. Por fim, trabalha-se com a noção do bem jurídico “moralidade administrativa”, de índole difusa, para proteção do qual a ação civil pública pode ser acionada, ainda que para controle de atos administrativos discricionários e, mesmo inexistente, no caso concreto, ato de improbidade administrativa (Lei nº 8429/92), diretamente atribuível a agente público.

A pesquisa é eminentemente bibliográfica, com recurso a pesquisa em bancos

¹ Graduado em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina. Coordenador adjunto do Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa do Ministério Público de Santa Catarina.

de dados jurisprudenciais e peças forenses. O método empregado é o dedutivo, partindo-se da elucidação de conceitos gerais atinentes aos institutos trabalhados, até chegar-se à apresentação do caso concreto e suas perspectivas de deslinde.

2. Noção e classificação das ações

O debate sobre o conceito de ação remonta ao surgimento do direito processual como disciplina jurídica autônoma, em meados do século XIX. Antes disso, de acordo com longa tradição que remonta ao direito romano, a ação era concebida não como um instituto processual autônomo, mas como uma das nuances do próprio direito subjetivo de seu alegado titular, mais precisamente, o direito subjetivo, material, em seu caráter dinâmico, de modo a desencadear a persecução e sua final realização em juízo. A Teoria Civilista da Ação recorre à antiga na fórmula de Celso, pela qual “*nihil aliud est actio quam isu, quod sibi debeat, in iudicio persequendi*”, ou “nada mais é a ação do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido”².

Foi a partir de trabalhos de romanistas alemães do século XIX, tais como Windscheid e Muther, que foram dados os primeiros passos no caminho da definição da ação não como um viés do direito de crédito dirigido contra o sujeito passivo da obrigação, mas como direito público, invocado perante a autoridade jurisdicional, e apenas de forma mediata atinente ao devedor da obrigação. Após breve interstício da Teoria Concreta da Ação, de Adolf Wach, que, não obstante distinguir a essência processual da ação, advogava, no entanto, que o direito pertencia apenas aquele que vencesse a demanda em juízo, consolidou-se por fim a Teoria Abstrata, já no século XX, pela qual a ação é direito subjetivo público, dirigido contra o Estado, e cujo objeto é a prestação de provimento jurisdicional por parte desse, independente do mérito ou de eventual sucesso judicial da pretensão material da parte demandante.³

Na síntese de José Frederico Marques, a ação:

[...] é direito abstrato, uma vez que nele se contém pedido que pode ficar sem atendimento, ou então ser a final satisfeito. Em uma e outra hipótese, existiu e foi exercido o direito de ação, independentemente do resultado final. Daí dizer-se que a ação é direito abstrato, porquanto se trata de direito subjetivo cuja existência independe do resultado obtido.⁴

² PEREIRA, 2008.

³ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1998.

⁴ MARQUES, 1978, p. 155.

Aliás, mais do que instituto do direito processual, a moderna concepção da ação relaciona o mecanismo ao direito fundamental de acesso à Justiça, percepção que ressoa na Constituição Federal brasileira (CF, art. 5º, XXXV) e, antes dela, na Declaração Universal dos Direitos do Homem que, já em 1948, expressava em seu artigo VIII que “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”. A lógica da Declaração Universal é a mesma que embasa a inserção do direito de ação no rol dos direitos e garantias fundamentais, realizada pela Carta Política brasileira: ainda que o direito de ação seja autônomo em relação ao direito material aventado em juízo, inexistente efetiva tutela a esse último quando há restrições legais à invocação dos interesses das partes em juízo. Ao versar sobre o art. 5º, XXXV, da Constituição, José Afonso da Silva realça a relevância do livre acesso à jurisdição como elemento fundamental do Estado de direito:

O princípio da proteção judiciária, também chamado “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional” constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. [...] Garante-se, no texto, o *processo*, que envolve o direito à ação, o direito de defesa, o contraditório, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.⁵

Logo, se o escopo do direito de ação é a obtenção de provimento jurisdicional favorável a quem invoca a tutela estatal, nada mais plausível do que a classificação das ações seguir a tipologia das sentenças. Nesse quesito, a taxionomia tradicional das demandas, concebida de forma tripartite pela doutrina (ações condenatórias, constitutivas e declaratórias)⁶ cede espaço para novos comentaristas que, atentos à consagração legal de atos de constrição imediata e comandos judiciais dentro do processo de conhecimento e inspirados no escólio de Pontes de Miranda, defendem a classificação quinária das ações. Eis que, segundo essa última corrente, ao lado das tradicionais ações declaratórias, constitutivas e condenatórias, surgiriam as ações executivas *lato sensu*, que visariam provimentos dotados de “meios de execução direta adequados à tutela específica do direito” e as ações mandamentais, que dariam lugar à sentença “caracterizada por dirigir uma ordem para coagir o réu. Seu escopo é convencer o réu a observar o direito por ela declarado”⁷.

⁵ SILVA, 2009, p. 131.

⁶ Nesse sentido, por exemplo, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1998; também, SANTOS, 1990.

⁷ MARINONI e ARENHART, 2006, p. 429.

Também por consequência da essencialidade da ação como meio de acesso à justiça e, portanto, como instrumento da cidadania, é intuitivo que transformações sociais, econômicas e políticas, causadoras de novas necessidades e, portanto, responsáveis pelo surgimento de novos interesses no corpo social, exijam a adaptação do mecanismo “ação” e de seu procedimento de implementação aos imperativos dos novos tempos. Esse é o contexto de surgimento e consolidação da ação civil pública.

3. A ação civil pública

Criada pela Lei nº 7.347/85, a ação civil pública (ACP) é, antes mesmo de um novo instrumento processual, o consectário lógico do reconhecimento jurídico de novos direitos, de índole transindividual, cuja tutela em juízo não mais poderia ser relegada ao esquema individualista clássico que baliza o Código de Processo Civil de 1973. Conquanto tal debate esteja além dos exíguos objetivos deste trabalho, é deveras conhecido o fato de que a sociedade democrática contemporânea, marcada pela urbanização e pela produção econômica capitalista massificada, expande o poder lesivo, sobretudo dos agentes econômicos, ao passo que a abertura de espaços de participação política a novos atores sociais, própria da arena democrática, conduz ao reconhecimento legislativo de novas pretensões que exigem proteção coletiva.

Não por acaso, em face ao reconhecimento de novos direitos e ao crescimento dos riscos de lesão, a ação civil pública nasce como demanda genuinamente condenatória, visto que o próprio preâmbulo da Lei nº 7347/85 denota tratar a lei da “responsabilidade por danos” causados ao meio ambiente, ao consumidor e a outros bens jurídicos tutelados. Urgia, portanto, criar mecanismo processual capaz de impor ao autor da lesão a sanção apropriada para reparação do dano, mediante condenação em dinheiro ou, desde logo, à obrigação de fazer não fazer (LACP, art. 3º)⁸. O dano perseguido na ACP é compreendido como atentado a valores coletivos *lato sensu*, que em muito transcendem interesses meramente particulares, como de fato já esboçara, quatro anos antes, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6939/81), que atribuía ao Ministério Público a legitimidade para “ação de responsabilidade civil e criminal” contra os responsáveis por danos ambientais (Lei nº 7347/85).

Sobre o esgotamento do modelo clássico de processo civil frente à emergência

⁸ Na definição de Hely Lopes Meirelles, a “ação civil pública, disciplinada pela Lei 7347/85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica, protegendo assim os interesses difusos da sociedade” (2004, p. 161-162).

de novos direitos, leciona Motauri Ciochetti de Souza:

O passar do tempo trouxe a inexorável constatação de que os conflitos de massa já não poderiam ser vistos como um fenômeno isolado, alheio ao ordenamento jurídico e insuscetível de controle pelo Judiciário: ao reverso, deveriam ser considerados consequência natural da própria dinâmica da vida em sociedade. [...] A identificação e a consagração dos interesses metaindividuais pelos ordenamentos jurídicos modernos não poderiam jamais perfazer-se sem que, paralelamente, fossem instituídos mecanismos procedimentais adequados para tutelá-los, sob pena de restar letra morta a garantia de inafastabilidade da jurisdição, consagrada pelo art. 5º, XXXV, da CF de 1988.⁹

O modelo de proteção processual aos direitos transindividuais, do qual a LACP constitui indiscutível marco, recebeu contornos definitivos com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), que trouxe definições autênticas de categorias de direitos transindividuais e disciplinou, ainda, questões relativas à competência e à extensão dos efeitos dos julgados nas ações coletivas¹⁰. Desde então, conceitos tradicionais do Direito Processual como legitimidade ativa, interesse de agir e coisa julgada, passaram a ser rediscutidos pela doutrina, de modo a conformar uma teoria da ação coletiva adequada à tutela dos novos direitos. Na elaborada síntese de Marinoni e Arenhart:

Assim, é imprescindível que se concebam mecanismos adequados de proteção das situações de direito substancial inerentes à sociedade contemporânea, sob pena de eliminar-se do sistema a própria categoria de “novos direitos”. [...] É preciso, pois, para bem operar com as ações coletivas, despir-se de velhos preconceitos (ou “pré-conceitos”), evitando recorrer a raciocínios aplicáveis apenas à “tutela individual” para solucionar questões atinentes à “tutela coletiva”, que não é, e não pode ser, pensada sob a perspectiva da teoria da “ação individual”.¹¹

⁹ SOUZA, 2008, p. 18-19.

¹⁰ É consagrada na doutrina e reconhecida na jurisprudência (vide, por exemplo, no STJ, REsp nº 1089206/RS, rel. Min. Luiz Fux) a existência de um microsistema processual de tutela dos direitos transindividuais, que implica na interconexão de normas de diplomas como a LACP, CDC e Lei da Ação Popular.

¹¹ MARINONI e ARENHART, 2006, p. 720.

Eis porque, na compreensão de certos autores, o caráter predominante da sentença nas ações civis públicas é não condenatório, mas *cominatório*, mediante imposição precípua de obrigações de fazer ou não fazer. A tutela específica do interesse violado consolida-se, já no curso do processo, através de provimentos antecipatórios, eventualmente reforçados pela fixação de astreintes, uma vez que a proteção ao direito metaindividual via muito além da condenação pecuniária do autor do dano. Para Rodolfo de Camargo Mancuso:

Da leitura conjunta dos arts. 11 e 13 da Lei 7347/85 se extrai a conclusão de que a sentença na ação civil pública tem, precipuamente, natureza cominatória (= *facere, non facere*). Dissemos que precipuamente a natureza da sentença é cominatória porque o objeto da ação civil pública é voltado para tutela específica de um interesse metaindividual, e não para a obtenção de uma condenação pecuniária. Até porque em muitos casos o dinheiro seria uma pálida “compensação” pelo dano coletivo, uma vitória de Pirro – isso é particularmente verdadeiro em matéria de tutela aos valores culturais e ambientais.¹²

Além da adaptação dos conceitos e institutos clássicos do direito processual, o desenvolvimento da ACP deparar-se-ia com desafio adicional: a inclusão, no rol de interesses tuteláveis, de bens jurídicos originalmente estranhos à ação coletiva, ou ao menos sem previsão expressa em seu texto legal.

4. A ACP e tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa

Leitura desatenta do “microsistema processual de tutela dos direitos transindividuais” referido pelo ministro Fux no julgado do STJ acima mencionado poderia sugerir que o patrimônio público é bem jurídico relegado à proteção mediante manejo exclusivo da ação popular (Lei nº 4717/65, art. 1º, *caput* e §1º), cuja legitimidade recai sobre todo cidadão, enquanto à ação civil pública reservar-se-ia a tutela dos demais interesses transindividuais. A literalidade dos diplomas legais não parece desmentir tal tese, pois ao tempo em que a Lei da Ação Popular oferece conceito autêntico de patrimônio público, ao definir o objeto tutelável pela demanda, a LACP não faz menção explícita ao patrimônio público, conquanto indique a possibilidade de manejo da *actio* para proteção a “bens e

¹² MANCUSO, 2009, p. 273.

direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 1º, III) e qualifique a ACP como meio idôneo para salvaguarda “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (art. 1º, IV).

Tal interpretação, contudo, é equivocada. De início, a própria Constituição Federal alargou o espectro original da ação popular, habilitando-a também à defesa da moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural (CF, art. 5º, LXXIII). Em segundo lugar, também a Carta Política expressamente atribuiu ao Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública exatamente para “proteção do patrimônio público e social”, além de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III).

Na dicção de Rogério Pacheco Alves:

A facilitar nossa tarefa rumo à caracterização da tutela do patrimônio público como um interesse difuso, bastaria mencionar o art. 129, III, da Constituição Federal [...] soando evidente que se a Carta Magna fez referência a outros interesses difusos depois de mencionar o meio ambiente e o patrimônio público e social é porque estes participam, também, de tal natureza. *De lege lata*, assim, não se pode ter qualquer dúvida a tal respeito.¹³

A atribuição ministerial na defesa do patrimônio público é reproduzida no art. 25, IV, ‘b’, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8628/93); e, de forma ainda mais evidente, na Lei Orgânica do Ministério Público catarinense (Lei Complementar nº 197/2000), da qual se retira o dever do *Parquet* de promover a ação civil pública para “proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao patrimônio público e social”, entre outros direitos transindividuais (art. 82, VI, ‘b’) e para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao “patrimônio público ou à moralidade administrativa” (art. 82, VI, ‘d’).

Além de conjugar os objetos da ação popular e da ação civil pública, o sistema legal brasileiro, após a Constituição Federal, aparentemente distinguiu as noções de patrimônio público e moralidade administrativa, alçando-os, todavia, à condição de bens jurídicos tuteláveis e submetendo-os à proteção judicial, seja mediante ação civil pública ou ação popular. A terminologia distinta parece derivar do fato, bem explicitado por Mazzilli, de que o “o patrimônio público, em sentido estrito (bens e valores de caráter puramente econômico da Fazenda) não seja interesse transindividual”, nada obstante o fato de que “sua defesa pelo

¹³ GARCIA e ALVES, 2004, p. 573.

Ministério Público, por meio da ação civil pública, é expressamente admitida pela Constituição e pelas leis”¹⁴.

Logo, valores estritamente econômicos, como créditos da Fazenda pública, integrariam o “patrimônio público”, mas seriam perseguidos em juízo mediante atuação de procuradores dos entes políticos e, via de regra, dispensariam a atuação ministerial. Por sua vez, a moralidade administrativa é princípio regente de toda administração pública, a exigir comportamentos do administrador e do administrado que, muitas vezes, não possuem aceção patrimonial direta. Sobre o princípio da moralidade administrativa, lícito recorrer à lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

De acordo com ele, a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito os princípios da lealdade e boa-fé [...]. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, 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.¹⁵

O conteúdo do princípio da moralidade administrativa ganhou contornos mais nítidos com a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), que, ao definir as categorias dos atos de improbidade administrativa e as sanções aplicáveis judicialmente, classificou como ilícitos atos que, sem importarem enriquecimento ilícito de agentes públicos (art. 9º) e lesão ao erário, representam, no entanto, atentado aos princípios da administração pública, mormente ações ou omissões que violem deveres de “honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições” (art. 11). Por conclusão, crimes contra a administração pública (CP, Título XI) e atos de agentes públicos dos quais resultem enriquecimento ilícito ou dano ao erário possuem, em seu radical, móvel lesivo à moralidade administrativa; mas há, em face da amplitude do princípio, práticas da administração que, conquanto não configurem delitos ou atos lesivos sob prisma patrimonial, constituem afronta ao cânone da moralidade administrativa e, portanto, podem ser prevenidos ou

¹⁴ MAZZILLI, 2006, p. 174.

¹⁵ MELLO, 2011, p. 122-123.

reprimidos mediante ação civil pública.

Assim, a defesa do patrimônio público ultrapassa a simples proteção ao conjunto de valores de caráter econômico sob domínio da administração e passa a ser traduzida na tutela do direito transindividual, de caráter difuso, à eticidade no trato da coisa pública. A moralidade administrativa, portanto, não é apenas conjunto normativo interno à administração, mas compõe o direito transindividual de todo o administrado na adstrição dos bens e poderes do Estado aos fins que legitimam sua posse e exercício, pretensão essa exigível em juízo, seja por via de ação civil pública ou qualquer outro mecanismo processual. Relevante a síntese trazida por Wallace Paiva Martins Júnior:

A proteção jurídica brasileira dos direitos e interesses metaindividuais abrange a tutela da moralidade e da probidade administrativas. A moralidade administrativa é considerada interesse difuso por excelência, cujo titular é a coletividade. A probidade, dever decorrente da moralidade, segue a mesma natureza (indivisibilidade e indisponibilidade) e tem a mesma titularidade.¹⁶

No escólio de Pedro Roberto Decomain:

Tanto o patrimônio público quanto o direito a que no exercício de suas atividades funcionais os agentes públicos atuem com a mais estrita observância da probidade administrativa apresentam os elementos característicos dos direitos difusos, postos no respectivo conceito legal, veiculado pelo art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC [...].

O patrimônio público deve ser encarado não do ponto de vista da sua titularidade em perspectiva de Direito Privado, mas sim do ponto de vista da sua finalidade ou destinação, em perspectiva comunitária, coletiva ou de Direito Público. O patrimônio pode ter um titular, sim. Todavia, este patrimônio é destinado, direta ou indiretamente, ao atendimento de finalidades públicas, coletivas, de interesse da coletividade inteira. Os interessados, portanto, na integridade do patrimônio público, para que dele se extraia o maior potencial possível de elementos úteis ao atendimento das necessidades comunitárias,

¹⁶ MARTINS JR., 2009, p. 94.

são todos os integrantes da coletividade.¹⁷

Nesse sentido, não escapam ao controle judicial, orientado pelos princípios jusadministrativos constitucionais, mesmo os atos discricionários da administração pública, tradicionalmente reservados, por sua prévia ponderação quanto à oportunidade e à conveniência do provimento, à autoridade política. Isso porque, no modelo do Estado constitucional de direito, os princípios e diretrizes da Carta Política espalham-se por todo ordenamento jurídico, inclusive sobre as regras e atos administrativos. A juridicidade dos atos discricionários, dessa forma, passa ser sindicada não apenas no tocante à competência da autoridade prolatora e à declaração do ato, mas, sobretudo, quanto à sua finalidade.

Na mais profunda análise sobre os atos discricionários no direito brasileiro, asseverou Celso Antônio Bandeira de Mello, com especial destaque para o papel do Poder Judiciário no controle *a posteriori* da legitimidade dos atos discricionários:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, **segundo critérios consistentes da razoabilidade**, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, **a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal**, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no andamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. [...]

Uma vez que a atividade administrativa é desempenho de função e dado que **função é o cumprimento obrigatório do dever de atingir uma finalidade antecipadamente estabelecida** através do manejo de poderes exercitáveis no interesse de outrem, e estabelecido que a lei sempre e sempre impõe, como é natural, o dever de buscar-se a medida que atenda de modo preciso sua finalidade, resulta certo que **a liberdade administrativa acaso conferida por uma norma de direito não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos**. Não significa poder de opções livres, como as do direito privado. Significa o dever jurídico funcional (questão de legitimidade e não de mérito) de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência- insto é, o ato – ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, dando,

¹⁷ DECOMAIN, 2007, p. 27-29.

assim, satisfação ao interesse de terceiros – interesse coletivo e não do agente – tal como firmado na regra aplicanda.

Segue-se que abstrata liberdade conferida ao nível da norma não define o campo da discricionariedade administrativa do agente, pois esta, se afinal for existente (ao ser confrontada a conduta devida com o caso concreto), terá sua dimensão delimitada por este mesmo confronto, já que a variedade de soluções abertas em tese pela norma traz consigo implícita a suposição de que algumas delas serão adequadas para certos casos outras para outra ordem de casos e assim por diante. **Então, o controlador para legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário) para cumprir sua função própria, não se poderá lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o ato, se à, vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser *in concreto* incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, de interesse consagrado pela norma.**¹⁸

Ou, na precisa lição de Luiz Henrique Cademartori, ao verberar o entendimento, sobre o tema de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Em outras palavras, **mesmo que a discricionariedade resulte da lei, será a decisão administrativa objeto de um controle jurisdicional, caso as circunstâncias de fato conduzirem a uma única solução possível ou para uma esfera de opções mais reduzidas.** Assim, o Judiciário será obrigado a respeitar aquele ato que implique opções entre duas ou mais soluções igualmente possíveis e válidas de serem adotadas, balizadas por critério administrativo de caráter subjetivo que motivará a expedição de ato de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade.

Nesse caso, qualquer que seja a opção adotada, será ela válida e o julgador não poderá interferir quanto a este aspecto.

No entanto, se a opção administrativa recair sobre uma

¹⁸ MELLO, 2006, p. 47-48, grifos meus.

hipótese irrazoável, será ela tornada inválida pelo judiciário e, portanto, estar-se-á diante de um ato suscetível de ser controlado judicialmente .

É por essa razão que, segundo a autora, a razoabilidade se insere como um dos principais limites à discricionariedade administrativa.

Esse princípio, segundo o seu entendimento, opera numa relação de **adequação jurídica entre o motivo (situação de fato ou de direito que enseja a produção do ato) e o conteúdo (aquilo sobre o qual ele dispõe) do ato administrativo, levando em consideração uma finalidade de interesse público.** A única maneira de comprovar, efetivamente, o atendimento a este princípio, será examinando a categoria *motivação* (justificativa formal do motivo) que determinou a expedição do ato.¹⁹

Com sustentáculo nesses fundamentos, ou seja, com fulcro no princípio da moralidade administrativa como parâmetro de controle, via ação civil pública, de atos discricionários praticados no curso de procedimento licitatório, o Ministério Público invocou a tutela jurisdicional na comarca de São Joaquim, em interessante episódio, ainda sem desfecho, cujas linhas gerais ora se apresentam.

5. A tutela da moralidade administrativa nas licitações: um caso concreto

Em 10 de junho de 2011, o município do interior catarinense lançou o processo licitatório destinado à seleção e contratação de empresa para construção de creche do Programa Pró-infância, com recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). O ato convocatório previa que, para habilitação no certame, a empresa interessada deveria apresentar, de modo a comprovar sua qualificação técnica:

8.2.4. Atestado de visita técnica à obra assinado por **Eng. Civil da Prefeitura de São Joaquim**, o qual somente será expedido **se a visita for efetuada por engenheiro do quadro da empresa**, no local da referida obra, devendo para isso apresentar documentação nos termos da observação ao item 8.2.1.

Obs.: a visita será no dia 07 de julho de 2011, das 14h00min às

¹⁹ CADEMARTORI, 2006. p. 135, grifos meus.

15h00min.²⁰

Em 12 de julho de 2011, o Ministério Público local foi alertado, por empresário interessado, de que a cláusula em questão restringia a competitividade da licitação. Na mesma data, o responsável pelo controle interno da Secretaria de Desenvolvimento Regional a qual estava vinculado o município assinalou ao *Parquet* que a realização de visitas técnicas em prazo muito exíguo tisonava a competitividade do certame, visto que poderia permitir o prévio ajuste entre os licitantes. Ainda segundo o edital, a abertura e o julgamento das propostas ocorreria na tarde do dia seguinte, 13 de julho, apenas seis dias após a data da “visita técnica” obrigatória.

Premida pelo exíguo prazo, na manhã de 13 de julho, a Curadoria da Moralidade Administrativa do MPSC enviou recomendação ao senhor prefeito municipal, na qual, amparado por precedentes de Tribunais de Contas brasileiros (v.g, Tribunal de Contas da União, AC. nº 3.119/2010), indicava a suspensão da licitação e a republicação do edital, expurgando-se ou, ao menos, retificando-se a cláusula que previa a realização de visita técnica em prazo tão exíguo, o que restringia a competitividade do certame. Digno de nota que o Ministério Público não questionava a exigência de atestado de visita técnica, ato discricionário, estabelecido conforme o art. 30, III, da Lei nº 8.666/93, mas o exíguo prazo estabelecido para realização do ato, por ofensivo ao princípio da razoabilidade e aos fins do procedimento licitatório.

Em sua resposta, o município alegou que não acataria a recomendação porquanto a visita realizada por engenheiro garantiria a adequação técnica da obra a ser realizada, enquanto a designação de data para a visita resguardaria a autonomia entre os interessados.

Em 22 de agosto de 2011, o Ministério Público moveu ação civil pública contra o município em questão (autos nº 063.11.002143-9), na qual postulava medidas declaratórias – a invalidação do processo licitatório – e condenatórias, essas últimas consistentes em obrigações de não fazer – não incluir, em processos licitatórios, em cláusulas atinentes a visitas técnicas com prazo inferior a 5 dias úteis – e fazer – observar prazo mínimo de 20 dias entre o termo final do prazo para visita técnica e a data da abertura das propostas, sob pena de imposição de multa cominatória. Em sede liminar, clamou o *Parquet* pela suspensão do trâmite do procedimento licitatório.

Em linhas gerais, além dos fundamentos doutrinários acima expostos, o questionamento ministerial quanto à cláusula 8.2.4 do edital do Processo Licitatório nº 82/11, ou seja, a exigência de apresentação de atestado de visita técnica pelos

²⁰ Grifos meus.

licitantes, discricionariamente fixada pela administração, foi questionada sob três aspectos: a) a cláusula condicionária de forma desarrazoada, um valor superior, essencial da licitação, qual seja, a *competitividade*, a um dado fático pontual – a possibilidade de presença do engenheiro da empresa interessada em habilitar-se na disputa no local das obras no exato momento previsto no edital; b) induziria o prévio contato entre as empresas interessadas, prejudicando o sigilo das propostas e favorecendo a formação de conluíus entre os participantes, o que, não obstante a tipificação da conduta (Lei nº 8.666/93, art. 90), ainda lamentavelmente constitui prática comum; c) inviabilizaria, na prática, o prazo mínimo de 30 dias entre a publicação do edital e a apresentação das propostas, previsto na Lei nº 8.666/93 (art. 21, §2º, II), conferido por lei às empresas interessadas para preparação de seus projetos e elaboração das propostas, posto que a visita técnica “válida” como requisito para participação na licitação, nos termos do edital impugnado, ocorreria *apenas seis dias* antes da abertura das propostas, restando, na verdade, esse pequeno lapso de tempo para as empresas prepararem seus projetos.

Por sua vez, os precedentes jurisprudenciais colacionados à ação foram colhidos, sobretudo, em julgados de Tribunais de Contas estaduais e no TCU.²¹ Verificou-se que, no âmbito do Poder Judiciário, conquanto existam precedentes relativos à invalidação de cláusulas de edital por restrição à competitividade do certame, são tímidos, ao menos até o presente momento, os questionamentos dirigidos diretamente às visitas técnicas. Outrossim, as Cortes de Contas têm periodicamente se defrontado com a questão, tendo produzido relevantes provimentos relativos ao tema.²²

²¹ Vários precedentes foram retirados de VIEIRA, 2010.

²² No TCU: “[...] alerta a uma prefeitura municipal para que, nos procedimentos licitatórios que envolvam recursos públicos federais, **estabeleça prazo adequado para a realização de visitas técnicas, não restringindo-a à dia e horário fixos, tanto no intuito de inibir que os potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes, quanto a fim de que os possíveis interessados ainda contem, após a realização da visita, com tempo hábil para a finalização de suas propostas.**” (Ac. 3.119/2010-P, DOU de 08.12.2010). No TCE/SP: Em julgamento: Recurso Ordinário interposto ante a decisão de 21-6-2008 da Segunda Câmara, que julgou irregulares a concorrência e o contrato e ilegal o ato determinativo da despesa. Ementa: Recurso ordinário. Conhecido e desprovido. Licitação. Requisitos de habilitação. Aptidão técnica; prova mediante dois atestados de execução anterior de atividade idêntica à do objeto licitado. Responsável técnico; vedada a condição de autônomo. Visita técnica; prazo restrito de realização. Requerida demonstração de posse ou propriedade de equipamentos. Vistos, relatados e discutidos os autos. Pelo voto dos conselheiros Robson Marinho, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Renato Martins Costa, o e. Tribunal Pleno, em sessão de 28 de abril de 2010, conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, nos termos do voto do Relator, juntado aos autos, negou-lhe provimento. São Paulo, 28 de junho de 2010. I [...] Remanescem, ainda, as falhas relativas à ausência de previsão editalícia para contratação de profissional responsável também na forma de autônomo, à demonstração da disponibilidade de equipamentos, e à **realização da visita técnica (que deve ser possibilitada pelo mesmo período destinado à entrega das propostas, diferentemente do que previu**

Em 25 de agosto de 2011, o juízo de direito da 2ª Vara da Comarca de São Joaquim conheceu o pleito liminar ministerial como pedido cautelar e, ao averter precedentes do TCE mineiro, determinou a suspensão do trâmite do Processo Licitatório nº 82/11, tendo assentado que a competitividade da licitação havia sido prejudicada “já que a exigência de que a visita técnica ocorra em uma única data e horário pode comprometer a participação de um maior número de interessados, pois se trata de condição excludente do certame”.

Inconformado, o município interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão que suspendera o certame, tendo alegado na insurgência que a visita técnica fora discricionariamente fixada pela administração, com base na Lei de Licitações, para garantir que os licitantes conhecessem o local onde seria construída a creche e, desse modo, evitar futuros atrasos na obra e preservar o interesse público. Asseverou que quatro empresas haviam participado da licitação, e que a suspensão do procedimento ameaçaria o repasse de recursos federais para construção da creche. Aduziu que, no passado, o município enfrentara problemas com empresas contratadas para execução de obras por não ter exigido o atestado de visita. Arrematou que a visita, para garantir os interesses da administração, deve ser acompanhada por técnico da prefeitura, razão pela qual seria razoável a designação de data e horário para sua realização.

Em 30 de setembro de 2011, a Câmara Civil Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina concedeu efeito suspensivo ao agravo e permitiu o prosseguimento do procedimento licitatório. Destacou que “ainda que o prazo agendado para visita técnica possa se aparentar minguido, não se confere indício algum de má-fé ou prática de ilegalidades por parte do Município, hipóteses que autorizariam a suspensão”. Acrescentou que o prazo exíguo não poderia se sobrepor ao interesse público, visualizado na busca pela qualificação do contratado, razão da exigência do atestado de visita técnica, e na construção da creche, objeto do contrato, ao passo que assinalou que não haveria prejuízo à competitividade, em face da inexistência de indícios de favorecimento a licitantes (TJSC, Agravo de Instrumento nº 2011.069874-4).

A ação civil pública continua a tramitar em primeira instância, tendo o Ministério Público apresentado impugnação à contestação do município, na qual sustentou que o objeto da demanda não é a prerrogativa discricionária da administração em estipular nos certames licitatórios o requisito da visita técnica,

o instrumento convocatório). (TC-036573/026/2005 – Recurso Ordinário). No TCE/MG: **Não encontra respaldo legal a condição editalícia de que a visita técnica deverá ser feita em uma única data e horário. Também, configura-se como restrição a ampla participação no certame a exigência de que tal visita seja efetuada pelo Responsável Técnico da empresa** (Licitação. Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão de 12/08/2009). (Grifos meus.)

mas a forma desarrazoada pela qual tal prerrogativa foi utilizada no caso concreto, no qual a visita técnica foi confinada a apenas uma hora, em um único dia, em ofensa ao princípio da competitividade das licitações. A demanda, hoje, encontra-se em fase decisória, visto o pedido ministerial quando ao julgamento antecipado da lide.

6. Considerações finais

O presente artigo abordou a possibilidade de utilização de ação civil pública para tutela do bem jurídico moralidade administrativa, em especial, no curso de procedimentos licitatórios, quando do questionamento de cláusulas de edital discricionariamente estabelecidas pela administração pública. Apresentou-se caso judicial concreto, ocorrido na Comarca de São Joaquim, e ainda em tramitação, no qual a moralidade administrativa fundamentou a dedução de pleitos cominatórios em ação civil pública, conquanto não houvesse, na situação, ato de improbidade administrativa imputável a qualquer agente. A concessão das medidas liminares requerida pelo Ministério Público na referida ação em primeira instância, e a quase imediata reforma desses provimentos em segundo grau, ilustra o quão problemática é a questão e a multiplicidade de entendimentos a respeito do tema.

Em sede de considerações finais, resta indiscutível que, no modelo processual brasileiro de tutela dos direitos transindividuais, a moralidade administrativa é fundamento autônomo para dedução de ação civil pública. Além da previsão expressa no Texto da Carta Política e em diplomas infraconstitucionais, o princípio moralidade administrativa denota deveres e obrigações aos administradores distintos da proteção do patrimônio público *stricto sensu*, razão pela qual a ação civil pública pode ser manejada, ainda que não demonstrado prejuízo econômico à administração. No mesmo norte, os pedidos deduzidos podem embutir pleitos cominatórios, consistentes na imposição de obrigações de fazer e não fazer à administração, o que, como foi visto, é da própria essência do mecanismo processual da ação civil pública, uma vez que a prevenção da lesão ou a reparação ao bem transindividual lesado transcende, em muito, eventual resolução pecuniária do dano ou da obrigação. Na própria ação judicial comentada ao final do artigo, em momento algum a contestação do ente público demandado ou o provimento favorável obtido pelo município no TJSC negaram ao Ministério Público a legitimidade para defesa da moralidade administrativa em juízo, via ação civil pública.

Por evidente, o questionamento de atos administrativos perante o Poder Judiciário, mormente aqueles de caráter discricionário, traz consigo sérias implicações de ordem político-institucional, tendo em vista o princípio constitucional da separação de poderes. No entanto, a evolução do sistema de proteção processual

aos interesses transindividuais trouxe inexoravelmente a administração pública para o centro do debate, em especial, mas não exclusivamente, nas questões afeitas à moralidade administrativa. Portanto, o interesse metaindividual consistente na atuação administrativa orientada sob o primado da ética pública deve encontrar no sistema jurídico mecanismos aptos à prevenção de tal interesse contra eventuais riscos e adequados à sua reparação, em caso de desrespeito; e, por consequência, órgãos judicantes e órgãos legitimados a invocar a proteção judicial conhecedores e dispostos a levar a efeito suas relevantíssimas missões constitucionais.

7. Referências bibliográficas

BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. 2ª Vara da Comarca de São Joaquim. Ação Civil Pública nº 063.11.002143-9.

_____. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2011.069874-4.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1089206/RS. Rel. Min. Luiz Fux.

_____. Tribunal de Contas da União. Ac. 3.119/2010-P, DOU de 08.12.2010.

_____. Estado de São Paulo. Tribunal de Contas do Estado. TC-036573/026/2005 – Recurso Ordinário.

_____. Estado de Minas Gerais. Tribunal de Contas do Estado. Licitação. Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão de 12/08/2009).

CADEMARTORI, Luiz Henrique. *A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004. p. 573.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 11. ed. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio C. *Manual do processo do conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 1.

MARTINS JR., Wallace Paiva Martins. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de direito processual civil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

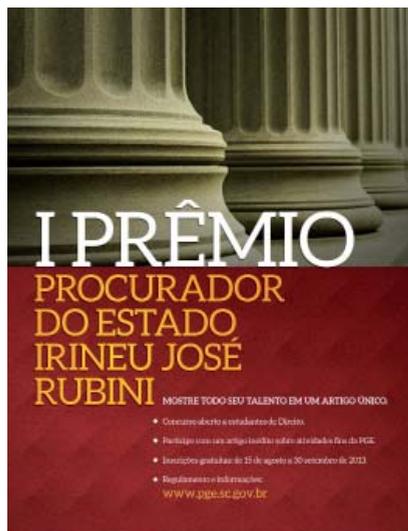
SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira Prado. *Lei de Licitações e contratos da administração pública comentada*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

TERCEIRA SEÇÃO

Artigos selecionados no Prêmio
Procurador do Estado Irineu José Rubini

Editorial do Prêmio



PGESC



Esta seção da Revista da Procuradoria Geral do Estado de 2013 é formada pelos artigos escolhidos pela Comissão Organizadora e Julgadora do Prêmio Procurador do Estado Irineu José Rubini.

O concurso foi criado pelo Decreto nº 1.578, de 19 de junho de 2013, com o objetivo de fomentar a produção intelectual acadêmica na área do direito.

A escolha do nome do Prêmio recaiu pelas qualidades humanas e profissionais de Irineu José Rubini, falecido em 17 de dezembro de 2012.

Filho de Horácio Benedito Rubini e Paulina Stahl Rubini, nasceu em 28 de dezembro de 1940, no município de Jaraguá

do Sul (SC). Desenvolveu atividades apostólicas maristas de formação entre 1957 e 1961. Atuou durante sete anos como professor: no Colégio Marista Arquidiocesano de São Paulo (1961-1962), no Colégio Marista Santa Maria (RS) (1963-1965) e no Instituto Nossa Senhora de Medianeira (1967-1968). Nesse período atuou também junto ao Vaticano, em Roma. Desligou-se do Instituto em 18 de abril de 1968.

Formou-se em direito, em 18 de dezembro de 1973, pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, tendo, então, exercido a advocacia privada e pública no município de Jaraguá do Sul (SC).

Aprovado no 1º concurso público para o cargo de Procurador do Estado, foi nomeado em 19 de maio de 1983, juntamente com os colegas Milton Laske, Osmar José Nora, Alceu Hermínio Frassetto, Assi Schifter, Florentino Carminatti Jr., Gilberto D'Ávila Rufino, João Luiz Bernardes, Luiz Carlos Ely Filho, Audi Marli Antunes, Ildemar Egger, João Carlos Beduscki e Osny Bittencourt Batista. Ganhou notoriedade, especialmente, nas área de direito constitucional e administrativo.

Após sua aposentadoria no cargo de Procurador do Estado, exerceu o cargo de secretário jurídico do desembargador Nestor Silveira, entre 1º de setembro de 1994 e 28 de fevereiro de 1995.

A partir de então, retornou à advocacia privada, inicialmente com seu ex-colega Renato Kadletz, Procurador do Estado aposentado. Foi sócio no escritório

de advocacia Serpa, Kadletz & Rubini Advogados Associados, sucedida pela sociedade Serpa Associados, onde permaneceu até o seu falecimento.

Além de exemplar em sua atuação profissional e dedicação ao estudo do direito, nutria prazer pela música, tendo atuado no coral do Banco do Estado de Santa Catarina (BESC). Dominava fluentemente o italiano, o francês e o espanhol.

Sua vida privada serve também como exemplo de ser humano e cidadão, que soube conciliar seus interesses privados, dons e gostos com a benemerência, auxiliando crianças carentes com o financiamento dos seus estudos.

Homens com o perfil e qualidades especiais como as do Dr. Rubini ofereceram, no campo da convivência humana e do saber, exemplos que ficarão sempre com aqueles que tiveram o privilégio de conhecê-los. Mais do que uma homenagem, a escolha do nome Irineu José Rubini visou promover as qualidades que o personificaram.

O exame da constitucionalidade dos projetos de lei por meio da atividade consultiva das PGEs

Maurício Moliner Nazário¹

Resumo: o presente exposto tem por objetivo o estudo do exame da constitucionalidade dos projetos de lei realizado através da atividade consultiva das Procuradorias Gerais dos Estados. Para tanto, demonstrou-se a importância da advocacia consultiva no controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de lei. Evidenciou-se que análise da constitucionalidade dos projetos de lei deve ser função exclusiva das Procuradorias Gerais dos Estados, dada a sua tamanha complexidade. Por fim, foram avaliadas as situações em que a inconstitucionalidade do projeto de lei entra em conflito com o interesse público da matéria apreciada.

Palavras-chave: projetos de lei; controle preventivo de constitucionalidade; advocacia consultiva.

1. Introdução

A Procuradoria Geral do Estado classifica-se como uma das espécies de Advocacia Pública, possuindo o *status* constitucional de Função Essencial à Justiça. Em síntese, a PGE tem como função representar o Estado judicial e extrajudicialmente. Além disso, pode também a PGE prestar os serviços de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Estadual.

No Brasil, não obstante a prevalência da cultura do litígio, a advocacia consultiva vem se mostrando apta a controlar, preventivamente, a legalidade dos atos do poder público. Dentre as formas de controle, merece destaque o controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de lei, uma vez que, se realizado de maneira eficaz, aumenta a segurança jurídica no agir da administração pública e impede a explosão de litigiosidade administrativa e judicial.

Diante da importância do controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de lei, este estudo tem por objetivo analisar o exame da constitucionalidade de tais projetos, realizado por meio da atividade consultiva das Procuradorias Gerais dos Estados.

¹Universidade Federal de Santa Catarina

2. A advocacia pública como Função Essencial à Justiça

A Constituição Federal de 1988 conferiu à advocacia pública o caráter de Função Essencial à Justiça, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública. Segundo Moreira Neto (2009, p. 25) esses três órgãos

foram genericamente investidos, pela própria Constituição, da necessária independência funcional para desenvolver suas respectivas atividades, na parcela do processo de realização do Direito que lhes passou a caber, em benefício da sociedade.

Para Pires (1998, p. 32-33) a intenção do legislador foi

sem sombra de dúvida, após a organização do três poderes, instituir as “Funções Essenciais à Justiça” como órgãos políticos do Estado brasileiro, com o fim de assegurar as conquistas de liberdade, cidadania e garantismo jurídico sem que esses órgãos estivessem atrelados a quaisquer dos poderes na qualidade de instituições governamentais complementares.

Com efeito, pelo princípio da simetria constitucional, a Constituição do Estado de Santa Catarina define a Procuradoria Geral do Estado como Função Essencial à Justiça. De igual forma, a Lei Complementar nº 317/2005 indica que

Art. 2º. A Procuradoria Geral do Estado, órgão central do sistema estadual de serviços jurídicos, é instituição jurídica permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, integrando o Gabinete do Governador do Estado, dotada de autonomia funcional e administrativa.

Verifica-se, portanto, que no caso da PGE

a atribuição dos Procuradores do Estado traduz-se em zelar pelo interesse e patrimônios públicos, exercendo essas Função Essencial à Justiça, com a competência privativa de representar o Estado judicial e extrajudicialmente na promoção e defesa

dos seus direitos, cabendo-lhe, ainda, a consultoria jurídica da respectiva unidade federada (PIRES, 1998, p. 84).

Externadas tais noções preliminares acerca da essencialidade da PGE à função jurisdicional do Estado, será analisada, em específico, a sua atuação consultiva.

3. A advocacia consultiva

Em sentido lato, a atividade de consultoria jurídica é, possivelmente, a mais antiga, considerando-se todas as atribuições da advocacia pública (SCHUBSKY, 2008, p. 96).

Para De Torres (2009, p. 151) a advocacia consultiva destina-se a

evitar o surgimento ou a permanência de agressão à ordem jurídica – a antijuridicidade – como quer que ela se apresente, decorra de ação ou de omissão, na órbita privada ou pública. Admite uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocação, em caráter fiscalizatório.

Nessa atuação, o Advogado de Estado deve apresentar os caminhos permitidos pelo nosso ordenamento, para a efetivação da decisão gerencial, bem como tomar as atitudes necessárias para a correção de ilicitudes e responsabilização dos culpados.

Pela sua importância, a atividade consultiva é estabelecida no rol de competências da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, assim disposto a Lei Orgânica da PGE/SC:

Art. 4º. Compete à Procuradoria Geral do Estado:

[...]

II – Exercer as funções de consultoria e assessoramento jurídico do Estado;

No mesmo sentido, estabelece o Regimento Interno da PGE/SC:

Art. 3º. Compete, ainda, à Procuradoria Geral do Estado, como órgão central do Sistema Administrativo de Serviços Jurídicos

da Administração Direta e Indireta:

I – Prestar consultoria e assessoramento jurídicos ao Governador do Estado;

II – Coordenar as atividades relacionadas com a consultoria e assessoria jurídica dos órgãos e entidades integrantes do sistema;

Vê-se, desse modo, que o ordenamento jurídico estadual voltou-se com especial atenção à competência consultiva da PGE, em face da sua importância no controle da legalidade dos atos do poder público.

Para além de mera orientação jurídica, a função consultiva possibilita ao Estado prevenir eventuais litígios que colocam em xeque a conduta do ente estatal e desestabilizam segurança jurídica dos atos provenientes da administração pública. Evânia Cíntian de Aguiar Pereira descreve com precisão as vantagens da atividade consultiva:

Precipualemente cumpre-se notar que é por demais vantajoso ao Estado evitar a lide, pois a solução administrativa traz ganhos como a celeridade na resolução do conflito, evita o ônus da sucumbência em havendo *decisum* desfavorável, assim como ao cuidar previamente de possíveis situações que demandariam atuação judicial, chega, inclusive, a evitar que exista um conflito, *v.g.*, entre a administração e administrados (PEREIRA, 2006, p. 535).

Diante dessas afirmações, constata-se que “a atuação contenciosa em juízo, representa apenas uma parcela e, em nosso entendimento, não a mais relevante, da atividade funcional dos advogados públicos” (DE SOUZA, 2009, p. 88). “A atuação de uma Procuradoria deve ter escopo diametralmente oposto: evitar demandas judiciais e viabilizar políticas públicas dentro dos parâmetros da legalidade” (NEVES, 2007).

4. A análise exclusiva da constitucionalidade dos projetos de leis pelas PGEs

No que diz respeito ao momento de exercício do controle de constitucionalidade das leis, o ordenamento jurídico admite duas formas de realização, quais sejam, o controle preventivo e o controle repressivo. Quanto ao controle preventivo, esse pode ser realizado pelo Poder Legislativo, por meio das

comissões de constituição e justiça que opinam acerca da constitucionalidade de determinado projeto de lei. Além disso, pode também o controle preventivo de constitucionalidade ser realizado pelo Poder Executivo através do veto.

O instituto do veto é um instrumento da ação fiscalizadora do chefe do Poder Executivo. No dizer de Dimoulis e Lunardi (2011, p. 347):

Nos regimes presidencialistas, a forte legitimação política do Executivo pelo voto popular justifica seu papel preponderante do processo legislativo. Uma das mais significativas competências do Presidente da República é a possibilidade de apresentar seu veto.

Assim como o presidente da República, o chefe do Poder Executivo Estadual também possui a atribuição do veto constitucionalmente assegurada. A Constituição do Estado de Santa Catarina, assim dispõe a respeito do veto realizado pelo governador do Estado:

Art. 54. Concluída a votação e aprovado o projeto de lei, a Assembleia Legislativa o encaminhará ao Governador do Estado para sanção.

§1º Se o Governador do Estado considerar, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará dentro de quarenta e oito horas ao Presidente da Assembleia os motivos do veto.

Conforme se infere do dispositivo legal supra, o chefe do Executivo poderá vetar o projeto de lei por duas razões, a saber, a inconstitucionalidade ou a contrariedade ao interesse público. No que tange a esse último fundamento, o veto não se dará por razões jurídicas, mas tão somente estará “fundado em juízo estritamente político de conveniência e oportunidade” (BARROSO, 2009, p. 68). Quanto ao veto jurídico, é aquele que se manifesta quando o chefe do Poder Executivo rejeita o projeto de lei, total ou parcialmente, em face de sua inconstitucionalidade, apresentando para tanto as razões de seu veto perante a Casa Legislativa.

Tamanha é a importância do exame de constitucionalidade dos projetos de lei, que sua análise se antepõe ao exame de interesse público, sendo aquele pré-requisito para esse. No dizer de Temer *apud* Baracho (1984, p. 166):

Vetar, na significação constitucional, é discordar dos termos de um projeto de lei. Para tanto, o chefe do Executivo examina dois aspectos: a constitucionalidade e o interesse público. Verifica, pois, a *forma* e o *mérito*. O primeiro é prejudicial ao segundo e, por isso, constitui preliminar de conhecimento do projeto. Antes de entrar no mérito, o Chefe do Executivo verifica se o projeto é consoante com a Constituição, se não a vulnera. Concluindo pela conformidade, examinará o mérito, o interesse público.

É no exame de constitucionalidade que o papel das Procuradorias Gerais dos Estados se mostra indispensável. Isso porque a análise de constitucionalidade de um projeto de lei deve ser pautada em um minucioso estudo técnico que confronte o projeto de lei com a Constituição Federal, bem como com a Constituição Estadual. Nessa esteira, assim dispõe o Regimento Interno da Procuradoria Geral do Estado/SC:

Art. 3º. Compete, ainda, à Procuradoria Geral do Estado, como órgão central do Sistema Administrativo de Serviços Jurídicos da Administração Direta e Indireta:

[...]

X – analisar, **com exclusividade**, a constitucionalidade de autógrafos em projetos de lei.²

Diante disso, vê-se que o exame de constitucionalidade é dotado de elevado rigor técnico, de modo que somente a Procuradoria Geral do Estado é legalmente habilitada para fazê-lo por meio da atividade consultiva.

No exame de constitucionalidade de um projeto de lei, a Procuradoria Geral do Estado avaliará a possível desconformidade formal e/ou material de um projeto ou de parte dele com as constituições. Na primeira espécie de inconstitucionalidade, a Procuradoria enfrentará, *v.g.*, hipóteses de inconstitucionalidade referentes à inobservância de regra de competência para legislar. Na segunda espécie de inconstitucionalidade, a PGE se voltará para a incompatibilidade do conteúdo de um projeto de lei em face das Constituições Federal e Estadual, como, por exemplo, projetos que cerceiam o exercício de direitos fundamentais.

Além disso, caso seja verificada a inconstitucionalidade de um dispositivo em específico (artigo, parágrafo, inciso ou alínea), deverá ainda a PGE estudar se a

² Grifos nossos

disposição legal do projeto de lei está “de tal maneira relacionada com a contextura dele, que interessa íntima e essencialmente o todo” (LACERDA *apud* BARACHO, 1984, p. 203). Desse modo, percebe-se que a atuação da Procuradoria Geral do Estado não se limita apenas a analisar e identificar eventuais inconstitucionalidades nos projetos de lei, como também, indicar ao chefe do Poder Executivo a extensão da inconstitucionalidade, recomendando o veto total ou parcial. No primeiro, o governador do Estado desaprova integralmente o projeto de lei. Já no segundo, a desaprovação recai somente sobre parte do projeto.

Frise-se, pois, que, ao longo dessa meticulosa análise, deverá o projeto ser submetido a uma apreciação eminentemente jurídica, sendo necessárias profundas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, assim como a integração da área consultiva com a área contenciosa a fim de que se possa, eventualmente, identificar semelhante projeto de lei que, após ser aprovado, teve sua constitucionalidade questionada pela via judicial. Tamanha complexidade dessa investigação justifica a exclusividade que detém a PGE para a análise da constitucionalidade dos projetos de lei.

5. A inconstitucionalidade dos projetos de lei *versus* interesse público

Conforme já apontado no item segundo deste estudo, à advocacia pública é atribuído o caráter de Função Essencial à Justiça, cuja atividade é representar o Estado judicial e extrajudicialmente, em benefício da sociedade. “A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial” (BARROSO, 2008, p. 11).

No caso do controle de constitucionalidade preventivo de projeto de lei estadual, a PGE possui exclusividade na análise de sua conformidade com a Constituição. Como já mencionado, o exame de constitucionalidade é preliminar ao exame de interesse público que carrega o projeto de lei. Antes de adentrar no mérito, deve o chefe do Executivo, por meio da Procuradoria Geral do Estado, certificar-se de que o projeto não contraria o texto constitucional.

Não raras as vezes, porém, as Procuradorias Gerais dos Estados podem se defrontar com projetos de lei que, apesar de incorrerem em flagrante inconstitucionalidade, são apontados pelo Estado e pela maior parcela da sociedade como de elevado interesse público.

Nesses casos, não obstante o interesse público que o projeto de lei carrega consigo, deverá a Procuradoria manifestar-se, mesmo que contramajoritariamente, pela reprovação do projeto eivado de inconstitucionalidade. Conforme aponta Brumm (2009, p. 9-10):

[...] o contramajoritarismo deve ser visto não como uma forma de impedir a filtragem constitucional das leis e atos de agentes políticos, mas como um meio de fortalecer o princípio da supremacia da Constituição. Por paradoxal que pareça, é justamente no caráter contramajoritário muitas vezes assumido pelo controle de constitucionalidade que se reafirma o valor democracia. Democracia essa, entretanto, de índole constitucional, prevalecentes sobre maiorias eventuais que visem a suprimir bens permanentemente incrustados no seio da Constituição e que, por isso, são a síntese do Estado Democrático de Direito no qual vivemos.

Marçal Justen Filho, por sua vez, questiona a expressão interesse público, uma vez que sustenta a pluralidade de interesses públicos, *in verbis*:

[...] a decisão a ser adotada não poderá ser fundada na pura e simples invocação do “interesse público”. Estarão em conflito diversos interesses públicos, todos em tese merecedores da qualificação de *supremos e indisponíveis*.

[...]

Nesse contexto, a utilização do conceito de interesse público tem de fazer-se com cautela, diante da pluralidade e contraditoriedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade (2005, p. 42-43).

Diante disso, é imprescindível que as PGEs exerçam sua atividade consultiva de exame de constitucionalidade dos projetos de lei com autonomia, sendo forçoso opinar pelo veto jurídico sempre que se depararem com um projeto inconstitucional, porquanto é seu dever assegurar os direitos consagrados constitucionalmente mesmo que a contragosto da vontade da maioria.

6. Conclusões

A realização do presente trabalho permitiu concluir que a atuação consultiva da PGE no exame preventivo da constitucionalidade dos projetos de lei lhe assegura, materialmente, o *status* constitucional de Função Essencial à Justiça, pois impede a agressão ao ordenamento constitucional.

Constatou-se que a PGE, além de apontar eventuais inconstitucionalidades materiais e/ou formais nos projetos de lei, deve também identificar a extensão de

tal inconstitucionalidade, indicando ao chefe do Poder Executivo Estadual o veto parcial ou total. Em face dessa complexa análise, que envolve pormenorizados estudos jurídicos, justifica-se a legitimidade do exame da constitucionalidade dos projetos pela PGE.

Por fim, nos casos em que se verifica inconstitucionalidade nos projetos de lei apontados como de elevado interesse público, deve a Procuradoria Geral do Estado manifestar-se pelo veto jurídico, visto que os direitos consagrados constitucionalmente se sobrepõem ao plurais e contraditórios interesses públicos da sociedade hodierna.

7. Referências bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Veto. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 83, p. 166-2013, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRUMM, Guilherme Valle. *Advocacia de estado e dificuldade contramajoritária: repensando a independência funcional dos advogados públicos*. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-constitucional>>. Acesso em: 10 set. 2013.

DE SOUZA, Luciane Moessa. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, J. C.; DE SOUZA, L. M. (Org.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 88.

DE TORRES, Ronny Charles Lopes. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, J. C.; DE SOUZA, L. M. (Org.). *Advocacia*

de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 151.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 347.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42-43.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito.* In: GUEDES, J. C.; DE SOUZA, L. M. (Org.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli.* Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 25.

NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. *A Procuradoria Geral do Estado como órgão fiscalizador interno e soberano da administração pública.* Disponível em: <<http://www.aper.org.br/artigos/arquivos/orgaofiscal.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2013.

PEREIRA, Evânia Cíntian de Aguiar. *O exercício da advocacia preventiva e as procuradorias de estado: uma abordagem prática.* As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 535.

PIRES, Ezequiel. *Procuratura de estado: uma visão institucional.* 1998. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. p. 32-84.

SCHUBSKY, Cássio. *Advocacia pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.* São Paulo: CEPGE; Imprensa Oficial, 2008. p. 96.

A autonomia da Procuradoria Geral do Estado enquanto condição necessária ao combate da corrupção

Tailine Fátima Hijaz¹

Resumo: a Advocacia Pública, na qual se insere a Procuradoria Geral do Estado, constitucionalmente detém a atribuição de fazer com que a administração dos bens e interesses públicos ocorra dentro da legalidade, sobretudo no que diz respeito ao controle das licitações e contratos administrativos. Dessa feita, se erige como instrumento fundamental no combate das práticas corruptas. No entanto, ao contrário do que ocorre com o Ministério Público, por exemplo, a CRFB/88 não atribuiu à Advocacia Pública autonomia para exercer as suas atribuições, fato que muito prejudica o desenvolvimento do seu papel enquanto combatente da corrupção. Assim, neste trabalho, pretende-se demonstrar que conferir autonomia à PGE constitui um elemento propulsor à atuação efetiva no combate à corrupção. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo; o método de procedimento, o histórico, descritivo e argumentativo.

Palavras-chave: autonomia; Procuradoria Geral do Estado; combate à corrupção.

1. Introdução

No final de 2012, a ONG Transparência Internacional (Transparency International) divulgou o estudo Percepções da Corrupção Index 2012, no qual analisa a situação da corrupção em 176 países. O Brasil aparece em 69ª posição no *ranking*. Na América Latina, o país fica atrás apenas do Chile e do Uruguai, que estão na 20ª posição (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2012).

Os dados estatísticos só confirmam um fato que se tornou senso comum no país há muito tempo: “O Brasil é um país corrupto”. Essa frase tem marcado presença, por décadas, em manifestações populares, petições públicas, noticiários, relatórios oficiais do governo, nas ações das instituições públicas, e em todos os âmbitos sociais, de modo geral.

A título exemplificativo, a Controladoria Geral da União – órgão do governo federal responsável por assistir direta e imediatamente ao presidente da República quanto aos assuntos que, no âmbito do Poder Executivo, sejam relativos à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão – e o Ministério Público são instituições públicas que têm atuado

¹ Acadêmica do curso de direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

fortemente no sentido de combater à corrupção.

No entanto, atendo-se aos interesses desta pesquisa, verifica-se que a Advocacia Pública, na qual se insere a Procuradoria Geral do Estado, constitucionalmente detém a atribuição de fazer com que a administração dos bens e interesses públicos ocorra dentro da legalidade, em especial no que tange ao controle das licitações e contratos administrativos. Assim, se erige como instituição fundamental no combate das práticas corruptas.

Sucedo que, ao contrário do que ocorre com o Ministério Público, por exemplo, a Constituição Federal não conferiu à Advocacia Pública autonomia para exercer as suas atribuições, fato que muito prejudica o desenvolvimento do seu papel enquanto combatente da corrupção.

Diante de tais premissas, a pesquisa que ora se apresenta objetiva demonstrar que conferir autonomia à Advocacia Pública constitui-se um elemento propulsor à atuação efetiva na luta contra a corrupção.

O estudo será dividido em três pontos fundamentais: a) inicialmente, procede-se a uma breve análise constitucional do perfil constitucional da Procuradoria Geral do Estado, atentando-se, principalmente, ao seu conceito e atribuições; b) no ponto subsequente, passa-se a tratar apenas de uma das funções da Procuradoria Geral do Estado, qual seja, aquela relacionada ao combate da corrupção; c) finalmente, busca-se expor que conferir autonomia à Procuradoria Geral do Estado constitui-se um elemento necessário para que ela cumpra o seu papel no combate à corrupção.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo; o método de procedimento, o histórico, descritivo e argumentativo.

Por fim, importa registrar que este estudo não pretende esgotar toda a matéria referente à temática em apreço, mas tão somente estimular o debate sobre essa questão essencial que interessa não só à comunidade jurídica e acadêmica, mas a todos os cidadãos.

2. A Procuradoria Geral do Estado: perfil constitucional e funções institucionais

A Advocacia Pública² – que abrange a Procuradoria Geral do Estado (PGE)

² Moreira Neto (2008) considera a expressão “Advocacia Pública” equívoca, uma vez que gera confusão entre os demais ministérios advocatícios *lato sensu*. Assim, o autor sugere que a terminologia “Advocacia de Estado” seria mais apropriada para definir o papel desempenhado especificamente pela Advocacia Geral da União e pelas Procuradorias Estaduais e Distrital, sem causar confusão com as demais procuraturas públicas, integrantes do rol das funções essenciais à justiça.

– é expressamente considerada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, uma função essencial à justiça (Título IV, Capítulo IV, Seção II, da CRFB/88) (BRASIL, 2013-a).

Segundo Sesta (2001, p. 72), isso significa dizer que a Procuradoria Geral do Estado, assim como as outras funções – o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia –, participa da essência da atividade de realização da justiça. Justiça não poderia acontecer sem a sua participação, enquanto pressuposto e decorrência do Estado democrático de direito.

No mesmo sentido, Moreira Neto (1991, p. 31):

Sem esses órgãos, públicos e privados de advocacia, não pode haver justiça, aqui entendida como a qualidade ética que pretende exigir do Estado pluriclasse quanto à legalidade, à legitimidade e à licitude. E porque essa justiça só pode vir a ser realizada em sua essencialidade se dispuser dessas funções, autônomas, independentes, onipresentes, e, sobretudo, corajosas, o legislador constitucional as denominou de “essenciais à justiça” (Título IV, Capítulo IV, da Constituição).

Como dito, a CRFB/88 reservou uma seção específica à Advocacia Pública nos artigos 131 e 132 (BRASIL, 2013-a). Quanto à Procuradoria Geral do Estado, que interessa diretamente aos fins dessa pesquisa, o texto constitucional estabeleceu o seguinte, no artigo 132 e seu parágrafo único (BRASIL, 2013-a):

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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 início, verifica-se que a Procuradoria Geral do Estado é a instituição incumbida de exercer a representação judicial e a consultoria jurídica das unidades da Federação respectivas. Em outras palavras, é a instituição jurídica de advocacia pública no âmbito do Estado.

Delgado (2006, p. 50) conceitua bem a função do procurador do Estado: “São mensageiros e, ao mesmo tempo, soldados defensores das liberdades públicas e do patrimônio estatal. Lutam pelas garantias instituídas pela ordem jurídica, pautando as suas ações na valorização da dignidade humana e no fortalecimento da cidadania”.

Sobre esse ponto, importa dizer que, anteriormente, as tarefas que hoje são atribuídas à PGE estavam inseridas na competência do Ministério Público do Estado, que contava com dois cargos, basicamente: promotor público (início de carreira) e procurador do Estado (final de carreira). É dizer, metaforicamente, que o Ministério Público *chutava o pênalti* e ao mesmo tempo *defendia o gol*, já que exercia a dupla função de propor ações penais e de defender o ente estatal nos processos judiciais, desempenhando a atribuição de advogado do Estado.

No âmbito federal, a eliminação da dicotomia de atribuições para o Ministério Público só veio a ocorrer com a Constituição Federal de 1988, que inovou com a criação da Advocacia Geral da União, regulamentada posteriormente pela Lei Complementar nº 73/93 (BRASIL, 2013-b).

No caso do Estado de Santa Catarina, a Procuradoria Geral do Estado foi criada através da Emenda Constitucional nº 16, de 28 de junho de 1982 (SANTA CATARINA, 2013-a).

Atualmente, em face do artigo 103, da Constituição Estadual, de 5 de outubro de 1989 (SANTA CATARINA, 2013-b), e da Lei Complementar nº 317/05 (SANTA CATARINA, 2013-c), a Procuradoria Geral do Estado constituiu-se em instituição jurídica permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, dotada de autonomia funcional e administrativa, exercendo funções não somente de representação judicial e extrajudicial do Estado, mas também de consultoria e assessoramento jurídico do Estado e seus Poderes.

Em relação à função consultiva, pode-se dizer que a Procuradoria Geral do Estado atua preventivamente, a fim de evitar agressão à ordem jurídica pelo administrador (KELLER, 2013, p. 31). Nessa função, o procurador do Estado pode atuar de ofício ou mediante provocação no controle prévio dos atos administrativos. Isso ocorre essencialmente através da emissão de pareceres, que podem ou não serem acatados pelo administrador público³.

Já no plano contencioso, em poucas palavras, o procurador do Estado defende os interesses do ente estatal em juízo. Seja autor ou réu em um processo judicial, o Estado, bem como as suas autarquias e fundações de direito público, será representado por seu procurador, membro da Procuradoria Geral do Estado. Por

³ Nos termos do inciso IX, do artigo 93, da CRFB/88 (BRASIL, 2013-a), bem como do artigo 2º, da Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 2013-c), que regula o processo administrativo no plano federal, se o administrador não acatar o parecer, essa decisão deverá ser motivada, sob pena de nulidade do ato.

exemplo, citem-se as execuções fiscais movidas pelo Estado contra o contribuinte inadimplente, ou as ações de medicamentos que são ajuizadas contra o Estado, em que a defesa será realizada pela PGE. Segundo Martins Neto (2012, p. Internet), “esta não é uma tarefa qualquer, mas uma missão cuja dimensão ética vai muito além do que a sua simples menção pode a princípio insinuar”.

No que pertine às atribuições da Procuradoria Geral do Estado, considera-se importante mencionar a cobrança judicial dos créditos da Fazenda Pública do Estado, a defesa do patrimônio do Estado, o zelo pela legalidade, moralidade e eficiência dos atos da administração pública estadual, o exame e aprovação das minutas dos editais de licitação, de contratos, de acordos, de convênios e de ajustes celebrados por órgãos da administração pública estadual, a prestação de assessoramento jurídico ao governador do Estado na elaboração de ações diretas de inconstitucionalidade, vetos e atos normativos em geral, bem como na elaboração de pareceres e de estudos destinados ao estabelecimento de normas, medidas e diretrizes.

Para atingir os objetivos firmados no início da pesquisa, na sequência passa-se ao exame de uma das atribuições da Procuradoria Geral do Estado, qual seja, o seu papel no combate à corrupção.

3. O papel da Procuradoria Geral do Estado no combate à corrupção

Como visto, no âmbito estadual, a Constituição catarinense realçou algumas das atribuições da PGE, nas quais se destaca a necessidade de a Procuradoria Geral do Estado pronunciar-se sobre a legalidade dos atos da administração estadual. Com efeito, essa competência está intimamente ligada a um tema que hoje se constitui fundamental para a administração pública, o combate à corrupção.

Constata-se que a própria noção de corrupção envolve uma série de significados. Segundo Lemos Filho (2009, p. Internet), “na acepção política, é o comportamento ilegal, aético ou contrário à moral administrativa, de quem desempenha papel na estrutura estatal, favorecendo outros interesses que não o público”.

Para Batista (2010):

A análise da engrenagem e complexo da corrupção depende da posição de cada observador ou do *standard* jurídico de cada nação. O que é corrupção para um, poderá não ser para outro. A matéria é discutível e vista segundo o *status quo* social e religioso de cada povo, que se modifica ou se recicla no espaço e no tempo. Seja como for, não existe corrupto sem corruptor,

pois onde houver interesse ou o necessário, poderá haver corrupção.

Em suma, a corrupção, de acordo com conceito seguido pelo Banco Mundial, ocorre quando um agente viola as regras estabelecidas pelo principal, entrando em conluio com outras partes e promovendo seu próprio benefício (TANZI e DAVOODI, 1997).

Lemos Filho (2009, p. Internet) segue asseverando que, além do prejuízo que gera ao erário, a corrupção “compromete o Estado democrático de direito, já que corrói a confiança da sociedade nas instâncias do poder público”.

Assim, quando se trata de corrupção, está-se falando de ilegalidade, em seu amplo sentido, praticada por agente público, sendo o controle da legalidade dos atos da administração missão constitucional da advocacia pública.

No próximo item desta pesquisa, pretende-se demonstrar que o fortalecimento da carreira de procurador do Estado como primeiro agente público do combate à corrupção é um passo relevante como medida de inibição das práticas ofensivas ao patrimônio público.

4. A autonomia da Procuradoria Geral do Estado enquanto elemento propulsor à atuação efetiva no combate à corrupção

A primeira premissa de que se deve partir quando se defende a autonomia da Procuradoria Geral do Estado diz respeito à compreensão da advocacia pública enquanto carreira típica de Estado; não de governo.

Nesse sentido:

Não é possível que o advogado público tenha um compromisso com a realização da política e com o controle dessa mesma política, se ele for compreendido como mero advogado de governo. A advocacia pública, neste sentido, não é uma função meramente governativa. A advocacia pública é uma função de Estado e assim deve ser compreendida como premissa inicial. Como função de Estado, a advocacia pública deve ser uma instituição capaz de se organizar e se estruturar em carreiras. Carreiras profissionais e permanentes aptas a realizar de forma imparcial esse papel. O engajamento do advogado público na realização de políticas públicas não é um engajamento político partidário. É um engajamento institucional (BINENBOJM,

2011, p. 224).

Conforme assevera Semer (2011), “o advogado público é, sobretudo, um advogado do próprio Estado, não do governo”. Isso porque ele tem responsabilidades que o impedem de simplesmente concordar com qualquer ato do governante e não tem obrigação de defendê-lo de desvios de dinheiro público, e tampouco em servir de álibi para a corrupção. Finalizando o raciocínio, Semer (2011) defende que o advogado público “representa, assim, um importante papel na delimitação de meios legítimos para a administração”.

Nesse passo, para que essa atribuição se concretize, é necessária a garantia de uma Advocacia Pública independente. Nunes (2011) explica, contudo, que “isso não quer dizer que a escolha da política a ser executada deixará de ser feita pelo representante do povo, legitimamente eleito, o qual tem o direito de indicar sua equipe de governo”.

Além da instituição permanente do corpo profissional qualificado e concursado, essa garantia envolve uma relação de isonomia que pressupõe não apenas a equiparação de vencimentos com as demais carreiras jurídicas do Estado. Diz respeito, essencialmente, a uma equiparação quanto ao *status* funcional em relação ao Ministério Público, à magistratura e às demais carreiras de Estado.

De acordo com Binjenbojm (2011, p. 225), “esse *status* deve levar a Advocacia Pública a ter autonomia funcional, autonomia administrativa e orçamentária como o Poder Judiciário, como o Tribunal de Contas e como hoje o Ministério Público já detém”.

Em consonância com o defendido até o momento:

Ninguém consegue exercer a advocacia pública responsabilmente negociando de joelhos com o governo. só é possível ser advogado público plenamente se a advocacia pública for compreendida como uma função do Estado e como uma instituição de Estado, e não como um órgão intestino à própria estrutura do governo (BINENBOJM, 2011, p. 225).

Tais garantias vão além da mera autonomia funcional, administrativa e orçamentária e devem alcançar garantias funcionais contra perseguições e contra responsabilizações fora das hipóteses de dolo ou fraude, aquelas hipóteses em que juízes e membros do Ministério Público podem ser responsabilizados (BINENBOJM, 2011, p. 225).

Sobre tal aspecto, cabe lembrar a Proposta de Emenda Constitucional nº 82/2007, de autoria do ex-deputado Flávio Dino, que atribui autonomia

funcional e prerrogativas aos membros da Defensoria Pública, Advocacia da União, Procuradoria da Fazenda Nacional, Procuradoria Geral Federal, Procuradoria das autarquias e às Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em consulta à tramitação da PEC, verifica-se que em 03 de setembro de 2013 foi instalada uma comissão especial para debater a autonomia da atuação da advocacia pública no Brasil (BRASIL, 2013-d).

Com base em todas as premissas expostas, considera-se que somente com independência “a PGE ficará livre das vicissitudes ideológicas dos administradores que se sucedem de quatro em quatro anos” (HOLLIDAY, 2013, p. Internet), podendo cumprir satisfatoriamente sua atribuição constitucional que é, em última análise, a preservação do interesse e do patrimônio público.

5. Considerações finais

No desenvolver deste estudo, procurou-se fixar premissas com vistas de materializar a fundamentação necessária para se discutir o tema em análise, isto é, o papel da Procuradoria Geral do Estado no combate às práticas corruptas e, principalmente, a importância da instituição de autonomia à carreira, para cumprir tal escopo.

Pode-se concluir que se o ditado popular estiver certo, ou seja, se prevenir é mesmo melhor que remediar, mais ainda na tutela dos bens e do interesse público. Com efeito, depois que os recursos públicos são dilapidados, a chance de recuperação é quase nula. Por isso, a CRFB/88 erigiu a Advocacia Pública, na qual se inclui a PGR, repise-se, à categoria de função essencial à justiça, com a fundamental tarefa de fazer com que a administração dos bens e interesses públicos ocorra dentro da legalidade. Para tanto, é imprescindível uma Advocacia Pública de Estado, fortalecida e independente.

Constata-se que, no Brasil, praticamente tudo que é relevante na administração pública é tratado pela Advocacia Pública em suas atividades de assessoria jurídica, consultoria jurídica e representação judicial do poder público, de modo que conferir autonomia e garantias para o exercício das suas atribuições, mais do que uma necessidade jurídica, é uma questão de interesse da cidadania brasileira.

6. Referências bibliográficas

BATISTA, Antenor. *Corrupção: fator de progresso?* 5. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

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

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 set. 2013-a.

_____. Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em: 16 set. 2013-b.

_____. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 16 set. 2013-c.

_____. Projeto de Emenda Constitucional nº 82/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=354302>>. Acesso em: 20 set. 2013-d.

DELGADO, José Augusto. Autonomia das procuradorias dos estados. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, Rio Grande do Sul, n. 64, 2006.

GRANDE JUNIOR, Cláudio. Advocacia Pública: estudo classificatório de direito comparado. In: *Revista da Procuradoria do Estado*, Rio Grande do Sul, n. 66, p. 183, 2007.

HOLLIDAY, Gustavo Calmon. A importância das procuradorias e sua função. In: *Associação dos Procuradores do Espírito Santo*. Disponível em: <<http://www.apes.org.br/index.asp?p=EnsArt&mos=97>>. Acesso em: 20 set. 2013.

KELLER, Rene José. O embate da advocacia pública contra a corrupção estatal: da raiz antropológica aos limites objetivos de atuação. In: *Estudos de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, Rio Grande do Sul, n.3, jan/jun 2013.

LEMOS FILHO, Telmo. Os procuradores e o combate à corrupção. In: *Correio do Povo*, Porto Alegre, 14 jan. 2009. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/artigo_1291130949.pdf>. Acesso em: 16 set. 2013.

MARTINS NETO, João dos Passos. Trinta anos defendendo SC. In: *Diário Catarinense*, Florianópolis, 28 jun. 2012. Disponível em: <http://www.pge.sc.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1013&Itemid=181>. Acesso em: 22 set. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão: temas de direito político e constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, n. 63, 2008. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29276.pdf/rev630305ResponsabilidadeAdvogadoEstado.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2013.

NUNES, Allan Titonelli. Advocacia Pública avança na defesa da sociedade. In: *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-26/advocacia-publica-avanca-combate-corrupcao-defesa-sociedade>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

SANTA CATARINA. Constituição Estadual (1989). *Constituição do Estado de Santa Catarina, de 5 de outubro de 1989*. Ed. atualizada com 66 Emendas Constitucionais. Florianópolis: Assembleia Legislativa, 2013. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/constituicaoestadual.php>>. Acesso em: 17 set. 2013-b.

_____. Constituição (1989) Emenda Constitucional nº 16, de 28 de junho de 1982. Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em 17 set. 2013-a.

_____. Lei Complementar nº 317/05. Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em 17 set. 2013-c.

SEMER, Marcelo. Fortalecimento da advocacia pública ajuda combate à corrupção. In: *Terra Magazine*, 30 nov. 2011. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/blogdomarcelosemer/blog/2011/11/30/fortalecimento-da-advocacia-publica-ajuda-combate-a-corrupcao/>>. Acesso em: 16 set. 2013.

SESTA, Mário Bernardo. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. In: *Revista Jurídica APERGS: Advocacia de Estado*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, 2001.

TANZI, Vito; DAVOODI, Hamid. *Corruption, public investment, and growth*. IMF Working Paper, WP 97/139. Washington: International Monetary Fund, oct. 1997. Disponível em: <https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3113/1/relatorio_corrupcao_custos_economicos.pdf>. Acesso em: 19 set. 2013.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. *Corruption Perceptions Index 2012*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2012/results>>. Acesso em: 19 set. 2013.

Ponderações acerca do fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde pelo Estado

Mylena Baldo¹

Resumo: trata o presente artigo do fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde pelo Estado analisando a impossibilidade de o ente público atender a toda coletividade. Primeiramente, é abordada a conceituação de saúde, trazendo sua natureza jurídica como um direito fundamental social, após, são realizados comentários acerca do direito como um dever do Estado e da possibilidade de o ente público utilizar-se dos argumentos da necessidade de políticas públicas para a concretização do direito à saúde, bem como da aplicabilidade da reserva do possível e do princípio da proporcionalidade nas análises das demandas trazidas ao judiciário. Para consecução do presente trabalho utilizou-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico, por meio da técnica de pesquisa indireta, com consulta a livros, periódicos, jurisprudência e legislação vigente.

Palavras-chave: direito à saúde; saúde dever do Estado; reserva do possível; princípio da proporcionalidade.

1. Introdução

A Emenda Constitucional nº 16, da Constituição Estadual, de 28 de junho de 1982, foi responsável pela criação da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina – PGE/SC como instituição jurídica de advocacia pública do Estado, atribuição que até então estava inserida na competência do Ministério Público Estadual. O art. nº 103, da Constituição do Estado de Santa Catarina, bem como a Lei Complementar nº 317/2005² dispõem sobre o funcionamento e as atribuições da Procuradoria Geral do Estado, a qual se trata de instituição jurídica com autonomia funcional e administrativa que exerce funções não somente de representação judicial e extrajudicial do Estado, mas também de consultoria e assessoramento jurídico do Estado e seus poderes. Atualmente, a Procuradoria do Estado, além da sede e da representação em Brasília, possui 15 regionais em atividade, quais sejam: São Miguel do Oeste, Chapecó, Joaçaba, Caçador, Lages, Joinville, Mafra, Jaraguá do

¹ Acadêmica de direito Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC.

² Dispõe sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria Geral do Estado, o regime jurídico dos procuradores do Estado e estabelece outras providências.

Sul, Rio do Sul, Blumenau, Itajaí, São José, Tubarão, Criciúma e Curitiba³.

Uma das atribuições da Procuradoria do Estado de Santa Catarina é representar o Estado nas ações judiciais, assim, a proteção da saúde na ordem jurídica é complexa, tendo em vista que, constantemente, demandas são propostas perante o Estado, a fim de se obter a prestação jurisdicional desse direito fundamental social (Lei Complementar nº 317/2005).

Em que pese a amplitude de teses abordadas pelo Estado nas ações judiciais em que medicamentos e tratamentos de saúde são demandados, cumpre esclarecer, de início, que algumas matérias foram priorizadas, razão pela qual impõe-se uma delimitação do presente estudo a alguns aspectos mais relevantes.

Desse modo, fazendo uma análise a respeito do tema, serão abordados os seguintes temas: a) a conceituação de saúde, tratando ela como um direito fundamental social inserido na Constituição Federal de 1988; b) a saúde como um dever do Estado, tecendo breves comentários acerca da impossibilidade de atender a toda coletividade; c) a necessidade de políticas públicas para que ocorra a prestação do direito à saúde, comentários a respeito da teoria do possível e o princípio da proporcionalidade.

2. Saúde: um direito fundamental social

Antes mesmo de discorrer acerca da sua proteção jurídica, é de suma importância definir o que vem a ser “saúde”. Por muito tempo, saúde era entendida como ausência de doenças, nesse sentido, tal conceito estava atrelado a aspectos físicos e biológicos do ser humano, e o que se procurava era a cura de enfermidades através da medicina. Ocorre que com o desenvolvimento de aspectos culturais, sociais e econômicos houve uma amplitude no conceito de saúde, indo mais além da ideia inicial (PAGLIARINI e BASTOS, 2013, p. 86).

A Organização Mundial da Saúde, ratificado pela Lei Orgânica da Saúde⁴ no Brasil, trouxe o seguinte conceito: saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças e outros agravos (Lei nº 8080/90).

A partir desse conceito inovador, passou-se a analisar a ideia de que, para se ter saúde, são necessárias ações preventivas e não apenas curativas (como era inicialmente) (PAGLIARINI e BASTOS, 2013, p. 86).

Sendo assim, nos resta mais acertado afirmar que, segundo o texto

³ Disponível em: <www.pge.sc.gov.br>.

⁴ Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

constitucional, saúde não consiste tão somente na ausência de doenças, mas sim, em um conjunto de aspectos que trazem o “bem-estar físico, mental e social” às pessoas, como por exemplo, alimentação e moradia dignas, trabalho, educação etc.

O art. 6º da Constituição vigente elencou o direito à saúde como direito social. Havia uma discussão se deveria receber essa atribuição pelo fato de não estarem inseridos no Capítulo I (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”) e do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) da Constituição, no entanto, esse entendimento já resta sedimentado.

Assim como os direitos sociais, os direitos fundamentais em geral, envolvem direitos a prestações (positivos) e direitos de defesa (negativos). Tratando-se da concepção negativa ou defensiva pode-se dizer que ocorrem como uma forma de defesa do cidadão às formas de atuação do Estado. As normas referentes aos direitos de defesa independem de concretização legislativa, assim, pode-se dizer que possuem aplicabilidade imediata e plena eficácia (MARRARA e NUNES, 2010, p. 3).

Analisando sob essa ótica, o Estado tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, atuando de uma forma que não as prejudique (criando uma lei que impeça os cidadãos do acesso ao SUS, por exemplo). Sendo assim, sob essa vertente, o Estado não assume a responsabilidade de ter que prestar algo aos cidadãos, ao menos não uma prestação material (concreta), como medicamentos, apenas não pode prejudicar a sua saúde (MARRARA e NUNES, 2010, p. 4).

De outro lado, o aspecto positivo dos direitos fundamentais, no presente caso, mais precisamente do direito à saúde, está atrelado a uma dimensão prestacional, ou seja, o Estado resta-se vinculado à prestação de saúde às pessoas, com base nas normas constitucionais que asseguram esse direito aos cidadãos (MARRARA e NUNES, 2010, p. 3).

Sendo assim, o titular do direito à saúde pode exigir do poder público uma prestação material, seja ela um medicamento, um tratamento de saúde, uma intervenção jurídica etc. Entretanto, cumpre ressaltar que mais adiante será demonstrada a impossibilidade de o Estado atender à toda coletividade.

Ocorre que a primeira dificuldade dessa teoria está no fato de que o art. 196, da nossa Constituição, apenas garante o direito à saúde, mediante políticas públicas e sociais, mas não deixa claro o objeto do direito à saúde, trazendo apenas uma referência genérica, assim, não resta demonstrado se o direito à saúde abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana ou se esse direito limita-se apenas às necessidades básicas de saúde (Constituição Federal).

Desse modo, surge a segunda problemática, qual seja, esse dever prestacional não pode inserir tudo ou qualquer coisa que se destine a gerar bem-estar físico, mental e social a cada indivíduo, sob pena de não respeitar as políticas públicas e

ocorrer um desequilíbrio econômico do Estado.

Quem vai definir o que é direito à saúde e a abrangência do direito a sua prestação é o legislador, e cabe ao Judiciário, quando for acionado, analisar as determinações legais (sejam elas municipais, estaduais ou federais) para aplicação dos direitos. Nesse momento, cumpre realizar a menção da estruturação do SUS, por meio das leis nº 8.080/90 e nº 8.142/2011.

Assim, o ente público estatal deve prestar o direito à saúde no que cerne a *prestações básicas, e não toda e qualquer prestação na área da saúde*, respeitando seus limites constitucionais e as delimitações inseridas nas políticas públicas, pois, devido ao grande número de demandas trazidas ao Judiciário, o Estado não consegue lograr êxito em atender a toda coletividade, ao conferir o acesso do direito à saúde a um particular, pode estar prejudicando toda a coletividade (CASTRO, 2008, p. 2).

3. Saúde: um dever do Estado

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, assegura expressamente o direito à saúde como “direito de todos e dever do Estado”, o qual é promovido por meio de políticas públicas econômicas e sociais.

Tal expressão traz duas ideias, quais sejam: a primeira reconhece a todos a legitimidade para promover ações a fim de requerer o cumprimento de determinada obrigação (saúde como direito de todos); contrapondo essa ideia, a segunda refere-se ao Estado enquanto detentor do dever de realizar a prestação de saúde a todos (saúde como dever do Estado).

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, confere a prestação da saúde ao Estado, conferindo ao cidadão o direito de recorrer ao Judiciário a fim de garantir o direito à saúde quando esse não for efetivado por meio de políticas públicas.

Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes, na STA 175, afirmou:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

Conforme já demonstrado, então, a eficácia do direito à saúde conclui-se com o cumprimento de políticas públicas (econômicas e sociais) que visam dar ensejo ao acesso universal e igualitário, assim como a proteção desse direito fundamental social.

Nesse sentido, segundo Pagliarini, políticas públicas são:

Programas de ações voltados para um determinado fim. Podem estar direcionadas tanto ao desenvolvimento, quanto à implementação do direito à saúde, e assim por diante. O fato é que são atividades organizadas por meio de metas que se objetivam atingir.

Acrescenta-se que, por serem direcionadas à sociedade e objetivarem o interesse público, recebem a denominação de políticas públicas, as quais devem cumprir metas já estabelecidas e determinadas, sendo assim, buscam um equilíbrio entre o direito à saúde e à economia disponível pelo ente estatal.

O Judiciário, passando para um extremo ativismo (se distanciando da neutralidade), impõe cada vez mais ao Estado maneiras de concretizar o fornecimento do direito à saúde para a coletividade. Isso ocorreu principalmente nas ações que visam à concessão de medicamentos, na maioria das vezes previstas nas políticas públicas, assim como em ações de fornecimento de leitos hospitalares, internações etc.

Essa postura mais ativa se deve ao fato de a intervenção judicial se fazer presente em quase todas as questões de saúde e, por consequência, nas políticas públicas, as quais interferem nas ações estatais.

Diante desse ativismo estatal, a doutrina e os juristas fazem uma reflexão acerca do papel do Judiciário nessa situação: como agir de forma intermediária em que o ente público consiga garantir um mínimo de bem-estar aos cidadãos, respeitando as políticas públicas elaboradas pelo poder público?

Nesse sentido, vale ressaltar algumas vantagens e desvantagens da determinação dos serviços prestados pelo Estado aos cidadãos. Dentre as vantagens, o ativismo judicial tratando-se de saúde: a) incentiva a efetivação da prestação do direito à saúde pelo Estado, uma vez que determina a eles a concretização de bem-estar individual e social (atingindo a previsão do art. 6º, da CF/88); b) desestimula o mau funcionamento do Estado, evitando o desvio inapropriado de verbas públicas e reprimindo o desvio de investimentos no setor de saúde (respeitando as regras previstas no art. 198, da CF/88); e c) dificulta o retrocesso social, vedando que o Estado ignore direitos já conquistados pela sociedade (MARRARA e NUNES, 2010, p. 6).

De outro lado, como efeitos negativos, se destacam: a) a determinação do Judiciário ao fornecimento pelo Estado de determinados serviços demandados aos cidadãos *sem considerar as políticas públicas existentes e sem levar em consideração as consequências que atingem a coletividade*.

Sobre esse primeiro aspecto negativo, cabe fazer uma análise acerca do fornecimento pelo Estado de medicamentos em experimentação, aqueles que não possuem eficácia comprovada, que por conta disso, não estão inclusos nas políticas públicas de fornecimentos de medicamentos. A ministra Ellen Gracie, no Mandado de Segurança nº 2006.006795-0, do TJ-RN, proferiu decisão desfavorável ao fornecimento de medicamentos que se encontravam em fase de testes, baseando-se no fato de que isso geraria uma lesão à ordem pública. Isso porque as políticas públicas visam organizar os recursos públicos, de uma forma que ocorra o maior custo-benefício de medicamentos e tratamentos, a fim de que os estenda *ao maior número de pessoas*. Acerca do tema, Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta:

Há que se distinguir entre medicamento novo e experimental, no sentido de que novo é o medicamento já liberado para comercialização e devidamente testado no país de origem, ao passo que medicamentos experimentais são os que ainda se encontram em fase de testes (protocolos de pesquisas) e não liberados para venda. A partir de tal distinção, o STF entendeu que o medicamento novo, ainda que não tenha sido aprovado pela Anvisa ou inserido na lista pelas autoridades da área da saúde nacionais, poderá, em caráter excepcional, ser concedido mediante ação judicial, vedada, todavia, a imposição do fornecimento de medicamento experimental, até mesmo pelo fato de não haver certeza quanto à segurança para o próprio autor da demanda (p. 596).

Assim, nos casos de demandas individuais, de um lado, encontra-se o cidadão necessitando e requerendo o medicamento, e uma família que passa por uma situação difícil sem poder adquiri-lo, de outra banda, está o Estado tendo que se submeter às deliberações de políticas públicas, cabendo ao magistrado resolver este impasse.

Dessa forma, a concessão do direito à saúde não deve ser analisada por uma abordagem individual, mas sim se pautando nos problemas sociais, buscando-se uma gestão eficiente de utilização dos escassos recursos públicos disponíveis, verificando os custos-benefícios dos medicamentos e serviços de saúde a partir das delimitações das políticas públicas.

Voltando aos aspectos negativos do ativismo estatal está a violação da harmonia entre os Poderes, dado que o Judiciário de forma ativa (impondo ao Estado o fornecimento de medicamentos não abrangidos por políticas públicas) invade um campo que não é seu. E, ainda, a substituição de decisões técnicas por decisões superficiais, formuladas sem conhecimentos especializados, somente com uma visão externa, ao passo que não cabe ao magistrado ter conhecimento do assunto que não é de sua área.

Por fim, não menos importante, o ativismo estatal está desrespeitando a reserva do possível e ao orçamento público, uma vez que a efetivação do direito à saúde está atrelada a alocação de recursos financeiros públicos.

A reserva do possível teve origem em uma decisão na Alemanha e consiste no entendimento jurisprudencial e doutrinário que delimita o fornecimento dos direitos prestacionais pleiteados no Judiciário quando o ente público estatal deixa de prestá-los.

Tal posicionamento se dá ao fato de o Estado ser incapaz economicamente de atender a coletividade e possui três formas de limitação, quais sejam: a) limitação fática, que se trata da possibilidade econômica do Estado possuir ou não recursos para prestar aquele determinado direito; b) limitação jurídica, que consiste na capacidade de dispor dos recursos financeiros mesmo quando o Estado os possui, ou seja, aquele referido gasto prestacional deve se fazer presente no orçamento público anual, sob pena de não poder dispor o valor para prestar esse determinado direito; e, c) análise da razoabilidade, ou seja, deve ser razoável que o cidadão exija do Estado a prestação do direito pleiteado, ressaltando que dependerá sempre da decisão do magistrado, ao analisar o caso concreto, a definição do que é ou não razoável.

Dessa forma, conclui-se que a reserva do possível visa coibir demandas excessivas e desarrazoadas, somente se exigindo prestações sociais devidas, excluindo-se as demandas que não estejam nesse patamar.

3.1 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade trata-se de uma adequação dos meios aos fins, sendo um método de resolução de colisão de princípios protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio. Tal princípio possui uma utilidade extremamente importante quando se refere à saúde, vez que se está diante de uma possível restrição a um direito fundamental.

É de conhecimento geral que a Constituição pátria garante à coletividade as mesmas condições de acessar o Sistema Único de Saúde, entretanto, esse direito não

pode prevalecer sob todas as circunstâncias e para todas e quaisquer pessoas.

Inclusive, cumpre ressaltar que a própria constituição autoriza a existência de sistemas privados de prestação de saúde, os quais são pagos pelas pessoas que aderem aos “planos”, além de que há posicionamentos que sustentam que o particular que adquire planos de saúde no âmbito privado não poderá ser atendido pelo SUS.

Nas palavras do ilustre constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet:

Seguindo esta linha argumentativa, não se poderá olvidar que o princípio da proporcionalidade também opera nesta esfera, de modo que se pode questionar o quanto se afigura como proporcional (e até mesmo razoável) que um particular que disponha de recursos suficientes para financiar um bom plano de saúde privado (sem o comprometimento de um padrão digno de vida para si e sua família, e sem prejuízo, portanto, do acesso a outros bens fundamentais, como educação, moradia etc.) possa acessar, sem qualquer tipo de limitação ou condição, o sistema público de saúde nas mesmas condições que alguém que não esteja apto a prover com recursos próprios a sua saúde pessoal. O simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de impostos sobre a renda. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos, a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e da proporcionalidade (p. 592-593).

Sendo assim, conforme demonstrado, a simples afirmação de que a parte contribui com o pagamento de impostos não a torna detentora do fornecimento de tratamentos de saúde e medicamentos. Assim, faz-se necessário concluir que para que haja tal fornecimento deve estar comprovada a necessidade do mesmo, bem como a hipossuficiência da família, sob pena de prejudicar toda a coletividade e implicar em prejuízo ao ente público. Além do fato de que, havendo realização de tratamento de saúde no âmbito particular, deve haver a análise econômica de todo o grupo familiar, assim como das questões financeiras pessoais do demandante para verificar se o mesmo pode ser inserido nas políticas públicas de fornecimento de tratamentos de saúde.

4. Conclusão

Segundo a lei que trata da instituição da Procuradoria do Estado em Santa Catarina, ela possui como atribuição defender o Estado nas ações judiciais. Numerosas são as ações em que medicamentos e tratamentos de saúde são pleiteados, por isso o objeto do presente estudo foi de grande valia.

Conforme exposto, o direito à saúde trata-se de um direito fundamental social, sendo um dever do Estado prestá-lo a todos. Entretanto, tal fornecimento torna-se impossível, ao passo que não se pode prejudicar a coletividade por estar prestando um direito a apenas um particular.

Sendo assim, o Estado baseia-se na necessidade de políticas públicas para que o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde ocorra de uma forma que não vai acarretar em um desequilíbrio econômico a toda coletividade. Baseia-se, ainda, na teoria da reserva do possível e no princípio da proporcionalidade para que haja uma análise de cada caso concreto, verificando a necessidade do medicamento e/ou tratamento pleiteado, bem como a possibilidade de o Estado prestá-lo.

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

_____. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109610/lei-8142-90>>. Acesso em: 28 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Segurança 3073 RN. Do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte; Luis Carlos Fernandes e Geórgia Mara Torquato Fernandes. Relator: ministra Ellen Gracie. **Diário da**

Justiça Eletrônico (DJe), Brasília, DF, 14 fev. 2007 PP – 00021. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguranca-ss-3073-rn-stf>>. Acesso em: 28 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. União, Advogado-Geral da União, Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apelação Cível nº 408729-CE – 2006.81.00.003148-1), Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Débora Cordeiro Lima, Estado do Ceará, PGE-CE – Ilia Freire Fernandes Borges. Relator: ministro Gilmar Mendes. **Diário da Justiça Eletrônico** (DJe), Brasília, DF, 25 jun. 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135836/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>>. Acesso em: 28 set. 2013.

CASTRO, J. A. Dias de. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. In: *Revista de Direito Público da Economia*, v. ano 6, p. 149-158, 2008.

GLOECKNER, Joseane Ledebrium. *A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/57383>>. Acesso em: 28 set. 2013.

MARRARA, Thiago ; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: *Revista de Direito Público da Economia*, v. 30, p. 1-15, 2010.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. *Economia e saúde no atual constitucionalismo brasileiro*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/57350>>. Acesso em: 28 set. 2013.

SANTA CATARINA. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Santa Catarina*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Organização do texto: Coordenadoria de expediente da Assembleia Legislativa. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/docs/constituicaoEstadual/CESC_16_11_2009.pdf>. Acesso em: 28 set. 2013.

_____. Lei complementar nº 317, de 30 de dezembro de 2005. Dispõe sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria Geral do Estado, o regime jurídico dos procuradores do Estado e estabelece outras providências. Disponível

em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2F200.192.66.20%2Ffiles%2Fdocs%2F1993%2F.%255C2005%255C317_2005_Lei_complementar.doc&ei=y4JHUrSQGIq48wSz1IDICg&usg=AFQjCNGo4I165mEu843dndaeJu_a60HcQw&sig2=aH_v3eoEyf8wjU6ab7tcJQ>. Acesso em: 28 set. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2013.

QUARTA SEÇÃO

Coletânea de informações estatísticas
da Procuradoria Geral do Estado

Coletânea de informações estatísticas da Procuradoria Geral do Estado

Introdução

Convido-os a uma rápida visão por sobre as informações estatísticas a seguir compiladas, que revelam a intensidade do trabalho de representação judicial e consultoria jurídica a cargo dos procuradores do Estado, apoiados que são pelos servidores da Procuradoria Geral do Estado.

O mister da advocacia judicial, na realidade atual de enfrentamento de ações de massa, exige suporte em tecnologia da informação e constante revisão de metodologias de trabalho. Hoje, a expectativa é de que sejam recebidas cem ações judiciais diárias para fins de contestação e acompanhamento. Também, diariamente, são produzidas em torno de quinhentas petições judiciais e mil intimações precisam ser gerenciadas sem erro para a análise e providências tempestivas dos procuradores do estado.

Para melhor compreensão sobre o contexto de atuação da Procuradoria Geral do Estado, os dados referentes às ações judiciais seguem a divisão estabelecida por área de atuação (tributária, execução fiscal, patrimonial, administrativa e trabalhista). A necessidade de se obter razoável proporcionalidade entre fatores como volume de trabalho e abrangência territorial resultou na informação, que pode ser vista a seguir, de distribuição dos atuais 115 (cento e quinze) procuradores do Estado pelos órgãos central e regionais, inclusive na Procuradoria Especial, em Brasília.

Um contingente de 13 (treze) procuradores do estado, lotados no órgão central (sede), em Florianópolis, desenvolvem as atividades de consultoria e assessoramento jurídico de todos os poderes do estado.

A Procuradoria Geral do Estado é instituição jurídica permanente, a teor do art. 103, da Constituição Estadual, inclusive com ascendência técnica e de controle e supervisão dos serviços jurídicos da administração indireta do estado.

Os procuradores do Estado e todo o corpo de servidores da instituição entregam-se diariamente ao objetivo de prestar um serviço de qualidade que corresponda às melhores expectativas da sociedade catarinense.

Informações estatísticas da Procuradoria Geral do Estado

Os dados do ano de 2013 se reportam até a data de 09 de outubro de 2013.

Quantidade de ações em andamento

Procuradoria	Execução fiscal	Tributária	Patrimonial	Administrativa	Trabalhista	ADI	TOTAL
Sede	21.162	2.064	9.135	30.831	1.996	236	65.424
Blumenau	15.647	304	2.125	928	1		19.005
Caçador	2.807	43	747	186			3.783
Chapecó	4.333	128	2.793	1.533	1		8.788
Criciúma	9.295	135	3.764	1.122	2		14.318
Curitibanos	2.999	43	666	302	3		4.013
Itajaí	13.022	321	2.846	489			16.678
Jaraguá do Sul	5.043	75	926	191			6.235
Joaçaba	2.857	54	1.189	519			4.619
Joinville	15.761	203	1.604	1.045			18.613
Lages	3.722	81	1.828	861	92		6.584
Mafra	3.627	77	714	226			4.644
Rio do Sul	3.728	88	1.255	1.011	24		6.106
São Miguel do Oeste	1.633	29	1.567	636			3.865
Tubarão	4.739	81	4.290	1.503	4		10.617
Brasília		7	7	99			115
TOTAL GERAL	110.375	3.733	35.456	41.482	2.123	236	193.407

Novas ações por áreas nos anos de 2011, 2012 e 2013

	Execução fiscal	Tributária	Patrimonial	Administrativa	Trabalhista	TOTAL
2011	18.274	605	6.381	8.037	285	33.582
2012	13.219	795	7.255	17.639	359	39.267
2013	8.476	883	6.434	9.444	311	

Peças judiciais 2012 e 2013

	Petições da execução fiscal	Contestações	Recursos	Outras	TOTAL
2012	53.602	24.418	10.176	60.495	148.691
2013	49.075	16.523	8.165	48.320	122.083

PROCURADORIAS REGIONAIS**Quantidade de procuradores e comarcas abrangidas**

	Procuradoria	Número de procuradores	Comarcas abrangidas
	Sede	67	6
1	Blumenau	5	6
2	Caçador	1	5
3	Chapecó	5	10
4	Criciúma	5	8
5	Curitibanos	1	4
6	Itajaí	6	8
7	Jaraguá do Sul	2	4
8	Joaçaba	2	10
9	Joinville	5	5
10	Lages	3	8
11	Mafra	2	5
12	Rio do Sul	2	8
13	São Miguel do Oeste	2	12
14	Tubarão	5	12
	Brasília	2	
	TOTAL	115	

Estoque da dívida ativa por Procuradoria Regional

Procuradoria	Estoque de dívida ativa (R\$)
Sede	1.971.675.939,84
Blumenau	1.392.148.547,69
Joinville	1.096.806.834,03
Itajaí	986.246.335,61
Criciúma	534.177.213,34
Jaraguá do sul	483.345.961,41
Mafra	310.773.709,31
Caçador	244.817.886,01
Chapecó	218.895.738,30
Tubarão	211.193.668,24
Rio do Sul	180.449.616,83
Joaçaba	166.302.289,62
Lages	158.677.358,46
Curitibanos	134.297.990,25
São Miguel do Oeste	83.143.426,69
TOTAL	8.172.952.515,63

