



Revista Jurídica da
**PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO ACRE**

Volume 12, anual, 2017

**REVISTA DA
PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO ACRE**

Centro de Estudos Jurídicos

MARIA LÍDIA SOARES DE ASSIS
Procuradora-Geral do Estado do Acre

**LEONARDO SILVA CESÁRIO
ROSA**
Procurador-Geral Adjunto

SÁRVIA SILVANA SANTOS LIMA
Corregedora-Geral da PGE

**RODRIGO FERNANDES DAS
NEVES**
Procurador-Chefe do Centro de Estudos
Jurídicos

Qualquer parte desta publicação
pode ser reproduzida desde que
citada a fonte, sendo proibidas as
reproduções para fins comerciais.
A revista é disponível virtualmente
no site www.pge.ac.gov.br.

Procuradoria-Geral do Estado do
Acre - Centro de Estudos Jurídicos
- Avenida Getúlio Vargas, 2852,
Bosque, Rio Branco, AC, CEP
69900-589.

Fone: (68) 3901-5100 / 3901-5102.
www.pge.ac.gov.br
imprensa.pge@ac.gov.br

12ª Volume -Versão *on-line* (2017).

Todos os direitos reservados
A reprodução não autorizada desta publi-
cação, no todo ou em parte, constitui viola-
ção dos direitos autorais (Lei no 9.610).
Dados Internacionais de Catalogação na
Publicação (CIP)

Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre.
Vol. 12., Centro de Estudos Jurídicos/PGE, 2017.
Periodicidade Anual.
ISSN: 2316-6045

CONSELHO EDITORIAL

Daniel Gurgel Linard
Daniela Marques C. de Carvalho
Francisco Evaldo Martins R. Pádua
Harlem Moreira de Sousa
Janete Melo d'Albuquerque Lima
Leonardo Silva Cesário Rosa
Neyarla de Souza Pereira
Pedro Augusto França de Macêdo
Rodrigo Fernandes das Neves
Tatiana Tenório de Amorim

EQUIPE DO CEJUR

Maria do Socorro Braga de Oliveira
Sulanira Barroso Carvalho
Eliany Mansour do Valle
Luciane Mendes da Silva
Cássio Santana de Oliveira
Evaniza Nery Martins Rodrigues-
aposentada em 17.02.2017
Maria Ivone Pereira dos Santos –
aposentada em 10.05.2017

**CHEFIA DA
COORDENADORIA DE
DIVULGAÇÃO E IMPRENSA**
Vinícius da Silva Cardozo

ARTE DA CAPA
Rafaella Magalhães dos Santos

EDITORACÃO
Rafaella Magalhães dos Santos

CDD – 340.05 CDU – 34(05)

PROCURADORES DO ESTADO

| | |
|---|---------------------------------------|
| Adriano Freitas Coelho, até 5.10.2017 | Maria Eliza Schettini C. H. Viana |
| Alberto Tapeocy Nogueira | Maria José M. Nascimento Postigo |
| Andrei Cezar Windscheid Cruzeiro de Holanda | Maria Lídia Soares de Assis |
| Avelino Ferreira Barbosa Filho | Mauro Ulisses Cardoso Modesto |
| Caterine Vasconcelos de Castro | Mayko Figale Maia |
| Cristovam Pontes de Moura | Neyarla de Souza Pereira |
| Daniela Marques C. de Carvalho | Nilo Trindade Braga Santana |
| Daniel Gurgel Linard | Paulo César Barreto Pereira |
| David Laerte Vieira | Paulo Jorge Silva Santos |
| Edson Américo Manchini | Pedro Augusto França de Macedo |
| Érico Maurício Pires Barboza | Rafael Pinheiro Alves |
| Fábio Marcon Leonetti | Raíssa C. Fonseca e Albuquerque |
| Francisca Rosileide de O. Araújo | Rodrigo Fernandes das Neves |
| Francisco Armando de F. Melo | Rosana Fernandes Magalhães |
| Francisco Evaldo R. Pádua, até 8.5.2017 | Sárvia Silvana Santos Lima |
| Gerson Ney Ribeiro Vilela Junior | Saulo Lopes Marinho, até 23.1.2017 |
| Gustavo Faria Valadares | Silvana do Socorro Melo Maués |
| Harlem Moreira de Sousa | Tatiana Tenório de Amorim |
| Janete M. D'Albuquerque Lima | Thiago Guede Alexandre, até 12.5.2017 |
| João Paulo Aprígio de Figueiredo | Thiago Torres Almeida |
| João Paulo Setti Aguiar | Thomaz Carneiro Drumond |
| Leandro Rodrigues Postigo Maia | Tito Costa de Oliveira |
| Leonardo Silva Cesário Rosa | |
| Luciano Fleming Leitão | |
| Luciano José Trindade | |
| Luís Rafael Marques de Lima | |
| Luíz Rogério Amaral Colturato | |
| Márcia Krause Romero | |
| Márcia Regina de Sousa Pereira | |
| Marcos Antônio Santiago Motta | |
| Maria de Nazareth M. de A. Lambert | |

PROCURADORES DO ESTADO JUBILADOS

Ademilde Marinho Soares
Aquileu José da Silva Filho
Azeilda Benevides Viga
Derci Maria de Lima
Dione Daher Oliveira de Menezes
Felix Almeida de Abreu
Francisco Elnó Jucá
Frederico Jorge Magalhães Pereira de Lira
Ivan Fernandes da Cunha Filho
José Maria Torres de Albuquerque
José Rodrigues Teles
Maria Ferreira Martins de Araújo
Maria Perpétuo Socorro de Souza Gomes
Maria Tereza Flor da Silva
Mario Izídio dos Santos
Marize Anna de Oliveira Singui
Marluce Costa de Oliveira
Maurinete de Oliveira Abomorad
Oriêta Santiago de Moura
Roberto Ferreira da Silva

IN MEMORIAN

Alberto Augusto de Oliveira
Cristovam Lima de Oliveira
Francisco Fernandes de Melo
João Batista Aguiar
Maria da Conceição Castelo Branco Coelho

SUMÁRIO

ARTIGOS

A Defesa do Agente Público Pela Procuradoria-Geral do Estado
Perante o Tribunal de Contas. Adequação, Interesse Público e
Autonomia Funcional do Procurador do Estado.

Leonardo Silva Cesário Rosa 09

Direito à Saúde: Judicialização, Reflexões e Perspectiva de
Diálogo Entre os Poderes.

Maria Eliza Schettini Campos Hidalgo Viana

Rosana Fernandes Magalhães Biancardi 33

A Sexta - Parte dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do
Acre na Visão do Judiciário e da Procuradoria.

Wheliton Souza da Silva 67

Nova Leitura do Enunciado Sumular Nº 432/Stj Após
Promulgação da Ec Nº 87/2015 e Sua Inaplicabilidade nas
Relações Jurídicas Continuativas Sujeitas ao Diferencial de
Alíquotas do ICMS.

Leandro Rodrigues Postigo

Luiz Rogério Amaral Colturato

Luís Rafael Marques de Lima 99

Guarda Religiosa e Serviço Público: A Liberdade De
Consciência e de Crença Face à Supremacia do Interesse
Público.

Neyarla de Souza Pereira Barros 133

O Princípio Constitucional da Moralidade no Direito Pátrio
Moderno: Uma Análise Sob a Luz da Filosofia do Direito

Marcos Antônio Santiago Motta

| | |
|--|------------|
| João Paulo Setti Aguiar | 147 |
| O Direito à Identidade Genética dos Indivíduos Concebidos por Meio de Fertilização Artificial em Face do Direito ao Sigilo do Doador de Sêmen; | |
| Vanessa de Oliveira Alves | 175 |
| Legitimidade Ativa dos Partidos Políticos no Mandado de Segurança Coletivo; | |
| Artenia Francisca Costa Martins | 221 |
| Bens Públicos e Cedência de Direitos Possessórios – Fundamentos Legais para a Alienação de Bens Dominiais do Estado do Acre, Passíveis de Regularização Imobiliária. | |
| Daniela Marques Correia de Carvalho | 251 |

APRESENTAÇÃO

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre alcança seu 12º volume, enfrentando o desafio de permanecer relevante como meio de incentivo à produção acadêmica entre Procuradores do Estado, servidores e comunidade jurídica local.

As grandes transformações tecnológica e econômica das sociedades impactam diretamente o papel do Estado nas redes de poder e influência, colocando a Procuradoria em permanente exigência de um duplo processo de renovação: compreender e refletir sobre aspectos jurídicos das novas relações sociais e construir serviços inovadores que sejam necessários e relevantes aos nossos clientes – administração pública e sociedade.

É nesse contexto, de desafio aos poderes do Estado e exigência de novos papéis institucionais, que apresentamos nossa Revista, a qual não evita tratar, por exemplo, de temas polêmicos como a defesa dos agentes políticos pela PGE e o direito à identidade genética de indivíduos concebidos por fertilização artificial.

Destaca-se, por fim, que todas as contribuições submetidas à Comissão Editoria foram avaliadas de forma a preservar, durante o processo avaliativo, as identidades tanto de autores quanto dos responsáveis pelo relatório de análise, sendo que cada artigo foi submetido a pelo menos duas avaliações: uma, individual, pelo relator e outra, colegiada, pela Comissão Editorial. Tal abordagem garante a todos os envolvidos a certeza de uma decisão de publicação baseada exclusivamente no mérito acadêmico de cada texto apresentado.

Agradecemos a todos que submeteram seus trabalhos à Comissão, bem como a toda a equipe envolvida na produção desta edição da Revista.

Boa leitura!

Rodrigo Fernandes das Neves
Chefe do Centro de Estudos Jurídicos

A DEFESA DO AGENTE PÚBLICO PELA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS. ADEQUAÇÃO, INTERESSE PÚBLICO E AUTONOMIA FUNCIONAL DO PROCURADOR DO ESTADO.

Leonardo Silva Cesário Rosa¹

RESUMO: A Lei Complementar nº. 200, de 23 de julho de 2009, criou na Procuradoria-Geral do Estado do Acre – PGE a possibilidade de defesa judicial e extrajudicial de agentes públicos, gerando intensos debates sobre o assunto. O Tribunal de Contas do Estado do Acre – TCE posicionou-se contrariamente à atuação dos Procuradores do Estado do Acre na defesa dos agentes públicos nos processos de prestação de contas que tramitam naquela Corte, ameaçando, inclusive, responsabilizá-los se assim o fizessem. O entendimento lá sufragado é o de que haveria sempre e irremediavelmente um conflito de interesses entre o gestor e o Estado do Acre. No presente artigo, faremos uma análise do instituto, tratando de sua origem, do modelo federal, do seu objetivo e, por fim, de sua compatibilidade com o interesse público. Analisaremos, também, a quem compete promover a responsabilização dos Procuradores do Estado em razão de atos praticados no desempenho regular de suas funções.

Palavras-chave: Defesa. Agente público. Procuradoria-Geral do Estado.

¹ Brasileiro, casado, Procurador-Geral Adjunto do Estado do Acre, Procurador do Estado do Acre desde 02 de dezembro de 2005; graduado em Ciências Sociais e Jurídicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; pós-graduado em Direito Constitucional e em Processo Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado – PGE² foi alterada pela Lei Complementar nº. 200, de 23 de julho de 2009, a qual, entre outras alterações, incluiu os §§5º a 10 no art. 1º, prevendo a possibilidade de representação judicial e extrajudicial, para defesa em razão de atos praticados no desempenho de suas funções, de determinados agentes públicos do Estado do Acre.

A inovação legislativa, entretanto, gerou intensos debates dentro e fora da PGE, ecoando, inclusive, no Tribunal de Contas do Estado – TCE.

Não obstante a previsão legal, o TCE posicionou-se contrariamente à defesa dos agentes públicos pela PGE nos processos de prestação de contas que tramitam naquela Corte. Nos julgamentos que realizava, por diversas vezes, considerava os Procuradores do Estado impedidos de atuar na defesa daqueles³. Posteriormente, passou a determinar que os Procuradores do Estado se abstivessem de subscrever tais defesas junto ao TCE⁴. Por último, notificou a Procuradora-Geral do Estado para que os Procuradores do Estado se abstenham de realizar a defesa dos agentes públicos, sob pena de responsabilidade.

O argumento que encontrou guarida no TCE foi o de que haveria sempre um conflito entre o interesse do Estado do Acre, de tomar contas de seus gestores, e o interesse destes, de se defenderem. Deste modo, os Procuradores do Estado não poderiam defender os gestores nos processos que tramitam na Corte de Contas.

2 Lei Complementar nº. 45, de 26 de julho de 1994.

3 Exemplo disso é o Acórdão nº. 7.768, proferido nos autos do Processo nº. 15.883.2012-90-TCE.

4 Foi o que ocorreu, por exemplo, com o Acórdão nº. 9.346/2015, proferido nos autos do processo nº. 19.275.2014-40-TCE.

A situação relatada revela interessante celeuma jurídica, a qual pode ser dividida em três questões relevantes: 1) a (im) possibilidade jurídica objetiva de que os Procuradores do Estado defendam os agentes públicos perante o TCE; 2) quem deve decidir sobre a viabilidade da defesa do agente público no caso concreto; 3) quem detém a atribuição de fiscalizar a atuação funcional dos Procuradores do Estado.

O tema é interessantíssimo e merece ser melhor estudado. Para tanto, sem pretender esgotar o assunto, analisaremos o instituto, tratando de sua origem no Brasil, compararemos o modelo federal com o modelo do Estado do Acre, o objetivo do instituto, e, por fim, discutiremos a sua compatibilidade com o interesse público. Analisaremos, também, a quem compete fiscalizar os atos praticados pelos Procuradores do Estado no desempenho regular de suas funções.

2. DESENVOLVIMENTO

Apesar de a defesa dos agentes públicos pela Advocacia Pública estar em vigor no âmbito do Estado do Acre há pouco mais de 07 anos⁵, a verdade é que ela está prevista no Brasil há mais de 50 anos⁶.

Além disso, diversos outros estados também realizam a defesa de agentes públicos, dos quais se podem citar Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Santa Catarina.

5 Criada por meio de alteração realizada pela Lei Complementar estadual nº. 200, de 23 de julho de 2009.

6 A defesa do agente político foi inaugurada pelo Decreto-Lei nº 5.335, de 22 de março de 1943.

Rommel Macedo noticia haver instituído semelhante também na Itália, competindo esta função à *Avocatura dello Stato*⁷. Segundo ele,

A Advocacia do Estado italiana representa e defende os órgãos constitucionais (Presidente da República, Câmara, Senado, Governo, Corte Constitucional, Corte de Contas, dentre outros), os órgãos judiciais (Corte de Cassação, Corte de Apelo etc.) e todas as Administrações do Estado...

Existe, ademais, a possibilidade de a Advocacia do Estado assumir a representação e a defesa dos agentes públicos em processos civis ou penais, nos termos do art. 44 do RD de 30 de outubro de 1933, n. 1.611. Tal defesa abrange não somente agentes do Estado, mas também dos entes cuja representação possa ser assumida pela Advocacia do Estado.

No âmbito federal, ela é desempenhada pela Advocacia-Geral da União, na forma prevista pelo art. 22 da Lei nº. 9.028/95 que, vale destacar, é muito mais abrangente do que a norma estadual acreana⁸.

Referido dispositivo federal autoriza a Advocacia-Geral da União a defender os titulares de cargos públicos de direção, os membros de Poder, os detentores de mandato e até mesmo os diretores e servidores das entidades da Administração Indireta.

Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições

7 MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: Ltr. 2008. p. 66.

8 Aqui, uma observação: a Lei 3.148, de 27 de julho de 2016, do Estado do Acre, instituiu como gentílico oficial o termo “acreano”, em respeito aos usos, costumes, memória social, aspectos históricos e culturais do povo acreano, termo que passou a integrar o conjunto de símbolos do Estado, na forma do art. 8º da Constituição Estadual. Por este motivo, o autor prefere o termo “acreana” ao termo “acriana”.

Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no caput, e ainda: (Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001)

I - aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e nos Decretos-Leis nºs 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e para a intervenção na concessão de serviço público de energia elétrica; (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

II - aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial.⁹

No ano de 2003, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº. 2.888/DF perante o Supremo Tribunal Federal questionando o citado dispositivo da Lei nº. 9.028, de 12 de abril de 1995. Não obstante, não foi concedida medida cautelar e o

9 BRASIL. Lei nº. 9.028, de 12 de abril de 1995. Disponível em < <https://goo.gl/Uid7RR> > Acesso em 02 de outubro de 2017.

Procurador-Geral da República, ao se manifestar nos autos, deu parecer pela constitucionalidade da norma, opinando que a ação fosse julgada totalmente improcedente. Segundo ele,

[...] 10. No mérito, o pedido não está a merecer acolhimento, uma vez que os dispositivos impugnados, ao contrário do afirmado pelo requerente, encontram-se em perfeita consonância com as atribuições destinadas pela Constituição Federal vigente à Advocacia-Geral da União.

11. Com efeito, o aparente aumento das funções da Advocacia-Geral da União em virtude de alterações do dispositivo em análise em realidade não existiu. As aludidas alterações apenas pormenorizaram as incumbências relativas àquela instituição.

12. Outrossim, é de se verificar que a defesa a ser por ela realizada circunscrever-se-á aos casos em que o fim visado é o interesse público, em outras palavras, as pessoas terão sua defesa afeta à Advocacia-Geral da União na qualidade de servidores estatais e em função de tal qualidade, não havendo que se falar em sua transformação da instituição em defensoria pública.

13. Correta, nesse diapasão, a assertiva dos requeridos no sentido de que não é possível a defesa do órgão sem a previsão de defesa do agente que executa as funções àquele cominadas.

14. Destarte, os dispositivos impugnados realizaram tão-somente a explicitação dos deveres da Advocacia-Geral da União, em perfeita harmonia com a previsão externada no artigo 131 da Carta Magna.

[destacamos] ¹⁰

Ao ser questionado sobre a realização da defesa de agentes políticos pela Advocacia Geral da União, o então Advogado-Geral da União, Gilmar Ferreira Mendes, assim se manifestou:

Tornou-se objeto de acesa e surpreendente controvérsia a “descoberta” por parte do meio jurídico nacional de que se encontra em vigor – já há vários anos – autorização para que os órgãos de representação judicial da União

10 BRINDEIRO, Geraldo. **Parecer**. ADI nº. 2.888/DF.

ofereçam também a defesa da legitimidade dos atos funcionais das autoridades públicas. Sustentaram alguns que a defesa dos atos funcionais das autoridades públicas por parte dos órgãos de representação judicial da União poderia vir a configurar um suposto “conflito de interesses” entre, de um lado, o mister de defesa do patrimônio e do interesse público e, de outro, a atuação em defesa de atos funcionais de autoridades públicas.

Tal pré-compreensão não resiste a um mínimo e superficial exame de questão – o que se oferece nas seguintes e brevíssimas considerações.

[...]

Com efeito, se os atos a serem defendidos vinculam-se estritamente ao desempenho das atribuições institucionais dos agentes públicos e se somente se oferecerá defesa em havendo interesse público em fazê-lo, é manifesto que o dado paradigmático reside na existência de um ato oficial veiculador de manifestação do próprio e autêntico interesse público. Em verdade, o crivo decisivo haverá de restar configurado exatamente na existência de interesse público em defesa do ato oficial eventualmente impugnado. Assim, verificado o interesse público na defesa do ato, haverá a representação judicial da União de contestar a impugnação contra ele oferecida, o que, ao contrário do que sugerido por alguns, constituirá ato evidentemente coerente com a defesa do agente público responsável pela prática do ato impugnado. Essas exigências evidenciam, destarte, que somente se defenderá o agente público se houver interesse público na defesa do ato por ele praticado, o que elimina a mais remota possibilidade de conflito de interesse e afigura-se obviamente consequência absolutamente natural da defesa do ato impugnado.

A esse respeito, assevere-se que a Advocacia-Geral União já se recusou a promover a defesa de agentes políticos – embora para tal expressamente provocada – por não identificar os pressupostos legais que a autorizariam.

Imagine-se, por outro lado, a circunstância em que agente público cujos atos representam a mais inequívoca manifestação da legalidade e do interesse público queda alvo de dezenas de ações judiciais decorrentes de motivações eminentemente políticas. Em tal contexto, seria legítimo que viesse o Estado a promover a defesa dos atos praticados e declinasse do dever moral de

promover a defesa da prática desses mesmos atos pelo agente público responsável? Seria igualmente ético relegar o agente público à ruína financeira decorrente da necessidade de fazer-se representar em juízo – incontáveis vezes – a expensas próprias?

Esboçadas a ausência de conflitos de interesses e exigência de ética e coerência imposta pela defesa dos atos oficiais dotados de interesse público, importa demonstrar a ausência de inconstitucionalidade na disciplina impugnada.

Muito embora incapazes de indicar o fundamento constitucional da alegada inconstitucionalidade, sustentam alguns que o alegado conflito de interesses macularia a norma impugnada. Demonstrada acima a simples inexistência de um tal conflito de interesses, é claríssima a improcedência da alegação.¹¹

Conforme bem ponderou o então Presidente do Congresso Nacional ao prestar informações na ADI nº. 2.888/DF:

A função teleológica é evitar que o administrador público, titular dos cargos elencados no preceito impugnado, seja obstado em suas atribuições por meio de eventuais ações judiciais propostas pelas mais diversas pessoas, bem ou mal intencionadas.

A experiência tem demonstrado que não são poucas ações que servem a esse propósito. Assim, o administrador público titular de cargo elencado na lei teria, constantemente, que escolher entre defender-se contra as ações propostas contra ele em função do exercício do cargo e assim desembolsaria numerário do próprio bolso para poder exercer o cargo, ou simplesmente não exercer o cargo.¹²

A finalidade, portanto, da defesa do agente público é primordialmente a defesa do ato praticado em razão do cargo por ele ocupado.

11 REVISTA CONSULEX. **Medida Provisória nº 2.143-3112001 - Advogado-Geral da União e destacados juristas analisam a constitucionalidade e o conflito de interesses.** Vol. V, Ed. 103, p. 22-27.

12 Informações apresentadas ao STF na ADI 2.888/DF.

Não obstante, o ato questionado deve estar sempre qualificado pelo interesse público, ou seja, pelo fato de ter sido praticado em razão do interesse público. Nesse sentido, a presença do interesse público é o critério de adequação da norma ao princípio constitucional da impessoalidade.

Assim, sempre que o ato do agente público é praticado em razão do cargo ocupado e em consonância com o interesse público, justifica-se a sua defesa por meio do órgão de defesa do Estado.

A grande celeuma, no entanto, é definir se o ato foi ou não praticado de acordo com o interesse público.

A fim de desvendar objetivamente se o ato questionado foi ou não praticado segundo o interesse público, há que se averiguar se a defesa pretendida preenche os requisitos legais. O preenchimento dos requisitos legais é que afasta a possibilidade de defesa de ato em conflito com os interesses da Administração. Preenchidos os requisitos legais, a PGE estará defendendo o exercício da função pública, e não apenas e propriamente o agente.

No âmbito do Estado do Acre, os §§5º e 6º do art. 1º da Lei Complementar nº. 45/1994, com a alteração levada a efeito pela Lei Complementar nº. 325, de 26 de dezembro de 2016, estabelecem que:

Art. 1º. *Omissis*.

[...]

§ 5º A PGE fica autorizada, mediante requerimento expresso, a representar judicial e extrajudicialmente o Governador, o Vice-Governador, os Membros da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa, o Presidente do Tribunal de Justiça, os Secretários de Estado, o Presidente do Tribunal de Contas, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado e o Defensor Público Geral,

em processos propostos em virtude de atos praticados no exercício de suas respectivas funções constitucionais, legais ou regulamentares, no atendimento do interesse público, desde que não contrariem orientação prévia da PGE, podendo, inclusive:

I - elaborar defesas perante os Tribunais de Contas;

II - promover ação penal privada ou representar perante o Ministério Público, quando o agente político for vítima de crime quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança.

§ 6º O disposto no § 5º deste artigo aplica-se aos ocupantes dos cargos ou funções a que se refere, quando demandados por ato praticado em razão do ofício.¹³

O §7º da referida Lei, por sua vez, determina que:

§ 7º Compete ao Procurador Geral do Estado coordenar a defesa dos agentes políticos, podendo, dentre outras atribuições, designar Procurador do Estado para a representação de que trata o § 5º deste artigo, ressalvada a recusa por parte desse, hipótese em que poderá incumbir outro procurador, na forma do regulamento.¹⁴

Regulamentando o instituto, editou-se na PGE a Portaria nº. 187, de 28 de abril de 2010, a qual exige o preenchimento de requisitos específicos para autorizar a defesa do agente público por um Procurador do Estado. Preenchidos os requisitos, pressupõe-se a existência de interesse público na defesa do ato. Veja-se:

Art. 8º A decisão quanto ao pedido de representação do agente político deve conter, no mínimo, o exame expresso dos seguintes pontos:

I - enquadramento funcional do agente público nas situações previstas no art. 1º, § 5º, da Lei Complementar nº 45, de 1994;

II - natureza estritamente funcional do ato impugnado;

13 ACRE. Lei Complementar nº. 325, de 26 de dezembro de 2016. Disponível em < <https://goo.gl/RCxaJB> > Acesso em 02 de outubro de 2017.

14 *Idem.*

III - existência de interesse público na defesa da legitimidade do ato impugnado;

IV - existência ou não de prévia manifestação da Procuradoria-Geral do Estado sobre o ato impugnado;

V - consonância ou não do ato impugnado com a orientação jurídica definida pela Procuradoria-Geral do Estado; e

VI - narrativa sobre o mérito e pronunciamento sobre o atendimento aos princípios que norteiam a Administração Pública.

Parágrafo único. Quando houver sindicância ou processo administrativo disciplinar acerca do mesmo fato, a manifestação a que se refere o caput deste artigo conterà descrição a respeito do seu objeto, andamento e eventuais conclusões.

Art. 9º Não cabe a representação do agente político quando se observar:

I - não terem sido os atos praticados no estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares;

II - não ter havido a prévia análise da Procuradoria-Geral do Estado, nas hipóteses em que a legislação assim o exige;

III - ter sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orientação, se existente, da Procuradoria-Geral do Estado, que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo;

IV - incompatibilidade com o interesse público no caso concreto;

V - conduta com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição;

VI - que a autoria, materialidade ou responsabilidade do requerente tenha feito coisa julgada na esfera cível ou penal;

VII - ter sido levado a júízo por requerimento do Estado,

órgãos ou entidades públicas estaduais, inclusive por força de intervenção de terceiros ou litisconsórcio necessário;

VIII - que se trata de pedido de representação, para figurar como autor, em ações de indenizações por danos materiais ou morais, em proveito próprio do requerente;

IX - não ter o requerimento atendido aos requisitos mínimos exigidos pelo art. 5º desta Portaria; ou

X - o patrocínio concomitante por advogado privado.¹⁵

Todas estas exigências (art. 8º) e vedações (art. 9º) têm um único objetivo: impedir a defesa de atos praticados contrariamente ao interesse público e, como consequência, evitar eventual conflito de interesses.

Esta questão, aliás, foi bem tratada pelo Ministro Gilmar Mendes no já citado texto de sua autoria, publicado pela Revista Consulex. Veja-se:

(...) Essa regulação, obviamente, obriga a um juízo prévio de valor quanto à verossimilhança das alegações postas na ação contra o servidor ou agente público, justamente para prevenir situações em que o servidor, acionado, que tenha contra si severas e pesadas acusações de prática de atos ilegítimos (com substanciais elementos sinalizadores ou evidenciadores de tal procedimento, nos autos), venha a ter a prática de tais atos, pelo menos no primeiro momento processual, indevidamente legitimada pela assunção de sua defesa pela Advocacia-Geral da União. Dito isso, resta evidente que a autorização legal - que hoje alcança igualmente os titulares de cargos efetivos e não somente aqueles ocupantes de cargos em comissão e funções de direção e assessoramento superior - jamais haverá de implicar conflito algum de interesses entre a defesa do patrimônio público e a defesa da autoridade pública. Com efeito, se os atos a serem defendidos vinculam-se estritamente ao desempenho das atribuições institucionais dos agentes públicos e se somente se oferecerá defesa em havendo interesse público em

15 ACRE. PGE. Portaria nº. 187, de 28 de abril de 2010.

fazê-lo, é manifesto que o dado paradigmático reside na existência de um ato oficial veiculador de manifestação do próprio e autêntico interesse público. Em verdade, o crivo decisivo haverá de restar configurado exatamente na existência de interesse público em defesa do ato oficial eventualmente impugnado. Assim, verificado o interesse público na defesa do ato, haverá a representação judicial da União de contestar a impugnação contra ele oferecida, o que, ao contrário do que sugerido por alguns, constituirá ato evidentemente coerente com a defesa do agente público responsável pela prática do ato impugnado. Essas exigências evidenciam, destarte, que somente se defenderá o agente público se houver interesse público na defesa do ato por ele praticado, o que elimina a mais remota possibilidade de conflito de Interesses e afigura-se obviamente conseqüência absolutamente natural da defesa do ato impugnado. A esse respeito, asseverese que a Advocacia-Geral da União já se recusou a promover a defesa de agentes políticos - embora para tal expressamente provocada - por não identificar os pressupostos legais que a autorizariam. Imagine-se, por outro lado, a circunstância em que agente público cujos atos representam a mais inequívoca manifestação da legalidade e do interesse público queda alvo de dezenas de ações judiciais decorrentes de motivações eminentemente políticas. Em um tal contexto, seria legítimo que viesse o Estado a promover a defesa dos atos praticados e declinasse do dever moral de promover a defesa da prática desses mesmos atos pelo agente público ou responsável? Seria igualmente ético relegar o agente público à ruína financeira decorrente da necessidade de fazer-se representar em juízo - incontáveis vezes - a expensas próprias? (...).¹⁶

Portanto, é justamente a análise do preenchimento dos requisitos legais que permite a realização desse juízo prévio de valor, destinado a garantir a compatibilidade da defesa pública com o interesse público.

16 REVISTA CONSULEX. **Medida Provisória nº 2.143-3112001 - Advogado-Geral da União e destacados juristas analisam a constitucionalidade e o conflito de interesses.** Vol. V, Ed. 103, p. 22-27.

Note-se, entretanto, que esse juízo de valor deve ser realizado pela PGE, por meio de um de seus membros, caso a caso, considerando os fatos e elementos probatórios disponíveis no momento da análise.

Não se pode, portanto, considerar prévia, genérica e indistintamente que é impossível à PGE defender os gestores estaduais em todos os processos instaurados na Corte de Contas. Afirmar que há conflito de interesses em todos os casos significa preconceber a irregularidade das contas antes mesmo de serem julgadas. Lembre-se que vários são os casos de contas que, após a apresentação de defesa ou de esclarecimentos adicionais, são julgadas regulares. Em tais casos, inviabilizar a defesa pela PGE significa inviabilizar a defesa do ato praticado em consonância com o interesse público.

Obviamente que há casos que o ato praticado pelo agente público, em uma análise prévia, pode aparentar estar em consonância com o interesse público, mas, durante o curso do processo, ou ao final dele, revela-se eivado de irregularidades. Para esses casos, tanto a Lei Complementar nº. 45/1994 como a Portaria PGE nº. 187/2010 preveem as medidas adequadas.

Quando verificada no transcurso do processo hipótese desautorizadora da defesa pela PGE, determina o art. 11 da Portaria PGE nº. 187/2010:

Art. 11. Verificadas, no transcurso do processo ou inquérito, quaisquer das hipóteses previstas no art. 9º, o procurador responsável suscitará incidente de impugnação sobre a legitimidade da representação ao Coordenador, sem prejuízo do patrocínio até a decisão administrativa final.

§ 1º Acolhido o incidente de impugnação, a notificação do requerente equivale à cientificação de renúncia do mandato, bem como ordem para constituir outro patrono

para a causa, mantida a representação pelo prazo que a lei processual fixar, desde que necessário para lhe evitar prejuízo.

§ 2º Rejeitado o incidente de impugnação, será dada ciência ao procurador para prosseguimento da defesa como representante do agente político.¹⁷

Quando, entretanto, a hipótese é verificada ao final do processo, estabelecem a Lei Complementar nº. 45/1994 e a Portaria PGE nº. 187/2010:

LCE nº. 45/1994

Art. 1º. *Omissis*.

§ 9º Os agentes políticos e ex-agentes políticos mencionados nos §§ 5º e 6º deste artigo que forem condenados, com decisão judicial transitada em julgado, decorrente de ato doloso, deverão ressarcir o Estado de todos os custos e despesas decorrentes da defesa, não obstante o dever do Estado buscar em juízo as parcelas que lhe forem de direito. (Incluído pela LC nº 200, de 23.07.2009)¹⁸

Portaria PGE nº. 187/2010

Art. 13. Os agentes políticos e ex-agentes políticos mencionados no art. 3º desta Portaria que forem condenados, com decisão judicial transitada em julgado, decorrente de ato doloso, deverão ressarcir o Estado do Acre de todos os custos e despesas decorrentes da defesa, não obstante o dever do Estado buscar em juízo as parcelas que lhe forem de direito.¹⁹

Portanto, o próprio instituto jurídico possui normas destinadas a prevenir a defesa de ato contrário ao interesse público e a ressarcir o Estado pela defesa já realizada.

17 ACRE. PGE. Portaria nº. 187, de 28 de abril de 2010.

18 ACRE. Lei Complementar nº. 45, de 26 de julho de 1994. Disponível em < <https://goo.gl/RCxaJB> > Acesso em 02 de outubro de 2017.

19 ACRE. PGE. Portaria nº. 187, de 28 de abril de 2010.

É claro que, verificando-se haver falha do Procurador do Estado ao realizar o juízo prévio de admissibilidade da defesa, caberá apenas aos órgãos internos da PGE a apuração de sua responsabilidade.

Assim, qualquer pretensão do TCE de responsabilização dos Procuradores do Estado extrapola as atribuições que lhe são constitucionalmente deferidas, viola a independência funcional da PGE e a competência da Corregedoria-Geral e do Conselho da Procuradoria-Geral do Estado.

Como bem reconheceu o Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal de 1988 ampliou de modo significativo a esfera de competência dos Tribunais de Contas, conferindo-lhes importância singular e investindo-os de poderes jurídicos mais amplos²⁰. Todavia, essa ampliação de competência não lhes assegura a possibilidade de responsabilizar Procuradores do Estado em razão do exercício de suas funções.

Em conformidade com o art. 75 da Constituição Federal, muito embora tenha ficado a cargo do Constituinte decorrente a

20 “[...] com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa instituição surgida nos albores da República. A atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância. O regramento dos tribunais de contas estaduais, a partir da constituição de 1988 - inobstante a existência de domínio residual para sua autônoma formulação - é matéria cujo relevo decorre da nova fisionomia assumida pela federação brasileira e, também, do necessário confronto dessa mesma realidade jurídico-institucional com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, construída ao longo do regime constitucional precedente, proclamava a inteira submissão dos estados-membros, no delineamento do seu sistema de controle externo, ao modelo jurídico plasmado na Carta da República. [...]”. (ADI 215 MC, relator(a): min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1990, DJ 03-08-1990 pp-07234 ement vol-01588-01 pp-00028)

atribuição de dispor sobre o Tribunal de Contas do Estado, ficou ele obrigado a manter simetria com as atribuições fixadas pela Constituição Federal ao Tribunal de Contas da União. Veja-se:

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.²¹

Corroborando esse entendimento, há inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, dos quais é exemplo o seguinte:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Constituição do Estado do Tocantins. Emenda Constitucional nº 16/2006, que criou a possibilidade de recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembleia Legislativa, das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas do Estado com base em sua competência de julgamento de contas (§5º do art. 33) e atribuiu à Assembleia Legislativa a competência para sustar não apenas os contratos, mas também as licitações e eventuais casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 19, inciso XXVIII, e art. 33, inciso IX e § 1º). 3. **A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes.** 4. No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, inciso I, CF/88; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, inciso II, CF/88. Precedentes. 5. Na segunda hipótese,

21 BRASIL. Constituição Federal de 1988.. Disponível em < <https://goo.gl/DvAiW> > Acesso em 02 de outubro de 2017.

o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. Precedentes. 6. A Constituição Federal dispõe que apenas no caso de contratos o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional (art. 71, § 1º, CF/88). 7. Ação julgada procedente.

(ADI 3715, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

[destaquei]

A Constituição acreana (arts. 60 e 61) seguiu os mesmos contornos traçados pela Constituição Federal (arts. 70 e 71), a qual estabeleceu que o papel do Tribunal de Contas é auxiliar o Poder Legislativo no controle externo de contas do Poder Público.

O art. 70 da Constituição Federal criou um conceito autêntico de “controle externo”, definindo-o como “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”. Trata-se, portanto, de uma atividade destinada ao controle da utilização e aplicação dos bens e recursos públicos. Tanto é que o Parágrafo único do referido dispositivo impõe o dever de prestar contas àquele que, de alguma forma, administre ou utilize bens ou recursos públicos. Confira-se:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos

ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Para o desempenho de seu mister, o Tribunal de Contas pode atuar de forma fiscalizadora²², judicante²³, sancionatória²⁴, consultiva²⁵, informativa²⁶ e corretiva²⁷. Todavia, sua atuação deve se alinhar à sua finalidade constitucionalmente definida, ou seja, ao controle externo das contas do Poder Público. Significa, portanto, que o Tribunal de Contas não está incumbido de julgar ou apreciar a *atividade finalística* dos demais órgãos da Administração.

Com efeito, não é lícito ao Tribunal de Contas, v.g., julgar se o Poder Judiciário tem realizado corretamente sua atividade jurisdicional; ou se o Ministério Público tem desempenhado suficientemente suas atribuições de fiscal da lei; ou se a Defensoria Pública tem proporcionado adequada orientação e defesa jurídicas aos necessitados.

Do mesmo modo, o Tribunal de Contas não pode julgar se a atuação finalística dos Procuradores do Estado está sendo adequada, ou seja, se está aquém ou além dos parâmetros legais e constitucionais.

Aliás, essa impossibilidade de submissão das atividades finalísticas da PGE e de seus membros a qualquer órgão fiscalizador decorre justamente da garantia de autonomia funcional prevista tanto na Constituição do Estado do Acre²⁸ como na Lei Orgânica

22 CF. Art. 71, incisos III a VI e IX.

23 CF. Art. 71, inciso II.

24 CF. Art. 71, inciso VIII.

25 CF. Art. 71, inciso I.

26 CF. Art. 71, incisos VII.

27 CF. Art. 71, incisos IX e X.

28 Art. 119. [...] §2º A Procuradoria Geral do Estado é dotada de **autonomia** administrativa e **funcional**, vinculada diretamente ao Governador do Estado.

da PGE²⁹. Tudo isso corolário da inviolabilidade do advogado, assegurada pelo art. 133 da Constituição Federal³⁰.

Isso não significa, entretanto, que não exista controle funcional dos Procuradores do Estado. Significa, tão somente, que este controle não é incumbência do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão fiscalizador.

Os Procuradores do Estado, assim como ocorre com os magistrados, com os membros do Ministério Público e com os Defensores Públicos, são avaliados e julgados, quanto ao desempenho de suas funções, pelo próprio órgão. No caso da PGE, este controle é exercido em conjunto pelo Corregedor-Geral³¹ e pelo Conselho da PGE³².

Além disso, o juízo prévio de viabilidade jurídica da defesa do agente público (consonância do ato com o interesse público) é atividade tipicamente decorrente do desempenho das funções do Procurador do Estado. Compete somente a este, conforme a Lei Complementar n.º 45/1994 e Portaria PGE n.º 187/2010, aferir a existência de interesse público na defesa do ato do agente público que está sendo questionado.

29 Art. 1.º. [...] § 2º - São princípios institucionais da Procuradoria Geral do Estado a moralidade, a legalidade, a indivisibilidade, a **autonomia** administrativa, financeira e **funcional**.

30 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

31 Art. 8.º. A Corregedoria-Geral é o órgão responsável pela orientação, organização, inspeção, disciplina e controle das atividades funcionais e da conduta dos Procuradores do Estado, com as seguintes atribuições: (Redação dada pela LC n.º 95, de 29.06.2001) [...] IV - supervisionar e fiscalizar as atividades funcionais dos membros da Procuradoria Geral do Estado;

32 Art. 10. Compete ao Conselho: [...] V - deliberar sobre as decisões nas sindicâncias e processos administrativos disciplinares, promovidos pela Corregedoria Geral, indicando ao Procurador Geral às penalidades a serem aplicadas;

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explicitado na introdução, o tema tratado pode ser dividido em três pontos relevantes, quais sejam: 1) a (im)possibilidade jurídica objetiva de que os Procuradores do Estado defendam os agentes públicos perante o TCE; 2) quem deve decidir sobre a viabilidade da defesa do agente público no caso concreto; 3) quem detém a atribuição de fiscalizar a atuação funcional dos Procuradores do Estado.

Após a análise levada a efeito, conclui-se que os Procuradores do Estado podem defender os agentes públicos perante o TCE, desde que, no caso concreto, verifiquem o preenchimento dos requisitos legais e concluam que o ato questionado foi praticado em consonância com o interesse público.

Além disso, somente a Corregedoria-Geral da PGE e o Conselho da PGE têm legitimidade para responsabilizar os Procuradores do Estado em decorrência do exercício de suas atividades funcionais, como é o caso da defesa do agente público.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto Barroso. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRINDEIRO, Geraldo. Parecer. ADI nº. 2.888/DF.

BULOS, UadiLammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. Controle de Constitucionalidade. 2ª ed. Salvador: Podivm, 2007.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos. 2ª ed. São Paulo: Método, 2005.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACEDO, Rommel. Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988. São Paulo: Ltr. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Saraiva: São Paulo, 2009.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2ª ed. Lisboa: Coimbra, 1983.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

REVISTA CONSULEX. Medida Provisória nº 2.143-3112001 - Advogado-Geral da União e destacados juristas analisam a constitucionalidade e o conflito de interesses. Vol. V, Ed. 103.

ACRE. Lei Complementar nº. 45, de 26 de julho de 1994. Disponível em < <https://goo.gl/h6Ebc3> > Acesso em 02 de outubro de 2017.

_____ Lei Complementar nº. 325, de 26 de dezembro de 2016. Disponível em <<https://goo.gl/RCxaJB>> Acesso em 02 de outubro de 2017.

_____ PGE. Portaria nº. 187, de 28 de abril de 2010.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em < <https://goo.gl/DvAiW> > Acesso em 02 de outubro de 2017.

_____ Lei nº. 9.028, de 12 de abril de 1995. Disponível em < <https://goo.gl/Uid7RR> > Acesso em 02 de outubro de 2017.

_____ STF. A Constituição e o Supremo. Disponível em < <https://goo.gl/oJ4khp> > Acesso em 02 de outubro de 2017.

_____ STF. ADI 2.888/DF. Disponível em < <https://goo.gl/cvFwJ8> > Acesso em 02 de outubro de 2017.

DIREITO À SAÚDE: JUDICIALIZAÇÃO, REFLEXÕES E PERSPECTIVA DE DIÁLOGO ENTRE OS PODERES.

Maria Eliza Schettini Campos Hidalgo Viana¹

Rosana Fernandes Magalhães Biancardi²

RESUMO: O presente artigo tem como escopo expor o fenômeno da judicialização da saúde, que assola o País diante das inúmeras reivindicações individuais, reduzindo ainda mais a capacidade econômica do Poder Público, sopesando o cenário atual de escassez de recurso de que dispõe o Estado, quando este, por meios de políticas públicas, estiver garantindo o direito social fundamental à saúde, tão caro aos cidadãos. Houve nos últimos anos um exorbitante crescimento de demandas judiciais da saúde, importando em aumento expressivo de gastos públicos e exigindo do gestor uma reorganização na realização de algumas políticas públicas. Será abordada como matéria de defesa o Princípio da Reserva do Possível, como garantia de preservar a integralidade, universalidade e igualdade do Sistema Único de Saúde. Além disso, serão abordadas medidas preventivas à judicialização da saúde, com abertura de diálogo entre as partes envolvidas, seja para evitar demandas judiciais de saúde ou reduzir seus impactos.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais. Direito à Saúde. Sistema Único de Saúde. Princípio da Reserva do Possível. Medidas Preventivas e Minimizadoras.

1 Procuradora do Estado do Acre. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE. Especialista em Gestão Pública pela Faculdade de Barão do Rio Branco – Uninorte/Acre.

2 Procuradora do Estado do Acre. Bacharel em Direito pela Universidade Brás Cubas, Especialista em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE. Especialista em Gestão Pública com Ênfase em Controle Externo pelo Instituto Brasileiro de Pós Graduação e Extensão.

1. INTRODUÇÃO

Nunca se falou tanto em Direito à Saúde, como nos últimos tempos, e a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para sua garantia, travando-se uma luta diária na sua implantação prática.

Está na Constituição Federal de 1988 que o Direito à Saúde é um direito social fundamental, previsto no artigo 6º, *caput*, e no artigo 196, o qual, por sua vez, demanda a elaboração de políticas públicas, e, conseqüentemente, precisa da disponibilidade de recursos financeiros para sua execução.

Ocorre que, quando da concretização das políticas públicas, o Estado sofre dupla restrição: uma de caráter formal, consubstanciada nas leis orçamentárias, e outra de caráter prático, alicerçada na carência de recursos.

Na esteira desse raciocínio, como fundamento de defesa do Estado, lança-se a impossibilidade do Poder Judiciário estar executando funções que sinteticamente não seriam suas, implementando políticas públicas, em afronta direta aos Princípios da Separação dos Poderes e da Reserva do Possível.

Diante dessas premissas, não pode o Estado abandonar o papel de atuar guiado sempre pela razoabilidade, sob o auspício de que embora as necessidades relacionadas aos direitos sociais fundamentais, como é o Direito à Saúde, sejam ilimitadas, os recursos são escassos.

E é nesse descompasso que reside o crescente número de ações judiciais na busca pelo cidadão da concretude de seu acesso à saúde. Ainda que o Sistema Único de Saúde – SUS tenha sido criado pela Constituição Federal de 1988, e posteriormente

regulamentado pelas Leis nº 8080/90 e nº 8142/90, no que se refere à participação do cidadão nos serviços públicos de saúde, destaca-se com veemência o Princípio de Universalidade, o qual caracteriza a saúde como um direito de cidadania, definido pela Constituição Federal como um direito de todos e um dever do Estado, prescrevendo que todas as pessoas têm direito ao acesso às ações e serviços de saúde, antes restritos aos indivíduos segurados à previdência social ou àqueles que eram atendidos na rede privada. Evidencia-se, ainda, a incontestável obrigação do Estado em prestar atendimento à saúde de toda a população, desde o acesso a assistência integral, independente da natureza ou do nível de complexidade dos serviços de saúde.

Assim, é direito do indivíduo ser atendido de forma plena em função das suas necessidades, pela articulação de ações curativas e preventivas nos três níveis de atenção à saúde: rede (integração dos serviços interfederativos), regionalização (região de saúde) e hierarquização (níveis de complexidade dos serviços). São, pois, estes, os pilares que sustentam o modelo de atenção à saúde, conforme dispõe o art. 198 da Constituição Federal, modelo piramidal do sistema de saúde brasileiro.

No que tange ao seu financiamento, foi regulado no art. 195, da Constituição Federal. Daí porque, em havendo conflito entre o direito social fundamental à saúde e a decisão administrativa de limitação de acesso ao serviço público fundamentada na reserva do possível e nas regras constitucionais de execução do orçamento público, há que se aplicar a técnica de ponderação de princípios, na busca de uma solução justa e garantidora da máxima efetividade dos princípios constitucionais colidentes.

Ou seja, a gestão pública jamais poderá ser pautada na concessão de privilégios de um em detrimento da coletividade.

Por fim, será apresentada a possibilidade de ser aberto um diálogo entre os Poderes Judiciário e Executivo, fundamentado nos princípios do Sistema Único de Saúde, com o fito de evitar potenciais demandas judiciais de saúde ou minimizar seus efeitos.

São, pois, essas ferramentas que o Poder Público pode lançar a fim de realizar, dentro de um caminho mais próximo, o tão caro Direito à Saúde, sem descuidar de comprometer a isonomia que o sistema jurídico e operacional requer.

2. ABORDAGEM INICIAL

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Vivemos em um Estado Democrático de Direitos, cujas origens advêm dos antigos povos gregos e seus pensadores, que já no século V a I a.C., dentre eles Sócrates, Platão e Aristóteles que criou a teoria do “Estado Ideal”, refletiam sobre a melhor forma de organização da sociedade para o atendimento do interesse comum. Porém, somente no final do Século XIX que as grandes bases do Estado de Direito foram consolidadas.

No término do século XVIII, houve a queda dos Estados absolutistas, período em que os reis tinham autoridades plenas, reunindo em suas mãos os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Todo poder se concentrava nas mãos dos reis soberanos, que governavam de forma arbitrária e despótica, gerando uma série de injustiças e desequilíbrios sociais, e prejudicando, sobretudo, os interesses de uma nova classe social que então ascendia, qual seja, a burguesia.

Com a revolta da burguesia é que se iniciou a busca por novos modelos de organização social, cuja ideia central era justamente restringir e controlar o poder do rei.

Passou-se então a se refletir sobre as melhores formas de organização política e social que poderiam ser adotadas para a proteção da coletividade e das liberdades individuais. A conclusão era que o poder da sociedade deveria vir das pessoas que a formavam, notadamente sob o argumento essencial de que os cidadãos poderiam reconhecer quais seriam os direitos básicos de todo ser humano e como deveriam se organizar socialmente para que esses direitos fossem respeitados.

Foram então surgindo movimentos que reduziram o poder do rei absolutista, fazendo nascer o jusnaturalismo, na certeza de que existem direitos que são naturais ao homem e que fluem da própria natureza humana, como os direitos básicos para que o ser humano pudesse viver de forma digna.

Houve assim a transição do mundo medieval para o mundo moderno, alicerçada pela queda dos Estados absolutistas, consolidando-se no Estado moderno e de direitos naturais do ser humano, redundando na geração do que atualmente chamamos de direitos humanos.

Não obstante, foi com a Revolução Francesa de 1789 que surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos principais documentos históricos que marcaram o início do Estado moderno, afirmando que *todos os homens são iguais pela natureza e perante a lei*, e que *a finalidade da sociedade é a felicidade comum – o governo é instituído para garantir a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a liberdade, a segurança e a propriedade.*

Com isso, pela primeira vez, governantes e governados passam a se sujeitar às determinações da lei, que por sua vez passa a representar a vontade dos cidadãos, devendo assim por todos ser respeitada, não importando a sua condição, traduzindo a ideia de Estado de Direito.

Fácil perceber que a evolução histórica já trazia em si uma busca pelo respeito a direitos fundamentais e irrenunciáveis do homem, que num primeiro momento foram organizados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Atualmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, é que se extrai a previsão de proteção aos valores mais caros ao homem, organizados em um documento jurídico dotado de força normativa hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento, cuja supremacia implica na proteção aos direitos fundamentais.

Como bem leciona Nathalia Masson³:

A incontestável evolução que o Direito Constitucional alcançou é fruto, em grande medida, da aceitação dos direitos fundamentais como cerne da proteção da dignidade da pessoa e da certeza de que inexistia outro documento mais adequado para consagrar os dispositivos assecuratórios dessas pretensões do que a Constituição.⁴ (MENDES *et al*, 2009, p. 265).

No caso brasileiro, a preocupação do texto constitucional em dar a devida importância à matéria é nítida e pode ser percebida logo no preâmbulo – que demonstra o propósito de se instituir um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança” –, bem como nas demais normas que apresentam os direitos fundamentais enquanto condições necessárias para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico⁵ (FERNANDES, 2010).

3 MASSON, Nathalia, em *Manual de Direito Constitucional* (2017) - 5ª ed.: Revista, ampliada e atualizada, Editora JusPodivm, pp. 201/202.

4 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265.

5 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 234.

A imprescindibilidade da previsão constitucional de referidos direitos é a todo o momento propalado pela doutrina constitucionalista pátria, para quem, “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”⁶. (BULOS, 2007).

Em suma, os direitos fundamentais cumprem na nossa atual Constituição a função de direitos dos cidadãos, não só porque constituem – em um primeiro plano, denominado jurídico objetivo – normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo essencialmente as ingerências destes na esfera jurídico-individual, mas também porque – num segundo momento, em um plano jurídico subjetivo – implicam o poder de exercitar positivamente certos direitos (liberdade positiva) bem como o de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões agressivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)⁷. (CANOTILHO, 1995).

A essa altura, merece ser enfrentada a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais.

2.2 DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, para maioria da doutrina são sinônimos, tendo em vista a íntima relação que possuem, uma vez que se revestem da mesma essência e perseguem o mesmo fim que venha a assegurar um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

Na esteira desse raciocínio, o traço distintivo entre ambos se referem à localização da norma que dispôs sobre os

6 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 401.

7 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 517.

mesmos: direitos humanos são aqueles ligados a liberdade e a igualdade que estão positivados no plano internacional, enquanto direitos fundamentais são os direitos humanos positivados na Constituição Federal.

Desta forma conceito e conteúdos se confundem, distinguindo-se apenas no plano onde estão consagrados, cuja doutrina (CANOTILHO. 1995, p. 517)⁸ é a seguinte:

Nada obstante, majoritariamente a doutrina identifica uma diferença entre os termos, referente ao plano em que os direitos são consagrados: enquanto os direitos humanos são identificáveis tão somente no plano contrafactual (abstrato), desprovidos de qualquer normatividade, os direitos fundamentais são os direitos humanos já submetidos a um procedimento de positivação, detentores, pois, das exigências de cumprimento (sanção), como toda e qualquer outra norma jurídica.

Em arremate, destaque-se o esclarecimento (SARLET. 2006, p. 36)⁹:

Em que pese seja ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecido e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

8 Ibidem, p. 517 (2).

9 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 36 (3)

Logo, direitos fundamentais e direitos humanos afastam-se apenas no que tange ao plano de sua positivação, sendo as primeiras normas exigíveis no âmbito estatal interno, enquanto estes últimos são exigíveis no plano do Direito Internacional.

2.3 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo o artigo 5º, da Constituição Federal, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Da leitura desse dispositivo extrai-se quem são os destinatários da proteção constitucional: os brasileiros e estrangeiros residentes ou não, mas que estejam dentro do território nacional. Testifica-se que os direitos fundamentais destinam-se a todos os indivíduos independentemente de sua nacionalidade ou situação no Brasil, exurgindo-se um forte sentido de proteção do ser humano, sem distinção de qualquer natureza.

José Afonso da Silva, ilustre constitucionalista, em sua esplêndida obra, já lecionava não serem, os direitos fundamentais, uma contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública, como uma limitação ao Estado, mas sim uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele dependem.¹⁰

A característica é de proteção ao homem de eventuais arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, sendo que os direitos fundamentais também se prestam a compelir o Estado

10 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178. ⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 109-110.

a tomar um conjunto de medidas que impliquem melhorias nas condições sociais dos cidadãos:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)¹¹.

São assim direitos imprescindíveis à condição humana e ao convívio social, com função de proteção os direitos à dignidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade de todo o cidadão, os valores mais caros da existência humana.

Na Constituição Federal, os direitos fundamentais são observados no Título II da Constituição de 1988, assim como em outros dispositivos nela dispersos, traduzindo características de universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade, próprias dos direitos fundamentais.

Por oportuno, a doutrina elenca a classificação dos direitos fundamentais, segundo gerações de direitos (dimensões de direito), justamente porque revelam uma dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto direitos subjetivos (individuais e transindividuais), quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade.

E é justamente por isso que se admite pleitear em juízo, seja por particulares ou não, a efetivação de todo e qualquer direito fundamental (dimensão objetiva). De outra banda, de forma simultânea, todos os direitos fundamentais vinculam à sua efetivação os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário,

11 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 109-110.

sob pena do Poder Público perder sua legitimidade – como que caracterizassem uma obrigação (dimensão subjetiva).

Mas quais são esses direitos fundamentais?

Marcelo Novelino (2009), em sua obra *Direito Constitucional*¹², ao rememorar que os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos conforme a demanda de cada época entende que houve uma consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais, dando origem à classificação em gerações de direitos que coexistem, para limitar a atuação dos governantes, em face da liberdade dos administrados.

Ainda, em destaque a seguinte doutrina:

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o ‘jardim e a praça’. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o ‘homem civil’ precederia o ‘homem político’ e o ‘burguês’ estaria antes do ‘cidadão’. (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade. (SARMENTO. 2006)¹³.

12 NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., 362/364).

13 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006, p. 12-13.

Assim, seguiram-se no tempo várias gerações de direitos fundamentais, sendo classificadas atualmente na seguinte forma:

I - Direitos fundamentais de primeira geração: são os direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário, como são os direitos de liberdade. Referem-se, pois, às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos, como direitos de primeira dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à participação política, etc.

II - Direitos fundamentais de segunda geração: são aqueles ligados ao valor igualdade, direitos fundamentais de segunda dimensão como os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado.

III - Direitos fundamentais de terceira geração: são os direitos ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.

Há ainda, os direitos de quarta geração que compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo, defendidos (BONAVIDES. 2006)¹⁴.

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos

14 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, pp. 571-572 (8).

de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

E por fim há ainda doutrinadores que defendem a existência dos direitos de quinta geração ou dimensão, como José Adércio Sampaio¹⁵, em sua obra *A constituição reinventada*.

Como o sistema de direitos anda a incorporar os anseios e necessidades humanas que se apresentam com o tempo, há quem fale já de uma quinta geração dos direitos humanos com múltiplas interpretações. Tehrarian (1997 a e b) diz sobre “direitos ainda a serem desenvolvidos e articulados”, mas que tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida, reconhecendo-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado, todas definidas como prévias condições de “segurança ontológica” para usar a expressão de Laing (1969). Para Marzouki (2003), tais direitos seriam direitos oriundos de respostas à dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado “animal” do homem, conduzindo os “clássicos” direitos econômicos, culturais e sociais a todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania do estereótipo de beleza e medidas que acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos. Essa visão de complementaridade é encontrada também em Lebech (2000), todavia em relação ao direito à vida sob

15 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.302 (9).

os desafios das novas tecnologias, derivando então um direito à identidade individual, ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem.

Conforme se denota, os direitos fundamentais, ainda que divididos para estes fins didáticos, acabam por não anular ou cancelar as dimensões anteriores, e sim se complementam num cenário realista e globalizado, cuja valorização ocorre em momentos históricos distintos.

3. DO DIREITO À SAÚDE, CLASSIFICAÇÃO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SUA POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO.

Como é de sabença geral, a Constituição Federal de 1988 garante a todos os cidadãos o direito à saúde por força de vários dispositivos constitucionais, prescrevendo que a saúde é um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Sim, um dever do Estado, mas que infelizmente não consegue ser integralmente realizado, traduzindo um direito fundamental que depende de uma ação positiva do ente público, que lhe garanta uma eficácia do direito fundamental prestacional à saúde, até porque a proteção a esse bem é pressuposto para a qualidade de vida e dignidade da pessoa humana.

Portanto, estanque é a classificação do direito à saúde como um direito fundamental de cunho prestacional e social. Por vivermos num autêntico Estado Democrático de Direito, tem o Poder Público a função de garantir, como direito fundamental que é a saúde, o mínimo de dignidade humana. E desta forma, o Direito à Saúde se qualifica como um direito público subjetivo, que exige do Ente Público uma atuação positiva para guardar eficácia e garantia.

Atente-se à norma constitucional que determina que sua efetivação deverá ser realizada por meio de um serviço nacional de saúde, de acesso universal e gratuito, ou seja, em atenção ao princípio da igualdade, *in verbis*:

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.

Um luta, um empenho da gestão pública é assegurar a integralidade no atendimento da saúde do cidadão, através do Sistema Único de Saúde (SUS). Na realidade, o marco jurídico inicial do Sistema Único de Saúde na sua forma atual ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, prescrevendo dos artigos 196 ao 200, as Diretrizes e alguns dos princípios do SUS, como se extrai o disposto do artigo 198:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes:

- I - Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

No entanto, foi necessária a edição da 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, bem como a Lei nº 8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

Por sua vez, os princípios e diretrizes do SUS estão na Constituição Federal de 1988, regulamentados e reafirmados no Capítulo II, do artigo 7º da Lei nº 8.080/90:

CAPÍTULO II

Dos Princípios e Diretrizes

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios.

I - Universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - Integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - Igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - Direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - Divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - Descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - Integração, em nível executivo, das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.”

Conforme se denota, o Direito à Saúde está claro na Constituição Federal de 1988 quando define a saúde como direito de todos e dever do Estado, indicando os princípios e diretrizes legais do Sistema Único de Saúde – SUS.

Mas foi com a promulgação da Lei Federal nº 8.080/90, a chamada Lei Orgânica da Saúde (LOS), que versa sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da Saúde, e com Lei Federal nº 8.142/90, mantendo a perspectiva de participação social na gestão do SUS e conseqüentemente, conquista dos cidadãos, que houve uma nova formulação política e organizacional para o reordenamento dos serviços e ações de saúde estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

É literalmente um sistema único de saúde, que segue os mesmos princípios organizativos em todo o território nacional, sob a responsabilidade das três esferas autônomas de governo federal, estadual e municipal, interagindo um com o outro, na busca das atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde, seguindo princípios doutrinários, como:

I – Princípio da Universalidade: garantia de atenção à saúde por parte do sistema a todo e qualquer indivíduo, o qual passa a ter direito de acesso a todos os serviços públicos de saúde;

II – Princípio da Equidade: no sentido de assegurar ações e serviços de todos os níveis, sem privilégios, eis que todos são iguais perante o SUS e serão atendidos de acordo com suas necessidades até o limite do que o sistema puder oferecer para todos.

III – Princípio da Integralidade: as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde formam um todo indivisível e não podem ser compartimentalizadas, ainda que de diversas complexidade, formando um todo indivisível, traduzindo um de assistência integral.

Porém, para efetiva organização do SUS, a partir dos princípios delineados acima, algumas diretrizes orientam esse processo, como forma de se concretizar o SUS na prática:

a) Regionalização e hierarquização: essa diretriz impõe que os serviços devem ser organizados em níveis de complexidade tecnológica crescente, dispostos em uma área geográfica delimitada e com a definição da população a ser atendida.

Passam assim a ser considerados critérios epidemiológicos, implicando no acesso a todo tipo de tecnologia disponível visando alto grau de resolutividade de problemas. Uma rede de serviços organizada de forma hierárquica e regionalizada permite um conhecimento maior da situação de saúde da população da área delimitada, favorecendo ações de atenção ambulatorial e hospitalar em todos os níveis de complexidade.

Ou seja, o acesso da população à rede deve se dar por intermédio dos serviços de nível primário de atenção, que devem estar qualificados para atender e resolver os principais problemas que demandam os serviços de saúde. Os demais deverão ser referenciados para os serviços de maior complexidade tecnológica.

b) Resolubilidade: é a exigência de que o cidadão, ao buscar atendimento de saúde, obtenha serviço capacitado para enfrentá-lo e resolvê-lo até o nível da sua competência. Quando assim não for possível, que seja referenciado a outro nível de complexidade, já que a rede de serviços do SUS deve ser organizada de forma regionalizada e

hierarquizada, permitindo um conhecimento maior dos problemas de saúde da população de uma área delimitada, favorecendo ações de vigilância epidemiológica, sanitária, controle de vetores, educação em saúde, além das ações de atenção ambulatorial e hospitalar em todos os níveis de complexidade.

Sem delongas, o nível primário de atenção corresponde às Unidades Básicas de Saúde e deverá resolver 80% dos problemas que absorverem. Já o nível secundário corresponde aos Centros de Especialidades e devem resolver 15% dos problemas, cabendo os 5% restantes ao nível terciário de atenção à saúde, onde estão os hospitais de referência.

c) Descentralização: na realidade é uma espécie de redistribuição de poder e de responsabilidades quanto às ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo, partindo-se da premissa de que quanto mais perto do fato a decisão for tomada, maior a probabilidade de acerto. Aí se destacam as competências municipal, estadual e federal.

d) Participação dos cidadãos: garantia constitucional de que a população, por meio de suas entidades representativas, participa do processo de formulação e avaliação das políticas públicas de saúde e do controle da sua execução, em todos os níveis, desde o federal até o local (municipal), ferramenta dos conselhos de saúde que têm poder deliberativo, de caráter permanente, compostos com a representatividade de toda a sociedade, composta de forma paritária pelos usuários e governo, profissionais de saúde e prestadores privados de serviços.

Confere-se, ainda, a atuação direta do cidadão nas Conferências de Saúde, que são fóruns com representação de vários segmentos sociais que se reúnem para propor diretrizes, avaliar a situação da saúde e ajudar na definição das políticas públicas de saúde.

e) Complementariedade do setor privado: a Constituição permite, quando houver insuficiência do setor público, a contratação de serviços privados sob normas do direito público, com preponderância do interesse público sobre

o privado, além da contratada estar de acordo com os princípios básicos e normas técnicas do SUS, como os já reportados princípios, seguindo as determinações do sistema público no seu funcionamento, organização e articulação com a rede. Mesmo assim, diante de todo esse aparato de regras, na prática, a saúde não alcança sua real efetivação.

E por que, embora tenha o país um Sistema Único de Saúde tão “perfeito” à luz de princípios e normas, hoje precisa o cidadão recorrer ao Poder Judiciário para fazer face à concretização do seu direito fundamental à saúde?

É o que será abordado no próximo tópico.

4. OS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS, O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

Como já mencionado, o Direito à Saúde é um direito fundamental social, previsto nos artigos 6º, *caput*, e 196 da Constituição Federal de 1988, classificados como normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, as que dependem para sua aplicabilidade, da edição de regulamentação ordinária para integrá-las. Ou seja, o Direito à Saúde pressupõe um comportamento ou uma ação positiva do Estado para que finalmente se concretize.

Mas qual seria essa atuação positiva do Estado para concretizar o direito fundamental à saúde?

Para a Administração Pública seria imprescindível então a elaboração de políticas públicas, que por sua vez demandam disponibilidade financeira e orçamentária, exigindo do Poder

Público a elaboração de programas de governo e estratégias votadas ao atendimento do Direito à Saúde do cidadão.

E é aí que o Estado, quando da concretização das políticas públicas de saúde, sofre dupla restrição: uma de caráter formal, consubstanciada nas leis orçamentárias, e outra de caráter prático, qual seja, a carência de recursos e na escolha de prioridades pelo administrador público.

Para tanto, o Estado precisa desempenhar seu papel pautado sempre pela razoabilidade, não perdendo de vista o fato de que as necessidades relacionadas ao Direito à Saúde são ilimitadas, mas os recursos são escassos.

Esse é o esforço a ser considerado pelo gestor, eis que os comandos legais e constitucionais que garantem o Direito à Saúde se contrapõem às prerrogativas da Administração Pública, obtemperando a eleição de programas e projetos para criação e implementação de políticas públicas que ao final serão executados, de acordo com a disponibilidade financeira, previsão orçamentária, arrecadação de receitas, programação dos gastos públicos, leis orçamentárias e de responsabilidade fiscal, determinantes, pois, na definição das estratégias, programas e políticas públicas de saúde do Estado. São, pois, esses fatores que influenciam na efetivação do direito fundamental social à saúde, que não raro acaba por não acudir sua integralidade.

Diante desses instrumentos de base normativa orçamentária é que se invoca o Princípio da Reserva do Possível, quando o Estado é demandado a fazer com que se execute o Direito à Saúde mas acaba por encontrar obstáculo na escassez de recursos.

Para Fernandes Borges Mânica, a teoria da reserva do possível, na sua origem, não se referia direta e unicamente à

existência dos recursos públicos necessários à concretização de direitos sociais, mas relacionava-se à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas à efetivação dos mencionados direitos. (MÂNICA. 2007)¹⁶. Na realidade o Princípio da Reserva do Possível é uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursarem o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão.

Neste caso específico, decidiu a Suprema Corte Alemã que somente se pode exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade.

Exsurge-se daí que os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

Ocorre que, de modo geral os magistrados não se preocupam com os impactos orçamentários de sua decisão, muito menos com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento. Porém, a realidade é que os recursos são finitos e há na prática obstáculos para cumprimento de suas decisões.

Não é demais anotar que o Ente Público não pode arcar com despesas extras, sem previsão orçamentária, sob pena de incidir o gestor em irresponsabilidades.

Invocam então, os operadores do direito o Princípio da Reserva do Possível, que representa um limitador à efetividade dos direitos fundamentais e sociais, de sorte que esse fundamento encontra guarida desde que não sirva de justificativa de ineficácia

16 MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, pp. 169-186, jul./set. 2007 (10).

pública, mas como meio de defesa legal e de luta pela garantia do mínimo existencial da saúde e como única forma de garantia da dignidade da pessoa humana, obedecida a razoabilidade da pretensão.

Entretanto não há como negar a existência de uma corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a tese que o Estado deve garantir o “mínimo existencial”, ou seja, os direitos básicos das pessoas, por força do Princípio da Dignidade Humana, em que todo ser humano possui um direito ao mínimo existencial, o que significa um direito aos meios que possibilitem a satisfação das necessidades básicas, entre as quais a necessidade de ter saúde, tese defendida pelo Poder Público que desconsidera a insuficiência dos recursos financeiros do Estado para sua concretização.

Como forma então de balizar essas vertentes, o argumento da reserva do possível somente será acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais gravames do que vantagens à efetivação de um direito fundamental, o que acaba por implicar numa típica e autêntica ponderação de valores, com base na proporcionalidade dos interesses envolvidos.

Partilha desse posicionamento diversos julgados, a exemplo da decisão liminar que serve como paradigma, proferida nos Autos Nº 5007760-83.2017.4.04.7205, proposta pela menor M. T. C. em face da UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela nos seguintes termos:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação por meio da qual a parte autora busca o fornecimento de medicamento, indeferiu o

pedido de antecipação dos efeitos da tutela nos seguintes termos:

Recebo a petição do evento 6 como emenda à inicial. Retifique-se a autuação para constar o novo valor atribuído à demanda (EMENDAINIC1, evento 6).

Pretende-se, em sede de tutela, seja determinado à ré o:

“CUSTEIO AMPLO de AQUISIÇÃO e FORNECIMENTO do MEDICAMENTO SPINRAZA/ NUSINERSEN À AUTORA, com a dosagem e local para aplicação indicados pela Dra. Juliana Cardoso Fiquene - CRM/SC 9.698, consoante relatório e receita médica (docs. 10 e 18), ou seja: 03 doses de 05 ml cada, com intervalo de 14 (quatorze) dias; quarta dose após 30 dias da terceira; manutenção: 05 ml a cada 04 meses, aplicado no Hospital Santo Antonio, em Blumenau-SC, até alta médica definitiva;” .

A criança M. T. C. padece de: “...deleção dos exons 7 e 8 do gene SMN1, achado associado à atrofia muscular espinhal...”. A doença Atrofia Muscular Espinhal ou Amiotrofia Espinhal (AME), de acordo com a petição inicial, é uma doença genética, para a qual, até o final do ano de 2016, não existia medicação para o seu controle. De acordo com o relatório médico (OUT10, evento 1):

O medicamento pleiteado judicialmente - Nusinersen - teria sido autorizado pelo FDA (Food and Drug Administration - NOT/PROP21) e pela Agência Europeia de Medicamentos (EMA- NOT/PROP19) no final do ano de 2016. E acerca do medicamento pretendido, a própria Agência Europeia de Medicamentos informa:

“...Como os pacientes tratados com Spinraza ainda não foram seguidos por um longo período de tempo, ainda não se sabe se os efeitos de Spinraza serão mantidos a longo prazo, ou se Spinraza pode ser capaz de fornecer uma cura em alguns dos SMA pacientes. Mais informações sobre esses aspectos ficarão disponíveis com o tempo...” (NOT/PROP19, evento 1). (Destaquei).

Apreende-se, dessas informações, que se trata de medicamento ainda em fase de avaliação quanto aos seus efeitos e às hipóteses de cura. Além de cuidar de

medicamento novo, importado, de alto custo (R\$ em torno de US\$750 mil, o equivalente a R\$2.250.000,00), não aprovado pela Anvisa. Essas circunstâncias impõem que, ao menos em exame superficial, próprio desta fase, aconselhado pela prudência, a medida não seja acolhida, in limine litis.

Bem verdade que, até então, forte no art. 4º do ECA e 227 da CR/88, tenho entendido que o atendimento à saúde da criança/adolescente/jovem é de ser dada prioridade absoluta. Todavia, com a devida vênia e por mais duro que possa parecer, não encontro, no ordenamento jurídico nacional, amparo jurídico a contemplar a situação estampada na inicial, não obstante tratar-se de criança.

Afinal, qual a base jurídica para obrigar o Estado brasileiro a fornecer medicamento importado, de efeitos ainda indefinidos, de custo elevadíssimo, sem aprovação pela Anvisa e sem circulação no território nacional, a uma criança, quando este mesmo Estado - à luz do dia ou mesmo na escuridão da noite, mas com o acumplicimento desavergonhado de todos - sonega a milhares de outras crianças (sem contar todos os outros viventes) medicamentos já de comprovada eficácia, de custo infinitamente inferior, aprovados pela Anvisa e encontrados no mercado interno?

Fundamenta-se o pedido inicial nas disposições inseridas na CR/88, que estabelece, textualmente, que a saúde direito de todos e dever do Estado (art. 196). Mas - e aqui se atente bem - O que prescreve aludido dispositivo é que a saúde é direito de todos, não de alguns. E o que é de todos não é de alguns. O que é de alguns não é de todos. Só é de todos o que é de todos. Igualmente o dever do Estado ali previsto não é para com alguns, mas para com todos.

Com o valor referido e destinado a um, quantos remédios poderiam ser fornecidos, cujos custos são infinitamente menores, mas com igual resultado: a salvação de vidas? Sobretudo quando se vive num País em que, diariamente, chegam até nós notícias de crianças fenecendo por falta de um copo de água com açúcar e sal? Quantos tratamentos salvadores, porque já de eficácia comprovada, poderiam - ou

deveriam - ser disponibilizados, por valores que, por vezes, não ultrapassam 100, 200 ou 300 reais, os quais correm o risco de não mais poderem ser prestados em virtude de decisões judiciais esparsas - como a ora pretendida - e que amparam a um ou outro?

Tenho que, ao menos em princípio, nenhum preceito constitucional, expresso ou implícito, assegura o direito de um, em detrimento de tantos outros. Nenhum preceito constitucional, expresso ou implícito, dá guarida a provimentos judiciais que, em não podendo atender a todos, optam por atender a alguns com acesso ao Judiciário. Nenhum preceito constitucional, expresso ou implícito, enseja o estabelecimento de diferenciações de importância entre a vida de um e a de tantos: este vive, aqueles morrem; a este o agasalho, àqueles a companhia do desamparo.

Ante o exposto, indefiro o pedido de tutela provisória de urgência.

Defiro a gratuidade da justiça (art. 89, do Código de Processo Civil).

Intime-se. Cite-se.(negrito nosso)

Forçoso reconhecer que a concessão judicial de todo e qualquer medicamento ou a determinação de realização de qualquer tratamento acabaria por inviabilizar as políticas públicas de saúde, destinadas à coletividade, como bem ponderou o douta juízo na decisão supra.

Vê-se a necessidade dos julgamentos também levarem em conta as possibilidades reais de cumprimento, evitando-se que se inviabilizem as políticas públicas de saúde voltadas à toda coletividade. Em verdade, a teoria da reserva do possível no Brasil reconhece que as necessidades dos administrados, mesmo aquelas relacionadas aos direitos sociais fundamentais, como é a saúde, são ilimitadas e os recursos são escassos, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões, não para justificar a inoperância, mas da comprovação de que para realização do Direito à Saúde,

objetivamente se atesta a incapacidade econômico-financeira do Poder Público, naquilo que razoavelmente pode se exigir, sopesando-se a limitação material oriunda dos escassos recursos.

Trata-se cláusula que configura justa causa pelo Estado, sem que se convole em tentativa disfarçada de fugir à sua obrigação constitucional. Cuida-se, assim, de uma interpretação conforme a Constituição que não poderia ignorar a hermenêutica das normas, sobretudo em chegar ao equilíbrio entre o que é justo, sob a visão exclusivamente ética e individual, e o que é juridicamente possível, que resultará uma decisão prejudicial a um ou a muitos administrados.

5. DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS DE SAÚDE

Conforme o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, os atos praticados pela Administração Pública devem ser examinados pelo Poder Judiciário ante o princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, tratando-se do poder-dever do Judiciário, com respeito à independência e harmonia dos Poderes.

E aqui reside outro fundamento de defesa do Ente Público, tendo em vista que o Judiciário, ao decidir que o Estado forneça determinado medicamento ou realize tratamento de saúde estaria assim invadindo a esfera de competência do Poder Executivo, justamente para aqueles que não constam no orçamento previsto.

Seria então a impossibilidade do atendimento da determinação judicial em face da ausência de previsão orçamentária o fator destoante da harmonia entre os Poderes, contrariando a vedação à atuação positiva do juiz.

Como efeito prático dessa intervenção, vem a falta de compreensão do magistrado das dificuldades da Administração Pública dar cumprimento às ordens judiciais. Isso porque todas as compras públicas devem obediência às regras próprias instituídas pela Lei de Licitações, sob pena de colocar o Estado em situação de risco desde as suas prestações de contas até pela urgência desconsiderar a probabilidade de comprar mal, com preços não condizentes e injustificados, contribuindo para o tão repugnante superfaturamento.

De outra banda, a exigência do procedimento licitatório, ou de dispensa ou inexigibilidade, por óbvio, não serve de justificativa plausível para o não cumprimento das ordens judiciais, mas sem sombra de dúvida deve ser considerado pois não pode o Ente Público abandonar a licitude de seus atos.

Como forma de abrandar esse impasse, devem ambas as esferas de poder abrir um diálogo responsável e sobretudo humano, condizente com o fundo do direito que se ampara. Inclusive, o Poder Público, diante do crescente ativismo judicial, deve buscar esforços para o alcance de soluções já na fase pré-processual, trazendo consideráveis benefícios a todos os envolvidos, com redução das despesas inerentes ao cumprimento de decisões judiciais, notadamente na aplicação das multas impostas ao Estado pela demora no cumprimento da obrigação que lhe é exigida, na maioria das vezes em razão da máquina administrativa burocrática que revestem os atos administrativos.

Ganha o Estado, o paciente e o juiz, otimizando desde recursos até a vida do indivíduo propriamente dita. Nos Estados, importância primordial possuem as Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde, que passaram nos últimos tempos a ter papel de extrema eficiência, onde vários entes e atores buscam solucionar de forma mais célere demandas de saúde que seriam judicializadas.

É preciso compreender a necessidade da adoção de novas estratégias de racionalização das ações e serviços em saúde nos Estados, com destaque para o estreitamento das relações, com intervenção preventiva das Procuradorias.

De relevância impar também a abertura de diálogo com Procuradorias, Defensorias e os órgãos de controle, como MP e MPF, incluindo os setores internos das Secretarias de Saúde para realização de parcerias.

No Estado do Acre, foram criados grupos de trabalhos, sendo que um deles redundou na elaboração do Manual de Compras de Medicamentos, publicado no DOE nº 11.685, 20 de novembro de 2015, que servirá de orientador para a atual e futuras gestões. Durante o ano de 2015 e 2016 foi instalada a Assessoria Especial da Saúde da Procuradoria Geral do Estado do Acre, nos termos da Lei Complementar nº 45/94, designando-se uma Procuradora do Estado para realizar seus trabalhos junto à Secretaria de Estado de Saúde, oportunidade em que foi possível a aproximação da Procuradoria com o cidadão e gestores, na busca do produto final da assistência que é a saúde.

Outros estados da federação também abraçaram estratégias para minimizar os efeitos das ações administrativas e judiciais da saúde, no sentido de efetivamente garantir o direito à saúde, muito louvável não só pelo direito à vida, como também em respeito ao erário e às contratações públicas, a exemplo dos seguintes modelos e ações:

5.1 Procuradoria de Serviços de Saúde (RJ)¹⁷:

Representa o Estado do Rio de Janeiro em juízo nos processos que tenham por objeto principal o cumprimento do

¹⁷ Disponível em: (<https://goo.gl/UG7BcR>). Acesso em: 04 de junho de 2017.

dever de saúde pública, tal como o fornecimento de medicamentos, insumos, materiais ou equipamentos médicos; a realização de tratamentos, exames médicos ou procedimentos cirúrgicos; a internação em unidades hospitalares e o atendimento médico móvel; e a alteração de políticas e programas públicos de saúde.

5.2 Procuradoria de Saúde (PR)¹⁸:

A Procuradoria de Saúde (PRS) é a unidade especializada da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná encarregada de representar judicial e extrajudicial, ativa e passivamente, o Estado do Paraná nas causas referentes ao Direito de Saúde, como as que versam sobre o fornecimento de medicamentos, insumos, materiais ou equipamentos médicos, tratamentos, exames médicos ou procedimentos cirúrgicos, internação em hospitais, atendimento médico em unidade móvel, praticando todos os atos que não estejam reservados à competência de outra unidade da Procuradoria-Geral do Estado.

5.3 Núcleo Especial para tratar das ações judiciais na área da saúde pública da PGE (SC)¹⁹:

Com o objetivo de aprimorar o gerenciamento dos processos judiciais relacionadas à área da Saúde, a Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina (PGE/SC) criou, através da Portaria Nº 59/2015, o Núcleo de Ações Repetitivas de Assistência à Saúde (Naras).

Em síntese, o Núcleo tratou de uniformizar teses de defesa, propor medidas judiciais e administrativas para prevenir litígios e manter constante interlocução com órgãos dos poderes

18 Disponível em: < <https://goo.gl/j3r2EM> >. Acesso em: 04 de junho de 2017.

19 Disponível em: < <https://goo.gl/gCzcnv> >. Acesso em: 04 de junho de 2017.

Executivo e Judiciário, reduzindo os custos com as demandas repetitivas de prestação de saúde e otimizar o trabalho jurídico, contando ainda, os procuradores com o auxílio de especialistas de entidades públicas e privadas, com atuação em área correlata. Ainda, se registram Convênios que organizam fluxo de ações judiciais envolvendo saúde (RS), a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde inspira boas práticas – Ganhou Prêmio (RJ), tendo sido, a experiência da PGE-RJ, pioneira no país.

A mesma, em parceria com outros órgãos envolvidos, tem promovido a resolução administrativa de demandas de saúde, reduzindo o ajuizamento de ações contra o Estado e preservando o direto à saúde da população, servindo de inspiração para outras Procuradorias pelo Brasil, como, por exemplo, a Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina. O projeto pioneiro recebeu menção honrosa na 11ª edição do Prêmio Innovare, e ainda foi tema de entrevista veiculada na imprensa, na qual o Procurador Rodrigo Mascarenhas, um de seus idealizadores, pôde dar maiores detalhes.

E por fim, também a existência do Núcleo de Saúde da PGE de Alagoas que funciona no prédio da Secretaria Estadual de Saúde que igualmente visa acelerar os processos judicializados relativos a medicamentos e procedimentos de média e alta complexidade, cujos resultados foram positivos já no início da instalação em 2015, concorrendo ao Prêmio de Inovação.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, embora o presente trabalho não tenha como finalidade resolver o problema da judicialização da saúde, é possível perceber que o Estado tem medidas defensivas e sensibilizadoras capazes para apresentar-se diante das demandas de saúde, bem como medidas preventivas já adotadas por outros

entes federativos, na busca por resultados mais céleres e eficientes, com diminuição de custos e despesas aos cofres públicos, ampliando sempre o diálogo, concretizando o Direito à Saúde na forma preconizada pela Constituição Federal e alicerçada pelos princípios fundamentais do SUS.

É preciso que o Poder Judiciário se aproxime da gestão pública, conheça suas dificuldades e permita-se aplicar a ponderação de valores como instrumento hábil à resolução da lide, analisando o caso concreto para identificar se há ou não omissão do Poder Público.

As necessidades do cidadão são e sempre serão ilimitadas, e os recursos da mesma forma serão sempre finitos e escassos, daí porque tanto gestor como julgador devem fazer imperar o bom senso, aquele na eleição das políticas públicas e este na hora de decidir.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19^a Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6^a ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 517.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Revista

Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MASSON, Nathalia, Manual de Direito Constitucional. 5a ed.: Revista, ampliada e atualizada, Editora Jus Podivm, 2017, PÁG. 201/202.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., 362-364.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.302.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 36.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006, p. 12-13.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178.

A SEXTA - PARTE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DO ACRE NA VISÃO DO JUDICIÁRIO E DA PROCURADORIA – GERAL DO ESTADO DO ACRE

Wheliton Souza da Silva¹

RESUMO: A gratificação de sexta-parte foi prevista na Constituição do Estado do Acre e na Lei Complementar Estadual nº 39/93 e vem tendo os contornos alterados em face de alterações constitucionais, jurisprudenciais e administrativas, de modo que paira atualmente uma certa insegurança jurídica tanto para a administração quanto para o administrado, impondo-se uma nova compatibilização entre as alterações legislativas, jurisprudenciais e os precedentes administrativos para se delinear os atuais contornos da verba, cujos traços principais se procurou encontrar e analisar neste trabalho.

Palavras-chave: servidor, sexta- parte, vantagem.

1. INTRODUÇÃO

A gratificação de sexta-parte possui previsão na Constituição do Estado do Acre e na Lei Complementar Estadual nº 39, de 29 de dezembro de 1993, sendo uma vantagem das mais concedidas no âmbito da Administração Pública do Estado do Acre, tendo reflexos tanto na Gestão de Pessoas quanto nos gastos com pessoal.

¹ Mestre em Letras: Linguagem e Identidade pela UFAC, Especialista em Direito Ambiental pela UFMT, Especialista em Direito Processual Civil pela UNICID, Especialista em Direito Tributário pela UCAM, Bacharel em Direito e Licenciado em Letras pela UFAC. Analista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre

Hodiernamente os seus contornos foram alterados mediante as alterações constitucionais, infraconstitucionais, jurisprudenciais e administrativas, de modo que se criou uma espécie de insegurança jurídica tanto para a Administração Pública quanto para os administrados.

Nesse contexto, a escolha desse tema deu-se por sua riqueza e relevância no mundo jurídico atual. A doutrina e os próprios tribunais vêm alterando seus entendimentos com o tempo, de modo que houve alterações substanciais que levam a um quadro jurídico de incertezas, sobretudo para os administrados que se imaginam, muitas vezes, possuidores de um direito que não raras vezes lhes acaba sendo negado com base no atual entendimento sobre a verba, bem como pelos efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.609/AC.

Em razão disso, o objetivo geral deste labor é apontar as principais características da vantagem conhecida como sexta-parte prevista na Constituição do Estado do Acre de 1989 e na Lei Complementar nº 39/93, mediante as alterações legislativas e jurisprudenciais hodiernas, com o fim de auxiliar numa política de gestão de pessoas mais atual, eficaz, eficiente e de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto, foram delimitados os seguintes objetivos específicos:

- a) Investigar, identificar e compreender o atual quadro histórico-legal, jurisprudencial e de precedentes administrativos sobre a matéria;
- b) Identificar e examinar a natureza, características e requisitos atuais para a concessão da vantagem, mediante a conjugação da visão do Poder Judiciário e da Procuradoria – Geral do Estado do Acre;
- c) Compreender e analisar as diferenças entre a sexta-parte estabelecida na Constituição do Estado do Acre

e a sua regulamentação prevista na Lei Complementar Estadual nº 39/93;

d) Analisar os efeitos da ADI nº 3.609/AC na concessão da verba quanto aos servidores civis do Estado do Acre;

e) Fornecer informações à Administração Pública, sobretudo no tocante à gestão de pessoas, quanto à obediência ao atual quadro legal, jurisprudencial e administrativo para a concessão da vantagem, para possibilitar uma gestão de pessoal mais eficaz, eficiente, econômica e de acordo com o ordenamento jurídico pátrio vigente;

Quanto à metodologia, neste estudo fez-se o uso do método dedutivo de abordagem, bem como do método de procedimento monográfico.

Como técnica de pesquisa usou-se da técnica bibliográfica, através da qual serão exploradas as ideias de grandes nomes do universo jurídico nacional e internacional, bem como da jurisprudência das cortes superiores do Brasil, decisões de tribunais de contas e da Procuradoria-Geral do Estado do Acre. Também se fez uma análise minuciosa dos dispositivos legais que regulamentam a temática ora levantada.

Quanto à base teórica, partiu-se inicialmente da concepção de ordenamento jurídico como um sistema dado por Norberto Bobbio, inspirado pelas concepções de Hans Kelsen (BOBBIO, 2011, p. 79/82).

Na visão de Bobbio, o ordenamento jurídico é composto de um complexo de normas, o que justifica seu argumento de que as normas não existem isoladamente, mas são ligadas umas às outras formando um sistema normativo (BOBBIO, 2008, p. 37).

Mais que isso, as normas são emanadas de fontes diversas, não estando todas no mesmo plano, existindo normas

superiores e normas inferiores, de forma escalonada (pirâmide Kelsiana), havendo uma norma suprema (a Constituição), norma fundamental que dá unidade a todas as demais.

Porém a mera unidade não leva à existência de um ordenamento jurídico, pois esse pressupõe uma coerência entre as normas, de modo que inexistem normas incompatíveis. Ou seja, partiu-se da necessidade de compatibilizar as alterações legislativas constitucionais, infraconstitucionais e de entendimentos jurisprudenciais e administrativos sobre a matéria.

Com o fim de abordar especificamente o assunto, adotou-se, ainda, conceitos de consagrados autores como José Afonso da Silva, Hans Kelsen e José dos Santos Carvalho Filho.

Ao final do artigo apresentou-se um quadro dos atuais contornos da gratificação de sexta- parte prevista na Constituição do Estado do Acre e na Lei Complementar Estadual nº 39/93.

2. DA SEXTA - PARTE

2.1 DO CONCEITO E NATUREZA DA SEXTA - PARTE

A pesquisa refere-se a esse relevante tema cuja nomenclatura adotada é de gratificação, mas que não parece ser a classificação mais adequada, pois não se constitui em adicional ou gratificação apesar do *nomen juris* adotado pelo legislador acriano.

Ora, gratificações e adicionais, na doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (2016, p.788), possuem pressupostos certos e específicos, não se constituindo em parcelas incluídas no próprio vencimento do cargo.

Assim, a sexta-parte não se constitui em adicional ou gratificação, pois nos termos tanto da CE quanto da LCE nº 39/93, trata-se de clara melhoria salarial em decorrência do tempo de serviço prestado ao ente público, possuindo além da natureza premial, natureza salarial vez que se incorpora ao vencimento-base, tornando-se também vencimento-base sobre o qual incidem outras parcelas conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal – STF no Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 820.974/SP, *verbis*:

Ementa: REMUNERAÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO PAULISTA – SEXTAPARTE. A parcela não caracteriza gratificação por tempo de serviço, mas melhoria de vencimento alcançada com implemento de condição temporal, integrando-o e servindo de base a outras parcelas.(BRASIL. STF. AI 820974 SP. 1º Turma. Min. Relator: Marco Aurélio. Julgamento em 13/12/2011. Publicado no DJ de 15/02/2012)

Logo, de modo geral, a sexta-parte surgiu como um incentivo à permanência no serviço, recompensando os bons préstimos do servidor à Administração Pública com um bônus pelo tempo de serviço prestado.

2.2 CONTEXTO HISTÓRICO – LEGAL DA CRIAÇÃO DA SEXTA-PARTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO ESTADO DO ACRE

No âmbito do Estado do Acre a sexta-parte foi prevista na Constituição de 03 de outubro de 1989, no art. 36 , §4º, cuja redação original possuía os seguintes termos:

Art. 36. A cada cinco anos de efetivo exercício no serviço público estadual, na condição de titular do cargo de provimento efetivo ou que esteja no exercício de cargo em comissão, o servidor terá direito a licença prêmio de três meses, com todos os direitos e vantagens do cargo, nos termos fixados em lei.

§ 1º O período aquisitivo de direito será contado a partir da data de admissão em qualquer órgão da administração pública.

§ 2º A requerimento do servidor e observadas as necessidades do serviço, a licença especial poderá ser concedida integralmente, de uma só vez, ou em duas ou três parcelas.

§ 3º A licença especial será contada em dobro, para efeito de aposentadoria, caso o servidor não a goze.

§ 4º Ao servidor público estadual ou municipal será concedida, após vinte e cinco anos de efetivo exercício, gratificação correspondente à sexta parte dos vencimentos integrais, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos.

§ 5º Se a repartição pública, por qualquer razão, deixar de efetuar, no tempo hábil, o pagamento da gratificação a que se refere o parágrafo anterior, o servidor a requererá formalmente, e terá direito a receber, integralmente, toda a importância em atraso, com as devidas correções. (ACRE. Constituição do Estado do Acre, de 03 de outubro de 1989, 2017, p. 16/17)

Por meio da Emenda à Constituição Estadual nº 36/2004, foi alterada a redação do §4º no qual foi acrescentada a expressão “de serviço público estadual e municipal, prestado exclusivamente no âmbito do Estado do Acre”:

§ 4º Ao servidor público estadual ou municipal será concedida, após vinte e cinco anos de efetivo exercício de serviço público **estadual e municipal, prestado exclusivamente no âmbito do Estado do Acre**, gratificação correspondente à sexta parte dos vencimentos integrais, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos. (ACRE. Constituição do Estado do Acre, de 03 de outubro de 1989. (ACRE. Constituição do Estado do Acre, de 03 de outubro de 1989, 2017, p. 16)

Em sede infraconstitucional, a benesse encontra previsão no art. 73 da Lei Complementar Estadual nº 39, de 29 de dez de 1993:

Art. 73. Independentemente de solicitação, será concedida ao servidor, após vinte e cinco anos de efetivo exercício público estadual, a gratificação correspondente à sexta parte dos vencimentos integrais.

§ 1º O percentual estabelecido neste artigo, se incorporará aos vencimentos para todos os efeitos.

§ 2º O não pagamento em tempo hábil, o servidor requererá formalmente, e terá direito a receber, integralmente, a partir da data concessória, com as devidas correções.

(ACRE. Lei Complementar Estadual nº 39, de 29 de dezembro de 1993, 2017, p. 39/40).

Comparando as normas atinentes à verba na Constituição Estadual e na Lei Complementar nº 39/93, observa-se a presença na LCE nº 39/93 da exigência de 25 (vinte e cinco) anos de serviço público estadual, excluindo completamente o serviço público municipal, restrição, inclusive, não obedecida pela Administração Pública do Estado do Acre, pois em desconpasso com a CE, visto que a CE é o fundamento de todo o sistema jurídico estadual, de modo que normas em contrário devem ser desconsideradas (KELSEN, *apud* BOBBIO, 2011).

Ademais, a norma constitucional em apreço não necessita de regulamentação infraconstitucional, vez que se afigura, na classificação de José Afonso da Silva, em norma autoaplicável de eficácia plena, não havendo previsão legal para que seja regulada por norma infraconstitucional (SILVA, 1998).

2.3 DA CONSTITUCIONALIDADE DO §4º DO ART. 36 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Cabe consignar-se que a própria constitucionalidade do §4º do art. 36 da Constituição Estadual – CE é questionável, seja em face da vedação da alínea “a”, inciso II, §1º do art. 61 da Constituição Federal, ou seja, por ser de iniciativa privativa do

Chefe do Executivo por implicar em aumento salarial, seja em face do art. 37, inciso XIV da Constituição Federal, isto é, pela vedação ao efeito cascata na remuneração de servidor público, seja, ainda, por invadir a competência do Chefe do Executivo municipal já que o §4º do art. 36 da CE cria essa obrigação.

Inclusive, em relação aos indícios de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, a Corte de Justiça Acriana, decidindo caso em que servidor municipal solicitou Gratificação de sexta- parte prevista no art. 18 da Lei Orgânica Municipal de Rio Branco/AC e no §4º do art. 36 da Constituição Estadual, considerou inconstitucionais os dispositivos retrocitados porque a vantagem só poderia ser criada por iniciativa privativa dos Chefes do Executivo e não do legislativo como ocorreu em ambas as normas:

CONSTITUCIONAL. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 18, CAPUT, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE RIOBRANCO. §4º, DO ART. 36 DA CONSTITUIÇÃO DO ACRE. ADICIONAL DE SEXTA PARTE. AUMENTO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDOR. PARÂMETRO. ALÍNEA “A”, INCISO II, §1º, ART. 61, DA CF/88. VÍCIO DE INICIATIVA. EXISTÊNCIA. INSANÁVEL. ARGUIÇÃO ACOLHIDA. INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. EFEITOS EX NUNC.

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade instaurado, à unanimidade de votos, pela 2ª Câmara Cível deste e. Tribunal, ex vi do Acórdão nº 1.488, que tem por objeto a averiguação de eventual inconstitucionalidade (por vício de iniciativa) do §4º, do artigo 36, da Constituição do Acre e do artigo 18, caput, da Lei Orgânica do Município de Rio Branco que instituíram o adicional de sexta parte aos servidores frente ao disposto na alínea “a”, inciso II, §1º, artigo 61, da Lei Maior.

Versando o adicional sexta parte de parcela permanente integrante da remuneração do servidor, sua implementação, por decorrência lógica, acarreta aumento

no quantum remuneratório; daí porque a norma que pretenda sobre ele tratar deve observar a regra geral da alínea “a”, inciso II, §1º, art. 61, da Constituição Federal, ou seja, deve ser de iniciativa privativa do Chefe do Executivo.

Tanto o caput do art. 18, da Lei Orgânica do Município de Rio Branco, quanto o §4º, do art. 36, da Constituição do Acre, tratam sobre a concessão da gratificação da sexta parte aos servidores, **e foram incluídos por iniciativa do Legislativo**, ou seja, em nítida contrariedade ao disposto no parâmetro constitucional federal. Ainda, ao consignar a expressão “ou municipal” no já citado artigo da Constituição acriana, o legislador estadual também promove ingerência indevida na autonomia administrativa do ente municipal. 4. Em que pese se reconheça a boa intenção do parlamento mirim, tais comandos padecem de inconstitucionalidade formal subjetiva, por vício de iniciativa, que é insanável. 5. Arguição acolhida, para declarar, incidenter tantum, a inconstitucionalidade formal da expressão “ou municipal”, contida no §4º, artigo 36, da Constituição do Acre e do artigo 18, caput, da Lei Orgânica do Município de Rio Branco, frente ao disposto na alínea “a”, inciso II, §1º, artigo 61, da Constituição Federal. Produção de efeitos ex nunc (para o futuro), invocando aqui o leading case do STF RE. (Arguição de Inconstitucionalidade n. 0024993-23.2011.8.01.0001/50000, relatora a Desembargadora Waldirene Cordeiro. Acórdão 8.536/2015)

Entretanto, como a declaração de inconstitucionalidade se deu de forma incidental, sem efeitos *erga omnes*, a norma continua em vigor.

De toda forma, mesmo que a vantagem venha a ser declarada inconstitucional, existe igual previsão no art. 73 da Lei Complementar Estadual nº 39/93, a qual, inclusive, por trazer exigências não previstas no texto constitucional, consoante já abordado neste trabalho, raramente é utilizada como fundamento para a concessão da vantagem. Veja-se sua literalidade:

Art. 73. Independentemente de solicitação, será concedida ao servidor, após vinte e cinco anos de efetivo exercício público estadual, a gratificação correspondente à sexta parte dos vencimentos integrais.

§ 1º O percentual estabelecido neste artigo, se incorporará aos vencimentos para todos os efeitos.

§ 2º O não pagamento em tempo hábil, o servidor requererá formalmente, e terá direito a receber, integralmente, a partir da data concessória, com as devidas correções. (ACRE. Lei Complementar Estadual nº 39, de 29 de dezembro de 1993, 2017, p. 39/40)

Portanto, quase que inócua a previsão da sexta-parte na Lei Complementar Estadual nº 39/93, vez que a previsão constitucional é autoaplicável.

2.4 DOS BENEFICIÁRIOS DA SEXTA - PARTE

O *caput* do art. 36 da Constituição Estadual – CE, embora trate de licença-prêmio, aqui não discutida, volta-se apenas aos servidores titulares de cargos efetivos ou que estejam no exercício de cargo em comissão. Sendo assim, prevista no §4º do art. 36 da CE, a gratificação de **sexta-parte**, numa interpretação sistemática e topológica, dentro do contexto do art. 36 da Constituição Estadual - CE, como a licença-prêmio, é endereçada somente aos servidores titulares de cargos de provimento efetivo do Estado do Acre. (ACRE.PGE/AC. Despacho de Aditamento Total ao Parecer PGE.Net nº 2016.02.000583, 2016).

Sendo assim, nessa mesma lógica interpretativa, os servidores que adentraram no serviço público estadual sem concurso público, por serem meros ocupantes de cargos públicos, não os titularizando, nos termos descritos no Parecer PGE SICAJ nº 2015.006.000132-6 (ACRE. PGE/AC, 2015), que tratou dos efeitos da ADI nº 3609/AC, na qual o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a Emenda à Constituição Acriana nº

38/2005, que efetivou os servidores admitidos sem concurso público após a Constituição de 1988 até 31 de dezembro de 1994.

O Parecer PGE SICAJ nº 2015.006.000132-6 (ACRE. PGE/AC, 2015) define uma série de restrições aos servidores que ingressaram sem concurso, inclusive, aqueles que adentraram antes de 1988 e mesmo os detentores da estabilidade excepcional prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Nos termos do aludido parecer, os servidores irregulares não podem gozar dos mesmos direitos específicos de planos de carreira ao qual o cargo exercido está vinculado e também às vantagens gerais incompatíveis com a precariedade no serviço público, uma vez que não são detentores de efetividade, inclusive os que ingressaram antes de 1988, a não ser aqueles direitos já adquiridos até o término dos efeitos modulares da ADI 3609/AC (BRASIL. STF, 2014), qual seja, até 19.02.2015.

Nesse grupo, destaque-se os detentores da estabilidade excepcional prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que possuem estabilidade mas não efetividade, também foram abarcados pelas restrições impostas, quais seja, não fazer jus às vantagens específicas de planos de carreira e às vantagens gerais incompatíveis com a falta de efetividade. A esse respeito, há inúmeros precedentes judiciais dos tribunais pátrios, mormente do STF:

Ementa: I. Servidor Público: estabilidade extraordinária (ADCT/CF/88, art. 19). O Tribunal tem afirmado a sujeição dos Estados-membros às disposições da Constituição Federal relativas aos servidores públicos, não lhes sendo dado, em particular, restringir ou ampliar os limites da estabilidade excepcional conferida no artigo 19 do ato federal das disposições transitórias. II. Estabilidade excepcional (Art. 19 ADCT): não implica

efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público (v.g. RE 181.883, 2ª T., Corrêa, DJ 27.02.98; ADIns. 88-MG, Moreira, DJ 08.09.00; 186-PR, Rezek, DJ 15.09.95; 2433-MC, Corrêa, DJ 24.8.01). III. Concurso público: exigência incontornável para que o servidor seja investido em cargo de carreira diversa.

1. Reputa-se ofensiva ao art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo do “aproveitamento” de que cogita a norma impugnada.

2. Incidência da Súmula/STF 685 (“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”). IV. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 25, 26, 29 e 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Ceara. (ADI 289, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 9.2.2007, DJ 16.3.2007)

Portanto, no âmbito administrativo do Estado do Acre, os servidores irregulares (admitidos sem concurso público) não podem gozar de gratificação de sexta-parte, quer os admitidos antes da Constituição de 1988, quer os após, a não ser que tenham adquirido o direito antes do término dos efeitos modulares da ADI nº 3609/AC, ou seja, até 19.02.2015, cuja data poderá ser estendida até 30.10.2015, caso providos os embargos de declaração manejados pelo Estado do Acre na aludida ADI.

Quanto à contagem do requisito temporal para concessão da sexta-parte, embora o *caput* do art. 73 da LCE nº 39/93 refira-se apenas ao serviço público estadual, logicamente, por ser expresso no §4º do art. 36 da CE, também se contabiliza para efeitos do cômputo para a concessão da vantagem o tempo de serviço público municipal. A única exigência é que os serviços tenham sido prestados no território do Estado do Acre, de forma exclusiva.

Apenas *obter dictum*, vale ressaltar, inclusive, que em sede de controle difuso de constitucionalidade, já houve declaração de que a previsão insculpida no §4º da CE é inconstitucional por ferir a iniciativa de lei e o sistema federativo, assunto este que foi devidamente tratado em outra parte deste trabalho.

Retornando ao tema da contabilização de tempo de serviço para efeitos da vantagem ora em análise, o TJAC, em caso de militar que prestou serviço às forças armadas nacionais decidiu que, após a Emenda à Constituição Estadual nº 36/2004, o tempo de serviço público estadual ou municipal prestado exclusivamente no âmbito do Estado do Acre é que deve ser contabilizado para o efeito de recebimento da gratificação de sexta-parte, excluindo-se, portanto, o serviço federal e ainda o prestado a outros estados ou municípios situados geograficamente fora do território acriano:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. GRATIFICAÇÃO DE SEXTA PARTE. CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO ÀS FORÇAS ARMADAS. VEDAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 36/04.

1. De acordo com modificação introduzida pela Emenda Constitucional 36/04, o tempo de serviço público estadual ou municipal prestado exclusivamente no âmbito do Estado do Acre é que deve ser contabilizado para o efeito de recebimento da gratificação de sexta parte.

2. Segurança denegada.

(Acórdão nº 6.178. Mandado de Segurança nº 2010.002292-8. Rel. Des. Adair Longuine. Autos 0002292—08.210.8.01.0000. Julgamento, 21 de julho de 2010).

Por fim, há que se consignar também que o Tribunal de Justiça do Estado do Acre considera que apenas tem direito à sexta-parte o servidor que averbou tempo de serviço prestado

a unidades federadas fora do Estado se à época da modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº 36/2004, computado o tempo averbado, possuía 25 (vinte e cinco) anos de serviço público:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. GRATIFICAÇÃO DE SEXTA PARTE. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO ÀS FORÇAS ARMADAS. CÔMPUTO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 36/2004. ART. 36, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ACRE. É vedado ao servidor militar a concessão da gratificação correspondente à sexta parte dos vencimentos integrais quando, à época da modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº 36/2004, não detinha vinte e cinco anos de efetivo exercício público, ainda que contabilizado aquele prestado em outras esferas da Administração Pública.

Noutro giro, percebe-se que a vantagem, tanto nos termos do §4º do art. 36 da CE quanto nos termos do art. 73 da LCE 39/39 é voltada apenas ao servidor público, excluindo-se, portanto, o empregado público.

Todavia, o TJAC nos autos nº 000241137.2008.8.01.0000 (ACRE. TJAC, 2008) que tratou de pedido administrativo de servidora de seu quadro, a qual tivera negado pelo Departamento de Recursos Humanos do Tribunal o pagamento de sexta-parte sob o fundamento de que o tempo de serviço prestado à Fundação do Bem Estar Social (FUNBESA) não poderia ser computado para fins de concessão da verba, tendo em vista que a sobredita fundação, é de direito privado conforme a Lei nº 554, de 06.05.1975, de modo que serviços prestados a FUNBESA não configurariam serviço público.

O TJAC concedeu a vantagem entendendo que havia previsão expressa na Lei Ordinária Estadual nº 1.417, de 24 de

outubro de 2001, que instituiu o Plano de Cargos, Carreiras e remuneração da FUNBESA, em seu art. 11, inciso II (ACRE, Lei Estadual nº 1.417, 2001).

Nesse compasso, aparentemente, a Corte de Justiça Acriana entende que a gratificação de sexta-parte pode ser deferida a empregados públicos cujas carreiras foram transformadas em estatutárias, com o advento da LCE nº 39/93, desde que previsto o benefício em lei da carreira com o vínculo transformado em estatutário.

Por sua vez, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRF2), em reiteradas decisões, ao analisar pedidos de empregados públicos para concessão de sexta-parte, com base no art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo, compreendeu que servidor público é gênero do qual empregado público é espécie e, portanto, a previsão de sexta-parte para os servidores públicos prevista na Constituição Paulista deve ser estendida aos empregados públicos. Veja-se:

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REGIME DA CLT. DIREITO À SEXTA-PARTE. O artigo 129 da Constituição do Estado de São Paulo assegura o pagamento da sexta-parte ao servidor público estadual. Neste conceito estão abrangidos também os empregados celetistas, visto que servidor público é gênero, do qual o empregado público celetista e o servidor estatutário são espécies. Assim, além de ser devida ao servidor estatutário, a sexta parte também deve ser paga ao servidor celetista. (TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00024299720145020088 SP 00024299720145020088 A28 (TRT-2) Data de publicação: 10/11/2015).

A esse respeito, o referido entendimento foi transformado em súmula pelo TRT2, qual seja a de nº 04, cuja tese o próprio Tribunal Superior do Trabalho - TST também adotou no Recurso

de Revista 16102420135020080 (Exegese da Orientação Jurisprudencial nº 75 da SBDI-1 Transitória e precedentes da Corte. Recurso de revista conhecido e provido).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal – STF, instado a se manifestar, em diversas oportunidades negou seguimento aos Recursos Extraordinários interpostos, com fundamento na Súmula nº 280, ou seja, por se tratar de direito local (RE 309.542-AgR, rel. min. Carlos Britto, *DJ* de 10.09.2004, AI 284.720-AgR, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* de 24.10.2003, AI 510.364-AgR, Rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 16.09.2005, AI 406.697-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 04.11.2005).

Nesta pesquisa, no âmbito da Justiça do Trabalho da 14ª Região, que possui competência no território do Acre e Rondônia, não foi encontrada jurisprudência a respeito, de modo que, aparentemente, não houve questionamentos judiciais. Igualmente não se encontrou precedentes junto à PGE/AC.

Com efeito, deve-se atentar que o art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo não faz qualquer menção à necessidade do beneficiário ocupar cargo efetivo, enquanto o *caput* do art. 36 da CE do Acre, embora trate de licença-prêmio, faz expressamente essa ressalva, de modo que se impõe pensar nas predições demais, entre elas que o §4º faz parte do contexto do art. 36, levando à conclusão lógica de que a sexta-parte volta-se apenas aos servidores que titularizam cargos públicos, excluindo-se, portanto, os empregados públicos, que ocupam funções públicas e não cargos.

Ressalve-se, entretanto, que os empregadores públicos, que são vinculados à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, podem usufruir de benesse similar caso prevista nos Acordos e Convenções aos quais estão vinculados, mas que tal verba não é

a mesma que prevista na CE e na LCE nº 39/93, por ter suporte legal diverso.

No mais, deve-se lembrar que a redação literal do §4º do art. 36 da CE aponta como beneficiários da vantagem tanto os servidores efetivos quanto os ocupantes de cargo em comissão. Porém, a benesse demonstra-se incompatível com a precariedade dos servidores exclusivamente ocupantes de cargo em comissão, o que implica em dizer que a norma deve ser interpretada como servidores efetivos ou servidores efetivos ocupantes de cargos em comissão, que são demissíveis *ad nutum*.

2.5 DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E DA FORMA COMO A SEXTA-PARTE DEVE SER CONTABILIZADA NA REMUNERAÇÃO TOTAL DO SERVIDOR

Tanto na Constituição do Estado do Acre quanto na LCE nº 39/93 inexistente necessidade de requerimento administrativo para que o servidor usufrua a sexta-parte, a não ser que a Administração fique inerte, não implementando a vantagem no tempo correto, já tendo, inclusive, o TJAC decidido no Acórdão nº 8.082, Apelação Cível e Remessa Ex-Ofício nº 2007.001626-2, relator. Des. Samuel Evangelista. Data Jul. 17 de junho de 2008. Processo 001.862-35.2006.8.01.0001 que, independente de requerimento, o servidor, ao completar 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício de serviço público estadual ou municipal, prestado exclusivamente no âmbito do Estado do Acre, tem direito à percepção da gratificação de sexta-parte a partir da data em que teria implementado as condições.

Outro ponto a ser abordado que vem sendo discutido atualmente no âmbito judicial e administrativo é a impossibilidade da sexta-parte incidir sobre os vencimentos integrais nos termos

previsto na CE, devido ao possível efeito cascata já que nos vencimentos integrais incluem-se vantagens que já incidiram sobre o vencimento-básico.

Ora, de fato o art. 37, inciso XIV da Constituição Federal veda o efeito cascata, já tendo o TJAC entendido que a concessão de sexta-parte sobre os vencimentos integrais configura a percepção da vantagem de forma cumulativa:

MUNICIPAL. CONCESSÃO DE VANTAGENS PESSOAIS SOBRE REMUNERAÇÃO INTEGRAL. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. EFEITO CASCATA. RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL INCIDENTER TANTUM DO ARTIGO 36, §4º DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL; ARTIGO 18 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE RIO BRANCO; E DO ARTIGO 16, §2º DA LEI MUNICIPAL Nº 1.892/2012. PREQUESTIONAMENTO. 1. O artigo 37, XIV, da Constituição Federal, com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 19/98, veda que acréscimos pecuniários concedidos a servidor público sejam incluídos na base de cálculo de acréscimos posteriores, ainda que não tenham mesmo título ou idêntico fundamento. É a vedação ao efeito cascata ou efeito repique. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 563.708/MS, firmou posicionamento quanto à inexistência de direito adquirido a regime jurídico, quanto à aplicabilidade imediata da alteração constitucional promovida pela EC nº 19/98, e quanto à inconstitucionalidade de leis infraconstitucionais editadas após sua promulgação. 3. O cálculo da vantagem pecuniária denominada “sexta-parte”, concedida aos servidores Auditores Fiscais de Tributos do Município de Rio Branco, nos termos do art. 18 da Lei Orgânica do Município de Rio Branco; do §4º do art. 36 da Constituição do Estado do Acre; e §2º do art. 16 da Lei Municipal nº 1.892/2012, afronta o texto constitucional, devendo ser calculada somente sobre o vencimento-base dos servidores. 4. A produtividade de Auditor Fiscal prevista (Autos 0708086-92.2012.8.01.0001. Acórdão nº 1.129. Rel. Desa. Regina Ferrari. Julgamento. 04 de agosto de 2014).

Dessa forma, tanto a Constituição Estadual quanto a LCE nº 39/93, apesar de se referirem à incorporação da sexta-parte nos vencimentos integrais e não no vencimento, tendo existido, inclusive, a adoção de soluções diversas no âmbito administrativo do Estado do Acre e no âmbito do TJAC.

Analisando caso em que servidor solicitou a incidência de função de confiança sobre a base para a concessão da sexta-parte, a Procuradoria-Geral do Estado no Parecer PGE/PP nº 184/2012, da lavra do Procurador Mauro Ulisses Cardoso Modesto, constante nos autos administrativos PGE. Net nº 2012.02.000653 (ACRE.PGE, 2012), afastou a possibilidade de função de confiança fazer parte da base de cálculo para concessão da vantagem ora discutida por se tratar de parcela transitória.

O fundamento para a decisão teve por base a vedação expressa no art. 37, inciso XIV ao efeito cascata de acréscimos pecuniários percebidos por servidores públicos, devendo ser a base de cálculo apenas as verbas permanentes e não - eventuais ou transitórias, uma vez que a gratificação incorpora-se aos vencimentos do servidor.

Entretanto, essa conclusão de incidência da sexta- parte sobre o vencimento básico mais as parcelas permanentes ainda não se afigura a mais adequada. Ora, vencimento é a retribuição pecuniária que o servidor percebe pelo exercício do cargo, sendo utilizado com o mesmo significado a expressão vencimento-base, vencimento-padrão ou remuneração-básica , não se confundindo com o conceito de vantagens pecuniárias, as quais, acrescidas ao vencimento-base, correspondem ao conceito amplo de remuneração (CARVALHO FILHO, 2016, p. 783-786).

Ademais, em reforço a essa linha de inteligência, o Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Acre (LCE nº 39/93), nos seus arts. 45 e 46 distinguiu vencimento e remuneração, disciplinando

que vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício do cargo, fixado em lei, enquanto remuneração é o vencimento do cargo acrescido das vantagens permanentes estabelecidas em lei. (ACRE, LCE nº 39/93, 2017, p. 30)

Inclusive, esboçando esse entendimento, o Conselho de Justiça Estadual, ao analisar pedido de servidora de seu quadro para que a sexta-parte incidisse sobre função de confiança (processo administrativo nº 0100981-48.2014.8.01.0000) decidiu que a expressão vencimentos deve ser interpretada como vencimento uma vez que o §4º do art. 36 da Constituição Estadual, não foi recepcionado pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de Junho de 1998, já que, com o início desta, o artigo 37, inciso XIV, da Constituição Federal, passou a dispor que os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fim de concessão de acréscimos ulteriores.

Outrossim, também o Conselho de Justiça Estadual, em suas razões de decidir, deixou claro que no caso de servidores que percebem a vantagem em afronta ao art. 37, inciso XIV da Constituição Federal, não incide a irredutibilidade de vencimentos. Ou seja, a gratificação pode ser recalculada para menor, se acaso a base de cálculo esteja equivocada.

Enfatizou-se na decisão, ainda, que os servidores públicos estaduais mantêm vínculo de natureza eminentemente estatutária, sendo incompatível a tese de direito adquirido, especialmente quando em afronta ao inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, já citou o RE nº 154205-5, Rel. Min. Ilmar Galvão.

A esse propósito, acompanhando o TJAC, a Procuradoria – Geral do Estado, nos autos administrativos nº 2017.02.0001210 (ACRE. PGE, 2017), passou a adotar também a tese de que a

sexta-parte incide apenas sobre o vencimento-base, que excluiu não apenas as parcelas transitórias mas também as permanentes, não compreendidas no conceito de vencimento-base.

Por outra via, também passou a entender que a sexta-parte incorpora-se ao vencimento-base, tornando-se também vencimento- base, de modo que sobre ela incidem as parcelas de caráter permanente.

Esse entendimento está em completa sintonia com o Supremo Tribunal Federal no Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 820.974/SP, *verbis*:

Ementa: REMUNERAÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO PAULISTA – SEXTA PARTE. A parcela não caracteriza gratificação por tempo de serviço, mas melhoria de vencimento alcançada com implemento de condição temporal, integrando-o e servindo de base a outras parcelas.(STF. AI 820974 SP. 1º Turma. Min. Relator: Marco Aurélio. Julgamento em 13/12/2011. Publicado no DJ de 15/02/2012).

Portanto, a sexta-parte incide sobre o vencimento-base, incorporando-se a este, de modo que se torna também vencimento-base sobre o qual incidem outras parcelas, havendo a possibilidade da Administração Pública recalcular a vantagem sem ferimento à irredutibilidade salarial prevista na Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante a análise da atual legislação, bem como das decisões judiciais e administrativas a respeito da sexta-parte, inclusive no contexto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.609/AC, chegou-se às conclusões abaixo ventiladas quanto aos contornos da verba em análise.

Em relação à natureza da gratificação, apesar do *nomen iuris*, trata-se de clara melhoria salarial vinculada ao tempo de serviço prestado, incidindo sobre o vencimento-base, com exclusão de parcelas não englobadas no conceito de vencimento-base.

A previsão do §4º do art. 36 da Constituição Estadual é inconstitucional por vício formal de iniciativa, pois a matéria é de competência do Chefe do Executivo Estadual e mais ainda, por comprometer também o Chefe do Executivo Municipal, criando tanto no âmbito do serviço público estadual quanto no municipal obrigações que envolvem gastos públicos.

Entretanto, houve apenas declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, com efeitos *inter partes*, de modo que enquanto não totalmente afastada do mundo jurídico, continua a norma em pleno vigor.

De qualquer forma, mesmo que o §4º do art. 36 da CE venha a ser declarado inconstitucional, a vantagem ainda encontra guarida no art. 73 da Lei Complementar nº 39/93, a qual possui exigência não prevista na CE, qual seja, a exigência de 25 (vinte e cinco) anos de serviço público estadual, olvidando completamente o municipal e em completa incompatibilidade com a norma constitucional, sendo, por isso, desobedecida pela Administração Pública do Estado do Acre.

Nesse compasso, uma eventual declaração de inconstitucionalidade do §4º do art. 36 da CE terá implicações na esfera de vários servidores que averbaram tempo municipal para fazer jus à vantagem, pois tal tempo não poderá ser utilizado para obtenção da sexta – parte.

Com efeito, demonstra-se não-recepcionada a expressão “vencimentos” constante tanto no §4º do art. 36 da CE quanto no *caput* §1º do art. 73 da LCE nº 39/93, conforme já assentou

o TJAC em inúmeros acórdãos, em conformidade com a EC nº 19/98. Dessa forma, a fim de evitar o chamado efeito cascata, salutar entender, fazendo uma interpretação conforme a Constituição Federal, que a vantagem incide apenas sobre o vencimento-padrão, incorporando-se ao vencimento-base, tornando-se também vencimento-base, sobre o qual incidem as demais parcelas que compõem a remuneração total do servidor.

Nesse prisma, até recentemente, a Administração Pública pagava a sexta-parte sobre o vencimento-base acrescido das parcelas permanentes, de modo que a nova forma de cálculo estabelecida pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre nos autos administrativos 2017.02.0001210 (ACRE.PGE.2017), em consonância com o entendimento do TJAC, implica na necessidade de recálculo do valor da vantagem, que se resultar em inferior ao anteriormente pago não configurará afronta à irredutibilidade de vencimentos nos termos de decisões do STF, sobretudo o RE nº 154205-5, Rel. Min. Ilmar Galvão.

Quanto às alterações legais sobre a matéria, têm-se que a Emenda à Constituição do Estado nº 36/2004 alterou substancialmente os beneficiários da vantagem por restringir o tempo de serviço para concessão apenas ao prestado ao Estado ou aos Municípios localizados geograficamente no Estado, afastando o tempo de labor prestado à União, Estados e Municípios não localizados no Acre.

Em razão dessa alteração, apenas o tempo de serviço prestado à União, Estados e Municípios localizados fora do Acre, averbados antes da EC nº 36/2004 passaram a ser aceitos para cômputo da vantagem, ressalvando-se que o tempo de serviço, somado ao tempo averbado, deveria perfazer 25 (vinte e cinco) anos à época da EC nº 36/2004. Ou seja, atualmente, mesmo o tempo averbado antes da EC nº 36/2004, no caso do tempo total à época da Emenda não perfazer o 25 (vinte e cinco) anos, não

deve ser levado em conta para fruição da benesse ora comentada.

Outra alteração substancial da matéria, desta vez na esfera judicial, ocorreu com o julgamento da ADI nº 3.609/AC, que tratou dos servidores admitidos pelo Estado do Acre sem concurso público até 31 de dezembro de 1994 e que foram efetivados pela Emenda Constitucional nº 38/2005, que acrescentou o art. 37 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No Julgamento da ADI pelo Supremo Tribunal Federal ficou assentada a inconstitucionalidade da EC nº 38, embora não tenha transitado em julgado por conta dos embargos manejados pelo Estado do Acre é de obediência obrigatória pela Administração Pública, conforme previsão do *caput* do art. 27 e Parágrafo Único da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (Lei das ações de controle concentrado de constitucionalidade).

Os efeitos da decisão proferidas na aludida ADI foram discriminados no Parecer da Procuradoria – Geral do Estado do Acre nº 2015.006.000132-6, conforme debatido ao longo deste artigo, sendo que entre esses efeitos ficou assentado que os servidores que ingressaram no serviço público sem concurso, sejam eles admitidos antes de 1988, sejam admitidos após 1988 não titularizam cargos públicos, não gozando de efetividade, não fazendo jus às vantagens de planos de carreiras, bem como as vantagens gerais incompatíveis com a falta de efetividade.

Nessa linha de intelecção, como o *caput* do art. 36 da CE refere-se aos servidores que titularizam cargos e o §4º situa-se no contexto do art. 36, embora a sexta-parte seja vantagem geral, volta-se apenas aos servidores efetivos que titularizam cargo público, devendo-se também entender que quando o *caput* do art. 36 refere-se a servidores efetivos ou ocupantes de cargo em comissão, deve-se compreender que quis dizer servidores efetivos ou efetivos que ocupam cargos em comissão, visto a

precariedade do cargo em comissão ser incompatível tanto com a licença-prêmio quanto com a gratificação de sexta-parte.

Nesse mesmo viés interpretativo, os empregados públicos do Estado do Acre também não fazem jus à sexta-parte visto que não ocupam cargos públicos, mas funções públicas, ressaltando-se que o art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo, fundamento de várias decisões do TRT da 2ª Região e do TST possui redação em que não há menção à cargo público ou necessidade de efetividade do beneficiário, sendo inadequada a aplicação da mesma solução ao Estado do Acre.

Entretanto, no âmbito do Estado do Acre, os servidores que inicialmente eram celetistas, mesmo quando ainda vinculados a entidades do Estado de direito privado, caso da FUNBESA, quando da mudança de regime para o estatutário, desde que haja previsão em lei, fazem jus à vantagem conforme o TJAC.

Entrementes, deve-se consignar que uma vez que os empregados públicos são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, nada impede que os Acordos e Convenções Coletivas os que estejam vinculados prevejam a vantagem, a qual, por questão óbvia, apesar de poder ter as mesmas características da sexta-parte prevista na CE e na LCE nº 39/93, não poderá ser entendida como sendo a mesma verba, pois detentora de suporte legal distinto. Ou seja, desde que prevista a benesse no Acordo ou Convenção coletiva ao qual o empregado público é vinculado, possível a fruição da vantagem, cuja identidade não se confunde com a benesse em análise.

Portanto, chega-se ao seguinte quadro resumo:

Quanto à forma de solicitação é independente de requerimento, devendo a Administração concedê-la de ofício e quando não o fizer, caso provocada pelo servidor, pagar os valores retroativos desde a implementação das condições para sua concessão pelo servidor;

Quanto à sua forma de contabilização, deve incidir sobre o vencimento-base e, após, incorporando-se a este de modo que se torna também vencimento-base sobre o qual incidem vantagens e benesses;

Quanto aos requisitos para sua concessão:

Quanto ao tempo de serviço:

25 (vinte e cinco) anos de serviço ao Estado do Acre e/ou município localizado no Acre ou;

25 (vinte e cinco) anos de serviço público prestado a qualquer entidade do sistema federado, desde que averbado antes da Emenda à Constituição Estadual nº 36/2004 e que somado ao tempo de serviço prestado ao Estado contabilize 25 (vinte e cinco) anos até a data da EC nº 36/2004;

Quanto ao ingresso no serviço público:

Ter ingressado por meio de concurso público ou;

Ter completado 25 (vinte e cinco) anos de serviço público antes do término dos efeitos da ADI nº 3609/AC, ou seja, 19.02.2015;

Quanto à relação com a Administração Pública:

Ser servidor público efetivo (vínculo estatutário);

Ser empregado público cujo contrato tenha sido transformado em estatutário, havendo previsão em lei de concessão da benesse, observando-se a possibilidade de empregado público usufruir vantagem semelhante desde que prevista em Acordo/Convenção.

Essas conclusões possuem aplicações práticas na forma de gestão, sobretudo, nos efeitos de averbação de tempo de serviço e na concessão da sexta-parte, podendo ser incluídas nos mecanismos/sistemas informatizados de gestão de pessoas do Estado do Acre.

Por fim, ressalte-se que este estudo não pretendeu trazer verdades completas e absolutas, até porque, mesmo com esforço, ninguém consegue desvincular-se completamente de seu contexto profissional, pessoal, ideológico, ou mesmo de limitações de

tempo, espaço, acesso a material de estudo, reservando-se como principal relevância deste labor traçar linhas gerais e iniciais sobre o tema, tarefa essa ainda não realizada no Estado do Acre e, acima de tudo, promover o debate e o aprofundamento dos estudos sobre essa relevante matéria.

REFERÊNCIAS

ACRE. Constituição do Estado do Acre, de 03 de outubro de 1989. Disponível em < <https://goo.gl/n9xYpA> >. Acesso em 05/08/2017.

_____. Lei Complementar Estadual nº 39, de 29 de dezembro de 1993. Disponível em < <https://goo.gl/i28LRg> >. Acesso em 03/03/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Acórdão 8.536/2015. Arguição de Inconstitucionalidade n. 0024993-23.2011.8.01.0001/50000. Relatora a Desembargadora Waldirene Cordeiro. Data da Publicação: 16/10/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Mandado de Segurança n.º 02.002335-9. Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Rel. Des. Feliciano Vasconcelos. Data do Julgamento: 09/04/2003. Data da Publicação: 22/05/2003.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Mandado de Segurança n.º 2005.000767-6; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Rel. Des. Feliciano Vasconcelos; Data do Julgamento: 31/08/2005; Data da Publicação: 14/09/2005.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Acórdão nº 6.178. Mandado de Segurança nº 2010.002292-8. Rel. Des. Adair Longuine. Autos 0002292—08.210.8.01.0000. Julgamento, 21 de julho de 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Arguição de Inconstitucionalidade Des. Roberto Barros. Comarca: Rio Branco; Órgão julgador: Tribunal Pleno Jurisdicional. Data do julgamento: 17/02/2016; Data de registro: 18/02/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Acórdão nº 5.456. Mandado de Segurança nº 2008.000494-7. Autos 0000494-80.2008.8.01.0000 Rel. Des. Adair Longuine, Julgamento 14 de maio de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Mandado de Segurança n.º 02.002335-9. Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Rel. Des. Feliciano Vasconcelos; Data do Julgamento: 09/04/2003. Data da Publicação: 22/05/2003.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Mandado de Segurança nº 03.000889-1. Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Rel. Des. Samoel Evangelista. Data do Julgamento: 19/11/2003. Data da Publicação: 09/12/2003.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Mandado de Segurança n.º 2005.000767-6. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Rel. Des. Feliciano Vasconcelos. Data do Julgamento: 31/08/2005. Data da Publicação: 14/09/2005.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Acórdão nº 8.183. Mandado de Segurança 1001099-96.2014.8.01.0000. Tribunal Pleno. Des. Waldirene Cordeiro. Disponível em www.tjac.jus.br. Acesso em 06/09/2017.

_____. Procuradoria – Geral do Estado do Acre. Despacho de Aditamento Total ao Parecer PGE.Net nº 2016.02.000583. Procurador Parecerista: Maria Lídia Soares de Assis. Data. 28/04/2016.

_____. Procuradoria – Geral do Estado do Acre. Parecer PGE/PP nº 184/2012. Autos administrativos nº 2012.02.0000653. Procurador Parecerista: Mauro Ulisses Cardoso Modesto. Data 10/09/2012.

_____. Procuradoria – Geral do Estado do Acre. Parecer PGE/SICAJ nº 2015.006.000132-6. Procurador Parecerista: Cristovam Pontes de Moura, Maria Lídia Soares de Assis, Leonardo Silva Cesário Rosa, Tito Costa, Alberto Tapeocy, Mayko Figale Maia. Data: 19/02/2015.

_____. Procuradoria – Geral do Estado do Acre. Parecer PGE/PP nº 2017.02.001210. Procurador Parecerista: Francisca Rosileide de Oliveira Araújo, Maria Lídia Soares de Assis, Marcos Antônio Santiago Motta. Data: 08/07/2017.

BOBBIO, Noberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < <https://goo.gl/iQAmkF> >. Acesso em 18 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 289, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 9.2.2007, DJ 16.3.2007. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 06/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal . Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3609/AC. Disponível em < <https://goo.gl/A4UUdV> > . Acesso em 06/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 154205-5, Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma, DJ 04.08.1995, pág. 02347. Disponível em <http://www.buscaoficial.com/c/diario/cGaJbmcDu/> . Acesso em 06/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 820974 SP. 1º Turma. Min. Relator: Marco Aurélio. Julgamento em 13/12/2011. Publicado no DJ de 15/02/2012. Disponível em www.stf.jus.br.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 309.542-AgR.. rel. min. Carlos Britto, DJ de 10.09.2004. Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 06/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 284.720-AgR. rel. min. Cezar Peluso, DJ de 24.10.2003. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 06/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 510.364-AgR. rel. min. Carlos Velloso, DJ de 16.09.2005. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 06/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 406.697-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 04.11.2005. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 06/09/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário/ RO 00028823520135020086 SP (TRT-2) Data de publicação: 27/01/2015. Disponível em < <https://goo.gl/3HGHhc> >. Acesso em 06/09/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista/RR 16102420135020080 (TST). Data de publicação: 24/10/2014. Disponível em < <https://goo.gl/hAp9XG> >. Acesso em 23/08/2017.

_____. Tribunal regional do Trabalho. Recurso Ordinário/ RO 00024299720145020088 (TRT-2) Data de publicação: 10/11/2015. Disponível em <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311634527/recurso-ordinario-ro-24299720145020088-sp-00024299720145020088-a28/>

inteiro-teor-311634531?ref=juris-tabs

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.909/2003. Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2003-12-10;1909>>ACÓRDÃO TCU 1909/2003. Acesso em 04/07/2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30 ed. Atlas, São Paulo: 2016.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Batista Machado. 6 ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão 02038298. 12ª Câmara de Direito Público.. J. 05/11/2008. Rel. Venício Salles. Disponível: <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em 06/08/2017.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

NOVA LEITURA DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 432/STJ APÓS A PROMULGAÇÃO DA EC Nº 87/2015 E SUA INAPLICABILIDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONTINUATIVAS SUJEITAS AO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS DO ICMS

Leandro Rodrigues Postigo Maia¹

Luiz Rogério Amaral Colturato²

Luís Rafael Marques de Lima³

RESUMO: O presente artigo objetiva contextualizar a nova disciplina constitucional conferida ao art. 155, §2º, incisos VII e VIII, da Constituição Federal, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015, para demonstrar a superação da orientação jurisprudencial firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.135.489/AL, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, a qual resultou na edição da tese sintetizada no enunciado sumular nº 432. O trabalho também faz uma abordagem crítica à interpretação jurisprudencial que balizou o referido precedente, destacando o objetivo primordial da norma constitucional em comento que buscou reduzir as desigualdades regionais a partir da redistribuição de receitas do ICMS. Demais disso, analisa a aplicação do precedente nas relações continuativas de ICMS engendradas pelo diferencial de alíquota, para concluir ser inadequado à sua aplicação nos dias atuais.

1 Procurador do Estado do Acre, Pós-Graduado em Direito Tributário pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília/SP e em Direito Processual pela UNAMA - Universidade da Amazônia em parceria com LFG.

2 Procurador do Estado do Acre, Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil - UNORP/SP – Universidade do Noroeste Paulista, em Direito Público pela UNAMA/AM - Universidade da Amazônia.

3 Procurador do Estado, Especialista em Direito Tributário – UNAMA/AM e Direito Público – Uniderp/MS.

PALAVRAS-CHAVES: ICMS. Diferencial de alíquotas. Relações jurídicas tributárias continuativas. Superação da Súmula 432/STJ. EC nº 87/2015

1. INTRODUÇÃO

É antiga a orientação jurisprudencial que balizou a tese sintetizada no enunciado da Súmula nº 432 do STJ e que influenciou o próprio julgamento do recurso especial nº 1.135.489/AL, submetido à sistemática prevista no art. 543-C, do CPC/1973.

Com efeito, da leitura da ementa do referido julgado é possível extrair a síntese do entendimento que consagrou a tese no sentido de que “as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais”, vejamos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA.

1. As empresas de construção civil (em regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem, em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: AI 242.276 AgR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 16.10.1999, DJ 17.03.2000; AI 456.722 AgR, Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30.11.2004, DJ 17.12.2004; AI 505.364 AgR, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 05.04.2005, DJ 22.04.2005; RE

527.820 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 01.04.2008, DJe-078 DIVULG 30.04.2008 PUBLIC 02.05.2008; RE 572.811 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 DIVULG 18.06.2009 PUBLIC 19.06.2009; e RE 579.084 AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-118 DIVULG 25.06.2009 PUBLIC 26.06.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: EREsp 149.946/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 06.12.1999, DJ 20.03.2000; AgRg no Ag 687.218/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 18.05.2006; REsp 909.343/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 17.05.2007; REsp 919.769/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.09.2007, DJ 25.09.2007; AgRg no Ag

889.766/RR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 08.11.2007; AgRg no Ag 1070809/RR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 02.04.2009; AgRg no REsp 977.245/RR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.04.2009, DJe

15.05.2009; e REsp 620.112/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin,

Segunda Turma, julgado em 07.05.2009, DJe 21.08.2009).

2. É que as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, **não são contribuintes do ICMS**. Conseqüentemente, “há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que ‘as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual’ (José Eduardo Soares de Melo, in ‘Construção Civil - ISS ou ICMS?’, in RDT 69, pg. 253, Malheiros).” (EResp 149.946/MS).

3. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Essa interpretação conferida inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, influenciou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reside no fato de que as empresas de construção civil não poderiam ser equiparadas a um contribuinte do ICMS, porque a atividade de engenharia civil não estaria preordenada a realização de mercancia, tratando-se de simples prestação de serviço. Logo, seria indevida a cobrança do diferencial de alíquotas do imposto no Estado de destino, visto que essa operação já seria tributada pela cobrança do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISSQN, cuja competência é do Município. Para assentar essa premissa, esses julgados basearam-se no conceito de contribuinte definido no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96.

Por essa razão, concluíram que as empresas de construção civil ao adquirem bens em operações interestaduais para serem utilizados como insumos em suas obras, não estariam sujeitas ao recolhimento do diferencial de alíquotas do ICMS no Estado de destino, pois, neste caso, como o destinatário (consumidor final) não seria contribuinte do tributo, aplicar-se-ia o regramento do art. 155, §2º, inciso VII, “b” da CF/88, razão pela qual a operação de circulação de mercadoria seria tributada apenas com a alíquota interna do ICMS no Estado de origem.

Contudo, tal construção jurisprudencial é passível de inúmeras críticas, especialmente porque ignora o objetivo primordial da norma constitucional em comento de reduzir as desigualdades regionais por meio da partilha do ICMS entre os Estados produtores e consumidores.

É sob esse influxo que ganha relevo a investigação

da figura do contribuinte do ICMS para o fim de aplicação do diferencial de alíquota previsto originariamente na Constituição de 1988. Isto porque a Lei Complementar n. 87/96, base da jurisprudência do STJ, não previu, como o fez para diversas outras hipóteses, o arquétipo da obrigação tributária do diferencial de alíquota, legitimando a atuação legislativa dos entes tributários sob este aspecto.

Nada obstante, o certo é que o regramento constitucional que ensejou tais interpretações acabou sendo modificado por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 87/2015, que conferiu nova disciplina aos incisos VII e VIII do §2º do art. 155 da Constituição Federal.

A mudança do parâmetro constitucional, ademais, impactou diretamente as relações jurídicas continuativas do ICMS – Diferencial de alíquota, esvaziando por completo à aplicação do entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 432/STJ e no Recurso Especial nº 1.135.489/AL e, por conseguinte, do requisito previsto no inciso II do art. 311 do CPC/2015 em relação à concessão de tutela de urgência.

A par desse contexto e percebendo que essa questão vem sendo pouco explorada pela tradicional literatura jurídica, encorajamo-nos a escrever o presente artigo de modo a oferecer uma resposta que seja coerente com a atual disciplina constitucional inaugurada a partir da promulgação da EC nº 87/2015, buscando harmonizar a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 432/STJ com a atual redação do art. 155, §2º, incisos VII e VIII da CF/88. É nesse sentido que se vislumbra a relevância e a pertinência do tema em estudo.

2. CRÍTICA À CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL QUE RESULTOU NA EDIÇÃO DA SÚMULA 432/STJ À LUZ DO OBJETIVO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO DO PACTO FEDERATIVO

Como visto, a premissa que ensejou a edição do enunciado sumular nº 432/STJ decorre da ausência de qualificação do adquirente da mercadoria na operação interestadual como contribuinte do ICMS, definido no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, segundo o qual:

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

I – importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III – adquira em licitação mercadorias ou bens apreendidos ou abandonados; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

IV – adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização. (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

Em que pese o entendimento jurisprudencial em questão, o fato é que a investigação do contribuinte do diferencial de

alíquotas do ICMS a partir da disposição contida no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96 sempre nos pareceu inapropriada. É que a própria hipótese material de incidência do diferencial de alíquotas do ICMS não foi disciplinada na citada Lei Complementar.

A análise do art. 4º, da Lei Complementar n. 87/96, bem define esta realidade normativa, na medida em que o conceito de contribuinte ali definido parte do pressuposto traçado para a cobrança do imposto na saída da mercadoria, sem qualquer referência à sua “aquisição” em operações interestaduais, pressupondo, assim, a realização de operações mercantis com habitualidade e em volume que caracterize intuito comercial.

Contudo, diverso é pressuposto exigido para incidência do diferencial de alíquota do ICMS, cujo fato gerador reside na compra e não na venda da mercadoria. Logo, o enfoque tributário recai na operação que antecede a saída da mercadoria do estabelecimento que a consome, não pressupondo, necessariamente, a realização de operações habituais com intuito comercial. A operação alcançada pelo diferencial de alíquotas, nessa senda, não está vinculada com a operação de circulação futura da mercadoria adquirida, ou ao intuito comercial que se fez acompanhar de sua aquisição.

Também nesse sentido adverte Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho⁴:

Por outro lado, a exigência fiscal constante do art. 155, incisos VII, “a”, e VIII, **não tem como pressuposto nenhuma das hipóteses desenhadas para o ICMS decorrentes de circulação de mercadorias, constituindo-se em exigência que antecede àquelas operações, ou seja, tem como fato gerador a compra, e não a venda de mercadorias.** Em outras palavras, a exigência fiscal da diferença de alíquota nas operações

4 RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *ICMS: Anotações à Lei Complementar Nacional nº 87/96*. Manaus, 1998, pp. 65-66.

que destinem bens a consumidor final localizado em outro **Estado decorre de relação fática totalmente distinta do fato gerador do ICMS** – que é a circulação de mercadorias (art. 2º, I), externada pela saída (art. 12, I)-, isto é, da aquisição, da compra dos bens, que não está agasalhada pelo §1º do artigo 8º, do DL 406/68.

Logo, verifica-se a existência de grave omissão na Lei Complementar 87/96, visto que o contribuinte do diferencial de alíquotas do ICMS deveria estar contemplado na ressalva contida no parágrafo único do art. 4º, ao lado de outras hipóteses excepcionais de incidência do ICMS não baseadas na habitualidade e no intuito comercial.

Nesse contexto, constatada a omissão da norma geral, cabe ao ente federativo, no exercício de sua competência tributária, definir os aspectos da relação jurídica nas operações interestaduais sujeitas ao diferencial de alíquota. Esse espaço de conformação encontra respaldo na própria Carta Constitucional, ao prever essa modalidade específica de incidência do ICMS.

Sobre a questão, mais uma vez destaca Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho⁵:

O único ato relativo à circulação de bens diversos de mercadoria que se comporta, excepcionalmente, no âmbito do ICMS é a entrada de bens destinado a consumo ou para o ativo fixo do estabelecimento, seja decorrente de importações do exterior (art. 155, §2º, IX “a”, CF/88), seja decorrente de aquisições interestaduais (art. 155, §2º, VII, “a”, CF/88), sendo que, neste último caso, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual (art. 155, §2º, VIII, CF/88). O ICMS não alcança, portanto, qualquer outra operação relativa a bens destinados ao consumo ou ativo fixo, mas só aquelas em que há expressa previsão constitucional nesse sentido.

5 RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *ICMS: Anotações à Lei Complementar Nacional nº 87/96*. Manaus, 1998, p. 38.

É por isso que o professor Roque Antonio Carrazza⁶, sempre sustentou o seguinte, *verbis*:

Em que pese ao silêncio desta lei complementar acerca da questão do diferencial de alíquota nas operações interestaduais que destinem bens, para uso, consumo ou ativo fixo, a consumidor final que seja contribuinte do ICMS, temos para nós que continua íntegra a legislação estadual que cuida do assunto e que – é bom ressaltarmos – busca fundamento de validade diretamente na Constituição.

Realmente, estamos convencidos de que a omissão, a respeito, da Lei Complementar nº 87/96, independentemente de ser voluntária ou proposital, não retirou eficácia a esta legislação, que estava – e continua estando – em perfeita sintonia com o art. 155, §2º, VII e VIII, do Texto Supremo.

Estes versículos constitucionais – convém repisarmos – não carecem da “intermediação” de nenhuma lei complementar para produzirem efeitos.

São normas constitucionais de eficácia plena, encerrando, deste modo, comando imperativos, de observância imediata e obrigatória. Nelas, diga-se de passagem, não há nenhuma referência do tipo “nos termos da lei complementar” ou “segundo disposto em lei complementar”, circunstância que mais e mais reforça nossa convicção.

A falta de lei complementar não inviabiliza – dentro da ótica que adotamos – a aplicação da norma constitucional que prevê a distribuição das receitas por meio do diferencial de alíquotas interestadual.

Em conclusão, continuam em vigor as disposições legislativas (estaduais e distritais) relativas à cobrança do ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual também no que se refere às mercadorias originárias de outro Estado e destinada ao uso, ao consumo ou ativo fixo do estabelecimento.

6 CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 16º ed. São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 540-541.

No mesmo sentido, é a lição de DEONÍSIO KOCH⁷, *in verbis*:

A questão que se coloca é se é possível os Estado cobrarem este diferencial da alíquota, mediante lei estadual, sem previsão expressa na Lei complementar que dispõe sobre o tributo, considerando o disposto no art. 146, III, “a”, da Constituição Federal que remete para a lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, em especial, sobre a “definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e **contribuintes**”.

É de nosso entendimento, acompanhando a boa doutrina, que a Constituição Federal autoriza essa cobrança, pela forma clara e conclusiva que trata da matéria, dispensando a obrigatoriedade de sua veiculação por lei complementar. Pela forma detalhada que a norma constitucional trata do tema é de se lhe atribuir eficácia imediata. Pode a lei estadual definir o seu fato gerador, com fundamento de validade diretamente da Constituição Federal.

De outra sorte, os Estados e o Distrito Federal teriam suas competências tributárias restringidas pela omissão do legislador complementar, o que se poderia traduzir numa inversão da hierarquia normativa. Enquanto a Constituição Federal autoriza tal modalidade de cobrança do ICMS, com o intuito claro de distribuição de receita para a unidade federativa na qual ocorre o consumo, a lei complementar, com a sua omissão, estaria desautorizando o preceito constitucional.

Parece que todos os elementos formuladores para a instituição de um tributo estão contemplados no texto constitucional, tais como o sujeito ativo, contribuinte, base de cálculo e alíquota. O sujeito ativo, a quem cabe o direito de exigir o crédito tributário, é a Unidade Federativa destinatária da mercadoria; a condição de contribuinte é atribuída ao estabelecimento receptor da mercadoria, esta, destinada ao consumo final ou ao

7 KOCH, Deonísio. **Manual do ICMS: Teoria e prática**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2012, p. 113-114.

ativo imobilizado; a base de cálculo por óbvio, somente pode ser aquela que serviu para o cálculo da alíquota interestadual, e por fim, a alíquota é quantificada pela diferença entre a alíquota interna do Estado de destino, para aquela determinada mercadoria e a alíquota interestadual com relação à operação da qual resulta a sua aquisição.

Além do mais, poder-se-ia ainda recorrer ao que dispõe o art. 24 da Constituição Federal, que permite que a União, os Estados e o Distrito Federal legislem sobre direito tributário, entre outras matérias, de forma concorrente.

Na competência legislativa concorrente, cabe a União, de forma limitada, estabelecer normas gerais (§ 2º). Inexistindo lei federal sobre normais gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades (§3º).

Logo, inexistindo lei complementar que institua as normas gerais sobre uma incidência tributária, o Poder Legislativo estadual se reveste da competência plena de legislar, concorrentemente sobre a matéria.

Nada obstante, o certo é que o regramento constitucional que ensejou tais interpretações, como se verá a seguir, acabou sendo modificado por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 87/2015, que conferiu nova disciplina aos incisos VII e VIII do §2º do art. 155 da Constituição Federal.

Com efeito, a atuação do parlamento federal foi decisiva para correção da interpretação jurídica que desfigurava completamente o verdadeiro espírito da norma constitucional em exame, voltada para redução das desigualdades regionais a partir da repartição do ICMS entre os Estados produtores e consumidores.

Sobre a *mens legis* da regra prevista no art. 155, §2º, incisos VII e VIII da CF/88, bem observa Zelmo Denari⁸,

8 DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 8ª ed. – São Paulo:

ao abordar em seu Curso de Direito Tributário o modelo de Federalismo Fiscal adotado pela Constituição Federal de 1988:

O atual sistema constitucional tributário prevê dois modelos de transferência intergovernamentais bastante nítidos:

- a) transferências horizontais: entre esferas governamentais do mesmo nível hierárquico;
- b) transferências verticais: entre esferas governamentais de níveis diferentes.

As transferências horizontais mais sugestivas em nosso país são as decorrentes da aplicação de alíquotas diferenciais do ICMS nas operações interestaduais. Nos termos da Resolução nº 22/90, a alíquota do ICMS é de 7% nas operações realizadas nas regiões Sul e Sudeste com destino às regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Espírito Santo, e de 12% para as demais operações interestaduais destinadas às demais regiões do país.

O objetivo dessa redução, como se sabe, é aumentar o nível de participação dos Estados consumidores na receita. As regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e do Espírito Santo participam com menos de 40% na arrecadação nacional do ICMS. Trata-se, portanto, de áreas subdesenvolvidas cujo saldo no balanço comercial é negativo, pois importam muito mais do que exportam para os demais Estados da Federação.

(...)

A incidência do imposto no destino (não na origem, como se dá em nosso sistema) possibilitaria uma distribuição mais equânime da receita tributária, beneficiando os Estados importadores. (...). (grifo dos autores)

Também destacando o objetivo de redução das desigualdades entre os entes federativos presente no diferencial de alíquota do ICMS, oportunas às observações do Ministro Marco Aurélio Mello no julgamento do RE 186.831-7-MG, quando da Constituição Federal de 1967:

Atlas, 2002, p. 54/55.

“... A assim entender, a prática de alíquota diferenciada poderá vir a beneficiar não o Estado para o qual seja remetida a mercadoria, no que viável a cobrança, no negócio jurídico seguinte revelador da circulação, da diferença, mas ao próprio contribuinte de origem, o que surge com extravagância discrepante da mens legis do 5º do artigo 23 em comento.”

Nota-se, desse modo, que a diferenciação que havia na redação original da norma constitucional não mais se subsiste.

É que com o avanço do comércio eletrônico, que aumentou exponencialmente as vendas pela *internet*⁹, especialmente em operações interestaduais, essa previsão constitucional precisou ser atualizada de sorte a contemplar essa nova realidade econômica, corrigindo, por conseguinte, a distorção e injustiça que existia em relação à repartição do ICMS nas operações interestaduais a partir da condição do adquirente do bem ou do serviço.

Corroborar esse pensamento a professora Betina Grupenmacher¹⁰, conforme artigo publicado na Revista CONJUR sobre a aprovação da EC nº 87/2015, *verbis*:

(...)

Reconhecemos que alteração promovida pela Emenda Constitucional é bastante positiva no sentido de manter e incrementar a coesão do Pacto Federativo, além de incentivar e promover o desenvolvimento das regiões menos desenvolvidas do país.

Definitivamente pensamos não se justificar a distinção de tratamento tributário nas operações interestaduais segundo a condição e natureza do consumidor final localizado no estado destinatário, atribuindo-se valores

9 Fonte: e-Bit (E-BIT. Informações de Comércio Eletrônico. Disponível em: < <https://goo.gl/bXg17N> >. Acesso em: 17 abr. 2011.

10 GRUPERNMACHER, Betina. **TRIBUTAÇÃO NO E-COMERCE. Emenda que disciplina a incidência do ICMS sobre operações interestaduais.** Revista Consultor Jurídico – CONJUR. Acesso em 23 de abril de 2015, 6h29 no seguinte endereço: <<https://goo.gl/KGnAmk>>

distintos a título de imposto devido para os estados envolvidos segundo a condição de contribuinte ou não do imposto.

Tal tratamento sempre gerou, em maior ou menor medida, o desequilíbrio no federalismo fiscal, e o incremento da beligerância entre os estados e, conseqüentemente da guerra fiscal, o que é indesejável em um estado em que a forma federativa de Estado é, inclusive, cláusula pétrea.

A Emenda Constitucional 87/2015 representa, portanto, um importante avanço diante do aumento das relações comerciais com utilização da internet e assim também e das ligações telefônicas, que envolvem, como regra geral, remetente e destinatário localizados em diferentes regiões do país.

A par dessa realidade, entende-se que a orientação jurisprudencial sedimentada na Súmula nº 432/STJ acabou sendo superada por força da EC nº 87/2015, influenciando decisivamente na interpretação das relações jurídico-tributárias do ICMS de caráter continuativo.

2. DA NOVA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS APÓS A PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015

Com a promulgação da EC n. 87/2015, cuja vigência teve início em 01/01/2016, inaugurou-se novo regramento referente à incidência do diferencial de alíquota instituído pela EC nº 87/2015, esse recolhimento passou a ser obrigatório quer o destinatário da mercadoria seja consumidor final contribuinte ou não do imposto. Eis a redação da Emenda Constitucional:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87, DE 16 DE ABRIL DE 2015

Altera o § 2º do art. 155 da Constituição Federal e inclui o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços ao consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado.

Art. 1º Os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 155 (...)

§ 2º(...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

a) (revogada);

b) (revogada);

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 99:

“Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:

I - para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o Estado de origem;

II - para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem;

III - para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem;

IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem;

V - a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino.”

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos no ano subsequente e após 90 (noventa) dias desta.

Esta emenda acabou ampliando o âmbito de incidência do diferencial de alíquota, porquanto na redação original do inciso VII, do § 2º, do art. 155, da CF, o diferencial somente era devido caso o destinatário final da operação interestadual de circulação de mercadoria fosse consumidor final contribuinte do ICMS.

Destarte, atualmente, para fins de incidência do diferencial de alíquota, basta que ocorra uma operação de **circulação interestadual de mercadoria e que o destinatário deste bem seja um consumidor final.**

Nesse sentido, cumpre trazer à baila os esclarecimentos de Fabio Cunha Dower, os quais bem sintetizam as distinções entre o regramento anterior e a novel sistemática introduzida pela EC nº 87/2015:

A regra atual (**e que perdurará até o final de 2015**), toda empresa comercial que vende para outro estado da federação deve ter duas preocupações básicas para

determinar a regra de tributação da operação pelo ICMS: em primeiro lugar, saber se o seu cliente (destinatário) é ou não contribuinte do imposto. Se não for contribuinte do imposto (por exemplo, uma empresa prestadora de serviços sujeita apenas ao ISS ou uma pessoa física), a alíquota de ICMS aplicável é apenas e tão somente aquela prevista na legislação do estado de origem da mercadoria (ou seja, a chamada “alíquota interna” do estado em que localizada a empresa vendedora).

Este é um aspecto curioso da legislação, que sempre nos motiva a ensinar que, para fins de ICMS, nem toda operação entre dois estados pode ser chamada de operação “interestadual”. O termo “interestadual” leva o intérprete a uma associação equivocada sobre a alíquota aplicável na operação entre dois estados. Afinal, “interestadual” refere-se a operação “entre estados”. Mas, no ICMS, assim não é, pois a venda de uma mercadoria para um não-contribuinte, localizado em outro estado, é sujeita apenas e tão somente à alíquota “interna” do estado de origem (tal como uma venda ocorrida dentro do estado). Esta particularidade sempre espantou aqueles que ainda não possuem maior intimidade com o ICMS, daí a estratégia didática de convencer o aprendiz de que, no mundo do ICMS, nem toda venda para outro estado é “interestadual”.

Entretanto, como se verá, este cuidado perdeu sua razão de ser com a EC 87/2015, pois, com ela, toda operação entre dois estados poderá ser chamada de “interestadual” para fins de ICMS, já que a alíquota aplicável será sempre, a partir de 2016, interestadual.

Voltemos ao raciocínio anterior. Como dito, na regra atual, se o destinatário da mercadoria (em outro estado) é não-contribuinte do imposto, incidirá na operação apenas a alíquota interna. Porém, se ele for contribuinte do ICMS, então a regra se altera: a alíquota incidente na operação será sempre a chamada interestadual (12%, como regra, e 7%, como exceção, além da alíquota de 4% para os casos específicos de mercadorias importadas).

Neste último caso (cliente em outro estado que é contribuinte do imposto) cabe à empresa vendedora um segundo cuidado: saber se a mercadoria que está

sendo adquirida será por consumida pelo cliente como destinatário final ou se, ao contrário, a aquisição se dará a título de insumo produtivo (para ser aplicado na industrialização) ou para revenda.

No primeiro caso (consumidor final), além do pagamento do ICMS para o estado de origem do bem (à alíquota interestadual, como vimos), ainda será devido o recolhimento do DIFAL, devido ao estado de destino do bem e representado pela diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna do estado de destino.

Pois bem, é justamente esse tradicional regramento que acaba de ser modificado pela Emenda Constitucional nº 87/2015, com eficácia a partir de 2016.

Agora, sempre que a operação for feita com outro estado a alíquota necessariamente será a interestadual. Também, sempre haverá diferencial de alíquota, desde que a mercadoria tenha sido adquirida para consumo final (no sentido de que não haverá continuidade no ciclo de circulação da mercadoria).

Esta afirmação final é muito importante, pois ainda gera certa confusão na doutrina: não é verdade que a EC 87/2015 passou a prever o DIFAL em todos os casos de venda interestadual. A premissa necessária para a incidência do DIFAL na vigência da nova emenda é que se trate de operação para consumidor final, seja ele contribuinte ou não do imposto. No caso do adquirente não-contribuinte ele sempre será consumidor final, como óbvio (é uma consequência da finalidade da compra e da natureza do adquirente). Entretanto, na hipótese de aquisição de mercadoria por contribuinte do imposto ele pode ou não utilizá-la como consumidor final. Não o faz, como sabido, se a adquirente como insumo de produção ou para revenda, caso em que não haverá DIFAL com a EC 87/2015.¹¹

Portando, após a vigência da EC n. 87/2015 não há mais relevância jurídica, para fins de definição da incidência do diferencial de alíquota, se o consumidor final é ou não contribuinte

11 Disponível em < <https://goo.gl/EjQYNa> >. Acesso em 10 nov. 2016.

do imposto. Esta distinção somente possui relevância jurídica para o fim de definição da responsabilidade do recolhimento do diferencial de alíquota.

Por essa razão, mesmo que uma empresa da construção civil tenha adquirido mercadoria em operação interestadual para utilizar como insumo em sua obra, sobre essa operação deverá agora incidir o diferencial de alíquota do ICMS.

Assim, o fato de a empresa de construção civil caracterizar-se como um consumidor final não contribuinte do imposto, não pode obstar a exclusão desta exação. Neste sentido o precedente sobre o tema:

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. **OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. CONSTRUTORA. AQUISIÇÃO DE INSUMOS PARA EMPREGO NESTA ATIVIDADE. MODIFICAÇÕES IMPOSTAS NA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 87/2015. SITUAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À MODIFICAÇÃO. EFEITOS DECLARATÓRIOS DA TUTELA MANDAMENTAL. EFICÁCIA RETROATIVA (EX TUNC). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.**

1. O diferencial de alíquota de ICMS não pode ser exigido das construtoras nas operações interestaduais que tenham como objeto bens cuja circulação jurídica tenha ocorrido até o dia 31 de dezembro de 2015, para serem empregados como insumos na atividade de construção civil (STJ, REsp 1.135.489/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJE 01/02/2010).

2. Porém, esse diferencial de alíquota passou a incidir sobre operações desse tipo, nas quais a circulação jurídica do bem tenha ocorrido a partir do dia 1º de janeiro de 2016, data em que teve início a produção de efeitos da Emenda Constitucional n. 87/2015.

3. [...]

(TJ-PI - MS: 00029067320098180000 PI 200900010029066, Relator: Des. Francisco Antônio Paes

Landim Filho, Data de Julgamento: 14/04/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 27/04/2016 27/04/2016)

No mesmo sentido é o entendimento de algumas Secretarias de Estado da Fazenda de Estados, vejamos:

SEFAZ/MG

1 - As operações interestaduais destinadas às empresas de construção civil, que utilizam, em suas obras, mercadorias adquiridas de outros Estados, deverão recolher o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual?

R: As construtoras, em regra, adquirem mercadorias para incorporar nas suas obras de construção civil. Nestes termos, verifica-se que tais empresas figuram como consumidor final de tais mercadorias e não são contribuintes do ICMS. **Dessa forma, todos os contribuintes situados em outras unidades da Federação que promoverem operações interestaduais com mercadorias destinadas às empresas de construção civil localizadas em Minas Gerais deverão recolher o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna estabelecida para a mercadoria neste Estado e a alíquota interestadual, observando-se os procedimentos previstos para o ICMS - diferencial de alíquota incidente sobre as operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto constantes no inciso II do § 8º do art. 43 do RICMS/2002.**¹²

SEFAZ/GO

330. É devido diferencial de alíquotas na compra de mercadoria para uso na prestação de serviço tributado pelo ISSQN, para o qual não há excepcionalidade para tributação pelo ICMS na Lei Complementar feita por prestador de serviço em outra Unidade da Federação? Até 31/12/2015, não se exigia pagamento de diferencial de alíquotas nesse tipo de operação.

Na compra de mercadoria para uso do ICMS na Lei Complementar nº 116/2003, não era devido o diferencial de alíquotas por não ser, o adquirente, contribuinte do ICMS.

12 Disponível em < <https://goo.gl/d8ADaX> >. Acesso em 16 nov. 2016.

No entanto, **a partir de 01/01/2016, com a alteração promovida** pela Emenda Constitucional 87/2015 no inciso VII, do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, passa a ser exigido o ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna (praticada no Estado destinatário) e a alíquota interestadual nas operações ou prestações que destinem bens, mercadorias e serviços **a consumidor final não contribuinte do ICMS. Assim, nessa hipótese, o remetente (contribuinte do ICMS) deve observar os procedimentos previstos no Convênio ICMS 93/2015 também em relação à venda destinada a prestador de serviço tributado pelo ISSQ.**

644. A construtora deve recolher ICMS diferencial de alíquotas quando adquire mercadoria para uso próprio ou bem para o ativo imobilizado em outra Unidade da Federação?

Atualizada em 05/2016

O § 3º do art. 34 do RCTE define que não se considera, para efeito do diferencial de alíquotas (devido por contribuinte do ICMS), a empresa de construção civil, ainda que possua inscrição cadastral, portanto, não é exigido recolhimento do diferencial de alíquotas quando da aquisição para uso e consumo ou ativo imobilizado de construtora.

No entanto, **com a alteração promovida** pela Emenda Constitucional 87/2015 no inciso VII, do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, a partir de 01/01/2016, passa a ser exigido o ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna (praticada no Estado destinatário) e a alíquota interestadual nas operações ou prestações que destinem bens, mercadorias e serviços **a consumidor final não contribuinte do ICMS.**

Assim, no caso de operação interestadual destinada a construtora estabelecida no Estado de Goiás, a partir de 01/01/2016, o remetente (contribuinte do ICMS) deve observar os procedimentos previstos no Convênio ICMS 93/2015.

2813. O diferencial de alíquotas deve ser recolhido somente quando da realização de venda a pessoa física domiciliada em outra UF?

Não. O ICMS previsto no § 2º do art. 155 da Constituição

Federal é devido tanto nas operações e prestações interestaduais com consumidor pessoa física, quanto com pessoa jurídica não contribuinte do ICMS tais como hospitais e clínicas, escolas, **construtoras**, gráficas, etc.¹³

Assim, alterado o paradigma constitucional atinente à hipótese de incidência do diferencial de alíquota, nos termos da atual redação do art. 155, § 2º, VII, da CF nas operações interestaduais de circulação de mercadoria o diferencial de alíquota deverá ser recolhido quer o destinatário seja consumidor final contribuinte ou não do imposto.

Como o pressuposto de direito que levou a formulação do enunciado da súmula 432 do STJ foi a antiga redação do art. 155, § 2º, VII, da CF, a mutação desta norma jurídica, que implicou na modificação do regime de incidência do diferencial de alíquota afeta a eficácia da súmula 432 do STJ e conseqüentemente na superação deste enunciado sumular.

Neste sentido, a superação do entendimento da súmula 432 do STJ ganha contornos jurídicos relevantes quando verificado os efeitos que essa alteração promoveu na relação jurídica tributária de caráter continuativo, ocorrendo reflexos tanto nos processos cujas decisões transitaram em julgado, nos em andamento, bem como ao manejo das tutelas provisórias a serem pleiteadas em juízo.

3. INFLUÊNCIA DA MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE A COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NA RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA

Dada a feição definida para a incidência do diferencial de alíquota a partir da alteração que a EC 87/2015, de rigor é

¹³ Disponível em < <https://goo.gl/EPw4Wc> >. Acesso em 07 novembro de 2016.

a análise de sua aplicação nas relações jurídicas de caráter continuado alusivas ao ICMS.

Nos termos do Código Tributário Nacional, a obrigação tributária surge com o fato gerador, razão pela qual a relação jurídica tributária irá surgir quando a hipótese de incidência descrita em lei for praticada no mundo fenomênico. Por isso que Luiz Emygdio Franco Rosa Júnior¹⁴ afirma que “a vantagem de tal qualificação reside no fato de deixar claro que o momento em que ocorre o fato gerador é aquele mesmo em que se concretiza a obrigação tributária”.

E para fins deste trabalho, como a alteração constitucional modificou o regime jurídico de incidência do diferencial de alíquota, essa alteração atingirá de forma diferente a relação jurídica tributária a depender se ela for classificada como de caráter instantâneo ou continuativo.

A respeito desta distinção e preciso o magistério de Hugo de Brito Machado¹⁵:

No primeiro caso [referindo-se a relação jurídica instantânea], o fato tributável é autônomo, isto é, nele residem todos os elementos de que se necessita para determinar o valor do tributo a ser pago e o pagamento extingue não apenas o crédito tributário respectivo, mas a própria relação obrigacional Fisco-contribuinte. No segundo caso [referindo-se a relação jurídica continuativa], o fato tributável não é autônomo, no sentido de que, embora produza, isoladamente, o efeito de criar a obrigação tributária, ele se insere em um conjunto de outros fatos relevantes para a composição da relação jurídica fisco-contribuinte.

14 ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco. *Manual de Direito Financeiro & Tributário*. 16 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 482.

15 MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*. 11 ed. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 60-61.

A relação jurídica tributária instantânea é peculiar aos tributos relacionados com ocorrências eventuais. Por isto mesmo não existe, nem se faz necessário, um cadastro de contribuinte, sujeitos passivos dessa relação.

A relação jurídica continuativa é peculiar aos tributos relacionados a ocorrências que se repetem, formando uma atividade mais ou menos duradoura. Por isto mesmo os contribuintes, sujeitos passivos dessa relação, inscrevem-se em cadastro específico, que se faz necessário precisamente em virtude da continuidade dos acontecimentos relevantes do ponto de vista tributários. Na relação jurídica continuativa, ou continuada, muita vez até a determinação do valor a ser pago pelo contribuinte depende não apenas de um fato tributável, mas do encadeamento dos fatos que a integram, como acontece no Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)

Como no ICMS a relação jurídica entre o fisco e o sujeito passivo tributário se procrastina no tempo, uma vez que os fatos geradores de um período são somados para apuração do tributo devido em determinado período, verifica-se que estamos diante de uma relação jurídica tributária de carácter continuativo.

E uma característica deste tipo de relação jurídica que se procrastina no tempo é que a decisão judicial somente continuará a produzir efeitos enquanto forem mantidos os pressupostos de fato e de direito que embasaram seu entendimento. Por essa razão que se diz que tais decisões possuem carácter determinativo, pois permanecerem imutáveis enquanto mantidos inalterados os fundamentos que embasaram a decisão judicial.

Neste sentido o posicionamento de Moacyr Amaral Santos¹⁶:

Dando atuação a tais regras [referindo-se a variação que se submetem as relações jurídicas continuativas], a

16 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de direito Processual Civil*. Vol. 3. 11 ed. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 56.

sentença atende aos pressupostos de tempo em que foi proferida, sem, entretanto, extinguir a relação jurídica, que continua sujeita a variações dos seus elementos constitutivos.

No mesmo sentido José de Lima Ramos Pereira¹⁷ leciona “que essas relações continuativas são mutáveis no tempo, não a sentença em si, posto que imutável, fixando o juiz o seu convencimento conforme a situação de fato ou de direito verificada na época”.

Assim, a possibilidade de revisão das sentenças determinativas não impede a formação da coisa julgada, uma vez que a sentença continuará produzindo os seus efeitos positivos, negativos e preclusivos enquanto permanecerem inalterados os pressupostos de fato e de direito que embasaram o julgado. Porém, havendo alteração destes pressupostos, legítima será a rediscussão dessa relação jurídica. Neste sentido, aponta Fredie Didier¹⁸:

Modificando-se os fatos que dão ensejo à relação jurídica continuativa (e o próprio direito), e legitimam o pedido de uma tutela jurisdicional, tem-se a possibilidade de propositura de uma nova ação, com elementos distintos (nova causa de pedir/novo pedido), a chamada ação de revisão. A coisa julgada não pode impedir a rediscussão do tema por fatos supervenientes ao trânsito em julgado (lembre-se que a eficácia preclusiva só atinge aquilo que foi deduzido ou poderia ter sido deduzido pela parte á época).

...Com isso, gerará uma nova decisão e uma nova coisa julgada, sobre esta nova situação, que não desrespeitará, em nada, a coisa julgada formada para a situação anterior.

17 PEREIRA, José de Lima Ramos. (2007), “Ação de Modificação ou Revisional do artigo 471 do Código de Processo Civil – Aspectos Polêmicos”. http://www.prt21.mpt.gov.br/dt_2_03.htm, Acesso em: 30 nov. 2007.

18 DIDIER JR; Fredie, et al, *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador, Ed. Jus Podivm, 2007, p. 500.

(...)

Agora, modificado o quadro fático e/ou jurídico, necessário que se dê novo tratamento à relação jurídica, o que será feito por nova ação, que culminará em uma nova decisão transitada em julgado - indiscutível para aquela nova situação.

Neste caso, como a cobrança do diferencial de alíquota está inserida dentro de uma relação jurídica de trato continuado, os fatos geradores dessa relação jurídica devem se adaptar à nova realidade de fato ou de direito.

Por essa razão que, após a vigência da EC 87/2015, caso seja praticada uma operação interestadual de circulação e a mercadoria tenha como destinatário final uma empresa de construção civil que a irá utilizar como insumo de sua obra, esta operação passará a se sujeitar ao recolhimento do diferencial de alíquota, o que demonstra a superação dos do enunciado da Súmula 432 do STJ.

Neste caso, ao se verificar a eficácia jurídica do entendimento consubstanciado na súmula 432 do STJ é importante que ele seja interpretado em conjunto com o enunciado da súmula 239¹⁹ do Supremo Tribunal Federal, a fim de que a sua eficácia jurídica se restrinja aos fatos geradores praticados até o início da vigência da EC 87/2015.

Essa é a lição de Cândido Rangel Dinamarco²⁰:

(...) a sentença que decide sobre matéria tributária terá, como toda sentença, a *auctoritas rei judicatae* que corresponde ao conteúdo preceptivo contido em seu decisório.

19 Súmula 239 do STF: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

20 DINAMARCO, Cândido Rangel, *apud* DIDIER JR, et al, *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador, Ed. Jus Podivm 2007, p. 505

O que sucede é que, com relação às prestações futuras (e jamais quanto às vencidas), a coisa julgada deixará de prevalecer quando sobrevier alguma disciplina legal ou algum fato novo capaz de desfazer o juízo probabilístico sobre o qual se apoia a condenação por prestações futuras.

Portanto, se até a eficácia da coisa julgada fica subordinada à manutenção dos pressupostos de fato e de direito que embasaram a decisão judicial e é exatamente por este motivo que o art. 505 do CPC permite que a ação revisional seja utilizada para que o entendimento jurídico seja adequado à nova realidade jurídica.

Assim, se até a eficácia da coisa julgada não atinge os atos praticados após a modificação do estado de direito que embasava a decisão, com maior razão que as relações jurídicas tributárias formadas a partir da vigência da EC 87/2015 não podem ser regidas pelo teor do enunciado da súmula 432 do STJ, o que afetará o entendimento jurídico quanto aos processos em andamento, bem como o manejo das tutelas provisórias baseadas neste entendimento sumular.

4. DA IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA OU DE URGÊNCIA BASEADA NO ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO RESP Nº 1.135.489/AL

Conforme visto em linhas pretéritas, os fatos geradores nas relações jurídicas tributárias continuativas devem se amoldar às regras vigentes no ordenamento jurídico da época de sua prática, motivo pelo qual o entendimento judicial a respeito da incidência do diferencial de alíquota quando as operações interestaduais forem praticadas por empresas de construção civil não devem mais seguir a orientação traçada pela súmula 432 do

STJ, tendo em vista este entendimento estar superado pelo novo regramento constitucional.

Em face de ser implícita à relação jurídica continuativa a possibilidade de mutação dos fundamentos de fato e de direitos e de que os efeitos de uma decisão somente alcançam os fatos geradores antes desta mutação, compreende-se ser desnecessária uma revogação expressa da súmula 432 do STJ para que seu entendimento deixe de ser aplicado pelo Poder Judiciário.

A alteração dos fundamentos de direito sobre o qual se alicerçava a Súmula 432 do STJ e levado a efeito pela EC nº 87/2015 torna superado esse entendimento sumular, razão pela qual ele não pode mais embasar o entendimento de mérito ou a concessão de uma *tutela provisória, a fim de que o Judiciário assegure* às empresas de construção civil o não recolhimento do diferencial de alíquota.

Assim, não há mais o efeito positivo que o enunciado da súmula 432 do STJ exercia sobre a pretensão das empresas de construção civil. Neste caso, devido à mutação dos pressupostos de direito que embasavam a referida súmula, o **caráter de certeza que ele assegurava quanto à probabilidade de acolhimento da pretensão processual das empresas de construção civil deixa de existir.**

E restando ausente a probabilidade de acolhimento da pretensão, o referido enunciado não pode mais subsidiar o deferimento de uma tutela provisória de evidência. Neste sentido a doutrina a respeito:

Perceba-se que a evidência não é um tipo de tutela jurisdicional. A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela.

(...)

É uma técnica processual, que diferencia o procedimento, em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo.

(...)

Assim, a evidência pode servir às tutelas definitivas ou provisórias.

(...)

Nestes casos [referindo-se à evidência como técnica de tutela provisória], a evidência se caracteriza como conjugação de dois pressupostos: prova das alegações de fato e probabilidade de acolhimento da pretensão processual²¹.

Nem mesmo poderá fundamentar o deferimento de qualquer outra tutela de provisória, pois não haverá como se preencher um dos requisitos para concessão da tutela provisória, isto é, a necessidade de se identificar “os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do precedente utilizado e demonstre que o caso sob julgamento se assemelha ao caso que lhe deu origem, ajustando-se aos seus fundamentos (art. 489, § 1º, V, do CPC)”²².

Por essa razão que o enunciado da súmula 432 do STJ não pode embasar o pedido de tutela provisória do art. 311, II, do CPC/2015 e resultar no deferimento de uma tutela provisória para beneficiar as empresas de construção civil a ***absterem-se de praticar qualquer ato que as excluam do recolhimento do diferencial de alíquota, inscrição destes débitos em dívida ativa, ou impedir a imposição de sanções administrativas decorrentes do não cumprimento dessa exação legal.***

21 DIDDIER JR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil Vol. 2**, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 617/618)

22 DIDDIER JR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil Vol. 2**, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 626.

De qualquer forma, ainda que persista aquela velha prática de empresas ligadas ao ramo da construção civil de se declararem contribuintes do imposto no momento da aquisição de bens e serviços em outras Unidades da Federação, para depois negar essa condição junto ao Estado de destino, o fato é que essa conduta, de todo reprovável, em nada altera o cenário quanto à repercussão jurídica da norma constitucional vigente, posto que a regra agora, independentemente da condição do consumidor final, isto é, se é ou não contribuinte do imposto.

Portanto, seria um verdadeiro “abuso de direito”, além de benefício à própria torpeza e inegável retrocesso constitucional agasalhar a pretensão de uma empresa de construção civil com fundamento na súmula 432 do STJ, diante da evidente superação deste entendimento frente ao novo regramento jurídico do diferencial de alíquota.

CONCLUSÃO

Em linhas de conclusão, a partir do estudo desenvolvido em linhas pretéritas é possível assentar que o enunciado sumular nº 432/STJ, que representa a síntese da tese firmada no recurso especial repetitivo nº 1.135.489/AL, deve ser lido em consonância com a nova disciplina conferida ao art. 155, §2º, incisos VII e VIII da Constituição Federal, por força da alteração levada a efeito pela EC nº 87/2015.

De acordo com interpretação até então adotada pelo STJ, as operações de aquisição de mercadorias realizadas pelas empresas de construção civil não estariam sujeitas a incidência do diferencial de alíquota quando não verificada a condição de contribuinte do imposto à luz do art. 4º, da Lei Complementar n. 87/96.

A referida interpretação demonstrou-se passível de inúmeras críticas, sobretudo em razão da omissão da Lei Complementar 87/96 quanto à disciplina do denominado diferencial de alíquota. Demais disso, ignorou a possibilidade de exercício da competência tributária residual por parte dos entes federativos no que tange a regulamentação da matéria.

A nova disciplina constitucional buscou reaproximar o diferencial de alíquota ao objetivo constitucional de redução da desigualdade regional entre estados produtores e consumidores, propiciando uma efetiva repartição de receita nas operações interestaduais sujeitas ao ICMS.

Logo, considerando que o citado precedente jurisprudencial adotou como parâmetro a disciplina constitucional anterior a EC nº 87, que, por sua vez, diferenciava o consumidor final de bens e serviços, em operações interestaduais, entre contribuinte e não contribuinte do imposto, prevendo à sua partilha apenas na primeira hipótese, natural concluir que essa orientação foi superada a partir da vigência da EC nº 87/2015, por não se compatibilizar com a nova disciplina da Constituição Federal, prevista no art. 155, §2º, incisos VII e VIII da CF/88, a qual tornou irrelevante a distinção acerca do adquirente da mercadoria, autorizando a repartição do imposto entre os Estados produtor e consumidor em qualquer hipótese.

Por derradeiro, mostra-se inadequada eventual concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, inciso II do CPC que tenha como fundamento o citado precedente jurisprudencial, especialmente para justificar a proibição de cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS após a vigência da EC 87/2015, pois como se demonstrou acima, a nova disciplina constitucional autoriza a partilha do imposto estadual em qualquer hipótese.

O que pode variar a depender da condição do adquirente é o momento e a respetiva responsabilidade pelo recolhimento do imposto. Ou seja, se o destinatário não for contribuinte do imposto, cabe ao estabelecimento remetente recolher o ICMS antes do envio da mercadoria para o Estado do consumidor final, e repassar a parcela do diferencial de alíquotas do ICMS em momento posterior. Por outro lado, se o destinatário for contribuinte, o recolhimento deverá ser no destino, ficando sob a responsabilidade da empresa adquirente o pagamento do tributo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Acesso em agosto 2017. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.hrffm>

BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar n. 87/96. Regulamenta o ICMS em âmbito nacional, Acesso em agosto de 2017. Disponível em < >.

BRASIL. Secretaria de Estado da Fazenda de Goiás. Disponível em <http://aplicacao.sefaz.go.gov.br/perguntaresposta/problemas_pesquisa_internet.php?cod_grupo=31&cod_divisao=327&criterio=&op1=1&op2=2&st=>>. Acesso em 07 nov 2016.

BRASIL. Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais. Disponível em <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/orientacao/orientacao_002_2016.pdf>. Acesso em 16 nov 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.135.489. Acesso em agosto de 2017. Disponível em <http://www.stj.jus.br/resp1135489_cons.htm>.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco. Manual de Direito Financeiro & Tributário. 16 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 432. Acesso em agosto de 2017. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sm432_cons.htm>.

CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS – 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DENARI, Zelmo. Curso de direito tributário. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

DIDIER JR; Fredie et. al., Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1 e 2, Salvador, Podivm, 2007.

DOWER, Fabio Cunha. O “novo” ICMS nas operações entre Estados após a Emenda Constitucional nº 87/2015 (EC 87015): Impactos tributários, Disponível em <http://www.fiscosoft.com.br/a/6vdc/o-novo-icms-nas-operacoes-entre-estados-apos-a-emenda-constitucional-n-872015-ec-87015-impactos-tributarios-fabio-cunha-dower>. Acesso em 31 ago 2017.

GRUPERNMACHER, Betina. Tributação no e-commerce - Emenda que disciplina a incidência do ICMS sobre operações interestaduais. Revista Consultor Jurídico – CONJUR. Acesso em 23 de abril de 2015, 6h29 no seguinte endereço: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-23/betina-gruppenmacher-emendaque-disciplina-incidencia-icms-operacoes-interestaduais>.

KOCH, Deonísio. Manual do ICMS: Teoria e prática. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 11 ed. São Paulo, Malheiros, 1669.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de direito Processual Civil. Vol. 3, São Paulo, Saraiva, 1990.

MELO, Ângelo Braga Netto Rodrigues de. ICMS. Construção Civil – Diferencial de alíquota interestadual. Uma burla à tributação. Da necessidade de revisão do entendimento predominante. In MOREIRA FILHO, Aristóteles et. al. (Coord). Questões controvertidas em matéria tributária: uma homenagem ao Professor Paulo de Barros Carvalho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PEREIRA, José de Lima Ramos. (2007). Ação de Modificação ou Revisional do artigo 471 do Código de Processo Civil – Aspectos Polêmicos. < <https://goo.gl/U2rmXr> >, Acesso em: 31 ago. 2017.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. ICMS: Anotações à Lei Complementar Nacional nº 87/96. Manaus, 1998.

GUARDA RELIGIOSA E SERVIÇO PÚBLICO: A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA FACE À SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Neyarla de Souza Pereira Barros¹

RESUMO: O regime jurídico aplicável aos servidores públicos implica, em alguma medida, em limitação à sua liberdade individual, especialmente quando a atividade desenvolvida compreende serviços públicos essenciais, tais como saúde e segurança pública. Tal conjunto de direitos e deveres daqueles que voluntariamente ingressam na administração pública é regido, no âmbito interno pelo princípio constitucional da isonomia, e no âmbito externo pelo princípio da supremacia do interesse público. A Constituição Federal de 1988 também assegura a todos – indistintamente – a liberdade de consciência e de crença. O presente estudo analisa, à luz dos princípios constitucionais vigentes, eventual existência de dever da Administração Pública de adequar-se aos dias de guarda religiosa dos servidores públicos, especialmente mediante compatibilização de horários e organização de escalas de plantão nas atividades essenciais a serem desempenhadas pelo estado.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegura a todos a liberdade de consciência e de crença. Não é incomum a controvérsia suscitada por servidores públicos quanto à necessidade de adequação de dias e horários de expediente, pela Administração Pública, em razão de dias de guarda religiosa. O presente artigo tem por finalidade analisar, à luz da hermenêutica constitucional,

¹ Procuradora do Estado do Acre, Especialista em Direito Público.

qual a solução interpretativa que melhor compatibiliza a garantia da liberdade de consciência e de crença, o princípio da isonomia e da supremacia do interesse público em situações em que servidores públicos pretendem ter assegurado o dia de guarda religiosa no desempenho de suas atividades funcionais.

2. DESENVOLVIMENTO

A questão objeto de estudo reside na eventual obrigação da Administração Pública – assim entendida como o aparato estatal destinado à execução das atividades típicas de Estado – de adequar-se à opção religiosa de seus servidores que observam dias de guarda religiosa, especialmente quanto à organização de escalas de plantão e compatibilização de horários, especialmente em serviços públicos essenciais.

É de conhecimento público que os membros da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por convicção religiosa, guardam o período compreendido entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado, período este que reservam unicamente para atividades ligadas a culto religioso². Do mesmo modo, a tradição judaica também contempla a guarda do sábado, o *shabat*, destinado ao descanso.

2 “O Sábado: O bondoso Criador, após os seis dias da criação, descansou no sétimo dia e instituiu o sábado para todas as pessoas, como memorial da criação. O quarto mandamento da imutável lei de Deus requer a observância deste sábado do sétimo dia como dia de descanso, adoração e ministério, em harmonia com o ensino e prática de Jesus, o Senhor do sábado. O sábado é um dia de deleitosa comunhão com Deus e uns com os outros. É um símbolo de nossa redenção em Cristo, um sinal de nossa santificação, uma prova de nossa lealdade e um antegozo de nosso futuro eterno no reino de Deus. O sábado é o sinal perpétuo do eterno concerto de Deus com Seu povo. A prazerosa observância deste tempo sagrado duma tarde a outra tarde, do pôr-do-sol ao pôr-do-sol, é uma celebração dos atos criadores e redentores de Deus.” Disponível em <http://www.adventistas.org/pt/institucional/crencas>. Acesso em 26/8/2017.

A ordem constitucional estabelecida a partir de 1988, além de não adotar religião oficial para o estado brasileiro, assegurou aos seus nacionais o livre exercício de suas convicções religiosas, filosóficas e existenciais, sendo que tal direito foi alçado, pelo legislador constituinte originário, à categoria de direito fundamental, insuscetível de ser mitigado ou abolido. É o que estabelece o artigo 5º, inciso VI e VII, da Constituição Federal de 1988:

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

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se os invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, prevista em lei.” (destaque nosso).

Com relação à *liberdade religiosa*, esta compreende a liberdade de crença, a liberdade de aderir a alguma religião e a liberdade de exercício do culto respectivo. Desse modo, ao indivíduo é assegurado tanto o direito de professar suas próprias convicções religiosas como o de se manter alheio a manifestações dessa natureza.

Tal liberdade de escolha, contudo, é direito individual que, apesar de inviolável, não é absoluto – como todo direito em nossa ordem constitucional. Isso porque eventual crença ou convicção pessoal encontra natural limitação quando interfere na órbita jurídica de outrem, inclusive na do estado, ente público.

Ao estado, a Constituição Federal de 1988 atribuiu uma gama de deveres como o fim de assegurar a justiça social, o bem comum e o bem estar coletivo. Para a consecução de tais objetivos consagrou-se uma evidente preponderância do interesse público sobre os interesses individuais, ao que a doutrina administrativista denominou de supremacia do interesse público.

Tal supremacia, contudo, não significa inobservância dos direitos individuais, mas sim, uma necessária compatibilização. Nas palavras da eminente administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro³:

A defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Negar a existência desse princípio é negar o próprio papel do Estado.

O princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o direito administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico. Ele protege os direitos individuais. Veja-se que o direito administrativo nasceu justamente no período do Estado liberal, cuja preocupação maior era a de proteger os direitos individuais frente aos abusos do poder. Protegeu tanto a liberdade, que acabou por gerar profunda desigualdade social, porque, afinal, os homens não nascem tão livres e iguais como pretendia Rousseau e como foi afirmado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Como sabido, a prestação de diversos serviços públicos pelo Estado, pela sua essencialidade, deve dar-se de forma ininterrupta – vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana. É o que exigem os serviços médico-hospitalares, o fornecimento de água e energia elétrica, a atuação das forças de segurança pública,

3 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

entre outras atividades destinadas a assegurar os direitos mais elementares do indivíduo e do corpo social.

No desempenho de tais atividades, portanto, há uma evidente predominância do interesse público sobre o daqueles indivíduos que escolheram atuar nessas tais atividades na condição de servidores públicos, na medida em que com frequência são designados para trabalhar em sábados, domingos e feriados – civis ou religiosos. Assim, tais agentes públicos são com frequência privados do convívio familiar e do descanso laboral nos dias convencionalmente a eles destinados na tradição cultural brasileira, sábados e domingos.

É precisamente nesse ponto que surge a controvérsia. Em sendo a liberdade de consciência e crença um valor constitucional e garantia do indivíduo, este mesmo indivíduo, na condição de servidor público, pode exigir da Administração Pública Estatal, destinatária de deveres públicos também de índole constitucional, que esta se adapte ao seu dia de guarda de religiosa?

Diante desse impasse, ou aparente impasse, exsurge a necessidade de compatibilização dos princípios constitucionais.

A interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – estabelecendo o seu sentido –, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas. Isso porque, sem que se opere a transformação do abstrato em concreto e do geral em particular, o texto nada dirá àquele que pretenda compreendê-lo.

Nesse sentido, a interpretação, ao concretizar os modelos normativos diante de situações concretas e palpáveis, pressupõe uma certa medida de criatividade por parte de seu aplicador, ante

a inexistência de uma resposta especialmente moldada para cada caso sob exame. Pode-se dizer, inclusive, que a cada interpretação estão sendo criadas novas leis a partir do mesmo texto, uma vez que este, dado o seu caráter essencialmente genérico, possibilita múltiplas leituras ao ser aplicado a situações práticas.

A aparente colisão dos dois valores constitucionais acima mencionados (liberdade de consciência e crença e supremacia do interesse público) deve ser analisada à luz de outros princípios também incidentes no caso. Tal análise possibilitará uma visão global dos valores envolvidos, de forma a se perquirir qual a solução jurídico-interpretativa que melhor se adequa ao sistema de princípios adotados na ordem constitucional brasileira, garantindo-se sua integridade.

A teoria da integridade na interpretação do direito de Ronald Dworkin (2005, p. 254) pressupõe que as sociedades sejam como comunidades de princípio, pois os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.

Alguns princípios aceitos por esta comunidade, entretanto, podem parecer, em determinados casos, conflitantes, de difícil relativização ou mesmo contradizerem as instituições políticas legitimadas por essa mesma sociedade, o que pode levar a interpretações divergentes do direito aplicável a essas situações. A integridade, nesse contexto, seria a virtude política que buscaria a melhor interpretação construtiva da prática jurídica dessa comunidade, atentando para seus princípios, para as decisões passadas e para as funções precípuas de suas instituições, de modo a expressar não somente a harmonia do ordenamento jurídico, mas sim um sistema único e coerente de justiça e equidade.

Nessa linha, cabe a observação de que no Brasil o ingresso no serviço público é uma opção individual. Nenhum cidadão, salvo restritas situações excepcionais⁴, é compelido a ingressar no serviço público. Tal conclusão decorre da **liberdade profissional**, também garantida no artigo 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988:

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

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

O indivíduo, portanto, ao submeter-se a concurso público, processo seletivo, ou mesmo quando aceita ocupar um cargo em comissão em qualquer dos poderes da república está plenamente ciente da atividade que irá desempenhar e das consequências dessa atividade em sua esfera privada. Se a atividade voluntariamente exercida no serviço público relaciona-se com os serviços públicos essenciais – saúde, segurança, disponibilização de energia elétrica e água, por exemplo – ainda mais evidente são as suas consequências na vida privada do servidor público.

Nesse sentido, exsurge a conclusão de que a administração pública não está compelida a adequar-se às escolhas individuais de seus servidores, ainda que de cunho religioso, uma vez que a liberdade de crença, enquanto direito individual, deverá ser compatibilizada com a prestação voluntária de serviço público. Assim como a liberdade de consciência e crença é uma opção individual, também o ingresso no serviço público o é.

⁴ Art. 5º. (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Pela pertinência convém ponderar que entendimento em sentido diverso implicaria, ainda, em questionável relativização do princípio constitucional da isonomia⁵, uma vez que os servidores públicos que professassem determinada crença ostentariam condição jurídica diferenciada – e privilegiada – em relação aos demais agentes públicos na mesma situação.

A título ilustrativo imagine-se que determinados servidores são dispensados da escala de plantão nos seus dias de guarda religiosa, que ocorre aos sábados. A consequência de tal fato é que os demais servidores serão escalados para trabalhar aos sábados em uma frequência significativamente maior, em evidente prejuízo de seus interesses particulares – especialmente porque em nossa sociedade, sábados e domingos são culturalmente dias de descanso.

Ou seja, uma decisão tomada na esfera íntima e privada de determinado indivíduo – a convicção de fé ou de crença e a opção pelo serviço público – repercutiria negativamente na esfera de interesses de outro, impondo-lhe um ônus para o qual não deu causa.

Outra situação potencialmente problemática: a administração pública realiza concurso público para o provimento de 03 (três) vagas de médico destinadas a um hospital de um município do interior. Pelo critério da meritocracia, os três candidatos aprovados são membros de designação religiosa que guarda o domingo. A prevalecer tal entendimento, o Estado seria compelido a deslocar profissional de outra municipalidade, com os custos financeiros adicionais daí advindos, para cumprir a aludida escala de plantão, que não poderia ser suprida pelos médicos daquela localidade.

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

Tal lógica subverte completamente a predominância do interesse público sobre o particular, consagrada em nossa ordem constitucional.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como o Tribunal de Justiça do Estado do Acre, já se manifestaram em diversas oportunidades quanto à presente temática, repelindo interpretações que pretendem conferir caráter absoluto ao conteúdo da liberdade de fé e crença:

EMENTA: Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. 2. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal a quo que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat 3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. 4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. 5. Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que **a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso** 6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública 7. Pendência de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 391 e nº 3.714, nas quais este Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. 8. Agravo Regimental conhecido e não provido. (STA 389 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2009, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-01 PP-00001 RTJ VOL-00215-01 PP-00165 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 125-135)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EDUCAÇÃO E RELIGIÃO. **MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. PERÍODO DE GUARDA RELIGIOSA. LEI N. 12.142/2005, DO ESTADO DE SÃO PAULO. OPORTUNIZAÇÃO DE ALTERNATIVA À**

FREQUÊNCIA ÀS AULAS DE SEXTAS-FEIRAS.

1. **A relação que existe entre a pessoa e a igreja que profetiza a crença que elegeu não cria qualquer obrigação para terceiros, razão pela qual não há falar que a qualidade de membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por si só, confira direito líquido e certo do aluno de não participar das aulas, durante o período de guarda religiosa.** 2. Recurso ordinário provido. (STJ. RMS 37.070/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014)

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - **PROVAS DISCURSIVAS DESIGNADAS PARA O DIA DE SÁBADO - CANDIDATO MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA** - PEDIDO ADMINISTRATIVO PARA ALTERAÇÃO DA DATA DA PROVA INDEFERIDO - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE - NÃO VIOLAÇÃO DO ART. 5º, VI E VII, CR/88 - ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL - RECURSO DESPROVIDO. 1. O concurso público subordina-se aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, de modo que todo e qualquer tratamento diferenciado entre os candidatos tem que ter expressa autorização em lei ou no edital. 2. **O indeferimento do pedido de realização das provas discursivas, fora da data e horário previamente designados, não contraria o disposto nos incisos VI e VIII, do art. 5º, da CR/88, pois a Administração não pode criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição, entre os candidatos.** 3. Recurso não provido. (STJ. RMS 16.107/PA, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2005, DJ 01/08/2005, p. 555)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. **SOLDADO PM. CURSO DE FORMAÇÃO. AUSÊNCIA AOS SÁBADOS. CONVICÇÃO RELIGIOSA. MEMBROS DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA.** EDITAL Nº. 56 – SGA/PMAC. PREVISÃO. ISONOMIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. **A pretensão**

de tratamento diferenciado, em nome de crença religiosa, encontra óbice nos princípios da legalidade (vinculação ao instrumento convocatório) e da isonomia, aos quais se subordina o concurso público.

2. No caso em exame, o edital expressamente previu que durante o Curso de Formação seriam ministradas aulas em horários diurnos e noturnos, inclusive aos sábados, domingos e feriados (item 14.8), de sorte que, ao se inscreverem no certame, acataram essas regras, não sendo legítima a pretensão posterior de tratamento diferenciado. (TJAC, Mandado de Segurança nº 2010.000302-1, Rel. Des. Arquilau Melo. DJ: 12/05/2010).

Como se vê, até mesmo em situações pontuais e específicas, como a realização de provas de concurso público e a anotação de frequência acadêmica, a jurisprudência brasileira se manifesta pela impossibilidade de conceder tratamento diferenciado em razão de opção individual de fé e crença.

Nessa linha, com maior razão ainda não deve a Administração Pública conferir condição privilegiada a servidores públicos que optaram por determinada denominação religiosa, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

A inexistência de tal dever administrativo, contudo, não pode ser compreendida como proibição de que a administração consinta com eventual alternativa conciliatória proposta pelo servidor interessado. Assim, em existindo possibilidade de compatibilização de horários e, havendo outros servidores interessados na permuta nos dias de guarda religiosa, sem prejuízo do interesse público, nada obsta que tal solução conciliatória seja admitida.

Não se pode perder de vista, contudo, que a admissão de compatibilizações dessa natureza afigura-se uma faculdade do gestor público, e não um dever administrativo ou um direito potestativo do indivíduo.

A melhor interpretação dos princípios consagrados na ordem constitucional vigente – que melhor exprime sua integridade – conduz à uma preponderância do interesse público face às escolhas individuais de culto e crença daqueles que escolheram o serviço público como atividade profissional.

CONCLUSÃO

A teoria da integridade na interpretação do direito de Ronald Dworkin pressupõe que as sociedades sejam como comunidades de princípio, pois os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.

A integridade, nesse contexto, seria a virtude política que buscaria a melhor interpretação construtiva da prática jurídica dessa comunidade, atentando para seus princípios, para as decisões passadas e para as funções precípua de suas instituições, de modo a expressar não somente a harmonia do ordenamento jurídico, mas sim um sistema único e coerente de justiça e equidade.

Nesse sentido, embora a liberdade de consciência e crença seja um valor constitucional e garantia do indivíduo, também ostentam igual índole constitucional os deveres públicos do estado. Em sendo a prestação de serviço público como atividade profissional também uma concretização do direito de liberdade do indivíduo, não pode a administração pública ser compelida a adequar-se à opção religiosa de seus servidores que observam dias de guarda religiosa.

A melhor interpretação dos princípios consagrados na ordem constitucional vigente – que melhor exprime sua

integridade – conduz à uma preponderância do interesse público face às escolhas individuais de culto e crença daqueles que escolheram o serviço público como atividade profissional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 389 AgR, Relator): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 37.070/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Mandado de Segurança nº 2010.000302-1, Rel. Des. Arquilau Melo. DJ: 12/05/2010. Disponível em <www.tjac.jus.br>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE NO DIREITO PÁTRIO MODERNO: UMA ANÁLISE SOB A LUZ DA FILOSOFIA DO DIREITO

Marcos Antônio Santiago Motta¹

João Paulo Setti Aguiar²

RESUMO: A base principiológica das constituições possibilita a existência das mutações constitucionais. A primariedade e a natureza axiológica dos princípios orienta a mudança do texto constitucional para que se amolde às novas realidades sociais. No entanto, faz-se necessário que o intérprete compreenda o conteúdo normativo e também político de cada princípio inserido no texto constitucional. Dentre os princípios que merecem especial atenção do intérprete, destaca-se o princípio da moralidade, que por sua alta carga axiológica, demanda conhecimento sobre o conceito de moral advindo da filosofia. Assim, este artigo pretende realizar uma análise do princípio da moralidade sob a luz do pensamento de alguns dos principais estudiosos da filosofia moral como: Kant, Kelsen e Stuart Mill, entretanto sem perder de vista o conteúdo jurídico do princípio.

Palavras chaves: Constitucional. Princípio da moralidade. Filosofia.

1 Procurador do Estado. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-Minas.

2 Procurador do Estado. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Candido Mendes – UCAM. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UNISUL. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhuaguera-UNIDERP.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República de 1988 contemplou dentre as suas mais significativas inovações a consagração dos princípios aplicáveis à Administração Pública:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (BRASIL, 1988).

Diferindo das Constituições anteriores, a Carta de 1988 consagrou expressamente o dever de obediência por parte da Administração Pública ao princípio da moralidade. Trata-se, portanto, de um grande avanço no constitucionalismo pátrio, digno de celebração pela ousadia do constituinte originário ao consagrar uma constituição dirigente, pautada por valores jurídicos e também morais.

A previsão no texto constitucional do princípio da moralidade demonstrou o anseio do constituinte de se orientar por valores além do campo estritamente jurídico a conduta daqueles que se encontram sob a égide do texto constitucional, consagrando, também, o dever de obediência a valores morais.

Entretanto, para que o princípio da moralidade tenha aplicação plena, faz-se necessária a delimitação da sua abrangência no escopo constitucional, com o estabelecimento da exegese que lhe é aplicável, levando-se em consideração o conceito de moral que pode ser obtido em uma revisão bibliográfica da filosofia, especialmente de autores como Kant, Kelsen, Dworkin e outros.

Em que pese o reconhecimento constitucional do princípio da moralidade, nota-se a existência de uma preferência de utilização de outros princípios consagrados no

art. 37 da Constituição Federal para fundamentação dos atos da Administração Pública ou da nulidade destes, tratando-se, na verdade, de uma forma de renegação do Princípio da Moralidade no âmbito da atuação jurídica.

Dentre as pretensões do estudo está a demonstração quanto a possibilidade da compatibilização da aplicação do princípio da legalidade com o caráter moral que deve conter o ato administrativo. Para isso, faz-se necessário que se tenha uma base mínima da filosofia moral, de modo a justificar do ponto de vista jurídico, filosófico e político a coerência dos atos da Administração Pública.

Nesse sentido, necessário que se faça a apresentação dos conceitos de moral e direito, especialmente o conceito dogmático trazido por Kant e Kelsen em contraponto com visão empírica de Schopenhauer, Dworkin e Adam Smith.

Estabelecidas as diretrizes sobre o conceito de moral e de direito, buscar-se-á contextualizar a aplicação do princípio da moralidade no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que tange à Administração Pública, estabelecendo a sua correlação com o princípio da legalidade e abordando uma forma de compatibilização entre esses princípios por meio da ponderação, de acordo com a teoria de Robert Alexy.

2. A DISTINÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO

Estabelecer os limites que definem o âmbito de atuação da moral e do direito é, sem dúvida, um dos problemas mais debatidos na teoria do direito e na filosofia moral. De um lado podemos situar pensadores como Kant (GOMES, 2007, p. 78) e Kelsen (COLPANI, 2002; OLÍVIA, 2013) que buscam a positivização da moral e do direito, por meio da elaboração

de conceitos que estabelecem a autonomia destas ciências. De outro, temos expoentes como Schopenhauer (COLPANI, 2002), Dworkin (OLIVA, 2013), Adam Smith (CERQUEIRA, 2006) que entendem a moral e o direito como ciências heterônomas, muitas vezes correlacionando-as com aspectos empíricos.

Assim, antes de se adentrar no conceito de direito, importante que se busque estabelecer algumas diretrizes sobre o conceito de moral, sob pena de se fazer uma avaliação parcial daquele conceito, apartando-o de todo o conteúdo advindo da filosofia.

O estudo da filosofia moral perpassa pela análise das lições sobre a ética desenvolvidas por Kant, possibilitando-se, assim, uma maior compreensão das premissas fixadas por Kelsen na sua teoria pura do direito, em grande parte derivada de conceitos oriundos da teoria kantiana.

Para Kant o conceito de moral está estritamente relacionado com a liberdade, pois apenas se consideram morais os atos praticados com autonomia, consistente na capacidade de tomar decisões exclusivamente respaldadas na utilização da razão, afastadas todas as inclinações e pressões sentimentais e externas que possam afetar o sujeito.

[...] para Kant, a liberdade, *i.e.*, a autonomia, é o fundamento da lei moral, que tem, para o homem, um ser tanto sensível quanto inteligível, a forma prescritiva, *i.e.*, imperativa. O homem é livre porque submetido à lei da razão. Fosse o homem um ser apenas racional, a lei da razão teria forma descritiva, já que não poderia ser violada. No entanto, sendo o homem um ser tanto racional quanto sensível, as ações que para um ser racional seriam necessárias são para ele contingentes, fazendo que a lei seja prescritiva. A razão precisa, portanto, ordenar determinadas condutas, que no dizer do próprio Kant, transformam-se em obrigação (*nötigung*). (KANT,

1995a, 48). E a razão o faz por meio de imperativos. O imperativo categórico, que para Kant é o imperativo da moralidade, é, portanto, a forma da lei moral para o homem. (GOMES, 2007, p. 79).

Portanto, a moral segundo Kant, está estritamente vinculada à adoção de decisões isentas de qualquer impulso sentimental ou egoísta, bem como de coações externas. Assim, para orientar um modo de aferição da conduta sobre os preceitos morais, Kant estabelece que o ato moral deve adequar-se aos preceitos do imperativo categórico, a saber: a fórmula da lei universal, a fórmula da humanidade e a fórmula do reino dos fins.

A fórmula da lei universal consiste na seguinte premissa: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT *apud* GOMES, 2007, p. 79-80).

A fórmula da humanidade estabelece: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoal de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio”(KANT *apud* GOMES, 2007, p. 79-80).

Por sua vez, a fórmula do reino dos fins estabelece que um ser racional tem que se considerar sempre o legislador no reino dos fins (GOMES, 2007, p. 79-80).

A partir desses preceitos e do conceito de autonomia da vontade como fundamento da moral, Kant afirma que a moral se diferencia do direito também quanto à apresentação das ações, sendo ações internas pertencentes à moral, enquanto as externas ao direito. Dessa forma, para a moral importaria os fundamentos internos da decisão, ou seja, os motivos no uso exclusivo da razão que respaldam a ação ou omissão praticada.

Assim, mesmo que a exteriorização do ato praticado seja consentânea com os valores almejados pela sociedade, se o fundamento para a prática do ato foi obtido a partir de qualquer pressão externa ou sentimento, o ato não pode ser considerado moral.

Para Kant, diferentemente da moral, o direito se importa com o aspecto exterior do ato, a forma como ele se apresenta. Assim, mesmo que o ato tenha tido como motivação qualquer sentimento ou agente externo, será considerado de acordo com o direito se a sua exteriorização ocorrer da forma como preceituado na norma de direito.

Feitas essas considerações é possível iniciar a análise do conceito de moral e de direito na “teoria pura do direito” de Kelsen, que embora compartilhe pontos comuns à teoria de Kant, desta se diferencia no que tange ao entendimento dos aspectos interno e externo do ato.

O principal objetivo de Kelsen na teoria pura do direito é afirmar uma autonomia do direito em relação a qualquer outra ciência, como forma de dotá-la de um caráter objetivo, desvinculando o direito da moral, assemelhando o tratamento dado ao direito àquele dispensado às ciências naturais. (KELSEN, 2006). Nesse sentido, Kelsen estabelece que não se deve confundir a ética com a moral, assim como não se confunde o direito com as ciências jurídicas.

Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si [...] Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina destinada ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética [...] deve notar-se que, no uso corrente da linguagem, assim como o Direito é confundido com a ciência jurídica, a Moral é muito frequentemente confundida com a Ética,

e afirma-se desta o que só quanto aquela está certo: que regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida. (KELSEN, 2006, p.67).

No que concerne à conduta interior e exterior do ato como forma de distinção entre moral e direito, Kelsen, diferentemente de Kant, defende que não é possível classificar a moral e o direito a partir do conceito de que a moral prescreve a conduta interna, enquanto o direito a conduta externa, pois segundo o autor tanto aquela quanto este se referem a condutas internas e externas.

[...] E também a concepção, frequentemente seguida, de que o Direito prescreve uma conduta externa e a moral uma conduta interna não é acertada. As normas das duas ordens determinam ambas espécies de conduta. A virtude moral da coragem não consiste apenas no estado de alma de ausência de medo, mas numa conduta exterior condicionada por aquele estado. (KELSEN, 2006, p.68).

Com esses argumentos, a teoria de Kelsen se opõe à Kantiana da qual o ato moral se caracteriza por contrariar uma inclinação pessoal, pois para Kelsen a caracterização do ato moral se dá a partir da aferição de que foi realizado de acordo com as regras morais impostas por uma autoridade moral ou consuetudinariamente.

A diferenciação entre a moral e o direito para Kelsen não decorre do conteúdo que tais normas prescrevem, mas pela maneira como elas prescrevem ou proíbem as condutas, afirmando que o direito prescreve uma ordem de coação, ligando a conduta contrária a uma sanção socialmente organizada. A moral por sua vez não possui tal característica sancionatória, mas apenas um caráter de aprovação ou desaprovação à conduta. (KELSEN, 2006, p. 71).

Nesse ponto a teoria de Kelsen apresenta uma ligação com a teoria imperativa de J. L. Austin, que fixa um conceito de direito a partir da existência de ordens coercitivas (HART, 2009). No entanto, esta teoria sofre severas críticas de Hart que defende o direito como a união de normas primárias e secundárias³.

A partir desse ponto é importante que se analise a relação de continência entre a moral e o direito.

Para conferir a autonomia ao direito, Kelsen defende que embora o direito deva ser em regra moral, não necessariamente o é, ou seja, ele admite a existência de normas de direito que não atendem ao pressuposto moral, visto que direito e moral, quanto ao conteúdo de suas normas, podem ter campos de atuação distintos.

Estabelecido que o Direito e a Moral constituem diferentes espécies de sistemas de normas, surge o problema das relações entre o Direito e a Moral. Esta questão tem um duplo sentido. Pode com ela pretender-se indagar qual a relação que de fato existe entre o Direito e a Moral, mas também se pode pretender descobrir a relação que deve existir entre os dois sistemas de normas. Estas duas questões são confundidas uma com a outra, o que conduz a equívocos. À primeira questão responde-se por vezes que o Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a Moral prescreve, essa ordem não é direito porque não é justa. A questão, porém, é também respondida no sentido de que o Direito pode ser moral – no sentido acabado de referir, isto é, justo –, mas não tem necessariamente de o ser; que uma

3 Tendo em vista que para os objetivos do presente trabalho faz-se desnecessário um maior aprofundamento do conceito de direito como união de normas primárias e secundárias defendido por Hart, este não será apresentado neste estudo, até porque a complexidade do tema merece estudo específico. Assim, para um maior aprofundamento sobre o direito como união de normas primárias e secundárias ver (HART, 2009).

ordem social que não é moral, ou seja, justa, pode, no entanto, ser Direito, se bem que se admita a exigência de que o direito deve ser moral, isto é, justo.

Em que pese Kelsen afirme que o direito não pode ser compreendido como inserido em uma disciplina que estabelece uma moral absoluta, admite, que a aferição da validade do direito frente a moral pode ocorrer em relação às normas jurídicas de outros Estados, porém nunca em relação à nossa própria ordem jurídica (KELSEN, 2006, p. 78).

Essa defesa da autonomia do direito em relação a moral embora bastante apreciada no meio jurídico, sofre críticas no âmbito filosófico, por não repercutir razoavelmente que se atribua força normativa a comandos que não atenda minimamente aos preceitos morais, pois “*o que são Estados sem justiça, senão grandes bandos de ladrões*”. (SANTO AGOSTINHO *apud* HART, 2009, p. 202).

Nesse mesmo sentido, entendendo que não podem ser admitidas como norma de direito as normas contrárias à moral, podemos destacar Ronald Dworkin:

A moral tem um papel a desempenhar em dois pontos distintos da teoria jurídica: no estágio teórico, quando se atribui valor à prática jurídica; e no estágio da decisão judicial, quando os juízes são instados a fazer a justiça. Mas as duas inserções da moral são distintas. [...] em minha opinião, o valor da integridade que deveríamos atribuir à prática da justiça atravessa o estágio doutrinário e chega até o estágio da decisão judicial porque, argumento, a integridade exige que os juízes considerem a moral em alguns casos, inclusive neste, tanto para decidirem o que é o direito quanto sobre o modo de honrarem suas responsabilidades de juízes.” (DWORKIN, 2010, p. 31).

Compartilhando desse posicionamento acerca da necessidade de valor moral das normas, acrescentando ainda que

o valor moral não pode ser conhecido *a priori*, mas somente por meio da experiência podemos destacar Arthur Schopenhauer:

[...] resta apenas para a descoberta do fundamento da ética o caminho empírico, a saber, o de investigar se há em geral ações às quais temos de atribuir autêntico valor moral – que seriam as ações de justiça espontânea, pura caridade e generosidade efetiva. [...] Este é o caminho modesto que eu indico para a ética. Se a alguém ele não parecer nobre, monumental e acadêmico o suficiente, por não ser uma construção “a priori”, por não conter nenhuma legislação absoluta para todos os seres racionais, este alguém pode voltar para o imperativo categórico, para o “schibboleth” da “dignidade humana”, para o palavreiro oco, para as quimeras e bolhas de sabão das escolas, para os princípios que desdenham a cada passo a experiência, dos quais nada se sabe fora dos auditórios, e que jamais foram experimentados. (SCHOPENHAUER *apud* COLPANI, 2002)

Dessa forma é possível afirmar que o direito guarda uma estreita relação com a moral, sendo que os valores morais devem ser considerados para a elaboração e aplicação do direito. Ademais, também se verifica que os valores morais, ao contrário do que pretendia Kant, não podem ser obtidos apenas a partir da aplicação de fórmulas como os imperativos categóricos, mas devem guardar relação com a experiência humana, pois a depender do momento e do grupo social em que se analisa uma determinada conduta, esta pode ou não ser considerada moral, sendo a avaliação quanto à moralidade um exercício da sociedade.

Não bastasse essas considerações, há de se considerar também, até um determinado ponto, a capacidade que cada conduta humana tem de aperfeiçoar o convívio em sociedade, bem como de trazer uma utilidade ou maior felicidade, como defende o utilitarismo de Stuart Mill (2005).

3. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE

Uma vez apresentados as principais correntes relacionadas à distinção entre a moral e o direito, passemos à contextualização desses pensamentos ao ordenamento jurídico pátrio.

A verificação da relação entre a moral e o direito no ordenamento jurídico brasileiro deve ser realizada tomando-se em consideração, ao menos quanto à atuação da Administração Pública, a previsão expressa no texto constitucional do dever de obediência ao princípio da moralidade, diferentemente do que ocorre na grande maioria dos países.

Ainda que não se adentre na verificação da existência de dever de vinculação das normas de direito à moral no ordenamento jurídico pátrio, devemos analisar de que forma a moralidade deve influenciar a atuação da Administração.

A Constituição Federal de 1988, como outrora colacionado consagrou em seu art. 37 o princípio da moralidade no âmbito da Administração Pública.

Ao discorrer sobre o princípio da moralidade administrativa Uadi Lammêgo Bulos preceitua que:

O princípio da moralidade administrativa é a pauta jurídica mais importante dos Estados constitucionais que elegeram a democracia como corolário fundamental da vida em sociedade.

Se esse princípio fosse levado às suas últimas consequências, metade do que está escrito na Constituição de 1988 não precisava vir nela consignado. Exemplificando, a prática do nepotismo, em todas as

esferas de poder, seria, de pronto, extirpada, sem maiores esforços políticos, muito menos legislativos.

Certamente o princípio da moralidade administrativa é obrigatório. Não contempla mera recomendação ou lembrete. É pauta jurídica de conduta; possui alvo determinado: os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Portanto, o controle jurídico do comportamento ético não é apenas do Poder Executivo, encarregado de exercer a função administrativa, mas, também, dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Um dos grandes desafios na aplicação autônoma do princípio da moralidade administrativa consiste na sua atribuição de um caráter secundário por parte da doutrina e até mesmo pelo próprio Poder Judiciário.

Essa acessoriedade contraria as regras de hermenêutica constitucional, pois segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 815 de relatoria do Ministro Moreira Alves, inexistente hierarquia entre as normas constitucionais originárias.

Portanto, não é permitido ao intérprete deixar de aplicar, com base na própria Constituição, qualquer de suas normas, salvo no que se refere às normas constitucionais supervenientes, vez que podem ser questionadas em relação ao texto originário de onde buscaram respaldo constitucional.

Assim, não se apresenta válida a interpretação constitucional que busca atribuir ao princípio da moralidade uma vinculação ao princípio da legalidade ou a outro princípio, retirando-lhe o seu caráter autônomo.

Embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí violará, *ipso facto*, o princípio da legalidade. Em outras, residirá no tratamento

discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado, nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa. (CARVALHO FILHO, 2004, p. 16).

Tampouco, devemos nos contentar com o conceito de moralidade defendido por José Guilherme Giacomuzzi (2002) que, traçando um paralelo histórico com a origem do princípio da moralidade no Direito Administrativo francês, exhibe a inclusão do princípio da moralidade administrativa no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como uma interpretação equivocada do conceito de moralidade, vez que naquele ordenamento jurídico a moralidade administrativa tem como função, apenas, a verificação das hipóteses de desvio de finalidade do ato em relação à norma. Trata-se, portanto, da compatibilização dos motivos que levaram à prática do ato com a sua exteriorização.

Assim, para o direito gaulês somente restaria configurada ofensa ao princípio da moralidade, ainda que dentro dos preceitos legais, se a motivação utilizada para a prática do ato não contivesse uma finalidade pública.

No entanto, como já descrito, essa distinção da moral e do direito quanto à apresentação das ações é criticada por Kelsen (2006) que não considera como suficiente para a distinção entre moral e direito a forma de apresentação das ações.

A delimitação da abrangência do princípio da moralidade trazida por Giacomuzzi (2002), fundamentada na origem do termo moralidade administrativa no direito francês e na doutrina de Maurice Hauriou⁴, trazendo-a como um aspecto da verificação

4 Maurice Hauriou (1856-1929) foi um dos maiores publicistas da França no século XIX, a quem se atribui a origem do conceito de moralidade administrativa.

da legalidade do ato administrativo (interno), inviabiliza qualquer interpretação do princípio que possa levar ao questionamento da moralidade da própria lei.

Ocorre, entretanto, que a interpretação dada ao conceito de moralidade administrativa na França há aproximadamente 100 (cem) anos, não necessariamente deve coincidir com a interpretação a ser dada ao princípio da moralidade atualmente no Brasil.

Primeiramente, estamos falando de duas sociedades com culturas totalmente diferentes, para as quais o conceito de moral pode divergir. Segundo, os conceitos encontram-se separados por mais de um século, portanto os desejos da sociedade em relação ao padrão moral exigido da Administração Pública pátria é completamente diferente daquela exigido há cem anos. Ainda, convém lembrar que as Constituições têm como característica a sua mutabilidade, o que permite que uma mesma norma constitucional tenha leituras diferentes de acordo com as mudanças sociais.

Em suma, se permitida a mudança de interpretação de normas dentro da mesma constituição ao longo do tempo, o que se dirá da mudança de interpretação em relação a um conceito com mais de cem anos e, advindo de uma outra realidade social.

A sociedade brasileira, especialmente nos dias atuais, onde cada vez mais se questiona a postura moral dos ocupantes dos cargos públicos e dos próprios órgãos e entidades vinculados ao Estado, não pode se contentar com uma exigência de moralidade administrativa limitada à análise do desvio de finalidade dos atos praticados pela Administração idêntica àquela iniciada na França há cem anos.

Sabe-se, todavia, que o receio à aplicação do princípio da moralidade advém em boa parte do medo de que o desvirtuamento na sua aplicação poderia implicar a um “judicialismo” consistente na prevalência de valores morais pautados pelo Ministério Público e pelo Judiciário em detrimento dos preceitos legais. Tal fato acarretaria uma quebra da harmonia que deve existir entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Sobre esse aspecto, importante citar a percepção de Fernando Couto Garcia (2005):

Antônio José Brandão já afirmava que ouvir falar em moralidade administrativa costuma desagradar ao homem de leis, não porque este deseje um governo imoral, mas em razão de sua fórmula vaga e de se vislumbrar por detrás dela o espectro do governo dos juizes.

[...]

O risco realmente existe, mas deve ser enfrentado, e não evitado, uma vez que o controle jurisdicional de atos contrários ao princípio da moralidade é previsto expressamente pelo art. 5o, LXXIII, da Constituição, não podendo ser negado nem mesmo pela mais sofisticada das concepções doutrinárias, e que a desconfiança dos juristas, por si só, não é motivo para se abandonar a moralidade administrativa, mas, ao contrário, torna mais importante seu estudo, já que, como afirmou Egon Bockmann Moreira, a dificuldade de definir um princípio não pode gerar a sua inaplicabilidade.

Uma das situações em que este risco se concretizou é a presente nas concepções doutrinárias e jurisprudenciais excessivamente amplas do princípio da moralidade administrativa, que o identificam com o dever de boa administração, ou mesmo de melhor administração. Uma tal concepção, ao incluir na atividade jurisdicional uma valoração da atividade administrativa em si, e não com base no ordenamento jurídico, amplia desmesuradamente a moralidade administrativa, ferindo de morte a discricionariedade e consequentemente a separação dos poderes. Esta noção de boa administração deve ser substituída pela noção de administração honesta e de boa-fé, que é a única exigida pelo princípio da moralidade administrativa.

Como visto, o receio em relação ao desvirtuamento na aplicação do princípio constitucional da moralidade e a dificuldade na evidenciação do que vem a ser um ato moral não devem impedir a utilização do princípio, especialmente em casos em que não se observou o padrão moral nos atos praticados pela Administração ou por seus agentes.

4. COMPATIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Outra dificuldade em relação à aplicação do princípio da moralidade administrativa reside, ainda, no aparente conflito entre este princípio e princípio da legalidade, também previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Não bastasse isso, o Direito Administrativo é construído a partir de uma concepção dogmática de vinculação positiva à lei, ou seja, cabe à Administração Pública agir tão-somente de acordo com o que a lei prescreve ou faculta.

Essa concepção do Direito Administrativo advém da história relacionada a edição da *Loi de 28 do pluviose* do ano VIII, de 1800 data da Revolução Francesa. A citada lei teria sido o marco simbólico de ruptura do Antigo Regime, baseado não na lei, mas na vontade do soberano. Assim, a partir desse momento o Estado passava a atuar baseado na vontade heterônoma do Poder Legislativo (BINENBOJM, 2006, p. 10).

No entanto, essa origem clássica é contestada. Para Gustavo Binbenojm (2006) a origem do Direito Administrativo ao invés de representar uma ruptura com o Antigo Regime consistiu em uma forma de sobrevivência e permanência de

práticas desse, sob a falsa ilusão de um controle heterônomo por parte do Legislativo.

Na verdade, o Direito Administrativo não surgiu da submissão da Administração à lei. Pelo contrário, a atuação do *Conseil d'État*, que de forma insubmissa ao Parlamento deixou de aplicar as regras de direito privado à Administração Pública, criou um direito especial para a Administração Pública, produto da atuação auto vinculante do Poder Executivo e dos revolucionários franceses que temiam que o espírito de hostilidade existente ainda no Judiciário, descontente com a queda do Antigo Regime, limitasse a atuação das autoridades administrativas.

Essa origem do Direito Administrativo abala um dos pilares mais caros à atuação da Administração Pública: o princípio da legalidade como vontade do Poder Legislativo, vinculado a positivação legal, representado no célebre conceito de Hely Lopes Meireles (1995): *“Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”*

Portanto, o paradigma que aponta a vinculação positiva à lei como algo intransponível no Direito Administrativo não encontra respaldo na origem histórica da disciplina, tampouco é possível dizer que essa leitura foi reforçada com o passar do tempo ou, até mesmo, com o advento Constituição de 1988.

Nesse cenário, não se justifica a atribuição de um sobre valor em abstrato ao princípio da legalidade frente a outros princípios aplicáveis à Administração Pública, dentre eles o da moralidade. Isso porque nos casos de colisão entre princípios deve prevalecer a regra da ponderação, ao contrário do que acontece nos casos de antinomias entre regras, que se resolve por meio da invalidação de uma das regras conflitantes.

Na ponderação entre dois princípios, de mesma categoria abstrata, deve-se observar qual dos princípios possui maior peso no caso concreto. Essa relação de tensão não pode ser solucionada no sentido de dar uma prioridade absoluta a um dos princípios garantidos pelo Estado. Assim, o “conflito” deve ser solucionado por meio de uma ponderação dos interesses opostos, ou seja, uma ponderação de qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso diante as circunstâncias do caso concreto.

Os dois princípios conduzem a uma contradição. Isso significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica do cumprimento do outro. Essa situação não é solucionada declarando que um de ambos princípios é inválido e deve ser eliminado do sistema jurídico. Tampouco se soluciona introduzindo uma cláusula de exceção em um dos princípios de forma tal que em todos casos futuros esse princípio tenha que ser considerado como uma regra satisfeita ou não.

[...]

Essa lei significa que não há uma relação entre dois princípios de mesma categoria que seja uma relação de precedência incondicionada abstrata, absoluta; dizer o contrário significaria elaborar uma lista de princípios que sempre prevaleceriam sobre outros. Na verdade, não há uma hierarquia formal abstrata entre os princípios; a prevalência de um sobre o outro vai depender das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto. Por isso, Alexy diz que só pode existir relação condicionada, ou concreta, relativa; e a questão decisiva é baixo quais condições qual o princípio deve prevalecer e qual deve ceder. (AMORIM, 2009, p. 127).

Devemos, portanto, superar o paradigma da vinculação positiva à lei para iniciarmos um conceito de juridicidade administrativa, consistente na superação do dogma de que é imprescindível a existência de uma lei para mediar a relação entre a atuação da Administração Pública e a Constituição.

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade

(o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa. Foi essa influência que determinou a inserção, no art. 20, § 3º, da Lei Fundamental Bonn, da vinculação do Poder Executivo e dos Tribunais à lei e ao direito (*sind an Gesetze und Recht gebunden*). Tal ideia, de vinculação ao direito não plasmada na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas. (BINENBOJM, 2006, p. 142).

A Constituição de 1988 e o contexto social não mais admitem, mesmo para a Administração Pública, o paradigma da limitação dos atos de que somente é possível fazer aquilo que a lei prevê.

Muitas vezes, para assegurar a condução de atos com moralidade na Administração é necessária a prática de atos que, embora não respaldados diretamente numa lei formal, encontram amparo em outras normas jurídicas, como princípios advindo diretamente do texto constitucional, o que ainda sofre grande resistência dos aplicadores do Direito, inclusive do Supremo Tribunal Federal como é possível se ver no julgamento do Recurso Extraordinário 405.386/RJ:

CONSTITUCIONAL. PENSÃO ESPECIAL A VIÚVA DE PREFEITO. LEI MUNICIPAL DE EFEITOS CONCRETOS. VALIDADE. ISONOMIA E PRINCÍPIO DA MORALIDADE (CF, ART. 37). IMUNIDADE MATERIAL DE VEREADORES (CF, ART. 29, VIII). EXTENSÃO QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL. 1. Não há empecilho constitucional à edição de leis sem caráter geral e abstrato, providas apenas de efeitos concretos e individualizados. Há matérias a cujo respeito a disciplina não pode ser conferida por ato administrativo, demandando a edição de lei, ainda que em sentido meramente formal. É o caso da concessão de pensões especiais. 2. O tratamento privilegiado a certas pessoas

somente pode ser considerado ofensivo ao princípio da igualdade ou da moralidade quando não decorrer de uma causa razoavelmente justificada. 3. A moralidade, como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5.º, LXXIII), tem a sua fonte por excelência no sistema de direito, sobretudo no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. A quebra da moralidade administrativa se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal (= a aparência) do ato e a sua expressão real (= a sua substância), criada e derivada de impulsos subjetivos viciados quanto aos motivos, ou à causa, ou à finalidade da atuação administrativa. 4. No caso, tanto a petição inicial, quanto os atos decisórios das instâncias ordinárias, se limitaram a considerar “imoral” a lei que concedeu pensão especial a viúva de prefeito falecido no exercício do cargo por ter ela conferido tratamento privilegiado a uma pessoa, sem, contudo, fazer juízo algum, por mínimo que fosse, sobre a razoabilidade ou não, em face das circunstâncias de fato e de direito, da concessão do privilégio.[...]

(RE 405386, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26/02/2013, DJe-057 DIVULG 25-03-2013 PUBLIC 26-03-2013 EMENT VOL-02685-01 PP-00001)

Verifica-se que prevaleceu entendimento contrário ao voto da relatora, Ministra Ellen Gracie, que entendia como imoral a concessão de benefício à viúva de ex-prefeito falecido durante o mandato, pois considerava contrário à isonomia, vez que o cidadão comum somente teria tratamento assemelhado após anos de contribuição:

[...] é que, a difundir-se essa prática pelos municípios do interior toda vez que um prefeito conte com maioria na câmara de vereadores, ele poderá instituir privilégios,

como é este o caso. Perdoe-me Vossa Excelência, mas eu assim decidi porque considerei um privilégio estabelecido em favor de uma única pessoa mediante um ato legislativo.” (BRASIL, 2013).

Dentre os principais e argumentos utilizados para considerar constitucional a citada lei municipal, destacam-se os seguintes:

O conteúdo desse princípio há de ser encontrado no interior do próprio direito, até porque a sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. Vale dizer, não significa uma abertura do sistema jurídico para a introdução, nele, de preceitos morais. O que importa assinalar, ao considerarmos a função do direito positivo, o direito posto pelo Estado, é que este o põe de modo a constituir-se a si próprio, enquanto suprassume a sociedade civil, conferindo concomitantemente a ela a forma que a constitui. Nessa medida, o sistema jurídico tem de recusar a invasão de si próprio por regras estranhas a sua eticidade própria, advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil, ainda que isto não signifique o sacrifício de valorações éticas. Ocorre que a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade [...].

Isto posto, compreenderemos facilmente esteja confinado, o questionamento da moralidade da Administração, nos lindes do desvio de poder ou de finalidade. Qualquer questionamento para além desses limites estará sendo postulado no quadro da legalidade pura e simples. Essa circunstância é que explica e justifica a menção, a um e a outro princípios, na Constituição e na legislação infraconstitucional. Permitam-me que eu insista neste ponto: a moralidade da Administração somente pode ser concebida por referência à legalidade. (BRASIL, 2013).

Como visto, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de acordo com o pensamento de Kelsen que busca um Direito puro, livre de qualquer interferência de outras ciências, confinando a moralidade aos limites da legalidade.

Porém, em que pese o referido julgado, não é possível admitir que o constituinte originário fez menção ao princípio da moralidade como apêndice à legalidade, negando a sua vigência no texto constitucional, pois não se pode admitir a existência de palavras inúteis ou desprovidas de sentido no corpo da constituição.

Além disso, ainda que se perfilhasse uma linha interpretativa do direito baseada na teoria pura de Kelsen, seria necessário levar em consideração que no ordenamento jurídico pátrio, a própria Constituição, que é norma fundamental (*grundnorm*), determinou a aplicação do princípio da moralidade à Administração Pública.

Assim, podemos entender que o constituinte originário fez a escolha, ao menos no que se refere à Administração Pública, pela vinculação aos preceitos morais e não apenas à lei como indicado pelo Supremo Tribunal Federal.

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação de princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da constituição) (BINENBOJM, 2006, p. 38).

Importante ressaltar, ainda, que o conceito de juridicidade administrativa não deve levar a uma fuga da

legalidade, nem tampouco a uma supervalorização da moralidade perante a legalidade, sob pena de se cometer o mesmo erro de hipervalorização de um princípio constitucional frente aos demais.

Assim, tendo em vista que a Constituição igualmente contempla legalidade e moralidade como princípios harmônicos e aplicáveis à Administração Pública, deve o intérprete, sempre que possível, adotar a interpretação que vise assegurar a vigência de ambos os princípios, inexistindo qualquer preceito que assegure que este ou aquele deve sempre prevalecer quando em conflitos interpretativos.

CONCLUSÃO

A distinção entre a moral e o direito é um dos temas mais debatidos na filosofia moral, sendo possível distinguir duas grandes correntes de pensamento. De um lado temos uma corrente positivista que tem como principais expoentes Kant e Kelsen, que fundamenta o direito eminentemente na lei, buscando legitimá-lo como uma ciência autônoma e livre de aspectos valorativos como justiça e moral.

Do outro lado encontramos a escola pós-positivista representada por Dworkin para quem o direito não deve se ater à letra fria da lei, devendo sempre levar em consideração as questões da moral e da justiça como balizadoras do direito.

A concepção de uma autonomia científica do direito, consoante defendido por Kelsen, embora objeto de muitas críticas, ainda é defendida por boa parte da doutrina e também por alguns tribunais, dentre eles o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, quando nos referimos ao conflito entre moral e o direito no âmbito de atuação da Administração Pública, a análise desse

conflito ganha contornos diferentes, vez que no ordenamento jurídico brasileiro a própria Constituição Federal estabeleceu como princípios aplicáveis à Administração Pública, entre outros, a legalidade e a moralidade.

Dessa forma, o próprio direito contemplou o aspecto moral como parte da sua ciência, razão pela qual não podemos negar a aplicação do princípio da moralidade à Administração, sob pena de estarmos negando a aplicação do direito em sua norma fundamental que é Constituição, vez que os princípios constitucionais são todos dotados de carga normativa, devendo o caso concreto delimitar o teor do uso de cada um deles.

Assim, carece de fundamento jurídico e filosófico a interpretação constitucional que perfila o princípio da moralidade uma existência apenas em referência ao princípio da legalidade, negando vigência ao texto constitucional, pois não se pode conceber a existência de um princípio inútil no texto constitucional.

Ao contrário desse entendimento, verifica-se que o atual cenário social exige uma leitura ainda mais garantista ao princípio da moralidade na Administração Pública, pois já não se pode mais conceber que prevaleçam no ordenamento administrativo regras e atos atentatórios aos preceitos morais, fundamentados no argumento que se encontram calcados na legalidade.

Portanto, é necessário que se supere o paradigma da legalidade como algo intransponível no direito administrativo para, com fundamento na Constituição Federal, iniciarmos uma visão de juridicidade administrativa, que vai muito além da vinculação positiva à lei, para englobar valores que, mesmo não regulamentados em lei, advêm diretamente do texto constitucional, como a moralidade, a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica entre outros.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Revista de informação legislativa. n. 165, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 405.386/RJ**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 26 fev. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630000>. Acesso em: 29 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 815**. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em 28 mar. 1996. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.E.815.NUME.\)OU\(ADI.ACMS.ADJ2815.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.E.815.NUME.)OU(ADI.ACMS.ADJ2815.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

BRESOLIN, Keberson. Autonomia versus heteronomia: o princípio da moral em Kant e Levinas. CONJECTURA: filosofia e educação. Caxias do Sul, v. 18, n. 3, p. 166-183, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 11 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CERQUEIRA, Hugo EA. Sobre a Filosofia Moral de Adam Smith .Belo Horizonte: Cedeplar-UFMG. Working Paper, n. 292, 2006.

COLPANI, Clóvis Lopes. A Ética em Kant e Kelsen por Schopenhauer. Novos Estudos Jurídicos. Itajaí: Ed. da Universidade do Vale do Itajaí, Ano VII, Nº 14, p. 299-324, abril/ 2002.

DWORKIN, Ronaldo. A Justiça de Toga.Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Natália Braga.Notas sobre a Teoria dos Princípios de Robert Alexy.Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro.Serro: n. 2, p. 117-142, 2010.

GALVÃO, P. Utilitarismo, de John Stuart Mill. Portugal: Porto Editora, 2005.

GARCIA, Fernando Couto. O princípio jurídico da moralidade administrativa.Revista Jurídica da Presidência.v. 5, n. 55, dez-2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_55/artigos/Art_Fernando.htm. Acesso em 05 mai. 2015.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa: história de um conceito. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 230, p. 291-304, 2002.

GOMES, Alexandre Trevessoni; MERLE, Jean-Christophe. A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GOMES, Alexandre Travessoni (Coord.). Kant e o Direito. Belo Horizonte: Mandamento, 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de Direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Tradução de Fernando Costa Mattos. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2012.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVA, Liliana Brandão de. O direito e a moral com enfoque nas perspectivas de Hans Kelsen e Ronald Dworkin. Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, nº 153, 2013. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2490/1824>. Acessado em 05 - abr -2015.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. O princípio constitucional da moralidade administrativa. 2 ed, Curitiba: Genesis, 1993.

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DOS INDIVÍDUOS CONCEBIDOS POR MEIO DE FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL EM FACE DO DIREITO AO SIGILO DO DOADOR DE SÊMEN

Vanessa de Oliveira Alves¹

RESUMO: A reprodução humana assistida visa propiciar às pessoas inférteis ou estéreis, bem como solteiros e homoafetivos, o direito à filiação por intermédio dos métodos artificiais. Nesse sentido, importante mencionar que a técnica de fertilização artificial heteróloga destaca-se pela colisão que gera no âmbito dos direitos fundamentais: o direito à intimidade do doador de sêmen *versus* o direito à identidade genética do concebido. Para solucionar este evidente conflito de direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado como método de ponderação, direcionando reflexões acerca do direito prevalente. O objetivo geral da presente pesquisa centra-se em analisar a hierarquia do direito a identidade genética frente ao direito de sigilo do doador de sêmen. Têm-se como objetivos específicos: Compreender a técnica de resolução de conflitos entre Direitos fundamentais; Estudar o Direito de Sigilo do doador de sêmen e analisar o direito a ancestralidade do concebido. O processo investigativo baseia-se na pesquisa bibliográfica, análise de leis, doutrinas e orientações jurisprudenciais, utilizando-se do método dialético. Após avaliar as referências supramencionadas, conclui-se que o reconhecimento à identidade genética é direito personalíssimo e necessário, pois o direito à vida e à saúde física e psíquica do concebido se sobressai ao anonimato do doador de sêmen.

Palavras-chave: Inseminação artificial. Identidade Genética. Direito a intimidade.

1 Vanessa de Oliveira Alves – Bacharel em Direito pelo ILES/ULBRA; Acadêmica do Curso de Pós-graduação em Direito Público CERS/ESTÁCIO; Assessora Jurídica da Defensoria Pública do Estado de Rondônia. E-mail: vanessa.dealves@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Até o século passado a paternidade era linear, natural, tinha origem em um ato sexual, seguido da concepção e posterior nascimento.

Contudo, a grande evolução Biotecnológica acabou por produzir reflexos na estrutura familiar, trazendo novas formas de filiação através das técnicas de reprodução humana assistida. Dentre as formas científicas de concepção, a que será objeto de análise aprofundada será a técnica de inseminação artificial heteróloga, já que dela abrolham controvérsias jurídicas pouco discutidas nos bancos acadêmicos, mas de relevante interesse social.

A principal discussão a ser suscitada, refere-se à possibilidade de o indivíduo concebido por inseminação artificial heteróloga ter direito a conhecer sua identidade genética. Partindo-se desta premissa, questiona-se: Isto é possível? Caso seja, esta prerrogativa ferirá o direito ao sigilo do doador de sêmen? Como solucionar este evidente conflito de normas em nosso ordenamento jurídico atual? Tal discussão interfere nos ramos do Biodireito, Direito de Família e Direito das Sucessões?

As respostas a essas indagações serão realizadas através da análise legal, doutrinária e jurisprudencial pertinentes, bem como dos princípios constitucionais que norteiam a vida, em especial a dignidade da pessoa humana, os quais devem ser a base para ponderação dos direitos em oposição.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DA FAMÍLIA

A família primitiva, dentro do modelo convencional, hierarquizado e patriarcal, é composta por um homem e uma

mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos, conforme dispõe a Doutrinadora Maria Berenice Dias (2013, p.39). Nesta instituição de perfil inicialmente tradicional, o homem era visto como provedor financeiro do lar, enquanto a mulher exercia a função de administradora da casa, competindo a esta também a criação e educação dos filhos, caso houvesse.

Contudo, as mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais impactaram profundamente as relações jurídico-familiares, ocorrendo, assim, a reformulação do conceito de família (DIAS, 2013).

A família atualmente é definida como: “[...] grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade [...], que contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade [...]” (DIAS, 2013, p.42-43).

A sociedade só manifestava aceitação em relação à família constituída pelo matrimônio. Contudo, o reconhecimento social dos vínculos afetivos não oficializados através do casamento acabou acontecendo posteriormente, pois estas relações extramatrimoniais ganharam espaço no mundo jurídico por meio dos entendimentos jurisprudenciais, passando, portanto, a ter previsão na Constituição Federal de 1988 uma nova entidade familiar denominada união estável.

No que diz respeito ao instituto da união estável, importante esclarecer que para sua configuração deve existir a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, e tal união deve ser estabelecida com o objetivo de constituir família, conforme art. 1.723 do Código Civil.

De mais a mais, a repersonalização das relações familiares, decorrente das mudanças sociais, resultou também no

surgimento de outras entidades familiares, quais sejam: Família informal; homoafetiva; paralela ou simultânea; poliafetiva; parental ou anaparental; composta, pluriparental ou mosaico; natural, extensa ou ampliada; substituta; eudemonista e finalmente a unidade familiar monoparental.

Dentre as entidades familiares supracitadas, a que se mostra mais relevante em relação à presente pesquisa é a família monoparental, pois tal entidade relaciona-se a um dos principais temas deste artigo científico: a inseminação artificial heteróloga, que será analisada no próximo capítulo para que possamos adentrar efetivamente na discussão a respeito do direito à identidade genética do indivíduo concebido por meio de inseminação artificial contraposto ao direito de sigilo do doador de sêmen.

A família monoparental pode ser conceituada como comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, conforme art. 226, §4º da CF/88 (DIAS, 2011).

Nesta entidade familiar, a monoparentalidade provém da liberdade dos sujeitos de escolherem suas relações amorosas (FARIAS e ROSEVALD, 2014).

Ainda no que diz respeito às entidades familiares denominadas de famílias monoparentais, temos a explicação de Viana (1998, p. 32):

A Constituição Federal limita-se a dizer que reconhece como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. [...] Nesse conceito está inserida qualquer situação em que um adulto seja responsável por um ou vários menores. [...] Nessa linha temos a família monoparental formada pelo pai e o filho, ou pela mãe e o filho, sendo que nos exemplos há o vínculo biológico, ou decorre da adoção por mulher ou homem solteiro. **Nada impede que o vínculo biológico**

que une os membros dessa família, não decorra de congresso sexual, mas resulte da procriação artificial. A mãe solteira submete à inseminação artificial, não sabendo quem seja o doador. (Grifos nosso)

Logo, a formação da família monoparental pode resultar de diversas formas, quais sejam, por meio de viuvez, da separação judicial, do divórcio, da extinção de uniões, pela adoção por pessoas solteiras e através de inseminação artificial (VIANNA, 2011).

No que diz respeito aos procedimentos de inseminação artificial, importante destacar que tais técnicas serão tratadas com maior profundidade no próximo capítulo.

O que deve ser enfatizado quanto às famílias formadas a partir das técnicas de fertilização heteróloga é que sua classificação como entidade familiar, em regra, será de família monoparental, já que as mulheres que se submetem ao referido procedimento são normalmente solteiras.

3. REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O desejo de procriação é inerente à natureza humana e tão antigo quanto à origem dos tempos. De forma geral, é desejo de um casal ter filhos, pois desta forma é possível ao homem imortalizar-se por intermédio de seus descendentes (LEITÃO, 2011).

Assim, as técnicas de reprodução humana assistida são alternativas viáveis aos casais que enfrentam dificuldades relacionadas à infertilidade e esterilidade e que almejam a paternidade e maternidade para suas vidas (LEITÃO, 2011).

Destaque-se que a esterilidade caracteriza-se pela impossibilidade de ocorrer fecundação entre óvulo e

espermatozóide, sendo tal situação definida como irreversível, diferente da infertilidade, que pode ser revertida através de tratamento médico.

Nesse sentido, Queiroz (2001, p. 67) leciona que:

[...] faz-se distinção entre esterilidade e infertilidade, no sentido de que a esterilidade representa a incapacidade absoluta de fertilização ou reprodução decorrente da perda da capacidade de procriar por força de procedimentos médico-cirúrgicos ou químicos, ao passo que a infertilidade significa esterilidade relativa passível de reversão, existente desde o nascimento ou adquirida por doença.

Complementando o entendimento, Tognotti (1996, p. 2-3) esclarece que “[...] considera-se como casal estéril, aquele que não tenha conseguido a gestação após 12 ciclos de exposição à gravidez sem nenhum método anticoncepcional e a infertilidade, de forma ampla, se da pela ineficiência do processo reprodutivo”. Ainda em relação à inseminação artificial, importante mencionar que as técnicas de reprodução medicamente assistidas não podem ser realizadas de forma indiscriminada. A Lei n. 9.263/96 que trata do planejamento familiar no Brasil dispõe que o recurso às técnicas conceptivas não é ilimitado, devendo preencher requisitos específicos para sua efetiva utilização, como por exemplo, o diagnóstico da esterilidade (LEITÃO, 2011).

No Brasil as técnicas de reprodução assistida não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer, conforme Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.

Contudo, a resolução supracitada estabelece que, dentro do possível, deverá se garantir que o doador ou doadora do material genético tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima

possibilidade de compatibilidade com a receptora. A reprodução humana assistida conceitua-se como “[...] conjunto de técnicas médicas utilizadas com o objetivo de tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar, conforme Leitão (2011, p.26).

No presente trabalho, será objeto de estudo apenas o método de inseminação artificial (IA), que se subdivide em duas modalidades jurídicas distintas, quais sejam, inseminação artificial homóloga e heteróloga.

3.1 DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA

No que diz respeito a IA homóloga, esta decorre da “[...] manipulação de matérias genéticos do próprio casal”, segundo a Doutrinadora Maria Berenice Dias (2013, p. 375).

Scaparo (1991, p.10), lecionando sobre o tema, define:

A técnica de inseminação artificial homóloga consiste em ser a mulher inseminada com o esperma do marido ou companheiro previamente colhido através da masturbação. O líquido seminal é injetado pelo médico, na cavidade uterina ou no canal cervical da mulher, na época em que o óvulo se encontra apto a ser utilizado [...].

Quanto à questão das relações parentais, estas não possuem maiores complicações, uma vez que a presunção de paternidade está previamente estabelecida no Código Civil de 2002, como dispõe o artigo 1.597, inciso III: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

Portanto, da análise do artigo 1.597 do CC infere-se não haver entraves legais para o indivíduo concebido por inseminação

artificial homóloga, após a morte do pai, ser reconhecido como tal, já que existe a conformidade entre a filiação biológica e registral e, também, a previsão legal quanto a presunção de paternidade daquele que foi concebido por essa técnica de procriação medicamente assistida, ainda que já falecido o genitor e desde que haja a sua prévia autorização (REZZIERI, 2015).

3.2 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Em contrapartida, na IA heteróloga, a concepção é levada a efeito com o material genético do doador de sêmen anônimo, sendo o vínculo de filiação estabelecido somente com a parturiente (DIAS, 2013). As grandes discussões jurídicas existentes hoje em nosso ordenamento decorrem da técnica de inseminação artificial heteróloga, pois nesta modalidade de fertilização artificial faz-se uso de material genético de 3º, razão pela qual o presente trabalho limita-se à apreciação deste método em especial.

Tais discussões englobam os temas ligados ao biodireito, bioconstituição, Direito de família e sucessões etc., conforme se verá adiante.

3.3 A BIOCONSTITUIÇÃO: DA BIOÉTICA AO BIODIREITO

A Bioética é o estudo interdisciplinar ligado à ética da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde e visa resguardar, sobretudo, a vida humana dos constantes avanços científicos da era pós-moderna.

No que diz respeito à Bioética, importante frisar que tal ciência se orienta por três principais princípios, quais sejam, o da beneficência ou não-maleficência, da autonomia e da justiça (CAMACHO, 2012).

Em relação ao princípio da Beneficência, seu significado está relacionado à atitude de fazer aquilo que é bom; tratar o próximo com dignidade e respeito, conforme assevera Silva (2002, p. 174):

[...] o princípio da beneficência, que corresponde à obrigação hipocrática de fazer o bem (do latim *bonum facere*), e o princípio da não maleficência, que igualmente corresponde a uma obrigação hipocrática, a de não causar o mal (do latim *non nocere*), nada mais são do que desdobramentos do reconhecimento da dignidade da pessoa humana no âmbito biomédico.

Este princípio indica a necessidade moral de se fazer sempre o melhor para o indivíduo que se submete às intervenções de natureza biomédica, orientando-o para que possa adotar o procedimento que lhe cause menor prejuízo emocional, físico ou moral (CAMACHO, 2012).

Quanto ao princípio da autonomia, este é tido historicamente como o mais moderno dentre os princípios norteadores da Bioética e refere-se ao poder de escolha que o paciente tem quanto ao procedimento médico que será realizado.

Nesse sentido, Fabriz (2003, p. 109) explica que “[...] o princípio da *autonomia* [...] denota que todos devem ser responsáveis por seus atos. A responsabilidade, nesse sentido, implica atos de escolha. Devem-se respeitar a vontade, os valores morais e as crenças de cada pessoa”.

Em se tratando da inseminação artificial, por exemplo, a pessoa precisa estar ciente de todas as etapas que serão realizadas no procedimento médico, e ter o livre poder de consentimento na realização de cada ato (CAMACHO, 2012).

O terceiro princípio norteador da Bioética, que é o da justiça, tem por finalidade beneficiar a todos igualmente nos tratamentos de saúde (GAMA, 2003).

Conforme preconiza Fabriz (2003, p. 111):

O princípio da *justiça*, no campo da Bioética, indica a obrigação de se garantir uma distribuição justa, equitativa (sic) e universal dos bens e serviços de saúde. Liga-se ao contexto da cidadania, implicando uma atitude positiva do Estado, no que se refere ao direito à saúde.

O princípio da justiça é compreendido, portanto, como a garantia de acesso do paciente ao tratamento médico justo e igualitário.

Destaque-se ainda que, embora a Bioética seja uma ciência dotada de autonomia, esta é interpretada de forma conjunta ao Direito, propiciando o surgimento do Biodireito, materializado em torno dos direitos fundamentais com o objetivo de instrumentalizar os princípios da bioética (SPAREMBERGER, 2010).

As novas transformações contidas no discurso constitucional, cujo fundamento é a identidade genética, proporcionou o surgimento do termo Bioconstituição, conceituado, segundo Baracho (2006, p. 33-65) como:

Conjunto de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual ou futuro, tendo em vista também as suas relações com a Biomedicina

São princípios que constituem o núcleo central da Bioconstituição: a vida, a dignidade e a integridade da pessoa humana. Tais princípios se colocam como barreiras ao poder

constituente, que diante da ausência de normas constitucionais deve impor limitações à reforma que envolve manipulações genéticas.

A Bioconstituição, portanto, surge na ordem constitucional com o objetivo de proteger os direitos próprios à cada ser humano, como pessoa dotada de dignidade.

3.4 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À ORIGEM GENÉTICA

Os Direitos Fundamentais classificam-se tradicionalmente em dimensões, levando-se em conta o momento de seu surgimento e ainda seu reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais (ALEXANDRINO e PAULO, 2013).

No que diz respeito aos direitos de primeira dimensão, quais sejam, os direitos civis e políticos reconhecidos nas revoluções Francesas e Americana, importante frisar que estes estão ligados ao ideal de liberdade e seu surgimento se deu no final do século XVIII, com o Estado Liberal.

Ademais, importante destacar que tais direitos, conforme Alexandrino e Paulo (2013, p. 102):

“[...] representam o meio de defesa das liberdades do indivíduo, a partir da exigência da não ingerência abusiva dos poderes públicos na esfera privada do indivíduo. [Esses direitos] limitam-se a impor restrições à atuação do Estado, em favor da esfera de liberdade do indivíduo [...]”.

Quanto aos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração, estes se identificam com o ideal de igualdade material

entre os homens. São direitos de segunda geração, portanto, os direitos econômicos, culturais e sociais (ALEXANDRINO e PAULO, 2013).

Tais direito estão relacionados às liberdades positivas, também conceituadas como reais ou concretas, em que se exigia do Estado prestações sociais em favor do indivíduo, tais como educação, saúde, assistência social, trabalho etc.

Faz-se necessário mencionar ainda que o surgimento desta dimensão de direitos fundamentais ocorreu aproximadamente no início do século XX com o Estado Social, após a primeira guerra mundial (BULOS, 2014). Dando-se seguimento a análise das dimensões dos direitos fundamentais, temos o surgimento da terceira geração ou dimensão de direitos, que consagra os princípios da fraternidade e solidariedade (ALEXANDRINO e PAULO, 2013).

Nesta dimensão o Estado e a coletividade têm a incumbência especial de proteger e preservar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, demonstrando, assim, uma relevante preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras.

São, portanto, exemplos de direitos de terceira dimensão, segundo Alexandrino e Paulo (2013, p. 103) “[...] o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à Defesa do consumidor, à paz, a autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da humanidade, ou progresso e desenvolvimento etc. [...]”.

Importante frisar que o núcleo da esfera de proteção dos Direitos Fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações/ dimensões corresponde ao lema da Revolução Francesa, qual seja, “Liberdade, igualdade e Fraternidade”.

Há autores que mencionam ainda uma quarta geração de Direitos Fundamentais, proveniente do processo de globalização do Estado Neoliberal e decorrente dos avanços da engenharia genética.

Conforme entendimento doutrinário de Bulos (2014, p.529), quanto aos Direitos de quarta dimensão:

[...] os direitos sociais das minorias, os direitos econômicos, os coletivos, os difusos, os individuais homogêneos passaram a conviver com outros de notória importância e envergadura. Referimo-nos aos direitos fundamentais de quarta geração, relativos à saúde, informática, softwares, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros acontecimentos ligados à engenharia genética.

Importante salientar que esta dimensão de direito fundamental não é defendida na doutrina de forma unânime, pois tal dimensão de direito passa pelo processo de conscientização, positivação e concretização respectivamente (SPAREMBERGER, 2010).

O Direito a identidade genética, portanto, encontra-se inserido na quarta geração de direitos fundamentais por estar ligado ao biodireito e engenharia genética.

4. O DIREITO AO SIGILO DO DOADOR DE SÊMEN

4.1 BANCOS DE SÊMEN, ANONIMATO DO DOADOR E SAÚDE PÚBLICA

Em relação à inseminação artificial heteróloga, em que se utiliza material genético de doador anônimo para que ocorra a

fecundação, faz-se necessário destacar de início que a ausência de regulamentação legal específica quanto ao referido tema tem gerado grande insegurança ética e jurídica no país (CAMACHO, 2012).

A resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que trata do procedimento da inseminação artificial, nada mais é que um regulamento interno, dotado de princípios gerais que norteiam o proceder da classe médica, não solucionando, contudo, os problemas inerentes a IA na ordem jurídica.

No ato da doação dos gametas, que podem ser masculinos (sêmen), femininos (óvulo) ou o próprio embrião, garante-se ao doador o sigilo de sua identidade civil, já que este ao entregar seu material genético para a clínica de fertilização age dotado do sentimento de solidariedade, objetivando somente contribuir para a concretização do sonho da maternidade/paternidade de outrem:

Nessa perspectiva, Brauner (2012, p. 43) leciona que:

A doação de material genético é o ato de ceder a outrem, sem qualquer responsabilidade ou cláusula de retorno e arrependimento. É um ato benevolente de vontade, medida de contemplação humanitária, que priva a filiação criatura-criador, sob a exegese do princípio do anonimato.

Outrossim, para formalizar a referida doação, é realizado um contrato com o doador do sêmen, conforme dispõe ENRICONE e ZANATTA (2010, p.104):

Objetivando maior segurança e estabilidade para as pessoas envolvidas, frente à ausência de legislação que regulamente o procedimento, é realizado contrato onde o doador concorda em ter sua identidade preservada, bem como manifesta o seu desinteresse em conhecer a identidade dos beneficiários. Do mesmo modo, os beneficiários concordam em não conhecer a identidade

do doador anônimo. No entanto, esta concordância não é expressa em instrumento de contrato.

Contudo, à possibilidade jurídica da quebra deste sigilo para que se esclareça a origem genética da pessoa gerada via inseminação artificial heteróloga tem preocupado profundamente tanto os doadores do material genético quanto as clínicas de inseminação artificial existentes no vasto território brasileiro.

No que diz respeito às clínicas de inseminação artificial, é necessário esclarecer que o receio destas entidades está relacionado à diminuição do número de doadores de material genético com o reconhecimento jurisprudencial do direito à identidade genética do indivíduo concebido através da técnica de inseminação artificial heteróloga (ENRICONE e ZANATA, 2010).

Quanto ao doador do material genético, seus receios estão relacionados à exposição indesejada de sua imagem, ou seja, a violação de seu direito à intimidade e vida privada expresso no art. 5º, inciso X da CF/88.

Leite (1995, p. 158) defende que a doação do material genético deve sempre ser anônima, preservando o maior interesse que é o da criança e posteriormente o doador contra qualquer tentativa de laços de filiação.

Em relação a criança nascida através da técnica IA heteróloga, frise-se que o anonimato do doador do sêmen permitirá que esta se integre plena e totalmente à sua família jurídica, conforme explica Guilherme Calmon N. Gama (2003, p.903):

O anonimato dos pais naturais - na adoção - e na pessoa do doador - na reprodução assistida heteróloga - se

mostram também necessários para permitir a plena e total integração da criança na sua família jurídica. Assim, os princípios do sigilo do procedimento (judicial ou médico) e do anonimato do doador têm como finalidades essenciais a tutela e a promoção do melhor interesse da criança ou adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa adotada ou fruto de procriação assistida heteróloga.

Além disto, o art. 2º e 4º do item IV, da Resolução nº 2.121/2015 do CFM e o art. 11 do Projeto de Lei nº 1.135/2003 determinam que deve ser garantido o anonimato do doador, assim como também dos que receberão o material doado, conforme segue:

Resolução nº 2.121/2015 do CFM - 2- Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 4- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

Projeto de Lei n.º 1.135, de 2003. [...] Art. 11 A doação de gametas ou pré-embriões obedecerá às seguintes condições: [...] § 2º Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

A única exceção prevista na referida resolução e no projeto de lei nº 1.135/2003 quanto à possibilidade de quebra de sigilo do doador de sêmen encontra-se no artigo 4º do item IV da Resolução e art. 11 do Projeto de Lei supracitado.

Assim, nos casos em que se comprova a existência de reais problemas de saúde no indivíduo concebido por intermédio da técnica de IA, permite-se a ocorrência da quebra de sigilo

somente quanto às informações clínicas/médicas do doador do sêmen, já que estas podem ser bastante úteis ao tratamento do indivíduo que se encontra adoecido. A identidade civil do doador de sêmen, conforme artigo 4º do item IV da Resolução nº 2.121/2015 e art. 11 do Projeto de Lei 1.135/2003 em hipótese alguma pode ser revelada.

Neste seguimento, temos o entendimento de Andréa Mignoni Zanatta e Germano Enricone (2010, p. 107):

A idéia descrita na Resolução é a de que havendo necessidade de tratamento de saúde do beneficiário da técnica de inseminação artificial heteróloga, onde sejam necessários dados clínicos sobre a pessoa o doador, o acesso a tais informações se dará apenas por parte dos médicos do paciente. [...] [Não, haverá, todavia,] a revelação da identidade civil do mesmo[doador do sêmen].

Dando seguimento ao estudo que trata do direito ao sigilo do doador de sêmen, importante mencionar que a Declaração Universal sobre o Genoma Humano (DUGH) assegura a preservação da identidade genética do indivíduo (neste caso o doador anônimo), privando-o de eventuais investigações a quaisquer dados genéticos, seja para fins de pesquisa científica ou para identificação genética (RODRIGUES e CHRIST, 2014).

Aliás, havendo violação no sigilo das informações genéticas, o doador poderia pleitear em juízo reparação dos danos sofridos em decorrência de intervenção ilícita que tenha acometido seu genoma, estando este amparado pela DUGH em seu artigo 8º, senão vejamos:

Art. 8º: Cada indivíduo terá direito, conforme a legislação nacional ou internacional, à justa indenização por qualquer dano sofrido resultante, direta ou indiretamente, de intervenção sobre seu genoma.

O doador anônimo de sêmen estaria amparado ainda pelo art. 149 do Código Civil que dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

4.2 O ANONIMATO DO DOADOR DE SÊMEN COMO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE

Inicialmente, faz-se necessário aclarar que a intimidade e privacidade, do ponto de vista jurídico, não são palavras sinônimas, já que a intimidade é um termo de sentido mais restrito em relação à privacidade (CABRAL e CAMARDA, 2012).

Acerca do tema intimidade leciona Alexandre de Moraes (2008, p. 53), conforme segue:

Intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Desta forma, o direito à intimidade compreende a esfera de proteção ao que há de mais íntimo na pessoa, como por exemplo, as suas aspirações, pensamentos e sentimentos (CABRAL e CAMARDA, 2012).

No que diz respeito à privacidade, esta engloba a seara da vida do indivíduo em que a interação com as pessoas se dá de forma mais intensa, seja pelo contato diário (colegas de trabalho), seja por razões familiares ou por afinidade, como é o caso dos amigos íntimos (PEREIRA, 2003, p.140).

A resolução nº 2.121/2015 do CFM é a única norma que, de forma administrativa, regulamenta a reprodução humana medicamente assistida, sobrepondo o direito à intimidade do

doador de sêmen ao direito da pessoa que foi gerada por meio de IA heteróloga a conhecer sua identidade genética.

Desta feita, assim como na resolução do CFM, a CF/88 igualmente, em seu art. 5º, inciso X, prevê o direito à intimidade, no qual se insere a proteção ao anonimato do doador de material genético.

Segue, nesse sentido, a transcrição literal do art. 5º, inciso X da CF/88:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (Grifos nosso)

Assim, com base neste entendimento ora exposto, pode-se afirmar que o doador anônimo de sêmen tem direito ao sigilo de sua identidade civil, já que tal direito encontra-se amparado pelo ordenamento jurídico pátrio.

4.3 A REGULAMENTAÇÃO DA FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL E O PROJETO DE LEI Nº 1.185/2003

O referido projeto de lei é de autoria do ex-senador Lúcio Alcântara e tem por objetivo regulamentar a reprodução humana medicamente assistida no Brasil, definindo normas para realização de inseminação artificial e fertilização “*in vitro*”.

Este projeto de lei proíbe a gestação por substituição (barriga de aluguel), bem como os experimentos de clonagem radical. Tais vedações foram bastante criticadas na Audiência pública realizada para debater os temas tratados no projeto.

Contudo, a principal inovação trazida por este projeto de lei refere-se à possibilidade de o indivíduo concebido por intermédio da IA ter acesso à identidade civil do doador de sêmen após alcançar a maioridade civil, caso manifeste interesse.

Nesse sentido, seque art. 9º, §1º do PL 1.185/2003:

Art. 9º O sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato. § 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.

Depreende-se, portanto, do referido texto que, em regra, será mantido o sigilo quanto à identidade civil do doador de gametas. Contudo, se o concebido manifestar interesse em obter informações sobre o processo que o gerou, terá acesso a todas as documentações relacionadas a tal procedimento, inclusive a identidade civil do doador.

Nessa acepção, tem-se o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Agravo de Instrumento. Pedido de registro de nascimento deduzido por casal homoafetivo, que concebeu o bebê por método de reprodução assistida heteróloga, com utilização de gameta de doador anônimo. Decisão que ordenou a citação do laboratório responsável pela inseminação e do doador anônimo, bem como nomeou curador especial à infante. desnecessário tumulto processual. Inexistência de lide ou pretensão resistida. Superior interesse da criança que impõe o registro para conferir-lhe o status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo

ostentar o nome da família que lhe concebeu. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. [...]. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013).

Analisando o acórdão supracitado observa-se que, reformada a sentença, o juízo *ad quem* firmou entendimento de que a quebra de sigilo do doador inviabilizaria o próprio processo de inseminação artificial, pelo desinteresse de voluntários, pois é consequência lógica da doação anônima a constatação de que quem disponibiliza o sêmen não tem a intenção de ser identificado civilmente.

Em seu voto o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos mencionou ainda que não há possibilidade do doador ser citado no caso em tela. Somente seria cabível no caso da criança querer investigar sua paternidade e por ser direito personalíssimo apenas ela poderia intentar a pretensão, como bem se observa na decisão de Agravo de Instrumento do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

De mais a mais, para acessar as informações genéticas e identidade civil do doador do material genético nos bancos de dados e registros governamentais ou de caráter público, no caso, os bancos de esperma, o indivíduo concebido por IA heteróloga deverá fazer uso instrumento do habeas data, conforme art. 5º, LXXII, da Constituição Federal (SILVA, 2008).

4.4 O DIREITO AO SIGILO DO DOADOR DE SÊMEN E AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS TRAZIDAS PELO DIREITO ALIENÍGENA

Em relação ao direito de sigilo do doador de sêmen, faz-se necessário destacar a existência de três correntes bem definidas que tratam do assunto em questão, quais sejam, a do anonimato total, anonimato parcial ou relativo e a inexistência do anonimato (TINANT, 2012).

No que diz respeito à primeira corrente, importante mencionar que esta adota o entendimento de que o direito ao sigilo do doador de sêmen é absoluto. Defende-se, portanto, que o indivíduo concebido por inseminação artificial não poderá em hipótese alguma ter acesso a identidade civil do doador de sêmen, admitindo-se somente o fornecimento de informações gerais sobre o doador do material genético em caso de necessidade médica etc (TINANT, 2012).

Seguindo este entendimento, conclui-se que a Espanha e França adotaram a referida corrente doutrinária quanto ao direito

de sigilo do doador se sêmen, conforme segue (MARTINELLI, 2011, p.14):

[A legislação] espanhola defende o sigilo das doações, porém em casos especiais poderão ser fornecidas informações gerais sobre o doador, **sem revelar sua identidade**. (Grifos nosso).

A lei francesa diz que a doação deve ser gratuita e sigilosa e nos casos que necessitem de tratamento terapêutico o médico poderá **ter acesso as informações que não identifiquem civilmente o doador**. (Grifos nosso).

Quanto a segunda corrente, no que diz respeito ao sigilo da doação esta defende o anonimato do doador, sem, contudo, excluir a possibilidade futura de conhecimento da identidade biológica por parte da pessoa concebida.

A legislação alemã segue o entendimento da corrente doutrinária anterior que relativiza o direito ao anonimato do doador de sêmen. No referido país a pessoa concebida por IA, após 16 anos completos, tem direito a conhecer a identidade civil daquele que contribuiu solidariamente para o seu nascimento. Tal garantia no Brasil tem sido denominada como direito à ascendência ou direito à identidade genética (MARTINELLI, 2011).

Finalmente, em relação à terceira corrente doutrinária, destaque-se que é vedado o anonimato quanto à identidade civil do doador de sêmen. Assim, o indivíduo concebido por intermédio da técnica de IA tem direito a conhecer seu genitor biológico, caso manifeste interesse.

A Suécia adota esta corrente Doutrinária e foi o primeiro país a regular a inseminação artificial, em 20.12.1984, pela Lei n. 1.140, sendo admitida a fecundação homóloga e heteróloga, limitada, contudo, ao casal unido ou não pelo matrimônio (AGUIAR, 2005).

5. O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DOS INDIVÍDUOS CONCEBIDOS POR MEIO DE FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL

O advento de novas técnicas conceptivas revolucionou os modelos de reprodução humana, fazendo com que surgissem, em decorrência disto, alguns questionamentos acerca dos direitos do indivíduo gerado por inseminação artificial heteróloga. Discute-se, portanto, o direito á identidade genética da pessoa gerada por intermédio desta técnica de reprodução humana medicamente assistida (CAMACHO, 2012).

Em relação ao direito à origem genética, Lôbo (2011, p.227) leciona que:

O direito ao conhecimento da origem genética [...] é o direito da personalidade, que toda pessoa humana é titular, na espécie direito à vida, pois as ciências biológicas têm ressaltado a insuperável relação entre medidas preventivas de saúde e ocorrências de doenças em parentes próximos, além de integrar o núcleo da identidade pessoal, que não se resume ao nome.

Entende-se, assim, que a pessoa que busca conhecer a sua identidade genética visa, sobretudo, conhecer suas características genéticas e de personalidade, que estão relacionadas a carga biológica que carrega.

Gama (2003, p.904) expressa que, “[...] o direito fundamental à vida abarca o direito à identidade, o direito à historicidade e a informação da sua ascendência genética como reflexos de relevo na vida da pessoa”.

Ademais, ainda no que diz respeito ao direito à identidade genética do concebido, importante pontuar suas principais características, quais sejam, o caráter personalíssimo e indisponível de tal direito (DONIZETTI, 2007).

A questão da indisponibilidade do direito à identidade genética relaciona-se, por exemplo, a impossibilidade dos pais de renunciarem o direito da busca à identidade biológica do filho ainda não nascido.

Tal direito caracteriza-se ainda como personalíssimo porque será exercido somente por seu titular, que o fará de forma direta após aquisição da plena capacidade jurídica, ressalvados os casos reconhecidos judicialmente. O Ministério Público por esta razão, não tem legitimidade para a propositura desta demanda (FARIAS e ROSENVALD,2014).

Selma Rodrigues Petterle (2007, p.111) com relação ao direito à ancestralidade ou identidade genética explica que:

[...] o direito à identidade genética é um direito da personalidade que busca salvaguardar o bem jurídico-fundamental ‘identidade genética’, uma das manifestações essenciais da personalidade humana [...]. Assim, quando a doutrina faz referência ao direito fundamental à identidade genética, pretende salvaguardar a constituição genética individual (a identidade genética única e irrepetível de cada ser humano) enquanto base biológica de sua identidade pessoal, esta em constante construção, no âmbito das relações interpessoais.

Para Francisco Amaral (2003, p.249), os direitos da personalidade são “[...] os direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.

Assim, consideram-se direitos da personalidade aqueles que são reconhecidos à pessoa tomada em si mesma, previstos para defender os valores inatos ao homem, configurando direitos subjetivos que são o mínimo para a existência de uma personalidade. A ausência desses direitos impede a formação de uma personalidade completa e concreta (BITTAR, 2008).

Além disto, faz-se necessário deixar esclarecido que ter a identidade genética reconhecida não é o mesmo que ter a filiação reconhecida, pois o primeiro instituto jurídico está relacionado a identidade física e biológica do indivíduo enquanto que a filiação deriva da efetividade da convivência, conforme ficará demonstrado a seguir.

5.1 DISTINÇÕES RELEVANTES ACERCA DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E A INVESTIGAÇÃO DE ORIGEM GENÉTICA/ ANCESTRALIDADE

A pluralidade familiar atrelada ao reconhecimento do afeto como valor jurídico fundamental para as relações familiares contribuiu consideravelmente para o surgimento de diferentes vínculos parentais (FARIAS e ROSENVALD, 2014).

Com isso, é necessário diferenciar a ação de investigação de paternidade da ação de investigação da ancestralidade (origem genética), já o que objeto da tutela da origem genética é assegurar o direito da personalidade, enquanto que o objeto da tutela da determinação da paternidade é o estado de filiação.

Conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 639), na investigação de ancestralidade:

[...] [o concebido] não pretende requerer alimentos ou a herança do réu, seu ancestral. Apenas pretende ver declarada sua ancestralidade genética. Aqui, funda-se o pedido no exercício de um direito da personalidade e a pretensão é, por igual, imprescritível, e o direito em disputa, inalienável.

Em contrapartida, no campo da investigação de paternidade, o indivíduo objetiva o reconhecimento do estado de filiação, não prevalecendo necessariamente o laço biológico, já

que há possibilidade de se estabelecer a condição paterno-filial por força de um vínculo genético ou socioafetivo, a depender do caso concreto em análise (FARIAS e ROSENVALD, 2014).

Desta forma, verifica-se que o indivíduo gerado pela técnica de reprodução humana medicamente assistida na modalidade heteróloga não terá direito a filiação em relação a aquele que doou seu material genético para realização da técnica conceptiva (CAMACHO, 2012).

Nesse sentido Lôbo (2011, p. 228) explica que:

A certeza absoluta de origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não substitui o estado de filiação. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga não pode questionar a paternidade e a maternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade de filiação, tecida na complexidade das relações afetiva, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. O direito dos filhos à convivência familiar, tido como prioridade absoluta pela Constituição Federal (art. 227), construído no dia a dia das relações afetivas, não pode ser prejudicado por razões de origem biológica.

O direito de filiação é, portanto, muito mais amplo do que o direito à identidade genética, e nas técnicas reprodutivas heterólogas o critério socioafetivo é o que prevalece, já que este se forma através da convivência e reciprocidade de carinho e cuidado existente entre filhos e pais (CAMACHO, 2012).

O reconhecimento da identidade genética não se dá em razão da filiação propriamente dita, ou seja, aquela que diz

respeito a sentimento e convívio familiar, mas ocorre em relação ao sentido biológico da pessoa, sua genética e forma física (CAMACHO, 2012).

5.2 FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, p. 109) mencionam que “[...] ocorre conflito (ou colisão) entre Direitos Fundamentais quando, em um caso concreto, uma das partes invoca um direito fundamental em sua proteção enquanto a outra se vê amparada por outro direito fundamental”.

Desta forma, resta evidente a existência de um conflito entre direitos fundamentais, pois os dois direitos em colisão, quais sejam, o direito à identidade genética e direito ao sigilo do doador de sêmen, estão amparados pela Constituição Federal, não havendo hierarquia entre tais direitos.

Neste caso, segundo a lição da doutrina, o intérprete, na resolução do conflito deverá realizar um juízo de ponderação, considerando as características do caso concreto que irão indicar a prevalência de um direito fundamental (ALEXANDRINO e PAULO, 2012).

Desta forma, importante mencionar sobre a técnica de ponderação de interesses, disponibilizada para solução de conflitos normativos, conforme dispõem Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias (2014, p. 73):

[Na ponderação de interesses devem ser sopesados os direitos em colisão] para que se descubra qual dos valores colidentes respeita, com maior amplitude, a dignidade humana. Em linguagem simbólica, devem ser justapostas em uma balança imaginária as normas em conflito para que o princípio da dignidade da pessoa humana (espécie de “fiel da balança”) indique qual delas deve, em

concreto, preponderar. Daí se infere que a ponderação de interesses é uma verdadeira técnica de balanceamento.

Os clássicos métodos hermenêuticos (critério da especialidade, anterioridade e hierarquia) se mostram insuficientes e pouco eficientes para dirimir tal colisão de direitos fundamentais, em razão do elevado grau de abstração, generalidade e indeterminação dos direitos em conflito (FARIAS e ROSENVALD, 2014).

Assim, a doutrina, jurisprudência, leis análogas, bem como, a análise dos princípios constitucionais que norteiam a vida, em especial a dignidade da pessoa humana, serão, desta forma, a base para ponderação dos direitos em oposição, conforme ficará demonstrado adiante.

5.3 O INSTITUTO DA ADOÇÃO APLICADO ANALOGICAMENTE AO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

A adoção é uma forma de inserção do indivíduo em família substituta, onde a relação filiatória é estabelecida sob uma perspectiva afetiva, transformando o adotando em membro da nova família (FARIAS e ROSENVALD, 2014).

Esta condição de filho atribuída ao adotando desliga-o de qualquer vínculo com os pais biológicos, conforme art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, salvo quanto aos impedimentos para casamento, previstos no artigo 1.521 do Código Civil (DIAS, 2013).

Nesse sentido, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2014, p. 953) mencionam que:

A adoção implica na completa extinção da relação familiar mantida pelo adotando com seu núcleo anterior, conferindo segurança à nova relação familiar

estabelecida e garantindo a proteção integral e prioritária do interessado. Cessará todo e qualquer vínculo, direito ou deveres em relação aos componentes do núcleo familiar anterior, não se cogitando de efeitos atinentes aos alimentos e à sucessão, por exemplo.

Depreende-se, assim, que o vínculo de consanguinidade não resulta qualquer outro efeito jurídico, pessoal ou patrimonial, já que a relação de parentesco é estabelecida somente entre o adotando e toda família do adotante (DIAS, 2013).

Contudo, em consonância com os entendimentos jurisprudências, o ECA passou a admitir a possibilidade do adotando, ao atingir a maioridade, investigar sua origem biológica (DIAS, 2013).

Segue, nesse sentido, entendimento jurisprudencial firmado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto ao direito à identidade biológica do adotando:

RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS. FILHO ADOTIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AFASTAMENTO. 1. A “possibilidade jurídica do pedido consiste na admissibilidade em abstrato da tutela pretendida, vale dizer, na ausência de vedação explícita no ordenamento jurídico para a concessão do provimento jurisdicional” (REsp 254.417/MG, DJ de 02.02.2009). 2. Consoante o comando inserto no art. 27 do ECA, o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, mesmo em se tratando, como na espécie, de autor adotado por parentes. **3. As disposições constantes dos arts. 41 e 48 do ECA - relativas à irrevogabilidade da adoção e ao desligamento do adotado de qualquer vínculo com pais e parentes - não podem determinar restrição ao mencionado direito de reconhecimento de estado de filiação. Precedentes. 4. Impossibilidade jurídica do pedido afastada. Retorno dos autos à primeira instância.** 5. Recurso especial conhecido em

parte e, nesta extensão, provido. (STJ - REsp: 220623
SP 1999/0056782-0, Relator: Ministro FERNANDO
GONÇALVES, Data de Julgamento: 03/09/2009, T4
- QUARTA TURMA, Data de Publicação: 21/09/2009
vol. 80 p. 152)

O reconhecimento da origem biológica do adotando não implicará, portanto, em direitos patrimoniais, pois a sentença de procedência do referido pedido não será averbada no cartório de registro civil e não concederá ao adotando direito a reclamar alimentos ou herança (FARIAS e ROSENVALD, 2014).

Este entendimento já firmado em relação ao instituto da adoção pode ser aplicado analogicamente ao indivíduo concebido por inseminação artificial que deseja conhecer sua identidade genética.

O processo de inseminação artificial, assim como no instituto da adoção, desliga o concebido de qualquer vínculo com o doador de material genético, já que a relação filiatória é estabelecida somente com a parturiente.

Nos casos em que há autorização do esposo ou companheiro, o vínculo de filiação será constituído entre este, a parturiente e a criança gerada, sem qualquer participação do doador do material genético.

O parentesco biológico, desta forma, não é absoluto, já que a convivência familiar e os laços de afetividade indicam uma preferência para o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Nesse contexto, impende destacar o entendimento de Everton Leandro Costa², *in verbis*:

Hoje, temos por bem, dar valor ao sentimento, a afeição,
ao amor da verdadeira paternidade, não sobrepujar a

2 Paternidade sócio-afetiva. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=274>. Everton Leandro Costa. Acesso em: 15 de maio de 2016.

origem biológica do filho e desmistificar a supremacia da consanguinidade, visto que a família afetiva foi constitucionalmente reconhecida e não há motivos para os operários do direito que se rotulam como biologistas e se oporem resistência à filiação sociológica. Essa é a realidade! A filiação socioafetiva é compreendida como uma relação jurídica de afeto com o filho de criação, como naqueles casos que mesmo sem nenhum vínculo biológico os pais criam uma criança por mera opção, velando-lhe todo amor, cuidado, ternura, enfim, uma família, em tese, perfeita.

Além disto, entende-se, da mesma forma, o direito ao conhecimento da origem genética como decorrente do disposto no art. 227, § 6º da CF de 1988, que aduz que todos os filhos terão os mesmos direitos e qualificações (CABRAL e CAMARDA, 2012).

Seguindo essa linha de pensamento, deve-se dar à criança gerada pela técnica de IA heteróloga o direito de conhecer sua origem genética da mesma forma que outro indivíduo nascido de relações sexuais tem conhecimento de sua ancestralidade (CABRAL e CAMARDA, 2012).

Olga Jubert Krell (2006, p. 186) entende que:

No tangente à especialidade da IA heteróloga, o anonimato do doador pode ser quebrado, assim como o anonimato do pai biológico na adoção por ação de estado, que garanta ao filho o direito à personalidade e ao conhecimento da sua origem genética, para poder verificar doenças hereditárias e evitar impedimentos matrimoniais.

Nesse mesmo sentido, fundamental destacar ainda que não mais se admite em nosso direito a vedação do acesso de um indivíduo às suas origens, sob pena de violação dos direitos de personalidade, essencialmente da integridade e da dignidade.

As autoras Maria Clara Osuma Diaz Falavigna e Edna Maria Farah Hervey Costa (2003, p.210) defendem da mesma forma, a aplicação analógica da lei de adoção ao concebido por IA no que diz respeito à possibilidade de conhecimento de sua origem genética, conforme segue:

[...] a situação [da inseminação artificial] é semelhante à da adoção, ou seja, se há possibilidade de o filho adotado ver reconhecida sua origem biológica, o mesmo ocorre para os que nasceram de fecundação artificial heteróloga. Nesse caso a legislação é clara de negar qualquer relação jurídica entre o filho dado em adoção e os pais biológicos, sendo omissa em relação às inseminações heterólogas; porém, visto que mesmo em se tratando de adoção há possibilidade de se conhecer a origem biológica, não se negará o direito do filho concebido por reprodução assistida heteróloga.

Desta maneira, aplicar-se-iam, com base no processo de integração analógica, as regras da adoção previstas no ECA (artigos 47 e 48), que preveem que nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro, entretanto, assegura ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica, após completar dezoito anos.

Tal interpretação seria uma das formas de resolução do conflito entre direitos fundamentais.

5.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL NA BUSCA AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto como fundamento da República Federativa do Brasil no inciso III, do art. 1.º da Constituição Federal de 1988, é definido segundo Lôbo (2011, p. 60) como “[...] o núcleo existencial que

é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”.

Ademais, quanto ao significado da palavra dignidade, destaque-se que tem origem no substantivo *dignitas*, entendido como prestígio, mérito, consideração, sendo utilizado para qualificar aquilo que merece respeito ou reverência (GARCIA, 2014).

José Afonso da Silva (2003, p. 105) ensina que a dignidade da pessoa humana:

[...] é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la, para construir ‘teoria do núcleo da personalidade individual’, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana [...].

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais, como a liberdade, autonomia privada, igualdade e solidariedade, cidadania etc (DIAS, 2013).

É, nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, numa ponderação de interesses, que sobrepõe o direito à identidade genética do concebido por IA ao direito de sigilo do doador de sêmen, quando estes se encontram em colisão.

A ponderação de valores à luz do princípio da proporcionalidade para o deslinde destas questões de colisão de direitos é amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência, como descreve Néri da Silveira:

[...] os direitos fundamentais são direitos *prima facie*, ou melhor, potenciais, não absolutos, somente assumindo contornos definitivos após aplicados a um problema concreto. Dessa forma é possível restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental no momento da elaboração da norma de decisão do caso, mediante ponderação (grifo nosso), para prevalecer em determinada circunstância concreta, um bem constitucional com maior peso do que o outro direito³.

Este entendimento doutrinário quanto à sobreposição do direito à origem genética da pessoa concebida por IA em face do direito de sigilo do doador de sêmen não se encontra pacificado jurisprudencialmente.

Contudo, no julgamento do Habeas Corpus nº 71.373-4-RS, o Supremo Tribunal Federal fez menção à possibilidade de prevalência do direito à origem genética, já que ao decidir sobre a hipótese de um réu ser submetido contra sua vontade a realizar exame de DNA, o Ministro Francisco Resek fez clara menção ao direito à origem genética, conforme segue:

É alentador observar, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do direito do investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer a sua origem genética. A verdade jurídica geralmente fundada em presunção, passa a poder identificar-se com a verdade científica.

Ainda em relação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o direito à origem genética, sendo este último decorrente do surgimento das técnicas de reprodução humana medicamente assistida, Cândido (2007, p.102) relata que:

3 STF, Recl 2.040-1- DF (Tribunal Pleno, rel. Néri da Silveira), p.193.

O ordenamento jurídico brasileiro acolhe diversos direitos humanos constitucionalmente garantidos como direitos fundamentais como forma de proteção ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inclusive direitos de quarta geração, que protegem as pessoas envolvidas em procedimentos biotecnológicos como o de aplicação de técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga.

Desta forma, mesmo não havendo previsão constitucional expressa quanto ao direito à identidade genética do concebido, o ordenamento jurídico brasileiro, através da teoria das gerações ou dimensões tem acolhido o direito à identidade genética como forma de proteção ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Este princípio, atrelado a lei e ao entendimento jurisprudencial existente quanto ao instituto da adoção, que pode ser aplicado analogicamente ao concebido por IA, mostram-se suficientes para solucionar a presente colisão de direitos fundamentais.

Contudo, existe outra razão não menos importante que justifica a quebra do sigilo quanto à identidade civil do doador anônimo de sêmen, qual seja, a possibilidade de incesto, que será demonstrada adiante.

5.5 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA SOB A ÓTICA DA PREVENÇÃO DE RELAÇÕES INCESTUOSAS

A definição jurídica do incesto vem do latim *incestu* (impuro, impudico) e tal prática consiste na ocorrência de conjunção carnal entre parentes por consangüinidade ou afinidade, que se acham, em grau, interditados, ou proibidos, para as justas núpcias.

Na Inglaterra, a título exemplificativo, dois gêmeos que haviam sido separados ao nascer e, em seguida, adotados por famílias distintas, se casaram sem saber que eram irmãos.

Um juiz do Alto Tribunal pronunciou a anulação desta união. A identidade dos gêmeos não foi divulgada e os detalhes deste caso não foram revelados, mas sabe-se que os gêmeos, nascidos depois de um tratamento de fertilização artificial, foram separados pouco depois do nascimento. Eles nunca souberam que tinham tido irmãos gêmeos e só descobriram o parentesco depois do casamento.

O referido caso foi descoberto pelo ex-parlamentar britânico Lord Alton, no ano de 2008. Em entrevista dada ao jornal *Evening Standard*, o ex-parlamentar afirmou que este acontecimento levantou a questão sobre a importância de reforçar os direitos dos indivíduos de saberem a identidade de seus pais biológicos.

Faz-se necessário mencionar ainda que a criança proveniente de relação incestuosa tem maior probabilidade de nascer com distúrbio nos órgãos e anomalias na estrutura corpórea devido às complicações que podem surgir quando ocorre o casamento consanguíneo.

Por esta razão, Júnior (2005, p.96, apud CÂNDIDO, 2007) entende que:

[...] os filhos devem ter acesso aos dados biológicos do doador para descoberta de possível impedimento matrimonial, pois em se mantendo esse sigilo de forma absoluta, isso poderia redundar, futuramente, em relações incestuosas. Sendo totalmente anônima a paternidade biológica, mantida sob a égide de um sigilo absoluto, nada impede que irmãos (filhos nascidos de material pertencente ao mesmo doador) ou mesmo o próprio

doador e uma filha contraíam casamento por absoluta ignorância com relação as suas verdadeiras origens (Grifos nosso).

A investigação de ancestralidade serviria, portanto, para que o incesto pudesse ser impedido, além de permitir ao concebido o conhecimento de sua origem genética.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, de forma geral, tem caminhado em direção a relativização dos direitos fundamentais, pois vigora o entendimento de que um direito não pode prevalecer sobre outro de forma absoluta, já que o conflito de normas, princípios e direitos fundamentais é analisado sob a ótica de um caso concreto. Este entendimento também se aplica ao Direito à identidade genética do indivíduo concebido por intermédio de inseminação artificial heteróloga, que se contrapõe ao direito de sigilo do doador anônimo de sêmen.

Inicialmente, a doutrina era enfática ao afirmar que o direito ao sigilo do doador de sêmen era absoluto, não se admitindo, desta forma, a revelação de sua identidade em hipótese alguma.

Contudo, o mutação corrente do mundo jurídico e a valorização da pessoa humana fizeram com que este posicionamento rígido fosse flexibilizado a ponto de se permitir a quebra de sigilo da identidade civil do doador do sêmen, algo inconcebível há tempos atrás.

Esta quebra de sigilo, todavia, é exceção, pois como regra vigorará o entendimento de que a intimidade do doador anônimo de sêmen deve ser preservada. Porém, se a pessoa concebida por inseminação artificial, após alcançar a maioridade civil, manifestar interesse em conhecer a identidade do doador de

sêmen, certamente o direito a ascendência genética prevalecerá, pois na ponderação realizada entre estes dois direitos fundamentais, o direito do concebido é aquele que mais se aproxima do ideal de dignidade da pessoa humana. Desta forma, será possibilitada a busca da origem genética, mediante hipóteses mais específicas como a cogente necessidade psicológica, a necessidade de se preservar a saúde da criança em face de doenças congênitas e, ainda, a averiguação de existência de impedimentos matrimoniais, sendo o direito a identidade genética personalíssimo, conforme já foi abordado.

Ademais, importante frisar que não há que se falar em hierarquia entre direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, pois o princípio basilar da dignidade da pessoa humana é que indica no caso em específico qual direito deve prevalecer. Destaque-se ainda que o concebido, ao ter acesso a identidade do doador de sêmen não poderá, em hipótese alguma, pleitear pagamento de pensão alimentícia, nem requerer em juízo direitos sucessórios após a morte do doador do material genético.

O reconhecimento da origem genética não implica, portanto, no reconhecimento do estado de filiação, já que objeto da tutela da origem genética é assegurar o direito da personalidade do indivíduo concebido através das técnicas de inseminação artificial.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Editora Forense, 2005.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10. ed- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 249.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A identidade Genética do Ser Humano. Bioconstituição**: Bioética e Direito. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 06 nov. 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8^a ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 220623**- São Paulo, Relator: Min. Fernando Gonçalves. Pesquisa em Jurisprudência, Acórdãos, 21 de setembro de 2009. Quarta turma. Disponível em: < <https://goo.gl/SXs19C> >. Acesso em: 8 de maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº71.373-4 RS**. Relator: Min. Francisco Resek. Pesquisa em Jurisprudência, Acórdãos, 10 de novembro de 1994. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14704990/habeas-corpus-hc-71373-rs>>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

BRASIL, **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Res. CFM nº 2.013/2013. Disponível em:<http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>

BRASIL, *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 19ª edição*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.135/2003**. Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em: < <https://goo.gl/HLfDqA> >. Acesso em: 23 de maio de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.185/2003**. Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em: < <https://goo.gl/75YXVu> >. Acesso em: 21 de maio de 2016.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul- RS. Agravo de Instrumento nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Pesquisa de jurisprudência, Acórdãos, 04 abril 2013. Disponível em: < <https://goo.gl/4oYsWy> >. Acesso em: 4 maio 2016.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Reprodução Humana Assistida e Anonimato de doadores de Gametas**: O Direito brasileiro frente às novas formas de paternidade. In: Tereza Rodrigues Vieira (Org.). *Ensaio de Bioética e Direito*. 2 ed. rev. ampl. atual. Brasília DF: Consulex, 2012.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira. Intimidade versus origem genética: **A ponderação de interesses Aplicada à reprodução assistida heteróloga**. Disponível em: <ibdfam.org.br>. Acesso: 1º de maio de 2016.

CAMACHO, Nathália Lunardi Guella. **O direito à identidade genética dos concebidos pela Fertilização *in vitro* heteróloga**. 2012. 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)-Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Santa Catarina, 2012.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. Os Direitos Fundamentais e as Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida Heteróloga. **DireitoNet**, Fortaleza., 27 ago. 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/EQ8CqW>>. Acesso em 08 abr. 2016.

COSTA, Edna Maria Farah Hervey; FALAVIGNA, Maria Clara Osuma Diaz. **Teoria e prática do direito de família**: de acordo com a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Editora Letras jurídicas: Bestbook Editora, 2003.

COSTA, Everton Leandro da. **Paternidade sócio-afetiva**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Marcelo. Curso de Direito Civil. Volume 6. 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a leitura do novo código civil em relação à família.** In novo Código Civi: Interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Coordenadora: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Belo Horizonte. Del Rey, 2014.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2006.

LEITÃO, Camila Bezerra de Menezes. **Análise jurídica sobre direitos sucessórios decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*.** 2011. 92 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões, Universidade Estadual do Ceará - Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2011. Disponível em: < <https://goo.gl/475gRg> >. Acesso em: 10 mar. 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** v. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINELLI, Lorchainy Ariane Lagassi. Aspectos jurídicos do anonimato do doador de sêmen na reprodução humana heteróloga. **Âmbito Jurídico**, 2011.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2008

PEREIRA. Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet.** Curitiba: Juruá Editora, 2003.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REZZIERI, Lorrana. **Direitos hereditários do concebido post mortem no ordenamento jurídico brasileiro**: uma análise crítica a partir do sopesamento entre princípios sucessórios e constitucionais. 2015. 107 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

RODRIGUES, Luan Christ; CHRIST, Roseli. DOS FILHOS ORIUNDOS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [S.l.], v. 9, n. 2, dez. 2014. ISSN 1983-4225. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/285>>. Acesso em: 02 Mai. 2016.

SCARPARO, Mônica Sartori. Fertilização assistida: Questão aberta. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro**. São Paulo: Pillares, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi. Direito de saber a nossa história: Identidade Genética e Dignidade Humana na concepção da Bioconstituição. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 7, n.7, p. 33-65, jan/jun. 2010.

TINANT, Luis Eduardo. **Técnicas de procreación asistida con donantes de gametas, entre otras, ovidonación**. Criterios sobre la obligación o no de revelar la verdad (identidad) biológica (genética) al menor y consiguiente preservación, o no, de la anonimidad del donante. Universidade de Buenos Aires. Argentina. Julho. 2012.

TOGNOTTI, Elvio. **A esterilidade conjugal a prática da propedêutica básica à reprodução assistida**. São Paulo: Roca, 1996.

UNESCO, Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. **Curso de direito civil: direito de família**. V. 2. 2. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VIANNA, Roberta Carvalho. O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista ESMESC**. Florianópolis, v. 18, n. 24, p. 511-536, jan/jun. 2011.

LEGITIMIDADE ATIVA DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Artenia Francisca Costa Martins¹

RESUMO: A presente pesquisa consiste em estudar a abrangência da legitimidade ativa das agremiações partidárias no mandado de segurança coletivo. A possibilidade de impetração da referida ação constitucional, por partidos políticos, é prevista no art. 5º, LXX, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 12.016/2009, a qual, segundo posicionamentos de estudiosos do assunto, trouxe ainda mais conflito para a seara jurídica, ao prever que aqueles só poderiam agir em defesa dos direitos de seus membros, cuja exigência não se encontra expressa na Lei Maior. Desta forma, este trabalho visa encontrar a real vontade da Constituição, qual seja: no mandado de segurança coletivo, conferir ampla legitimidade aos partidos políticos, a fim de exercer representação de toda a sociedade, ou limitar sua representatividade, neste caso, às pessoas que os compõem. Para tanto, foram consultados documentos como: livros, revistas e legislações.

Palavras-chaves: Mandado de segurança coletivo. Partido político. Legitimidade.

¹ Assessora de Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado do Acre; Advogada registrada sob nº 4.855 OAB/AC; graduada em Direito pela Universidade Federal de Rondônia; Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio Educacional.

1. INTRODUÇÃO

O instituto do mandado de segurança, também denominado de remédio constitucional, localiza-se no art. 5º, incisos LXIX e LXX, da Constituição de 1988, sendo ele um instituto genuinamente brasileiro.

Referida ação mandamental, prevista pela primeira vez na Constituição de 1934, enfrentou fortes embates políticos e jurídicos até culminar na redação da atual Constituição. Assim, o mandado consiste no pedido de segurança judicial, para proteger direito incontestável de uma pessoa ou coletividade, motivo pelo qual se caracteriza como líquido e certo, quando violado ou ameaçado por autoridade pública ou pessoa jurídica que exerça atividades estatais, pela prática de ilegalidade ou abuso de poder.

A Lei Maior vigente inovou em relação às Constituições anteriores ao instituir a modalidade coletiva do mandado de segurança, disposta no inciso LXX, alíneas “a” e “b”. Portanto, grupos de pessoas podem se utilizar do *writ* coletivo, porém, devem ser representados pelos legitimados previstos na Constituição, sendo eles: partidos políticos com representação no Congresso Nacional e entidades de classe, sindicatos e associações, em funcionamento há, no mínimo, um ano, atuando no interesse dos seus integrantes.

Da interpretação literal do texto constitucional, depreende-se que a única exigência imposta às agremiações partidárias, para impetração do mandado de segurança coletivo, insere-se na existência de representação no Congresso Nacional. Já dos demais legitimados, requer-se a comprovação de, pelo menos, um ano de sua constituição e funcionamento, em representação apenas aos seus membros e associados.

Regulamentando o mandado de segurança, a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, ao tratar da modalidade coletiva

impõe restrições maiores que as previstas na Constituição, exigindo que os partidos políticos agissem “na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária [...]”.

A Lei criada para regulamentar o mandado de segurança corroborou para o aumento das discussões acerca da legitimidade dos partidos políticos para impetrar o remédio constitucional na modalidade coletiva, visto que criou uma condição de atuação não imposta pela Lei Maior.

Desta forma, considerando a aparente colisão entre a Constituição e a Lei nº 12.016/2009, busca-se verificar a possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo por partido político, para representar não só os seus filiados, mas todos os membros da sociedade.

Adiante-se que a questão ainda não está pacificada nos tribunais, tampouco na doutrina constitucionalista e processual civil. No entanto, faz-se mister todo o caminho percorrido neste trabalho para buscar entendimento acerca da verdadeira pretensão constitucional, posicionando-se de forma fundamentada e fornecendo aparato argumentativo às decisões de tribunais, pareceres jurídicos e demais análises a respeito do tema.

2. LEGITIMIDADE ATIVA DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A previsão constitucional do instituto ora estudado está inserta no art. 5º, incisos LXIX e LXX, alíneas “a” e “b”, os quais instituem o mandado de segurança em suas modalidades individual e coletiva, estabelecendo em relação a esta última que:

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

A Constituição vigente foi a primeira a prever o mandado de segurança coletivo que, por conseguinte, permaneceu sem regulamentação infraconstitucional até a entrada em vigor da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, disciplinando-o em seus artigos 21 e 22.

Destarte, o art. 21, praticamente repete os termos da Constituição no que tange aos legitimados a impetrar o *writ* coletivo, mas acrescenta que o partido político deve atuar “[...] na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária [...]”.

Apesar de acrescentar regulamentação, a Lei do Mandado de Segurança diminuiu o âmbito de atuação dos partidos políticos, no que concerne às situações em que pode impetrar o *mandamus* na condição de substituto processual, uma vez que necessita a situação de fato guardar relação com a finalidade partidária, em defesa dos integrantes do partido político.

3. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ANTERIORES À PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 12.016/2009

De imediato, ocupou-se a doutrina de certificar que a previsão do mandado de segurança na modalidade coletiva, na Constituição, não se tratava de novo instituto, posto que os

requisitos para sua impetração também estavam previstos no art. 5º, LXIX: defesa de direito líquido e certo, contra ato de autoridade pública, ou no exercício de atividades públicas, que cometa ilegalidade ou abuso de poder, desde que o objeto da demanda não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Por esse motivo, era considerado simplesmente um desdobramento do *mandamus* individual.

Ademais, quanto à abrangência temática dentro do mandado de segurança coletivo, antes da vigência da Lei nº 12.016/2009, a doutrina se dividia em defender as teses ampliativa e restritiva.

A primeira defendia a possibilidade de impetração do mandado de segurança para assegurar quaisquer direitos metaindividuais. Para exemplificar, Gajardoni e Fonseca (2012, p. 11), diziam ser “possível a impetração de um mandado de segurança coletivo na defesa do meio ambiente, típico direito ou interesse difuso (v.g., obstar a concessão de uma licença ambiental irregular).”

Por sua vez, pela teoria restritiva, “o mandado de segurança coletivo poderia ser impetrado na defesa dos direitos ou interesses cujos titulares possam ser determinados, isto é, os interesses coletivos e individuais homogêneos [...]” (GAJARDONI; FONSECA, 2012, p. 11).

Também pelo viés restritivo, Ferraz (1996) ensina que as entidades legitimadas pelo art. 5º da Constituição – partido político, entidade de classe, sindicato e associação - só podem impetrar o mandado de segurança coletivo se a demanda tiver como objetos interesses e direitos diretamente relacionados aos seus integrantes e filiados e que o assunto abordado esteja incluso na finalidade da pessoa jurídica.

No mesmo sentido, entendeu Direito (1999) pela impossibilidade de se valer do *mandamus* coletivo a instituição partidária que não pretendesse defender interesses relativos à finalidade partidária, citando que não poderia, por exemplo, invocar proteção a direitos previdenciários, solicitando reajuste a todos os beneficiários.

Divergindo das exposições anteriores, manifestou-se Sundfeld (1990, p. 195):

[...] o mandado de segurança coletivo impetrado pelo partido político não visa defender interesse dos seus membros, mas antes a legalidade (ou constitucionalidade) objetiva: basta demonstrar a violação à lei ou à Constituição, é dizer, a violação da legalidade objetiva. Isso explica, aliás, porque só os partidos políticos com representação parlamentar têm legitimidade para a impetração. A defesa da legalidade objetiva é uma função pública, que pressupõe uma investidura popular, que os partidos sem representação no Legislativo não têm. O partido político possui um status especial no nosso Direito, previsto constitucionalmente, com requisitos de funcionamento, com fiscalização da Justiça Eleitoral; é uma entidade que, submetendo-se periodicamente ao julgamento popular, e logrando eleger parlamentares, tem alta representatividade. Portanto, o mandado proposto por partido político é equivalente à ação popular, dispensando-se porém qualquer nova prova da lesividade do ato atacado. Se o mandado de segurança coletivo impetrado por partido político servisse, como os demais, para a defesa dos interesses de seus membros, não haveria razão para negar legitimidade aos partidos sem representação parlamentar; também seus associados têm direitos coletivos, que poderiam ser objeto de mandado de segurança coletivo.

Verifica-se que o argumento principal do autor se apoia no texto constitucional, quando este exige representação legislativa como requisito para impetração do mandado de segurança coletivo por instituição partidária. Realmente, qual seria a função de fazer

distinção entre os que têm ou não representante no Congresso Nacional, se todos podem defender as finalidades partidárias?

Registre-se que, Sundfeld manifestou seu pensamento acerca do tema em 1990 e, em 1995 foi promulgada a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096), a qual corroborou integralmente com o raciocínio daquele doutrinador, ao estabelecer em seu art. 1º que essas instituições se destinam a assegurar, no interesse do regime democrático, a fidedignidade do sistema representativo e a tutelar os direitos fundamentais.

Isso posto, por meio de interpretação sistemática entre os dispositivos da Lei Maior, que tratam dos partidos políticos, do mandado de segurança coletivo e entre os dispositivos da Lei nº 9.096/95, pode-se coadunar ao posicionamento do referido autor.

Ao comentar os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte instituída para a elaboração da nova Constituição, Silva (1998, p. 460) afirma que “Houve, porém, reação ao enquadramento dos partidos nesses limites da legitimação, de onde, em negociação de lideranças, transpor-se aquela cláusula para o final da alínea *b*, vinculada apenas a entidades ali referidas.” [grifo do autor] Diante disso, depreende-se que a vontade do legislador se identifica com os posicionamentos adeptos à teoria ampliativa.

Na mesma linha de pensamento, Figueiredo (2000) interpreta a Constituição afirmando que inexistente qualquer limitação aos partidos políticos, encontrando-se presente essa restrição de atuação apenas para as entidades de classe, associações e sindicatos.

Embora assentado em fortes fundamentações o entendimento da autora, esta também reconheceu que não vinha sendo o mesmo o posicionamento da jurisprudência pátria. (FIGUEIREDO, 2000)

Embasando-se, também, na previsão do art. 1º da Lei nº 9.096/95, analisando a legitimidade dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo, Bueno (2008, p. 38) alega que

O único requisito que deve ser observado para tanto, é o que a Constituição impõe: representação do partido no Congresso Nacional. Restritivo e destoante da verdadeira função institucional dos partidos políticos no cenário nacional, entendimento que só autoriza a impetração coletiva para a tutela de seus filiados. Isso significaria tratar os partidos políticos como meras entidades associativas, o que, a toda evidência, não são.

Dessarte, o exercício das associações, entidades de classe e sindicatos é mais restritiva que a dos partidos políticos, justificada “por sua própria predestinação institucional” (BUENO, 2008, p. 38), pois, de acordo com o autor, as associações, entidades de classe e sindicatos existem para servir aos membros que os integram, e o partido político, sobretudo, para defender a democracia e os direitos humanos de todos os cidadãos. Por esse motivo, não há por que reduzir a sua atuação.

3.1 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO Nº 197-DF E O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM 1990

Passados dois anos de vigência da Nova Ordem Constitucional, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça denegou segurança ao Partido dos Trabalhadores, quando este impetrou o mandado de segurança coletivo nº 197-DF, em face do Ministro da Previdência e Assistência Social, em razão de omissão desta autoridade, por falta de reajuste dos benefícios de aposentados, conforme preestabeleciam os termos da Constituição à época. (BRASIL, 1990, *online*)

Para relatar o feito, foi designado o Ministro José de Jesus Filho que, após citar vários doutrinadores, posicionou-se

pela possibilidade de o Partido Político representar todos os aposentados do Brasil. O Ministro, em seu voto vencido, exprimiu a seguinte conclusão:

O legislador constituinte, ao assegurar aos partidos políticos o direito de impetrar mandado de segurança coletivo, desde que tenha representação no Congresso Nacional, está dando cumprimento à sua destinação e outorgando-lhes o instrumento legal, para o exercício de uma de suas finalidades. De outra parte, não se pode esquecer que o texto de nossa atual Constituição é marcadamente parlamentarista, cujo regime, para sobreviver, exige a presença de partidos políticos fortes e uma das formas de fortalecê-los é outorgando-lhes o direito de impetrar mandado de segurança coletivo em favor de determinado seguimento social, sem representatividade ativa, cujo sucesso, sem dúvida, atrairá para suas hostes, se não novos filiados, pelo menos, simpatizantes. Portanto, tenho para mim, com a devida vênia, que os partidos estão legitimados ativamente, por lei, a ingressar em juízo na defesa dos postulados que lhes cumpre preservar e defender.

Na espécie, o Partido dos Trabalhadores, ingressou em juízo na defesa de um dos direitos sociais humanos, fundamentais, inscritos na Constituição (art. 6º - previdência social) e direito à aposentadoria (art. 7º, inciso XXIV).

Assim pensando, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa, para a qual peço destaque. (BRASIL, 1990, p. 121-122, *online*)

Além de citar entendimentos doutrinários convergentes ao seu parecer, o relator sustentou seus argumentos com base na Constituição e na Lei nº 5.682/71, a qual regulamentava os partidos políticos e trazia em seu art. 2º o que hoje dispõe a Lei nº 9.096/95, no bojo do seu art. 1º: que as agremiações partidárias têm por finalidade a defesa do regime democrático, a permanência do sistema representativo e a defesa dos direitos fundamentais.

Em voto preliminar, o Ministro Garcia Vieira foi contrário ao relator, entendendo inexistir legitimidade ativa para o

impetrante, alegando que a este compete apenas impetrar mandado de segurança coletivo em representação aos seus integrantes, em assuntos políticos e se for expressamente autorizado pela lei ou pelos membros a serem substituídos.

Manifestando-se em voto vista, o Ministro Vicente Cernicchiaro, apresentou posicionamentos doutrinários sobre o dispositivo constitucional em questão e defendeu também a ilegitimidade dos partidos políticos no caso, mas com argumento diverso do Ministro Garcia Vieira, embora o tenha acompanhado no voto. Desta feita, pronunciou-se Cernicchiaro (BRASIL, 1990, p. 126, *online*):

Não obstante a amplitude de sua atuação não me parece, data vênia, próprio para pugnar em juízo interesse setorial da sociedade, vale dizer de grupo determinado, salvo, é lógico, dos seus filiados.

A distinção efetuada pela lex mater não é literal; decorre da estrutura do partido político e das entidades privadas. Àquele é reservado o papel de postular, inclusive através do mandado de segurança coletivo, os interesses não-personalizados, dirigidos, sim, para toda a sociedade.

Somente nessa linha, compreender-se-á a distinção da Constituição. Não se identificam partido político, sindicato e entidades associativas. Teleologicamente, estão bem delineados, postulam objetivos bem definidos. Em consequência, é marcante a atuação de cada um.

Esta interpretação confere ao partido político, no tocante ao mandado de segurança coletivo, papel mais amplo do que às outras entidades. Assim, o partido político, por essa via, poderá defender interesses de seus filiados e também os interesses difusos; as demais associações (sentido amplo) restaram limitadas aos interesses de seus integrantes.

No caso dos autos, o pedido é restrito a interesses de grupo determinado.

O impetrante é carecedor do direito de ação. [grifo nosso]

Verifica-se que esse Ministro reconheceu a legitimidade dos agrupamentos partidários para representar, pela via do mandado de segurança coletivo, todos os membros da sociedade. Porém, assentou sua fundamentação no fato de o Partido dos Trabalhadores ingressar no feito representando apenas uma parcela social, qual seja: os aposentados.

Também expôs sua forma de pensar o Ministro Carlos Velloso, corroborando para a denegação da segurança nos seguintes termos:

[...] sustento a tese de que o mandado de segurança impetrado por partido político visa à defesa apenas de direitos atinentes à cidadania, vale dizer, direitos políticos, aqueles que estão inscritos nos arts. 14, 15 e 16 da Constituição Federal; aos direitos atinentes ou referidos aos partidos políticos que estão no art. 17 da Constituição e aqueles outros direitos que dizem respeito ao processo eleitoral. É certo que há autores que sustentam que o Mandado de Segurança Coletivo da letra a, do inciso 70, do art. 5º, da Constituição Federal, visa à defesa de direitos outros, inclusive, direitos coletivos e direitos subjetivos de um modo geral. Não posso admitir, entretanto, que a Constituição tenha erigido o partido político como parte legítima para a defesa de todos os indivíduos, em todos os campos. Acho que a interpretação restritiva é, inclusive, melhor para a boa aplicação dos direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1990, p. 127, *online*)

Insta ressaltar que, de nove Ministros que compuseram a Seção, um deles a presidiu e, portanto, não declarou posicionamento; dois foram favoráveis à legitimidade do partido político para impetrar mandado de segurança em prol de toda a sociedade, embora um deles não a tenha reconhecido no caso concreto, por acreditar que não poderia ser representado apenas o grupo dos aposentados; somente o Ministro Velloso foi taxativo, manifestando-se pela possibilidade de as agremiações partidárias

representarem apenas seus filiados e em assuntos políticos. Destarte, os outros quatro Ministros, limitaram-se em dizer, no voto, que acompanhavam o parecer que não reconheceu a legitimidade ativa aos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo em representação apenas aos aposentados, defendido pelo Ministro Garcia Vieira que, frise-se, reconheceu no decorrer do seu parecer, a legitimidade daquele para substituir, por essa via processual, toda a sociedade.

Bueno (1996) criticou a decisão, asseverando que a posição do Tribunal foi correta, ao entender que os partidos políticos podem representar toda a sociedade para a defesa de direitos humanos, mas concluiu que a fundamentação do STJ estava equivocada, porque o direito objeto do *mandamus* estaria inserto nos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo merecedores da tutela coletiva pelo mandado de segurança, impetrado pela agremiação partidária.

3.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 196184/AM EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Em 2005, o Supremo Tribunal Federal publicou decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 196.184-8, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Amazonas, o qual entendeu que o Partido Socialista Brasileiro (PSB) poderia ser substituto processual de toda a coletividade em matéria tributária e concedeu segurança a este para impugnar ato do prefeito de Manaus, que majorou o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), por meio de decreto.

A Ministra Ellen Gracie, relatora do Recurso Extraordinário, realizou larga defesa em favor da impetração de mandado de segurança coletivo por partido político, em representação a todos os cidadãos:

A tese do recorrente no sentido da legitimidade dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo estar limitada aos interesses de seus filiados não resiste a uma leitura atenta do dispositivo constitucional *supra*. Ora, se o Legislador Constitucional dividiu os legitimados para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo em duas alíneas, e empregou somente com relação à organização sindical, à entidade de classe e à associação legalmente constituída a expressão ‘em defesa dos interesses de seus membros ou associados’ é porque não quis criar esta restrição aos partidos políticos. Isso significa dizer que está reconhecido na Constituição o dever do partido político de zelar pelos interesses coletivos, independente de estarem relacionados a seus filiados.

Também entendo não haver limitações materiais ao uso deste instituto por agremiações partidárias, à semelhança do que ocorre na legitimação para propor ações declaratórias de inconstitucionalidade. [...]

A defesa da ordem constitucional pelos Partidos Políticos não pode ficar adstrita somente ao uso do controle abstrato das normas. A Carta de 1988 consagra uma série de direitos que exigem a atuação destas instituições, mesmo em sede de controle concreto. À agremiação partidária, não pode ser vedado o uso do mandado de segurança coletivo em hipóteses concretas em que estejam em risco, por exemplo, o patrimônio histórico, cultural ou ambiental de determinada comunidade.

Assim, se o partido político entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes. (BRASIL, 2005, p. 1015 e 1018, *online*, [sic])

Todavia, na presente demanda, a Ministra entendeu ilegítimo o PSB para impetrar o *writ* coletivo porque não vislumbrou direito coletivo ou difuso e sim, direito individual de ter diminuído o tributo, cuja pretensão deveria ser manifestada em juízo, particularmente, por cada interessado.

O Ministro Carlos Ayres Britto acompanhou a relatora integralmente. Já o Ministro Gilmar Mendes, também foi favorável à ilegitimidade do partido político para defender o direito alegado, entretanto, não concordou com a tese de ampla atuação das agremiações no mandado de segurança coletivo. Então, manifestou-se da seguinte maneira: “Não imagino que o partido político possa fazer a defesa de interesses outros que não o de seus eventuais filiados.” (BRASIL, 2005, p. 1022, *online*), posicionamento este seguido pelo Ministro Cezar Peluso, Carlos Veloso, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence, declarando este último:

Confesso que, decididamente, não me convence a tese absolutista que concede essa legitimação sem quaisquer restrições. Não sei até onde vai, no entanto, essa legitimação, e prefiro não me adiantar. Mas, positivamente, não vejo, na leitura sistemática e teleológica da Constituição e na própria criação do mandado de segurança coletivo, margem para conferir aos partidos políticos essa verdadeira curatela sobre qualquer grupo social, a ponto de vir a defender, como melhor lhe pareça, quaisquer interesses individuais homogêneos. (BRASIL, 2005, p. 1030, *online*)

Destoando dos demais, o Ministro Marco Aurélio conheceu do recurso e o desproveu, apresentando o seguinte entendimento acerca do tema:

Não há a menor dúvida quanto ao trato diferenciado da matéria, considerados os partidos políticos, dos quais somente se exige a representação no Congresso Nacional [...] a legitimação dos partidos políticos, segundo o texto constitucional, é ampla e irrestrita. Dir-se-á: não se trata, na hipótese, de interesses difusos e coletivos. Realmente, mas vem a pergunta: há, no preceito revelador da legitimidade dos partidos políticos para a impetração coletiva, a restrição? Não, ao contrário do que acontece com o Ministério Público relativamente à ação civil pública.

Ora, Presidente, o pano de fundo, o objeto do mandado de segurança foi dar, a meu ver, o que se apontou como bom combate a um aumento abusivo do IPTU. Estão

envolvidos interesses individuais homogêneos. São beneficiários, em substituição processual, não só os afortunados, como também os menos favorecidos.

Ora, levando em conta uma sadia política judiciária, o que interessa mais: a impetração concentrada, como neste caso, ou o ajuizamento de centenas, milhares de processos, emperrando, ainda mais, a máquina judiciária? A resposta é evidente e persiste ainda a problemática da deficiência do próprio Estado no que, passados quinze anos, ainda não logrou estruturar, como deveria, as defensorias públicas. A maioria dos contribuintes, em questão o IPTU, mesmo diante de um direito espeznhado, não ingressa em juízo. Não o faz, porque não tem condições, sem prejuízo do próprio sustento e da família, de contratar advogado e, então, não há como recorrer à garantia constitucional da assistência jurídica e judiciária, porquanto não se conta ainda – até mesmo na maior unidade da Federação, que é São Paulo – com a defensoria pública estruturada.

Não vejo, Presidente, como distinguir, no caso presente, considerando o texto da alínea “a” do inciso LXX do artigo 5º, que encerra o rol das garantias constitucionais. O que está previsto nessa alínea é que um partido político tem legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo. E o que cumpre perquirir é se o pronunciamento judicial decorrente da impetração se mostrará coletivo, ou não. Sem a menor dúvida, mostrar-se-á, já que em jogo, como ressaltei, a majoração, apontada como indevida, do IPTU.

Peço vênia, Presidente, para entender que o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, ao reconhecer a legitimação do partido político, atuou prestando homenagem ao texto constitucional. **Peço vênia para resistir, como intérprete da Carta da República, tentação de incluir, nesse mesmo texto sobre a legitimação dos partidos políticos, a especificidade, uma restrição que não foi contemplada pelo legislador constituinte.** Não há a menor dúvida de que se tem o envolvimento de interesse coletivo dos municípios de Manaus e, em boa hora, creio, porque foi concedida a segurança, o partido político atuou na defesa desses mesmos municípios. (BRASIL, 2005, p. 1024-1026, *online*) [grifo nosso]

Em que pese a argumentação trazida por este julgador e a primeira parte das exposições da Ministra Ellen Gracie, que defenderam a possibilidade irrestrita de o partido político defender coletivamente toda a sociedade, desde que se tratasse de direitos difusos e coletivos, segundo a julgadora, o Recurso Extraordinário foi submetido ao pleno do Supremo Tribunal Federal e provido pela maioria de seus membros, ou seja, reconhecendo a ilegitimidade ativa do PSB no presente caso, cuja decisão restou assim ementada:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DE PARTIDO POLÍTICO. IMPUGNAÇÃO DE EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE nº 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL, 2005, p. 1011, *online*)

Portanto, embora o posicionamento vencedor tenha levado à restrição de atuação dos partidos políticos, torna-se relevante frisar que nem todos os julgadores se posicionaram integralmente favoráveis a este entendimento.

4. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E DECISÕES JUDICIAIS POSTERIORES À PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 12.016/2009

A promulgação da Lei nº 12.016/2009 não colocou termo às discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do mandado de segurança coletivo, principalmente quanto ao alcance da legitimidade ativa dos partidos políticos.

Zaneti Júnior (2013), no que toca à legitimação de grupos partidários, conclui pela inconstitucionalidade da “Nova” Lei do Mandado de Segurança, porque só pode ser imposta a restrição prevista pela Constituição, qual seja: a representação no Congresso Nacional. Ainda segundo o autor, quanto aos sujeitos representados e à matéria discutida, a interpretação deve também ser ampla.

No mesmo sentido, cabe afirmar:

Como a alínea *a* do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal não faz qualquer restrição ao direito (ou interesse) a ser tutelado pelo mandado de segurança coletivo quando impetrado por partido político, é equivocado, porque restritivo, o entendimento de que a lei poderia limitá-los à tutela jurisdicional dos direitos (interesses) dos *membros* dos partidos políticos. Isso seria tratar o partido político como mero ente associativo, o que conspira contra sua missão institucional, além de tornar redundante a previsão constitucional diante do que se lê da letra *b* do mesmo inciso LXX do art. 5º. (BUENO, 2010, p. 161-162)

Além disso, Bueno (2010) impõe crítica aos termos “interesses legítimos”, utilizados pela Lei do Mandado de Segurança, para delimitar sua atuação. Diz o autor serem as determinações imprecisas e que a interpretação empregada deve consistir nas finalidades programáticas das agremiações partidárias, consideradas de forma ampla.

Por sua vez, Araújo e Medina (2012), ao examinarem o art. 21 da Lei nº 12.016/2009, entenderam que o texto do referido dispositivo legal já nasceu desatualizado, pois para eles, “Não há que se restringir a atuação dos partidos apenas *aos interesses de seus integrantes, ou à finalidade partidária.*” (ARAÚJO; MEDINA, 2012, p. 200 [grifo do autor])

Nobre Júnior (2011, p. 20) lamenta a disposição contida no art. 21 da Lei do *writ* e sustenta “[...] que a impetração coletiva, quando formulada por agremiação partidária, pudesse se prestar à defesa dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito, individuais homogêneos, sem que, quanto a estes últimos, devam os seus titulares ser ou não seus filiados.”

Acompanhando a tese extensiva, desapontado com a restrição imposta pela Lei nº 12.016/2009, expressam-se Gajardoni e Fonseca (2012, p. 7-8):

Certamente haverá forte crítica da doutrina – se não até ajuizamento de ADI (art. 103 da CF) – contra a restrição estabelecida pelo art. 21, caput, da Lei 12.016/09, quanto ao cabimento do mandado de segurança coletivo por partido político. Afinal, garantias constitucionais não podem ser limitadas por força de legislação regulamentadora.

Registre-se que, até então, foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face da Lei do Mandado de Segurança, ambas propostas pela Federação da Ordem dos Advogados do Brasil: a ADI nº 4296 e a ADI 4403. Mas, nenhuma delas contempla entre os dispositivos suscitados como inconstitucionais a legitimidade ativa dos partidos políticos para a impetração do mandado de segurança coletivo.

Zavascki (2010) diz que a nova lei distorce o sentido da existência dos partidos políticos, porque sua finalidade precípua não é servir aos seus filiados, mas atender a coletividade, o que, para o autor, legitima-o a impetrar o mandado de segurança coletivo, bastando que o objeto tenha ligação com o programa partidário ou com a finalidade institucional.

Concorda com as exposições anteriores e acrescenta argumentos interessantes Stédile (2011, p. 52):

[...] a legitimação não é ‘sem fronteiras’, depende de existir pertinência temática em face do programa partidário da agremiação [...] e de estar o partido cumprindo suas funções institucionais e partidárias. Ademais, os mais de 20 anos de ação civil pública stricto sensu, cuja legitimidade para ajuizamento, inclusive em matéria de direitos difusos, alcança os mais diversos órgãos, até mesmo alguns fortemente influenciados sob o ponto de vista político, demonstram que é plenamente possível a tutela destes direitos de forma social e juridicamente ordenada. Quanto a fazer do foro judiciário campo de lutas políticas, ora, nunca se negou a legitimidade ad causam dos partidos políticos para a impetração de mandado de segurança em matérias de cunho político, para a defesa de seu próprio interesse, o que jamais impediu a magistratura de realizar um exame estritamente jurídico das demandas. De outra parte, nem se deseja que tais entes tenham acesso a prestações jurisdicionais tais como lhes é garantido na Constituição. Se uma voz se levanta para coibir o que considera um abuso do poder constituído e a irresignação for pertinente, enaltece-se a ordem jurídica; se impertinente, fundada em motivos estritamente políticos, bastará ao juiz extinguir o processo, como já se fez repetidas vezes. O que não se pode admitir é que tenha o Poder Judiciário qualquer temor em examinar questões complexas ou que sejam objeto simultâneo de embates políticos, pois, acima disso, está sua função fundamental de dizer e fazer valer o direito.

Também, em aula de especialização sobre Direito Constitucional, o professor Câmara (2016, *online*) criticou a Lei nº 12.016/09, classificando-a como ruim e causadora de confusões, principalmente na parte em que limitou a atuação dos partidos apenas à defesa dos seus interesses e membros. Ainda, afirma que a entidade partidária é uma pessoa jurídica e, se atuar por pretensão própria, o mandado de segurança não será coletivo e sim, individual, ressaltando que a limitação quanto à ação coletiva em nome de seus membros, prevista na Constituição, refere-se apenas a entidades de classe, associações e sindicatos.

Por outro lado, a Coordenadora de Partidos Políticos do Tribunal Regional Eleitoral de Roraima, Aglantzakis ([s.d], *online*), visualiza os partidos políticos como entes vazios, praticamente sem ideologias e, além de entender que a sociedade não está madura o suficiente para legitimá-los à impetração coletiva do remédio constitucional em comento, também reconhece que há interesse do Estado para não conceder essa legitimação que visa proteger as massas, desamparados e hipossuficientes.

Por fim, conclui que os partidos políticos podem representar seus membros, na defesa de interesses individuais, de acordo com as finalidades partidárias e sugere a criação de lei para regulamentar, especificamente, a legitimidade dos grupos partidários, concedendo a possibilidade de impetração do *mandamus* coletivo e “fortalecer o papel democrático das organizações partidárias.” Aglantzakis ([s.d], *online*)

Percebe-se que a autora prendeu-se estritamente aos termos da lei infraconstitucional e, embora acredite que os partidos políticos e a sociedade ainda precisam evoluir para alcançar a pretensão do *writ* coletivo, reconhece que aqueles são capazes de realizar a defesa pretendida pela Constituição.

Colaborando com as explanações argumentativas desta pesquisa, apresenta-se o posicionamento de Moraes (2009, *online*):

A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência dos princípios que regem a República, entre eles, a *cidadania* e o *pluralismo político* como seus fundamentos basilares, obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, aplicar não só *a norma mais favorável à proteção aos direitos humanos*, inclusive *aos direitos políticos*, mas também, eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhes garanta a maior e mais ampla proteção; e, conseqüentemente, exigem

a inconstitucionalidade, com a respectiva declaração de nulidade parcial, do *caput* do artigo 21 da Lei nº 12.016/09, no sentido de se excluir a restrição ao objeto do mandado de segurança coletivo ajuizado por partidos políticos tão somente à *defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária*.
[grifo do autor]

Deste modo, o autor não se intimida em afirmar que a Constituição exige a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que limita a abrangência de atuação dos partidos políticos no mandado de segurança coletivo.

4.1 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO Nº 34.070/2016 – DF, IMPETRADO PELO PARTIDO POPULAR SOCIALISTA

Aos 17 de março de 2016 foi protocolado junto ao STF, pelo Partido Popular Socialista (PPS), o Mandado de Segurança Coletivo, que recebeu o nº 34.070, tendo como objeto a impugnação ao ato de nomeação, no Diário Oficial da União de 16/06/2016, de Luiz Inácio Lula da Silva, ex-Presidente da República Federativa do Brasil, como Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, pela então Presidente, à época, Dilma Rousseff, ora denominada autoridade coatora. (BRASIL, 2016, *online*)

Logo após, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), impetrou mandado de segurança coletivo com o mesmo objeto, o qual recebeu a numeração 34.071 e foi apensado aos autos do primeiro processo.

Enfatize-se, portanto, que ambos os impetrantes possuíam representação no Congresso Nacional.

A demanda elencou como argumentos, para a caracterização do direito líquido e certo, as investigações da operação “Lava Jato”, presididas pelo juiz Sérgio Moro, o qual expediu, em 29/02/2016, mandado de condução coercitiva de “Lula”, para prestar depoimento em juízo e que, com o receio de ser encaminhado à prisão, a nomeação de Lula como Ministro iria deslocar a competência de qualquer investigação a seu respeito para o Supremo Tribunal Federal e impedir possível prisão ordenada pela Justiça Federal. O impetrante também mencionou parte da conversa telefônica entre Dilma e o ex-Presidente, na qual ela disse que iriam lhe entregar o termo de posse para ser usado apenas se necessário.

Considerando essas exposições, o PPS afirmou ter ampla legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo e que houve desvio de finalidade no ato presidencial de nomeação, pois conferir prerrogativa de foro à autoridade política não se enquadra como finalidade pública. Portanto, o impetrante solicitou, em medida cautelar, a sustação do ato e que fosse decidido o mérito da questão de maneira a desconstituir a nomeação e manter a competência das investigações existentes para a 13ª Vara Criminal de Curitiba.

Ao enfrentar a questão da legitimidade ativa dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo, o relator da Medida Cautelar, Ministro Gilmar Mendes, recordou-se do Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança Coletivo nº 196.184/2005, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, sobre o qual se explanou no subtópico 2.2, expressando Mendes (Brasil, 2016, *online*):

Daquela feita, eu mesmo registrei discordância quanto à possibilidade do partido político impetrar segurança em favor de ‘interesses outros que não os de seus eventuais filiados’.

Percebo que a análise que fiz daquela feita foi excessivamente restritiva. Os partidos políticos

têm finalidades institucionais bem diferentes das associações e sindicatos. Representam interesses da sociedade, não apenas dos seus membros. Representam até mesmo aqueles que não lhes destinam voto. A ideia de ‘representação’ pelos partidos é da essência da própria definição legal incorporada ao direito brasileiro.

[...]

Assim, não parece correto conferir-lhes o mesmo tratamento dado às associações e sindicatos. E não foi isso que fez o texto constitucional em vigor. Como já anotei, a exigência de que o mandado de segurança coletivo seja impetrado ‘em defesa dos interesses de seus membros ou associados’ consta apenas da alínea “b” do inciso LXXII do art. 5º. Não consta da alínea “a”, tampouco do próprio inciso. [grifo nosso]

Quanto à limitação estabelecida pelo art. 21 da Lei 12.016/09, acrescentou o Ministro: “A leitura restritiva vem sendo criticada com excelentes argumentos” (BRASIL, 2016, p. 7, *online*), trazendo à baila posicionamentos de doutrinadores favoráveis à interpretação extensiva da referida norma, dentre eles: Teori Zavascki, José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes.

Decidiu o relator pelo deferimento da medida cautelar, determinando a suspensão da eficácia do ato impugnado, para manter na Justiça Federal a competência das investigações criminais em relação a Luiz Inácio Lula da Silva.

O resultado da análise do mérito dos Mandados de Segurança Coletivos nº 34.070 e nº 34.071 era muito aguardado por juristas que estudam o conflito apresentado nesta pesquisa, dada a sua importância porque, provavelmente, resolveria o embate jurídico acerca da possibilidade de o *writ* coletivo poder ou não ser impetrado por partido político, em defesa de toda a sociedade.

Todavia, tal apreciação não se concretizou, em razão da perda de objeto da demanda, porque “Lula” foi exonerado do

cargo de Ministro de Estado em 12/05/2016, cuja exoneração foi publicada na mesma data, na p. 1, Seção 2, do Diário Oficial da União. (BRASIL, 2016, p. 1, *online*)

Então, aos 16/05/2016, Mendes (BRASIL, 2016, *online*) proferiu a seguinte decisão: “[...] Tendo em vista a publicação, no Diário Oficial da União de 12.5.2016 (Seção 2, p. 1), da exoneração do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, está prejudicada a presente ação mandamental, em razão da perda superveniente de seu objeto (art. 21, IX, do RISTF). Revogada a medida liminar anteriormente deferida (eDOC 20). Publique-se.”

Portanto, não foi possível obter o posicionamento conclusivo e atual emitido pelo Supremo Tribunal Federal, sendo necessário, para tanto, aguardar outra oportunidade fática ou promover Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre o tema.

CONCLUSÃO

Considerando as informações obtidas nesta pesquisa, a qual se dedicou à análise sobre a legitimidade ativa dos partidos políticos na impetração do mandado de segurança coletivo, utilizando-se de posicionamentos doutrinários e de decisões judiciais, conclui-se:

1 – Acertou a técnica redacional da Constituição quando separou os partidos políticos das entidades de classe, associações e sindicatos, para os quais se exige que atuem no interesse de seus membros e tempo mínimo de instituição e funcionamento para que possam impetrar o *mandamus* coletivo.

Destarte, merece apoio a exegese constitucional que requer dos partidos políticos apenas representação no Congresso Nacional para que sejam impetrantes do mandado de segurança coletivo.

2 – Não faria sentido a exigência constitucional de representação nas Casas do Congresso se não fosse para conferir o poder de representar toda a sociedade por meio da referida ação constitucional, visto que, se apenas representassem os interesses de seus filiados, não se deveria requerer o preenchimento de tal requisito. Ainda porque, agindo o partido em nome dos filiados, não se trata de mandado de segurança coletivo, mas individual, por que ele é pessoa jurídica e, neste caso, atuaria em nome próprio.

3 – Denota-se que, se foram colocados esses legitimados em alínea diversa, a técnica formal não incorreu em erro, e sim acertou ao conferir amplo campo de representatividade aos partidos políticos, sendo essa a vontade da Constituição, caracterizando-se como a interpretação correta dos dispositivos legais sobre o tema.

4 – O receio de que haja inadequada discussão política no âmbito judiciário não deve existir, pois o magistrado, ao receber o mandado de segurança coletivo, verificará os pressupostos para sua impetração, extinguindo-o, sem resolução de mérito, se impertinente a irresignação.

5 – Entende-se pela inconstitucionalidade parcial do art. 21 da Lei nº 12.016/2009, especificamente, da parte que limita a atuação das agremiações partidárias à defesa de seus membros.

6 – No mandado de segurança coletivo nº 34.070/2016 – DF, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela possibilidade de o partido político impetrante ter legitimidade para representar toda a sociedade. Portanto, o intérprete da Constituição, por meio do Ministro relator, Gilmar Mendes, em sede de medida cautelar, posicionou-se pela tese ampliativa.

Por todo o exposto, entende-se pela possibilidade de os partidos políticos impetrarem mandado de segurança coletivo representando, também, pessoas que a ele não sejam filiadas. Assim, deve ser declarado inconstitucional ou revogado o art. 21 da Lei nº 12.016/2009, na parte que limita a representação das agremiações partidárias.

REFERÊNCIAS

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. **Legitimidade dos partidos políticos para impetração do mandado de segurança coletivo**. [s.d.] Disponível em: < <https://goo.gl/77F5CU> >. Acesso em: 05 jan. 2017.

ARAÚJO, Fábio Caldas de; MEDINA, José Miguel Garcia. **Mandado de segurança individual e coletivo** – comentários à Lei 12.016/2009. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm >. Acesso em: 08 dez. 2016.

_____. **Lei nº 12.016, de 15 de julho de 1965**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: < <https://goo.gl/cCVbF> >. Acesso em: 01 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança Coletivo nº 197-DF**. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/acordaos/?classe=22%23%7C%23MS&num_processo=197&num_registro=&dt_publicacao=> >. Acesso em: 27 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário em mandado de segurança coletivo nº 196184 AM**. Disponível em: <https://goo.gl/BD2Ecw>. Acesso em: 28 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança Coletivo nº 34070**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento processual do Mandado de Segurança Coletivo nº 34070**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=34070&classe=MS-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

_____. **Decreto de nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 16 mar. 2016, Seção 2, p. 1. Disponível em: <<https://goo.gl/mnpgFd>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

_____. **Decreto de exoneração de Luiz Inácio Lula da Silva do cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 mai. 2016, Seção 2, p. 1. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=2&pagina=1&data=12/05/2016>>. Acesso em 09 jan. 2016.

BUENO, Cassio Escarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras**: ponto para uma reflexão conjunta. Revista de Processo, São Paulo, v. 21, n. 82, p. 92-149, abr./jun. 1996.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Mandado de segurança individual e coletivo**. São Paulo: Damásio, 05 set. 2016, *online*. Aula de especialização em Direito Constitucional Aplicado.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERRAZ, Sergio. **Mandado de segurança** – individual e coletivo – aspectos polêmicos. 3 ed. Malheiros: São Paulo, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FONSECA, Marcelo Furlaneto; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Mandado de segurança coletivo (lei 12.016/09). **Revista Bonijuris**. Ano XXIV, nº 578, v. 24, nº 1, p. 6-17.

MORAES, Alexandre. Lei transformou partidos em meras associações. **Revista Consultor Jurídico**, 2016, *online*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-23/leims-coletivo-transformou-partidos-meras-associacoes-classe>>. Acesso em 06 jan. 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A nova disciplina do mandado de segurança. **Revista Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal**. Ano XV, out./dez. 2011, p. 11-24.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

STÉDILE, Luiz Otávio. **O mandado de segurança coletivo e a legitimidade do ministério público para sua impetração**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/MSC-2-final.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. Habeas data e mandado de segurança coletivo. **Revista dos Tribunais**. RDP. São Paulo: 95/190-199, jul./set. 1990, esp. p. 199.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O “novo” mandado de segurança coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. O mandado de segurança coletivo na lei 12.016/2009. In: MILARÉ, Édis. (Coord). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 789-800. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/33959>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

BENS PÚBLICOS E CEDÊNCIA DE DIREITOS POSSESSÓRIOS – FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A ALIENAÇÃO DE BENS DOMINIAIS DO ESTADO DO ACRE, PASSÍVEIS DE REGULARIZAÇÃO IMOBILIÁRIA.

Daniela Marques Correia de Carvalho¹

RESUMO: Introdução. 1. Registro histórico sobre a fundação da cidade de Rio Branco e seus reflexos no processo de titulação das áreas públicas e privadas localizadas no município 2. Breves considerações sobre a alienação de bens públicos e o regime legal instituído pela Lei Federal n.º 8.666/93 e a Constituição do Estado do Acre. 3. Fundamentos legais para a alienação de bens dominicais passíveis de regularização fundiária. A Cedência de Direitos Possessórios. A posse e seu valor econômico 4. A Cedência de Direitos Possessórios em ano eleitoral. Alienação gratuita com encargo. Bibliografia.

Palavra-chave: Direito Administrativo, Bens Públicos, Alienação, Cedência De Direitos Possessórios.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade dar uma solução legal e eficiente sobre a questão da alienação dos imóveis públicos estaduais que compõem o acervo patrimonial imobiliário do Estado do Acre, localizados no Município de Rio Branco, qualificados

¹ Procuradora do Estado do Acre lotada na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, graduada Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente, mantida pela Instituição Toledo de Ensino, especialista em direito processual civil pela Universidade Candido Mendes.

como bens dominiais, portanto, não utilizados pelo Estado com fim econômico, atualmente desocupados e sem destinação de uso, sobre os quais o Estado do Acre não detém o domínio pleno diante da ausência de registro imobiliário em seu nome perante o cartório imobiliário competente, exercendo de forma mansa e pacífica a posse *ad usucapionem* sobre a coisa, caracterizada como a posse que se prolonga por determinado lapso de tempo estabelecido na lei, deferindo a seu titular a aquisição do domínio. É, em suma, aquela capaz de gerar o direito de propriedade.

Segundo preceitua o artigo 1.245, da Lei federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil, 2002), a propriedade somente é transferida mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. Ocorre que a regularização imobiliária desse acervo patrimonial está condicionada à prévia conclusão de complexo procedimento de regularização das áreas públicas estaduais localizadas no Município de Rio Branco, iniciado pelo Instituto de Terras do Acre – ITERACRE, conforme se verá de forma detalhada no capítulo seguinte. O fato dos imóveis encontrarem-se sem destinação de uso, portanto, sem afetação a órgão ou entidade da administração pública, decorre da escassez de recursos públicos que sucedeu após a crise econômica enfrentada no Brasil nos últimos anos, com significativa redução dos recursos federais anteriormente repassados ao estado, a inviabilizar que fossem estabelecidas políticas públicas estaduais para a adequada conservação e utilização desse patrimônio imobiliário.

Diante desse contexto, recentemente foram idealizados projetos com entidades públicas para adequada destinação de uso desse acervo patrimonial, sempre tendo como vetor o interesse público, como exemplifica a recente parceria mantida com o Município de Rio Branco, manifestado o interesse da municipalidade na utilização desses bens para implantação de escritórios regionais, com recursos municipais próprios, objetivando promover as atividades sociais necessárias à

resolução e mediação de conflitos para o bem da comunidade na qual os respectivos imóveis estão inseridos. Para tanto, pleiteia a municipalidade a alienação gratuita de bens imóveis que compõem esse acervo patrimonial, ainda passível de regularização imobiliária, para plena execução do projeto e início das obras.

Reconhecida a parceria de relevante interesse público, à medida que, implantada essa, também evitará que os bens fiquem suscetíveis à invasão, ao uso por delinquentes para subsidiar a prática de crimes, tampouco serem utilizados para o consumo ilícito de entorpecentes etc.

Ponderadas essas circunstâncias que limitam a questão em estudo, serão apontadas as bases legais que legitimam, em tese, a alienação gratuita desses bens públicos, apontadas as peculiaridades da legislação estadual, para se concluir num esforço interpretativo que a alienação a que se refere o artigo 17, da Lei n.º 8666/93 (lei das licitações), recai não apenas sobre o direito real de propriedade, mas também sobre o direito pessoal que decorre do exercício da posse.

É bem certo que o regime legal instituído, tanto pelo ordenamento quanto pela doutrina, será apresentado de forma sucinta e introdutória, com o intuito de facilitar a compreensão da seguinte questão: É possível ao Estado do Acre ceder os direitos possessórios que detém sobre bens imóveis dominiais ainda passíveis de regularização imobiliária?

2. Registro histórico sobre a fundação da cidade de Rio Branco e seus reflexos no processo de titulação das áreas públicas e privadas localizadas no município.

Para se compreender a razão pela qual o Estado do Acre ainda detém em seu acervo patrimonial bens imóveis em fase de regularização imobiliária no município de Rio Branco,

inicialmente é necessário o adequado conhecimento da própria formação histórica da cidade de Rio Branco.

Sendo assim, as origens da cidade de Rio Branco remontam à chegada do seringalista Neutel Newton Maia², subindo o Rio Acre com seus trabalhadores para fundar um seringal no território ocupado pelos índios Apurinã, naquela época, localizado dentro do território boliviano.

Em 28 de dezembro de 1882, eles ancoraram seus barcos nas margens do Rio Acre, aos pés de uma gameleira. No local foi implantado um seringal à margem direita do Rio Acre com o nome *Volta da Empreza*, onde hoje se denomina *Segundo Distrito*. À margem esquerda do Rio posteriormente foi instalado outro seringal, com o nome de *Empreza*.

Segundo consta dos levantamentos realizados pelo Instituto de Terras do Acre - ITERACRE, compilados pelo Procurador Jurídico Francisco Costa do Nascimento³:

“O seringal Empresa foi fundado por Neutel Newton Maia em 1882, dentro de território boliviano. Em 1895 Neutel Maia requereu ao Governo do Estado do Amazonas o título definitivo da área desse seringal, tendo aquele Estado lhe outorgado o título definitivo de uma área com 1.868 hectares, em 28 de agosto de 1895. Desde essa época até por volta de 1912, o Estado do Amazonas expediu vários títulos definitivos.

Em 13 de novembro de 1903, o seringalista vende o Seringal Empresa para João Rodrigues Parente. Quatro dias depois, em 17 de novembro de 1903, o Acre é incorporado ao Brasil pelo Tratado de Petrópolis, o qual em seu art.2º diz que:

2 Neutel Newton Maia nasceu no dia 24 de dezembro de 1860, na cidade de Áreas – Ceará. Único filho homem do casal Francisco Alves Maia e Constança Ferreira Maia e irmão de Maria da Conceição e Ana, assim como grande parte dos nordestinos foi vítima da grande seca de 1877-1878.

3 PROCESSO Nº: ITERACRE/Nº 4498/2013.

‘Artigo II. A transferência de territorios resultante da delimitação descripta no artigo precedente compreende todos os direitos que lhes são inherentes e a responsabilidade derivada da obrigação de manter e respeitar os direitos reaes adquiridos por nacionaes e estrangeiros segundo os principios do direito civil.’

Em 18 de agosto de 1942, Joaquim Janu Parente e sua mulher Cecília de Campos Parentes, Isaura Parente de Melo e seu marido José Francisco de Melo e Maria Juvenil de Barros venderam três quartas parte do seringal Empresa (80.000 hectares⁴) ao Território Federal do Acre, registrado sob o nº 2548, às fls. 187 do Livro 2-H-2, do 1º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Rio Branco.

Naquela época não havia estradas de rodagem nem as “colônias”, apenas varadouros e colocações de seringas. De posse e domínio do Seringal Empresa, o Governador do Território Federal do Acre estabeleceu diversas colônias⁵ agrícolas: Colônia São Francisco, Apolônio Sales, Custódio Freire, Achilles Peret, Barro Vermelho, Alberto Torres, dentre outras. Eram núcleos de produção e povoamento, para tanto o Governo do Território Federal distribuiu vários lotes, a título gratuito para as pessoas que quisessem se dedicar a atividade agropastoril.

Essas pessoas recebiam também um Título Provisório, o qual em uma de suas cláusulas dizia que após a demarcação do lote seria providenciada a expedição do Título Definitivo.

4 O título definitivo dado pelo Governo do Estado do Amazonas em 1895 referente ao seringal Empresa era de 1.868 ha, em 1942, ou seja, cinquenta e três anos depois, três partes desse seringal já era de 80.000,00 ha. É que o seringalista não tinha noção de hectare de terra, mas de estradas de seringa. Ele “abria” um seringal com dez, vinte, cinquenta estradas de seringas, depois ia abrindo outras e acrescentando às já existentes, com isso o seringal aumentava de dimensões. Quando ele vendia o seringal, vendia estradas de seringas, e assim estava e ainda está registrado em todos os cartórios do Acre e do Sul do Amazonas.

5 Estradas de rodagem foram abertas à mão, com uso de terçados, machados e picaretas e denominadas Colônias. nas suas margens eram entregues os lotes rurais, geralmente mediam 12,5ha. algumas exceções eram feitas, como a área doada para o Mestre Irineu, que foi calculada recentemente pelos técnicos do Iteracre em aproximadamente 600,00ha.

Uma das pessoas beneficiadas com uma doação de terra foi o Senhor Raimundo Irineu Serra, que recebeu do Governador do Território Federal uma área extensa de terra denominada “Colaço Espalhado”, a qual ia desde a bifurcação das Estradas Aquichiles Peret com a Custúdio Freire, pela margem esquerda do Igarapé São Francisco até a BR 364, atual trecho denominado “Via Verde”, tendo recebido o título provisória dessa área.

(...)

Com a morte do senhor Raimundo Irineu Serra em 1971, foi providenciado o inventário, cabendo à viúva meeira as terras compreendidas entre a margem esquerda do igarapé São Francisco e a Estrada Custúdio Freire, e a outra parte, na margem direita dessa estrada, ficou com sua única herdeira Marta Serra Braga.

No início da Década de 1980, o INCRA demarcou as terras que eram de Raimundo Irineu Serra, denominando-a de Gleba Custúdio Freire. As terras da viúva, senhora Peregrina Gomes Serra e de mais 17 posseiros que viviam dentro de sua área foram regularizadas através de títulos definitivos expedidos pelo INCRA.

Já a área da senhora Marta Serra Braga, lote 102-B, da Gleba Custúdio Freire medindo cerca de 70 hectares não foi regularizado em razão de divergência entre ela e 05 posseiros que existiam nesse lote.”

Sucedese que o Território Federal do Acre foi elevado à categoria de Estado através da Lei nº 4.070, de 15 de junho de 1962, cujo art. 9º, § 3º, determinou que:

Art. 9.º A partir da data da promulgação da Constituição Estadual ficam atribuídos ao Estado do Acre e a êle incorporados:

(...)

§ 3.º Todos os bens móveis e imóveis, encargos e rendimentos, inclusive os de natureza fiscal, direitos e obrigações relativos aos serviços mantidos pela União no Território, passarão ao patrimônio do novo Estado, sem indenização na data da promulgação de sua Constituição.

Daí o que ocorreu foi que o Território Federal nunca demarcou nem o polígono do *Seringal Empresa* (nome com o qual se popularizou) e muito menos os lotes doados. Como não tinha estrutura para resolver o problema das regularizações fundiárias, o Estado do Acre, recém-criado, somente em 16 de agosto de 1972 assinou o primeiro ato que tornou possível a regularização dessas terras, então na gestão do Governador Francisco Wanderley Dantas, que compreende o Convênio assinado entre o Governo do Estado do Acre e a Coordenadoria Regional do INCRA na Amazônia Ocidental – CR.14/AC, cujo termo, em sua cláusula segunda, item II, dava ao INCRA a prerrogativa de demarcar e titular as áreas dos Núcleos Coloniais Agrícolas do Estado.

Depois desse convênio, vários outros se sucederam, sendo que o último expirou em 1989, posto que a Lei estadual n.º 40, de 10 de novembro de 1965 - que dispunha sobre a “doação à Prefeitura Municipal de Rio Branco de terras pertencentes ao Estado”, compreendendo uma parcela de terras do Seringal Empresa -, não fora recepcionada pela Constituição Estadual promulgada naquele ano. Referida lei estadual previa, inclusive, que na transferência seriam respeitados os limites e posse já existentes.

Em resumo, existe uma grande quantidade de áreas urbanas dentro do “Seringal Empresa” que pertencem ao patrimônio do Estado do Acre, além de registros de posses que devem ser preservados diante desse contexto histórico, fato esse que deu início aos trabalhos de levantamento procedidos no âmbito do ITERACRE que viabilizarão, ao final, a regular abertura de matrícula imobiliária perante o cartório imobiliário competente, conforme recomendar os registros de ocupação de cada bem público, uma vez que também existem outras áreas públicas estaduais localizadas no município de Rio Branco submetidas a procedimento de regularização fundiária

e imobiliária em decorrência de diversos atos desapropriatórios históricos expedidos pelo Município de Rio Branco e Estado do Acre, com o intuito de regularizar diversos bairros da capital.

3. Breves considerações sobre a alienação de bens públicos e o regime legal instituído pela Lei Federal n.º 8.666/93 e a Constituição do Estado do Acre.

Em sede de Direito Administrativo, a alienação de um bem de domínio público em favor de outro ente da Administração em princípio é possível, desde que se verifiquem os requisitos necessários à sua consecução, tais como: autorização legislativa, atendimento a interesse público previamente reconhecido por disposição legal, submissão ao processo licitatório ou demonstração de hipótese de licitação dispensada, e avaliação.

A matéria é disciplinada no artigo 17, da Lei n.º. 8.666/93, nos seguintes termos:

“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada a existência de interesse público, devidamente justificados, será precedida de avaliação e obedecerá as seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

d) investidura;

e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;

f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social desenvolvido por órgãos ou entidades da administração pública;

g) procedimento de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei n.º 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação de órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição;

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de 250m² (duzentos e cinquenta metros) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500 há (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de quinze módulos fiscais e não superiores a 1.500 há (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais

(...)

§ 1º Os imóveis doados com base na alínea “b” do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

(...)

§ 4º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado.

(...)”

Diógenes Gasparine⁶ entende que:

“(...) a alienação (venda, permuta, doação) dos bens públicos, seja qual for a espécie, também é prevista por outras leis, a exemplo da Lei Federal das Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 8.666/93), que a subordina à observância dos requisitos que estabelece, com base nessas leis, a doutrina não tem negado a possibilidade da transferência de domínio, ao afirmar que qualquer bem público pode ser alienado se previamente forem atendidas certas condições”

Nessa égide, o renomado doutrinador Hely Lopes Meirelles⁷ ensina que:

“(...) a administração Pública pode fazer doação de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público, e comumente o faz para incentivar construções particulares de interesse coletivo. Essas doações podem ser com ou sem encargos e em qualquer caso dependem de lei autorizadora, que estabeleça as condições para sua efetivação, de prévia avaliação do bem a ser doado e de licitação”.

Aduz ainda o citado mestre, que “os bens públicos quaisquer que sejam, podem ser alienados, desde que a administração satisfaça certas condições prévias para sua transferência ao domínio privado ou a outra entidade pública”⁸.

Nesse particular aspecto, cumpre esclarecer que a

6 Direito Administrativo, 13ª Ed, Editora Saraiva: 2008, p. 916

7 Direito Administrativo Brasileiro, 35ª Ed, Editora Malheiros: 2009, p. 544

8 Direito Administrativo Brasileiro, 35ª Ed, Editora Malheiros: 2009, p. 542

inalienabilidade absoluta atinge apenas os bens classificados como de uso comum (ruas, praças, pontes, etc.) e os de uso especial (escola, posto de saúde, etc.), ficando fora dessa seara os bens considerados dominiais, que são aqueles não afetados à finalidade pública específica, podendo ser objeto de alienação dentro de critérios estipulados por lei.

No tocante a tal assunto, importa destacar ainda que alienação é gênero, do qual são espécies a venda, a doação, a permuta, a legitimação na posse etc. Qualquer dessas formas de alienação pode ser utilizada pela Administração, desde que satisfaça as exigências administrativas para o contrato alienador e atenda aos requisitos do instituto específico.

Em princípio toda alienação de bem público depende de *lei autorizadora*, de *licitação* e de *avaliação* da coisa a ser alienada.

A Constituição do Estado do Acre, por sua vez, determina que qualquer alienação, doação, cessão ou aforamento de bens móveis e imóveis pertencentes ao Estado, deve ser precedida de autorização legislativa específica para tal mister, conforme se depreende da redação insculpida no art. 9.º, *in verbis*:

“Art. 9º Incluem-se entre os bens do Estado:

I - as terras devolutas não pertencentes à União; e

II - os rios que tenham nascentes e foz em terras estaduais.

§ 1º Os bens móveis e imóveis pertencentes ao Estado não poderão ser doados, permutados, cedidos, aforados ou alienados, senão em virtude de lei específica.

§ 2º Dependerá também de lei especial a aquisição de bens imóveis, salvo as doações não onerosas e a dação em pagamento.

E como dito, em princípio a alienação de bem público deve se dar por meio de procedimento licitatório, mediante prévia avaliação da coisa a ser alienada, sendo necessária a promulgação de lei autorizadora para tanto. Assim reza o artigo 37, inciso XXI, da Lei Fundamental:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.”

Observa-se que, em que pese ser possível a alienação de bens imóveis do patrimônio do Estado mediante atendimento dos requisitos supracitados, a licitação só é dispensada nos casos previstos nos incisos do artigo 17, da Lei nº. 8.666/93, em se tratando de bens imóveis.

Por conseguinte, a licitação dispensada é aquela que a própria lei declarou-a como tal (art. 17, I, e II). Com relação a imóveis: nos casos de dação em pagamento; investidura; venda ou doação a outro órgão público ou entidade da administração pública; alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso, locação ou permissão de uso de habitações de interesse social.

De se concluir que a alienação de bens da Administração Pública subordina-se a um conjunto de exigências que devem ser atendidas cumulativamente, como a existência de interesse público devidamente justificado, avaliação prévia, autorização legislativa e licitação na modalidade de concorrência, ficando esta, no caso em questão dispensada por força de Lei, uma vez que a alienação beneficiará entidade da administração pública, no caso, o Município de Rio Branco.

4. Fundamentos legais para a alienação de bens dominicais passíveis de regularização fundiária. A Cedência de Direitos Possessórios. A posse e seu valor econômico.

À luz do princípio da legalidade inserto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, é correto afirmar, sob a ótica da Administração Pública, que o administrador público só poderá agir segundo o que é previsto e autorizado por lei.

Ao tratar o artigo 17, inciso I, alínea *b*, da lei das licitações, sobre a alienação gratuita de bens imóveis entre órgãos ou entidade da administração, utilizou o legislador o termo *doação* e, segundo preceitua o artigo 538, do Código Civil vigente: “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outro”.

Sendo assim, sabe-se que o nosso direito protege não só a posse correspondente ao direito de propriedade como também a posse como figura autônoma e independente da existência de um título, porque a situação de fato aparenta ser uma situação de direito. É, assim, uma situação de fato protegida pelo legislador.

Segundo o civilista Carlos Roberto Gonçalves⁹:

“Se alguém, assim, instala-se em um imóvel e nele se mantém, mansa e pacificamente, por mais de ano e dia, cria uma situação possessória, que lhe proporciona direito e proteção. Tal direito é chamado *jus possessionis* ou *posse formal*, derivado de uma posse autônoma, independentemente de qualquer título. É tão somente o direito fundado no fato da posse (*possideo quod possideo*) que é protegido contra terceiros até mesmo o proprietário. O possuidor só perderá o imóvel para este, futuramente, nas vias ordinárias. Enquanto isso, aquela

9 Gonçalves, Carlos Roberto: Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas – 7ª ed. – São Paulo, Saraiva, 2012.

situação será mantida. E será sempre mantida contra terceiros que não possuam nenhum título nem melhor posse. Já o direito à posse, conferido ao portador de título devidamente transcrito, bem como ao titular de outros direitos reais, é denominador *jus possidendi* ou *posse causal*. Nesses exemplos, a posse não tem qualquer autonomia, constituindo-se em conteúdo do direito real. Tanto no caso de *jus possidendi* (posse causal, titulada) como no do *jus possessionis* (posse autônoma ou formal, sem título) é assegurado o direito à proteção dessa situação contra atos de violência, para garantia da paz social. Como se pode verificar, a posse distingue-se da propriedade, mas o possuidor encontra-se em uma situação de fato, aparentando ser o proprietário. Se realmente o é, como normalmente acontece, resulta daí, como consta da lição de ASCENSÃO retrotranscrita, “a coincidência da titularidade e do exercício, sem que tenha sido necessário proceder à verificação dos seus títulos”.

Todavia, se o possuidor não é realmente o titular do direito que a posse se refere, das duas uma: a) o titular abstém-se de defender os seus direitos e a inércia vai consolidando a posição do possuidor, que acabará eventualmente por ter um direito à aquisição da própria coisa possuída, por meio do usucapião; ou b) o verdadeiro titular não se conforma e exige a entrega de coisa, pelos meios judiciais que a ordem jurídica lhe faculta, que culminam na reivindicação e permitem a sua vitória. Enquanto não o fizer, o possuidor continuará a ser protegido. Assim, se o titular do direito não toma a iniciativa de solicitar a intervenção de pesada máquina judicial, as finalidades sociais são suficientemente satisfeitas com a mera estabilização da situação fundada na aparência do direito.

Em suma, no *jus possidendi* se perquire o direito, ou qual o fato em que se estriba o direito que se argúi; e no *jus possessionis* não se atende senão à posse; somente essa situação de fato é que se considera, para que logre os efeitos jurídicos que a lei lhe confere. Não se indaga então da correspondência da expressão externa com a substância, isto é, com a existência do direito. A lei socorre a posse enquanto o direito do proprietário não desfizer esse estado de coisas e se sobreleve como dominante. O *jus possessionis* persevera até que o *jus possidendi* o extinga.”

Na sistemática do Código Civil de 2002, a posse considera-se juridicamente adquirida toda vez que for possível à pessoa exercer em seu nome qualquer um dos poderes inerentes à propriedade. Assim estabelecem os artigos do código, incluídos no capítulo reservado à aquisição da posse:

Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.205. A posse pode ser adquirida:

I - pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante;

II - por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

Art. 1.206. A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres.

Art. 1.207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.

Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

Art. 1.209. A posse do imóvel faz presumir, até prova contrária, a das coisas móveis que nele estiverem.

Constata-se que a aquisição da posse pode se efetivar por qualquer dos modos de aquisição em geral, como explicitado anteriormente, seja pela apreensão, o constituto possessório e qualquer outro ato ou negócio jurídico, a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*.

Prosseguindo, os meios de aquisição da posse podem ser classificados como originários ou derivados. No primeiro caso, não há relação de causalidade entre a pessoa atual e anterior. Adquire-se a posse por modo originário, segundo Orlando Gomes¹⁰, quando não há consentimento do possuidor precedente.

10 GOMES, Orlando. Direitos Reais. 19 Ed. atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Por outro lado, diz-se que a posse é derivada quando há anuência do anterior possuidor, como na tradição precedida de negócio jurídico.

De acordo com o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, a posse pode ser adquirida “por qualquer ato jurídico, também o será por tradição, que pressupõe um acordo de vontades, um negócio jurídico de alienação, quer a título gratuito como na doação, quer a título oneroso, como na compra e venda”.

Verifica-se, portanto, que a posse pode ser transferida, a título gratuito ou oneroso e, no caso em análise, a posse será transmitida pela tradição¹¹, que se manifesta por um ato de entrega da coisa e produzirá os efeitos legais, como inclusive ampara o artigo 1.207, do Código Civil de 2002, pelo qual “*o sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para todos os efeitos legais*”.

Com efeito, a posse, conquanto imaterial em sua conceituação, é um fato juridicamente relevante que cria um direito, sinal exterior da propriedade, e, portanto, um bem jurídico, como tal suscetível de proteção. Daí porque a posse possui valor econômico, como todo e qualquer bem, tanto que, atento para a realidade brasileira, o Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência na Súmula 84, nestes termos:

“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.”

Também em caso de desapropriação a posse é indenizável, pois esta atinge bens e direitos, mobiliários e

11 Nesse caso a tradição é *simbólica* pois representada por ato que traduz a alienação, como a entrega das chaves do apartamento ou do veículo vendidos.

imobiliários, corpóreos e incorpóreos, desde que sejam passíveis de apossamento e comercialidade, tenham valor econômico ou patrimonial e interessem à consecução dos fins do Estado.

O direito e valor econômico da posse ficam devidamente corroborados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Tem direito à indenização não só o titular do domínio do bem expropriado, mas também, o que tenha sobre ele direito real limitado bem como direito de posse” (STF, RE 70.338, Rel. Antônio Nader).

Por conseguinte, proclama-se: “A posse constituiu direito autônomo e deve expressar aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela¹²”.

Dito isso e sendo a posse inserta ou destacável do direito de propriedade, integra aqueles bens passíveis de expropriação, por atender, assim como atendem, ao domínio e/ou à propriedade, aos seguintes pressupostos: a) comercialidade; b) valor econômico; c) interesse à consecução da política estatal.

Do ponto de vista dos bens públicos, Floriano de Azevedo Marques Neto¹³ leciona:

“Fato é que não se sustenta mais, nos dias de hoje, a tese de uma extracomercialidade absoluta dos bens públicos. Lembremos o quanto dito no capítulo inicial: bens públicos são, antes de tudo, bem na acepção aqui adotada, objetos aos quais se pode atribuir valor econômico. Mesmo quando estiver qualificado a um uso

12 Enunciado 492 da V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal.

13 Marques Neto, Floriano de Azevedo: Bens Públicos : função social e exploração econômica: o regime das utilidades públicas Belo Horizonte. Editora: Fórum. 2009.

público e, em função disso, for inalienável' (artigo 100, CCB), o bem público pode ser objeto de direitos reais ou obrigacionais que não interditem u obstem o uso para o qual o bem está consagrado. Certo de estar, porém que estes direitos reais ou contratuais estarão constituídos nos moldes do direito público, o que leva alguns autores a falarem em direitos reais administrativos ou em um “*comércio jurídico de direito público*”.

Certamente a posse vale menos que a propriedade, mas nem por isso deixa de ter valor comercial.

Em apartada síntese, a posse, em face de seu inequívoco conteúdo econômico, é passível de ser alienada, razão pela qual a ausência do domínio pleno perante o registro imobiliário competente não é empecilho para a alienação de imóvel público que, nesta hipótese, poderá ser formalizada por Instrumento Público (artigo 108, Código Civil/2002), ou seja, mediante lavratura de Escritura Pública de Cessão de Direitos Possessórios, a qual obrigatoriamente fica sujeita ao registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos (artigo 1.241, Código Civil/2002), para valer em face de terceiros (artigo 288, Código Civil/2002).

Percorrido esse caminho legal, não restam dúvidas de que o Outorgado Cessionário (adquirente) estará legitimado a pleitear a declaração da aquisição da propriedade do imóvel, somando-se as posses, conforme a circunstâncias fáticas do seu exercício, que, ao final, viabilizará a constituição de título hábil para o registro pleno.

Por tudo isso, buscando a melhor interpretação¹⁴ ao texto legal, é de se reconhecer que o termo *doação*, como empregado pelo legislador (artigo 17, I, *b*, lei das licitações), deve ser

14 Interpretação é o processo de definição do sentido e alcance das normas jurídicas, tendo em vista a integração do sistema com a harmoniosa aplicação da fonte a um determinado caso concreto.

considerado em sentido amplo, e compreende não apenas a alienação gratuita do direito real de propriedade, mas também do direito pessoal (cessão dos direitos possessórios¹⁵) que decorre do exercício da posse. Ora, toda lei visa a uma finalidade social, portanto, o aplicador deve sempre primar por harmonizar os interesses sociais, de formar a priorizar o útil, o necessário e o equilíbrio de interesses, todos os três considerados bens sociais.

Ademais, ao reconhecer o valor econômico da posse, autorizando a própria legitimação da posse sobre áreas públicas, verifica-se que nas inúmeras alterações legislativas que seguiram para inclusão de novos permissivos legais no referido artigo 17, preferiu o legislador empregar o termo “alienação gratuita” em detrimento do termo “doação”, já implicitamente reconhecendo a inadequação desse termo.

Ao comentar o teor do artigo 17, da Lei nº 8.666/93, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Ed. Dialética, São Paulo - 2002, p. 175, onde alarga a abrangência da regra prevista no artigo 17 para outras hipóteses que envolvam a transferência de posse e de faculdades de uso e fruição quanto a bens públicos, conclui o Doutrinador Marçal Justen Filho:

“Deve reputar-se que as regras acerca de alienações abrangem amplamente outras modalidades de relacionamento entre Administração e particulares, versando sobre bens e potestades públicas. A Lei alude, na al. f, do inc. I, à concessão de direito real de uso de bens imóveis. Há expressa referência à permissão e à locação de bens imóveis. Rigorosamente, essas figuras

15 A cedência de direitos possessórios deve ser compreendida enquanto acordo de vontade, um negócio jurídico de alienação, quer a título gratuito, como na doação, quer a título oneroso, como na compra e venda, portanto, não se confunde com os instrumentos de conferência do uso do bem, segundo os bens públicos podem ser utilizados, dentre outros, por intermédio dos institutos da autorização, permissão, concessão ou cessão de uso, onde há apenas a transferência da posse.

não se enquadram no conceito de “alienação”, mas estão abrangidas nas regras correspondentes eis que envolvem transferência pela Administração da posse e de faculdades de uso e fruição quanto a bens públicos. As locações e as permissões de uso, tanto quanto as concessões de uso, são disciplinadas pelas regras desta Seção. Os interesses em jogo são similares e há uma equivalência quanto ao tipo de relacionamento entre a Administração e os particulares.”

No âmbito do Estado do Acre, a Constituição Estadual foi bem abrangente, determinando que qualquer **alienação, doação, cessão** ou aforamento de bens móveis e imóveis pertencentes ao Estado, devem ser precedidos de autorização legislativa específica para tal mister, conforme se depreende da redação insculpida no já destacado art. 9.º, da Constituição do Estado do Acre.

Dessa forma, é evidente que a cedência de direitos possessórios também é espécie da qual a alienação é gênero e, portanto, subordina-se a um conjunto de exigências que devem ser atendidas cumulativamente, como a existência de interesse público devidamente justificado, avaliação prévia, autorização legislativa e licitação na modalidade de concorrência, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa.

5. Cedência de direitos possessórios em ano eleitoral. Alienação gratuita com encargo.

É importante acrescentar, que a cedência ora em comento também não encontra óbice na previsão do artigo 73, § 10, da Lei n.º 9.504/1997, que determina:

“Art. 73.....

§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos

de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006 ^[02])”

A única forma de distribuição gratuita de bens que se entende possível - para não incidir na conduta vedada - seria a alienação gratuita com encargo (modal), caso em que subsiste uma obrigação a ser cumprida pela entidade beneficiária, como de fato existe a contrapartida de implantação dos escritórios regionais da prefeitura municipal, em perfeita simetria com a previsão do já destacado §4^o¹⁶, do artigo 17, da Lei das Licitações.

Com acerto aponta a doutrina de Justen Filho¹⁷:

Uma hipótese peculiar, objeto de tratamento específico no §4^o, é a doação com encargo. A opção por essa alternativa dependerá da relevância do encargo para consecução dos interesses coletivos e supraindividuais. Em determinadas hipóteses, a doação com encargo apresentará regime jurídico próprio, inclusive com a obrigatoriedade de licitação.

Assim, por exemplo, poderá ser do interesse estatal a construção de um certo edifício em determinada área. Poderá surgir como solução a doação de imóvel com encargo para o donatário promover a edificação. Essa é uma hipótese em que a doação deverá ser antecedida de licitação, sob pena de infringência do princípio da isonomia. Em outras hipóteses, porém, o encargo assumirá relevância de outra natureza. A doação poderá ter em vista a situação do donatário ou sua atividade de interesse social. Nesse caso, não caberá licitação. Assim,

16 § 4^o A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

por exemplo, uma entidade assistencial poderá receber doação de bens gravada com determinados encargos. A situação se subsumiria à alínea “a” do inc. II, mesmo existindo o encargo. (2010: 242)

Daí se conclui que a Lei das Licitações trata a alienação gratuita com encargo como negócio aparentemente oneroso. No mesmo sentido o precedente do TRE/SP (Acórdão nº 164756, no Recurso Eleitoral nº 29718, proferido em 11 de novembro de 2008), em que se analisou a configuração da conduta vedada descrita no §10, do artigo 73, da Lei das Eleições, em face da permissão de uso de bem público. Aduziu o Juiz-Relator que

[...] malgrado a permissão de uso, “in casu”, ser graciosa, há ônus para a permissionária, pois além da exigência de preencher determinados requisitos temporais, determinam a reversão do imóvel ao Município, acarretam também a perda de todas as benfeitorias, sem direito à indenização [...]. Acresça-se que a permissionária obtém o bem a título precário, não se podendo, por tais motivos, caracterizar-se como simples distribuição gratuita de bens como determina o Art. 73, §10, da Lei 9.504/97.

Por derradeiro, segundo doutrina de João Felipe Villa do Miu¹⁸ “a transferência gratuita de bens, valores ou benefícios de uma pessoa jurídica de direito público a outra — ambas integrantes da “Administração Pública” — não tem o condão, *de per se*, de repercutir sobre o equilíbrio das eleições. Para tanto, seria necessário que a pessoa administrativa receptora, agora sim em translúcida violação do artigo 73, § 10, da LE, repassasse os bens a cidadãos, de modo a influenciar a formação de sua vontade eleitoral”.

18 MIU, João Felipe Villa do. Aplicabilidade do art.73, § 10, da Lei nº 9.504/1997 às transferências feitas a pessoas jurídicas de direito público e privado sem fins lucrativos. Breves considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1897, 10 set. 2008 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11706>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

Pertinente também se destacar o entendimento do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso que segue:

ACÓRDÃO Nº 21250

PROCESSO Nº 222-36.2012.6.11.0000 – CLASSE – Cta
CONSULTA – DOAÇÃO DE IMÓVEL URBANO E
OUTROS BENS DO MUNICÍPIO PARA A UNIÃO
EM ANO ELEITORAL E/OU INÍCIO DO PERÍODO
ELEITORAL COM FINALIDADE DE INSTALAÇÃO
DE ÓRGÃO PÚBLICO FEDERAL

CONSULENTE (S): PROCURADORIA DA
REPÚBLICA EM MATO GROSSO, GUSTAVO
NOGAMI – PROCURADOR DA REPÚBLICA

RELATOR: EXMO. SR. DR. PEDRO FRANCISCO
DA SILVA

CONSULTA ELEITORAL – DOAÇÃO DE IMÓVEL
URBANO E OUTROS BENS DO MUNICÍPIO PARA
A UNIÃO – ANO ELEITORAL – FINALIDADE
DE INSTALAÇÃO DE ÓRGÃO PÚBLICO
FEDERAL – POSSIBILIDADE – INTERPRETAÇÃO
RESTRITIVA DO ART. 73, INCISO VI E § 10
DA LEI 9.504/97 – CONSULTA CONHECIDA E
RESPONDIDA.

Por se tratar de norma limitadora de direitos, a
sua interpretação, quanto ao resultado, deve ser
necessariamente restritiva. Diante da literalidade do texto
legal, nada impede que o Município doe bem imóvel em
favor da União.

Não há ilicitude na doação de imóvel do Município
à União, uma vez que não tem objetivo de satisfazer
interesse privados ou beneficiar eleitores, a fim de obter
vantagem política, mesmo se a doação ocorrer após o
início do período eleitoral.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, verifica-se que não constitui óbice
para a alienação a ausência de registro imobiliário de bem imóvel
dominial pertencente ao Estado do Acre, cuja transferência

patrimonial pode se efetivar pela via da cedência de direitos possessórios, uma vez que a posse, em face de seu inequívoco conteúdo econômico, é passível de ser alienada e integra aqueles bens passíveis de expropriação, por atender, assim como atendem, ao domínio e/ou à propriedade, aos seguintes pressupostos: a) comercialidade; b) valor econômico; c) interesse à consecução da política estatal.

O termo doação, inserido no artigo 17, inciso I, alínea *b*, da Lei das Licitações, deve ser interpretado em sentido amplo para autorizar a alienação gratuita tanto do direito real de propriedade quanto do direito pessoal (cessão dos direitos possessórios) que decorre do exercício da posse e, por tal razão, subordina-se a um conjunto de exigências que devem ser atendidas cumulativamente, como a existência de interesse público devidamente justificado, avaliação prévia, autorização legislativa e licitação na modalidade de concorrência, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa, como ocorre para o caso em estudo, tratando-se de transferência entre entes da Administração Pública.

Guardada a relevância da parceria entre o Estado do Acre e o Município de Rio Branco, que se reveste de evidente interesse público, e percorrido pelos entes legitimados o caminho legal abordado neste estudo, entende-se por justa, legítima e eficiente a cedência de direitos possessórios de bens dominiais estaduais para implantação de escritórios regionais, com a finalidade de promover as atividades sociais necessárias à resolução e mediação de conflitos para o bem da coletividade.

Ao final, a cedência ora em comento, por se tratar de hipótese de alienação gratuita com encargo, não encontra óbice na previsão do artigo 73, § 10, da Lei n.º 9.504/1997, e pode ser procedida em ano eleitoral.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO MARQUES NETO, FLORIANO. Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009..

ROBERTO GONÇALVES, CARLOS. Direito Civil Brasileiro, volume 5, Direito das Coisas: 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GOMES, ORLANDO. Direitos Reais: 19ª edição atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

DINIZ, MARIA HELENA. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 4, Direito das Coisas: 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GASPARINE, DIÓGENES. Direito Administrativo: 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LOPES MEIRELLES, HELLY. Direito Administrativo Brasileiro: 35ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: 14ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2010.

FUNTAC, Fundação de Tecnologia do Estado do Acre, Governo do Estado do Acre. Atlas do Estado do Acre. Rio Branco: FUNTAC, 2008.

