

Revista

da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão

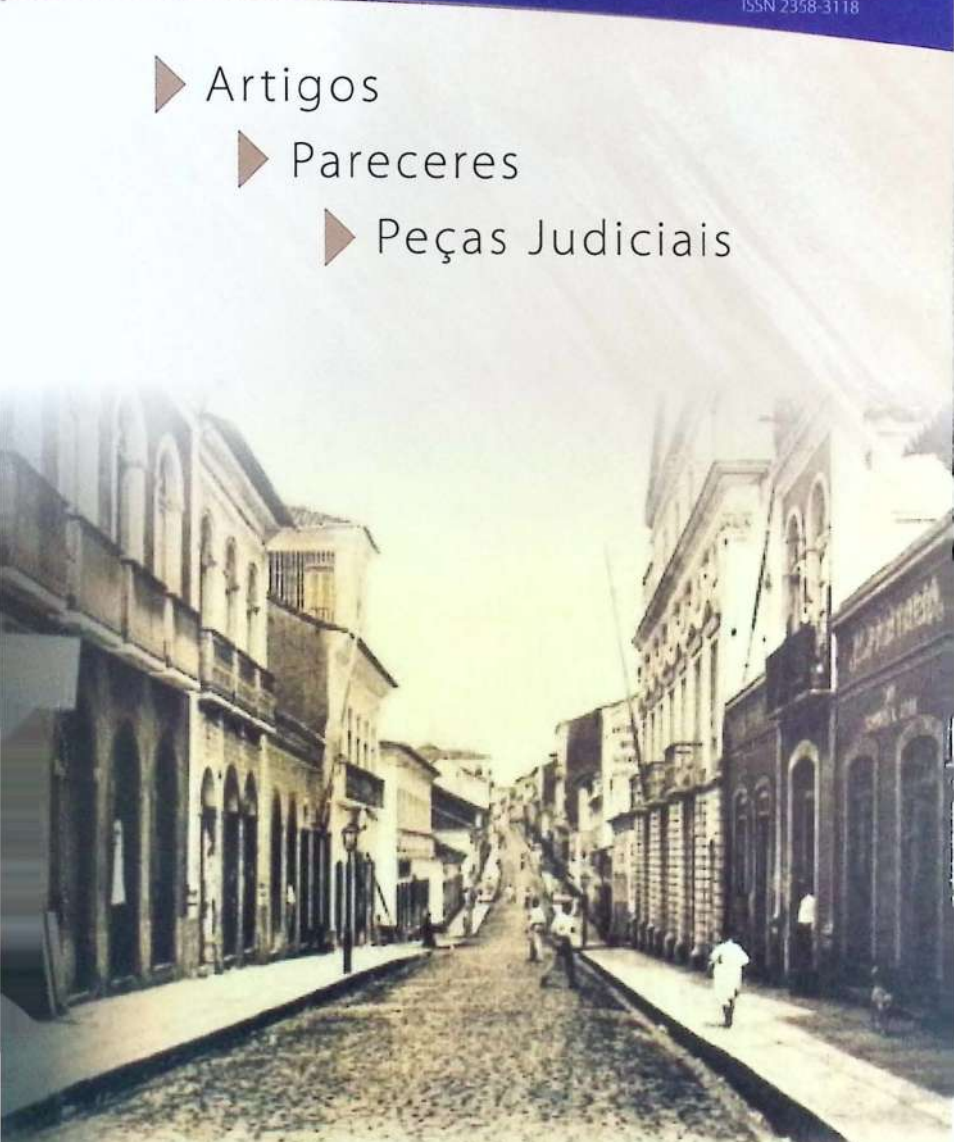


ISSN 2358-3118

▶ Artigos

▶ Pareceres

▶ Peças Judiciais



V.1, 2014



**REVISTA DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO MARANHÃO**

**VOL.1
2014**

GOVERNO DO ESTADO DO MARANHÃO

ROSEANA SARNEY

Governadora do Estado

HELENA MARIA CAVALCANTI HAICKEL

Procuradora Geral do Estado

MIGUEL RIBEIRO PEREIRA

Procurador do Estado

Conselheiro Editorial

RAIMUNDO SOARES DE CARVALHO

Procurador do Estado

Conselheiro Editorial

BRUNO TOMÉ FONSECA

Procurador do Estado

Conselheiro Editorial

DANIEL BLUME PEREIRA DE ALMEIDA

Procurador do Estado

Conselheiro Editorial

ROGÉRIO BELO PIRES MATOS

Procurador do Estado

Conselheiro Editorial



REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

R. Proc. Geral do Est. Maranhão n. 1

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

Av. Carlos Cunha, s/nº, Edifício Nagib Haickel – São Luís - Maranhão

Telefone: (098) 323256767

Home page: www.pge.ma.gov.br

Comissão Editorial: Miguel Ribeiro Pereira, Raimundo Soares de Carvalho, Bruno Tomé Fonseca, Daniel Blume Pereira de Almeida e Rogério Belo Pires Matos.

A Revista da Procuradoria Geral do Maranhão é publicada com frequência anual. Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente à Comissão Editorial, matéria para publicação na Revista.

Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: 500 exemplares.

Maranhão, Governo do Estado do

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão / Procuradoria Geral do Estado do Maranhão. – São Luís: Gráfica Minerva, 2014.

172 p. : il. 15,5cm x 21,5cm

ISSN 2358-3118

1. Revista I. Governo do Estado do Maranhão. II Título.

CDD 340.05

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	07
---------------------------	-----------

ARTIGOS

PÍLULAS FILOSÓFICAS PARA FORTALECIMENTO DE UM PROCESSO ÉTICO-CONSTITUCIONAL NO BRASIL: as escolhas trágicas sobre fornecimento de medicamentos	11
<i>Miguel Ribeiro Pereira</i>	

DO CARÁTER JURIDICAMENTE INDEVIDO DAS DECISÕES DE INADMISSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR FORÇA DA EXIGÊNCIA DOS SELOS FISCALIZATÓRIOS DOS TRIBUNAIS NAS CERTIDÕES DE INTIMAÇÃO DAS DECISÕES AGRAVÁVEIS.....	31
<i>Bruno Tomé Fonseca</i>	

TROCA DE INFORMAÇÕES ENTRE ADMINISTRAÇÕES FISCAIS ESTRANGEIRAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.....	39
<i>Carlos Henrique Falcão de Lima</i>	

PARECERES

APLICAÇÃO DE RECURSOS EM PROGRAMAS SOCIAIS.....	57
<i>Liana Portilho Matos</i>	

IMPLANTAÇÃO DA AUTONOMIA FINANCEIRA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO.....	80
<i>Gabriela de Faria Abdala Vieira</i>	

PEÇAS JUDICIAIS

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO.....	95
<i>Daniel Blume Pereira de Almeida</i>	

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO/ AUTONOMIA DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL.....	116
<i>Lorena Duailibe Carvalho</i>	

APRESENTAÇÃO

Em seu *Sermão da Domingo XIX depois do Pentecoste* Padre Antônio Vieira, de forma lapidar, resume seu conceito ético: “não há fim sem meios”. Assim, tenta esclarecer que a finalidade do homem, relacionada à salvação, está atrelada a suas obras e seus atos.

É com este espírito que a Procuradoria Geral do Estado, com alegria, lança o primeiro volume de sua Revista Jurídica, identificando que iniciativas como esta são os meios fundamentais para se alcançar a finalidade maior da Procuradoria: a consultoria e a representação do Estado de forma qualificada.

Assim a Revista da Procuradoria Geral do Estado tem seu início para ser o centro de um debate de teses não só entre os Procuradores do Estado, mas inclusive abrangendo o pensamento jurídico nacional acerca dos temas jurídicos mais sensíveis.

Com esta orientação é que foram selecionados textos de Procuradores do Estado do Maranhão que servirão não só para demonstrar a qualidade intelectual dos membros componentes deste órgão estadual, mas, inclusive, para fazer conhecer as teses adotadas pelos representantes da Fazenda Pública Estadual no cotidiano das lides forenses e das demandas consultivas.

Assim é que os temas encontrados neste volume se inserem desde o Direito Processual Civil, com a discussão realizada pelos Procuradores do Estado Daniel Blume Pereira de Almeida e Bruno Tomé Fonseca acerca de prazos recursais e condições de admissibilidade de recursos, até a discussão acerca da natureza jurídica e prerrogativas da Defensoria Pública Estadual, em peças de responsabilidade das Procuradoras do Estado Lorena Duailibe Carvalho e Gabriela de Faria Abdala Vieira.

A Revista ainda conta com artigos científicos dos Procuradores do Estado, Miguel Ribeiro Pereira e Carlos Henrique Falcão de Lima, o primeiro relacionado à discussão sobre o fornecimento de medicamen-

tos no Brasil e o segundo sobre a troca de informações entre Administrações Estrangeiras na área fiscal.

Por fim, ainda foi convidada a Procuradora do Estado de Minas Gerais, Liana Portilho Matos, que, em relevante parecer, dispõe acerca dos requisitos para inclusão de famílias em programas sociais.

Todos os textos que compõem a Revista da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão permitem perceber a grande contribuição que os Procuradores do Estado conferem à defesa da Fazenda Pública e o cuidado com as teses mais adequadas ao interesse público.

Esta e outras iniciativas atualmente em curso nesta Procuradoria, voltadas para a organização de seu acervo intelectual e informatização de seus setores insere-se em um quadro que se consolida de melhoria e crescimento da PGE.

É de louvar-se, ainda, o empenho dos ilustres membros que compuseram o Conselho Editorial da presente Revista, Procuradores do Estado, Miguel Ribeiro Pereira, Daniel Blume Pereira de Almeida, Rogério Belo Pires Matos, Raimundo Soares Carvalho e Bruno Tomé Fonseca.

Que este número da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Maranhão seja útil a todos que a consultarem. Boa leitura!

HELENA MARIA CAVALCANTI HAICKEL
Procuradora Geral do Estado

ARTIGOS

PÍLULAS FILOSÓFICAS PARA FORTALECIMENTO DE UM PROCESSO ÉTICO-CONSTITUCIONAL NO BRASIL: as escolhas trágicas sobre fornecimento de medicamentos¹

1 INTRODUÇÃO

O cenário das demandas judiciais envolvendo o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, em atendimento a situações dos mais diversos pacientes, tem ganhado espaço e importância diante do número crescente de ações que se apresentam ao Poder Judiciário.

Isto se deve aos direitos envolvidos nestes processos, intimamente relacionados com interesses jurídicos do mais alto matiz valorativo, inclusive alcançando discussões que detêm, notadamente, alcance constitucional, a ponto de encontrar-se a Corte Suprema destinada a decidir estas demandas em sua pauta de julgamentos.

Várias têm sido as ações ajuizadas no Supremo Tribunal Federal a fim de regularizar o fornecimento de remédios os mais variados. Exemplificando-se², pode-se citar a Suspensão de Segurança (SS) 3263, que desobrigou o Estado de Goiás a fornecer os medicamentos Synarel, Gonal e Ovidrel para uma paciente portadora de infertilidade feminina. A ação foi impetrada no Supremo Tribunal Federal contra liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado que determinou o fornecimento gratuito dos medicamentos.

Outras duas ações semelhantes (SS 3158 e SS 3205) foram decididas pela ministra Ellen Gracie que obrigou os Estados do Rio Grande do Norte e do Amazonas a continuar fornecendo medicamentos a duas portadoras de doenças graves que necessitam de remédios que não constam da Portaria 1318, do Ministério da Saúde – Programa de Me-

¹ Miguel Ribeiro Pereira. Procurador do Estado do Maranhão e Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão.

² Decisões disponíveis no sítio do Supremo Tribunal Federal na rede mundial de computadores.

dicamentos Excepcionais. Referidos Estados pediam para não cumprir a determinação dos respectivos Tribunais de Justiça.

Nesta esteira, encontra-se também a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 211, em que a União contesta decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que determinou que fosse concedida assistência integral depois do diagnóstico do autor da ação, portador de patologia que ocasiona graves danos à saúde e à vida, promovendo o pagamento dos exames que deveriam ser realizados no exterior.

A Advocacia Geral da União pede que tal obrigação seja suspensa, uma vez que cumpri-la acarretaria grave lesão à ordem pública, pois diminui a possibilidade de serem oferecidos à população em geral ações e serviços de saúde básicos.

A relatora da ação, ministra Ellen Gracie, considerou que por ser menor de idade e sem condições financeiras para custear todos os exames necessários que não são feitos no Brasil o benefício deveria ser mantido. Com isso, negou o pedido da União para suspendê-lo.

Nos processos acima referidos verifica-se que se destinam a satisfazer demandas individuais cabendo indagar-se se levam em consideração as necessidades variadas dos demais enfermos que também precisam do fornecimento de medicamentos e que podem ser prejudicados com as decisões concessivas a favor de demandas isoladas, diante da escassez de recursos.

Nestas e em várias outras demandas análogas defrontam-se sobremaneira o direito individual à saúde em face do direito à saúde sob o prisma mais coletivo, tratada no texto constitucional como direito de todos, sob a égide da universalidade e da igualdade³.

Tomando-se, por exemplo, a Suspensão de Segurança (SS) 3263 observa-se que a linha argumentativa demonstra bem esta tensão entre direitos tomados sob a visão individualista e aqueles sob referencial mais coletivo. Para conseguir a suspensão o Estado de Goiás alinhou os seguintes pontos:

3 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.

a) ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, dado que a determinação de fornecimento de medicamentos de alto custo financeiro, não constantes da Portaria GM nº 2.577/2006 do Ministério da Saúde, reflete na programação orçamentária do Poder Público;

b) ocorrência de grave lesão à saúde pública, pois a decisão cuja suspensão se requeria comprometeria a racionalização do sistema, visto que a coletividade será privada do fornecimento de vários medicamentos básicos, em prol da satisfação das necessidades individuais daqueles que têm, a seu favor, decisões judiciais determinando o fornecimento de alguns poucos medicamentos, mas que têm um custo elevado no orçamento estatal;

c) ocorrência de grave lesão à economia pública, diante da necessidade de remanejamento das verbas orçamentárias para a aquisição de medicamentos de alto custo e do efeito multiplicador da decisão.

A decisão da Corte Suprema, neste momento, acolheu os argumentos do Estado-Membro verificando, mesmo que em uma aproximação perfunctória, que a demanda isolada pelo medicamento de alto custo tem o potencial de abalar o já fragilizado Sistema Único de Saúde. Entendeu a Presidência do Supremo Tribunal Federal que a saúde deve ser tomada como um sistema, podendo este ser abalado por demandas isoladas que não levam em consideração o todo, a coletividade.

Entretanto, este pensamento não tem sido uniforme na própria Corte Suprema. Observa-se que o mesmo Ministro decide de forma divergente quando se trata do fornecimento de medicamentos. É o que ocorre quando se compara a Suspensão de Segurança 3263 com as decisões nos processos de suspensão de segurança 3158 e 3205. No primeiro levou-se em consideração o alto valor do medicamento que beneficiaria apenas uma pessoa e a necessidade de considerar-se que o sistema como um todo e os demais usuários estariam prejudicados.

Nos dois últimos processos não se observa a argumentação jurídica preocupada com o viés coletivo do direito à saúde. Ao contrário, toda a fundamentação se direciona no sentido de demonstrar o debilitado estado de saúde da paciente sem atentar para o necessário aspecto

coletivo da saúde, como se observa no trecho a seguir da decisão da Suspensão de Segurança 3158:

Verifico que os medicamentos Pentoxifilina 400mg e Ticlopidina 250mg, o primeiro vasodilatador e o segundo antiagregante plaquetário, foram prescritos à impetrante, portadora de doença vascular encefálica isquêmica, como prevenção secundária, ou seja, para evitar que a paciente sofra novos episódios isquêmicos encefálicos, os quais provocam seqüelas irreversíveis (fls. 39-40). Segundo atestado pelo especialista em doenças neurológicas que trata a impetrante desde 18 de outubro de 1989 (fl. 30), a paciente possui dificuldades de locomoção e de comunicação, essas decorrentes de acidentes vasculares. Segundo atestado pelo especialista em doenças neurológicas que trata a impetrante desde 18 de outubro de 1989 (fl. 30), a paciente possui dificuldades de locomoção e de comunicação, essas decorrentes de acidentes vasculares encefálicos anteriores, as quais podem se agravar com a ausência dos referidos medicamentos. [...]. Ademais, conforme documentação acostada aos autos, observo que a impetrante vem recebendo os medicamentos pleiteados desde agosto de 2006 (fl. 98) e que o custo dos mesmos é de R\$ 456,00 (quatrocentos e cinquenta e seis reais), valor esse referente a 06 (seis) caixas de cada fármaco e já constante de nota de empenho (fl. 100). Assim, diante da hipossuficiência econômica da impetrante, da necessidade de tratamento contínuo da doença que a acomete e da natureza e do custo dos fármacos em questão, entendendo que a ausência do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente. Finalmente, ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária.

Diante desta oscilação da jurisprudência pátria é que se propõe o presente artigo a enfrentar a matéria sob a ótica do processo neoconstitucional contemporâneo, identificado como processo ligado que se sustenta também em princípios éticos. Como identificado por Clemerson

Merlin Clève⁴ o direito contemporâneo encontra sensível permeabilidade às questões éticas:

O neoconstitucionalismo importa, na verdade, uma renovada visão do direito constitucional que se apóia, especialmente, sobre duas dimensões: normativa e metodológica. A primeira implica uma abertura do direito positivo *a montante* e *a jusante*. A abertura a montante exige (i) a necessidade de incorporação do Direito Internacional ao nosso cotidiano; (ii) a possível emergência de um Direito aberto à supranacionalidade; e (iii) eventualmente, a possibilidade de falarmos de um núcleo irredutível capaz de se apresentar como uma espécie de Constituição Mundial. Ao lado dessa dimensão normativa tem-se, a jusante, a abertura do Direito para a sociedade, em função das parcerias, do direito concertado, da participação. Trata-se de um Direito aberto aos valores, vinculado de certa maneira com a Ética. Isso não significa um retorno ao jusnaturalismo, mas apenas uma abertura por meio dos princípios constitucionais.

Luís Guilherme Marinoni⁵ dispõe o conceito de neoconstitucionalismo processual em face da constatação de um novo entendimento de Constituição que não tome mais a lei como valor absoluto e que perceba o direito – e o processo dele decorrente – além do positivismo jurídico:

[...] o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico. Recorde-se que o princípio da legalidade no Estado legislativo, implicou na redução do direito à lei, cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que a emanava. Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalizão das forças dos vários grupos sociais, e que por isso freqüentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de se submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça.

4 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação. Conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE.

5 MARINONI, Luís Guilherme. **Curso de Processo Civil**, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006, p. 43.

No presente artigo, então, tenta-se deslindar se o processo contemporâneo é eminentemente privatista-individualista ou de viés coletivo, mais próximo da justiça, dos princípios éticos e do tão falado neoconstitucionalismo processual.

Assim, em um primeiro momento será assentado o conceito de ética adotado pelo presente artigo, inclusive demonstrando-se qual a razão para definir-se a necessidade de estabelecimento do processo judicial baseado, além dos direitos fundamentais, na ética. A seguir será demonstrada a razão de aventar-se a filosofia como recurso indispensável à definição do processo pautado na ética.

Posteriormente, será demonstrada a evolução do processo privatista para o processo comprometido com a tutela coletiva na Ciência do Direitos Processual e sua influência nas decisões sobre fornecimento de medicamentos, buscando-se definir qual o processo judicial que vem se conformando, no Brasil, quando se trata de decisões sobre medicamentos.

2 A ÉTICA COMO CONTRIBUIÇÃO PARA A MULTIDIMENSIONALIDADE PROCESSUAL NA CONTEMPORANEIDADE

Decorrente da constatação acima trazida por Marinoni de que a lei não é mais parâmetro absoluto e que o ideal de justiça deve nortear a contemporaneidade é que se fala na multidimensionalidade do direito, e, por conseqüência, do direito processual.

O processo passa a ser norteado para além do mero direito positivado passando a centrar-se em outras fontes de conhecimento igualmente aceitáveis para concretizar as soluções judiciais, como, por exemplo, a ética, entendida como instrumento de explicação da natureza, dos fundamentos e das condições da moral, conforme pontuou Perelman⁶:

6 PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*. Tradução de Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 392.

O crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e eficaz torna cada vez mais ultrapassada a oposição entre o direito positivo e o direito natural, apresentando-se o direito efetivo como o resultado de uma síntese em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes da vontade do legislador, da construção dos juristas e considerações pragmáticas de natureza social e política, moral e econômica.

Sendo assim, para analisar o objeto aqui colocado, além do recurso à Ciência Jurídica, deve-se destacar que o estudo encontra clara diretriz metodológica, calcada na perspectiva nietzscheana de que o conhecimento não só pode ser produzido apenas no âmbito das ciências, constatando que a qualidade do que é considerado verdade foi conferida a estas em detrimento de outras fontes de verdade⁷.

Como pontuado por Machado⁸, a verdade tem sido atribuída ao conhecimento científico, desprezando-se outras fontes de saber:

A oposição entre arte e conhecimento racional percorre toda a obra de Nietzsche, que valoriza a arte trágica ao combater a pretensão, que caracteriza a ciência, de instituir uma dicotomia total de valores entre a verdade e o erro. Essa antinomia é fundamental: “o espírito científico” - que nasce na Grécia clássica com Sócrates e Platão e dá início a uma idade da razão que se estende até o mundo moderno, que Nietzsche chega a chamar de “civilização socrática” - tem como condição a repressão da arte trágica da Grécia arcaica.

Nietzsche⁹ tenta desconstruir a afirmação de que apenas o conhecimento científico é importante:

7 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A Gaia Ciência**. São Paulo: Rideel, 2005.

8 MACHADO, Roberto. **Nietzsche e a verdade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002, p. 8.

9 NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, Demasiadamente Humano**. São Paulo: Rideel, 2005, p. 55.

Três razões, três erros. A ciência avançou no decorrer dos últimos séculos, quer porque se acreditava ser ela o instrumento que melhor permitiria compreender a bondade e a sabedoria de Deus, o motivo principal dos grandes ingleses como Newton; quer porque se acreditava na utilidade absoluta do conhecimento, principalmente na íntima união da moral, da ciência e da felicidade, o motivo principal dos grandes franceses, como Voltaire; quer porque se pensava possuir e amar na ciência uma coisa desinteressada, inofensiva, que se bastava a si própria e com a qual os maus instintos do homem nada tinham a ver, era o motivo principal de Spinoza que se sentia tornar-se divino na alegria do conhecimento. Temos, portanto, três razões, três erros.

Nietzsche tenta avançar na produção de um conhecimento não somente vinculado à ciência, o que poderia obscurecer a realidade¹⁰, sendo, portanto, referência fundamental neste artigo já que este tenta resgatar a ética como referencial fundamental para o processo na contemporaneidade, ainda mais quando se reflete sobre valores como vida e saúde, com forte carga moral.

Aqui a Ética será apontada não como uma categoria científica que poderia estar ligada ao Direito ou a outra Ciência, mas como instrumento de investigação filosófica, adotando, portanto, o caráter especulativo-reflexivo como explicitado por Henrique de Lima Vaz¹¹ visto que será tomada para tentar explicar o fundamento moral das decisões judiciais sobre medicamentos, não estando necessariamente presa a determinado ramo científico de investigação.

Neste passo, entende-se como ética o produto de reflexões filosóficas, portanto, críticas, intimamente relacionadas com a busca de um bem-fazer ou agir de forma correta diante de determinado assunto, já sendo assunto de preocupação na antigüidade clássica.

10 Desde o início, a investigação nietzschiana sobre o conhecimento não se limita ao interior da questão do conhecimento, mas o articula com um nível propriamente político ou social com o objetivo de mostrar que a oposição entre verdade e mentira tem uma origem moral.

11 VAZ, Henrique C. de Lima. *Ética e Direito*. (org. de Claudia Toledo e Luiz Moreira). São Paulo: Edições Loyola, 2002.

Aristóteles¹², em *Ética a Nicômaco*, definia como éticas “ [...] as ações se encaminham a algum bem [...]” sendo este a felicidade. A felicidade ética, na concepção aristotélica só é possível nas seguintes condições:

Porque ainda que é bem para um particular assim mesmo é bem para uma república, maior, contudo e mais perfeito parece ser para procurá-lo e conservá-lo o bem de uma república. Porque bom é amar o bem de um, mas, mais ilustre e mais divina coisa é fazer bem a uma nação e a muitos povos. Esta doutrina, pois, que é a ciência da república, propõe tratar de todas estas coisas¹³.

Já se construíam em Aristóteles as noções de bem e de ética com uma visão mais coletiva que meramente privada, sendo, ainda, próprio do caráter republicano, a valorização do bem coletivo, sem desprezar as necessidades individuais, condicionadas ao bem maior.

Neste momento inicial, em uma República, a busca ética da virtude é a busca da felicidade não só individual, mas principalmente, para o conjunto das pessoas. Sendo assim parece não ser republicano a busca da saúde de forma individualizada sempre que esta não considerar que outras pessoas que não foram atendidas com tutelas análogas podem ser prejudicadas, ou seja, sempre que o individual estiver fora do sistema maior da saúde coletivamente avaliada.

De indispensável atualidade as lições aristotélicas visto que até o presente momento, e, inclusive nas decisões judiciais que tratam sobre medicamentos, busca-se ainda a justa medida que possa equilibrar as necessidades individuais e as demandas de toda a coletividade. Pender apenas para o lado individual não parece ético visto que pode comprometer os interesses de toda a nação, caso assim não sejam consideradas nas decisões judiciais ora mencionadas.

O contexto histórico vai modificando a compreensão do que se considera como ética. Assim é que em um cenário de intensa centrali-

12 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Edipro, 2002, p. 20.

13 Op. Cit. , p. 30.

zação de poder e início das construções hobbesianas e rousseauianas, que marcam o nascimento dos Estados Modernos, a ética não se posiciona primordialmente comprometida com as necessidades individuais, encontrando-se a serviço de um projeto de poder todo específico.

Em Hobbes¹⁴ assim vai se definindo o conceito de ética diante de sua percepção do homem como interessado em suas próprias paixões o que impediria que tivesse preocupações mais coletivas. Estas devem, então, ser alvo da responsabilidade do soberano, cabendo a escolha do bem e da felicidade ao soberano:

Cabe ao poder soberano a autoridade judicial. Quer dizer, o direito de ouvir e julgar todas as controvérsias relacionadas às leis, tanto civis quanto naturais, ou referente aos fatos. Sem a decisão das controvérsias não pode haver proteção de um súdito contra as injúrias de um outro. Serão em vão as leis relativas ao *meum* e ao *tuum*. Cada homem detém, devido ao natural e necessário apetite de sua própria conservação, o direito de proteger-se a si mesmo com sua força individual, o que é uma condição de guerra, contrária aos fins que levaram à instituição de todo Estado.

Todos os homens são dotados por natureza de grandes lentes de aumento – ou seja as paixões e o amor de si – através das quais todo pequeno pagamento aparece como um imenso fardo. São destituídos, todavia, daquelas lentes prospectivas – a saber, a ciência moral e civil – que permitem ver de longe as misérias que os ameaçam, e que, sem tais pagamentos não podem ser evitadas.

Rousseau¹⁵ igualmente defende a necessidade de um corpo coletivo responsável por uma nova ética distinta daquela até então voltada apenas para as demandas individuais:

Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e, pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça,

14 HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 136.

15 ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Martin Claret, 2002, p. 31.

todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes. Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social.

[...]

Imediatamente, em lugar da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da Assembléia, o qual desse mesmo ato recebe sua unidade, o eu comum, sua vida e vontade.

Ao longo do tempo, portanto, vai se sedimentando, no pensamento ocidental, a busca do ser humano em busca do bem-agir, vinculada seja na matriz aristotélica de saber, seja naquela dos contratualistas, à preservação da comunidade, rechaçando-se como boa escolha ética aquela vinculada somente a necessidades individuais ou egoísticas.

Como define Badiou¹⁶ a Ética é a “pesquisa de uma boa maneira de ser, ou a sabedoria da ação. Sob este título a ética é uma parte da filosofia, aquela que ordena a existência prática à representação do bem.”

Apesar destas contribuições da ética e da filosofia para a definição dos interesses a serem atendidos primordialmente verifica-se que a ciência passou a ter papel fundamental na definição do bem-agir passando a regular, *ultima ratio*, as condutas humanas.

3 O PROCESSO UNIDIMENSIONAL E A TRADIÇÃO POSITIVISTA NA CULTURA JURÍDICA DO PAÍS: Obstáculos à construção de um processo ético

Como instrumento fundamental desta regulação apresentou-se a lei, na matriz da ciência jurídica de viés positivista, como critério científico e normativo a ser seguido por toda a comunidade, passando a filosofia, a ética e outras fontes de conhecimento a serem secundárias para a Ciência do Direito. Vai se moldando um processo unidimensional tendo como lume a lei.

16 BADIOU, Alain. *L'éthique. Essai sur la conscience du mal*. Caen: Nous, 2003, p. 15.

É como ressaltou Kelsen¹⁷ ao admitir a possibilidade da existência da ciência do direito desde que a mesma seja despida de elementos que não sejam jurídicos, ou seja, desde que admitida a idéia de norma fundamental que não seja influenciada por questões morais, políticas ou sociológicas.

Para ilustrar esta constatação a seguinte passagem de o Espírito das Leis de Montesquieu¹⁸ que demonstra residir na lei o parâmetro para o processo a ser conduzido pelos magistrados, ressaltando o autor inclusive aqueles processos que tratem sobre bens, honra e vida que não podem ser influenciados por questões estranhas à lei:

Em que governos e em que casos deve-se julgar segundo o texto preciso da lei

Quanto mais o governo se aproxima da república, mais a forma de julgar se torna fixa; e era um vício da República da Lacedomônia que os éforos julgassem arbitrariamente, sem que houvesse leis para dirigi-los. Em Roma, os primeiros côsules julgaram como os éforos: sentiram inconvenientes disto e criaram leis precisas.

Nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da Constituição que os juizes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida.

Neste cenário vai se conformando a partir do século XIX e início do século XX, no Brasil, o progressivo comprometimento da magistratura e dos processos por ela conduzidos com a lei, não havendo espaço para indagações éticas, mas apenas para o cumprimento da lei nos estritos termos de sua literalidade, sendo conhecido este magistrado como

17 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes. 2006.

18 CHARLES SECONDANT, Baron Montesquieu. **O espírito das leis**. Martins Fontes. 2005, p. 39.

juiz boca da lei¹⁹:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.

Este pensamento intimamente relacionado à ciência jurídica de viés positivista influencia a cultura jurídica do país, a ponto de ter alertado Adorno²⁰ que o bacharelismo liberal da elite brasileira fez-se à sombra do positivismo jurídico.

Sendo assim, verificando-se ser o apego ao positivismo, próprio da cultura da elite jurídica brasileira, responsável, por óbvio, também pelas decisões judiciais na área de concessão de medicamentos, passa-se a analisar, diante das principais regras positivadas existentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre saúde, qual o espaço para as decisões judiciais sob uma perspectiva mais coletiva, ou, ao contrário, se haveria direcionamento dos textos normativos para atendimento das diferentes demandas na área da saúde sob o prisma mais individual.

Para esta tarefa, serão analisados os textos das várias Constituições brasileiras, quando tratam sobre saúde, inclusive para que se identifique se são próximos da chamada ética coletiva já citada no presente artigo, ou, orientam no sentido de uma visão mais individual e privatista na solução de conflitos de interesse na área de medicamentos.

Verifica-se, então, na Constituição Imperial de 1824 o ápice da preocupação com os valores do liberalismo, verificando-se o tema da saúde apresentado lateralmente e sem qualquer aprofundamento, como limitador aos pilares do Estado Liberal – comércio, indústria e trabalho:

19 Op. Cit. , p. 78

20 ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizados do Poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 162.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

Esta ordenação quanto à saúde vai se repetindo na Constituição de 1891 que não trata sobre a saúde dos cidadãos, mencionando apenas ser direito dos cidadãos a segurança individual, não havendo artigos ou capítulos que tratem sobre saúde:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

Na Constituição de 1934 claramente é desenhado um novo conceito de saúde numa perspectiva pública, em que os entes públicos passam a dividir responsabilidades, o que se verifica na reprodução dos dispositivos da Carta de 1934:

Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

I - velar na guarda da Constituição e das leis;

II - cuidar da saúde e assistência públicas;

Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;

b) estimular a educação eugênica;

c) amparar a maternidade e a infância;

d) socorrer as famílias de prole numerosa;

e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;

f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes

a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

Art 139 - Toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalharem mais de cinquenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, será obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito.

Art 140 - A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais.

Art 141 - É obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias.

Com a Constituição de 1937 vê-se um retorno ao texto de Constituições anteriores a 1934 em que se trata sobre segurança individual e a saúde não detém a conotação pública. Em 1946, pela primeira vez, a vida é citada como direito individual e o direito à saúde não é disposto claramente com o caráter público. A Constituição de 1967 mantém esta estrutura²¹.

Na Constituição de 1988, de forma pioneira nas Cartas Magnas brasileiras, verifica-se amplo tratamento ao direito à saúde, tratado agora claramente como direito universal, bem como sob a perspectiva de direito social, o que apresenta uma nova conotação ao tema, visto que se apresenta numa perspectiva coletiva, ao contrário da maioria das Constituições anteriores em que, ou não havia referência ao direito à saúde, ou este se apresentava em uma conotação individualizada, através da referência ao direito à vida.

Ressaltam, portanto, os textos das Constituições uma perspectiva unidimensional do direito à saúde, pela referência ao direito à vida

21 Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

como direito individual, não decorrendo da análise dos textos constitucionais o tratamento coletivo do direito à saúde, apenas colocada de forma clara no texto da Constituição de 1988:

Seção II DA SAÚDE

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

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

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 seguintes 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.

Entretanto, a partir da Constituição de 1988 existe a determinação maior para que o direito à saúde seja tomado sob uma perspectiva mais coletiva e não apenas como um direito individual, entretanto, esta não tem sido a prática em vários dos julgados pátrios tomando-se como arestos exemplificativos aqueles já citados neste artigo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em que as justificativas para o fornecimento de medicamentos transcorrem muito em razão do direito individual sem que a fundamentação considere a saúde como direito de todos.

A necessidade de esta fundamentação levar em consideração o aspecto coletivo decorre da transição do processo de um perfil mais unidimensional para que seja encarado sob uma perspectiva plúrima, envolvendo a ética preocupada com a felicidade de todos.

Assim como o direito à saúde passou a ser multidimensional, visto que a par de seu perfil individual há que se preocupar com a saúde coletiva, também o processo destinado a conferir a tutela do direito à saúde passou a ter o perfil multidimensional, sendo uma de suas principais dimensões aquela moral ou ética.

É como explicita Marinoni²²:

Ainda quando existe norma jurídica precisa para justificar a decisão que se deve adotar, ela não pode incorporar-se, como tal, ao raciocínio justificatório com independência de juízos valorativos. Isto é assim, esclarece Santiago Nino, porque é essencial ao caráter normativo de uma norma jurídica, ou à sua distintividade como norma jurídica, a existência de certas características que marcam sua formulação e que inevitavelmente se perdem quando se trata de um raciocínio justificatório que conduz a uma decisão. Dentro de um raciocínio normativo justificatório, uma conclusão só pode derivar de uma premissa normativa, e essa premissa normativa, exatamente por ser normativa, também precisa estar normativamente fundada. Logo, neste tipo de justificação, é preciso fundar a validade da premissa, e como uma norma não pode ser validada por um fato, seja ele um fato hipotético produtor de normas (norma fundamental de Kelsen) ou um fato social (regra de conhecimento de Hart), é necessário fundar as premissas da solução normativa na Moral. Por isso, conclui Santiago Nino, quando os juízes apóiam suas decisões em normas jurídicas, fazem-no através de juízos “ de adesão normativa”, que consistem em juízos valorativos que se inferem de princípios morais que prescrevem obedecer a ordem jurídica e de proposições descritas dessa ordem jurídica.

Observando-se, então, que a ética é uma das dimensões fundamentais do processo contemporâneo, constituindo-se como base para as escolhas dos magistrados, não podendo ser dispensada nas decisões sob pena de estas se constituírem sem justificação razoável.

22 MARINONI, Luís Guilherme. **Curso de Processo Civil**, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006, p. 123.

Considerando-se, ainda, que o próprio texto constitucional em vigor parece concordar com a perspectiva de uma ética coletiva em que o direito à saúde é compreendido além de seu caráter individual, como direito social ou coletivo, verifica-se que o processo, como ambiência da função jurisdicional, somente alcançará seu fim quando passar a conter decisões que alcancem o caráter coletivo do direito sem esquecer o prisma individual do mesmo.

No seio da Corte Suprema, como se constata no precedente (SS) 3263, avança a preocupação com a ética coletiva dos direitos e do processo, entretanto, a máxima efetividade desta perspectiva ainda parece de distante consolidação, quando se verifica a prática decisória no próprio Supremo Tribunal Federal em outros julgamentos, talvez em razão da forte herança histórica verificada no Brasil em que os diversos textos constitucionais antes citados positivaram, por um longo período de tempo, a ausência de preocupação com o perfil coletivo do direito à saúde.

Progressivamente, entretanto, vê-se que a ética e o direito vão se interpenetrando de forma inafastável, à medida que se constata que a dimensão axiológica do direito encontra-se presente historicamente no ordenamento jurídico, seja de forma explícita, seja implicitamente, o que pode se deduzir do conjunto de suas normas.

Sendo assim, o fornecimento de medicamentos não pode ser tratado de forma privativa ou individual, cabendo exigir-se dos magistrados que se comprometam com a fundamentação de suas decisões não apenas sob o prisma do direito individual, mas que, além deste seja sopesada a dimensão coletiva do direito à saúde, sob pena de desconhecimento do próprio texto constitucional, bem como da idéia de ética coletiva que vem sendo construída progressivamente no conhecimento ocidental.

4 CONCLUSÕES

1. As decisões judiciais sobre concessão de medicamentos no Brasil vêm sendo alvo de debates crescentes, o que torna o assunto alvo de interesse em razão da divergência nos fundamentos dos julgados.

2. Tomando-se como exemplo as decisões do Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo, os fundamentos dos arestos podem ser percebidos ora sob uma ótica da saúde como direito individual ora sob influência do aspecto coletivo da saúde.

3. Diante das influências trazidas pelo atual cenário do neoconstitucionalismo no Brasil cresce a preocupação ética na matéria, vez que esta é uma dimensão cada vez mais indicada como razoável fator de decisão.

4. O conceito de ética no pensamento ocidental vai sendo construído na perspectiva da felicidade comum que não pode ser sobrepujada pelas vontades ou interesses individuais. Esta percepção ética coletiva não é incorporada, em um longo período de tempo, nas normas jurídicas pátrias, que vão sendo construídas, no tema da saúde, sob influxos do individualismo iluminista, o que pode ser fator relacionado às decisões judiciais com preocupação eminentemente individuais.

5. A ordem constitucional inaugurada em 1988, entretanto, modifica este cenário trazendo para o texto positivado a preocupação em explicitar que a saúde tem uma perspectiva coletiva obrigatória.

6. Encontra-se, portanto, formada a base para mudança nas decisões judiciais fundadas em justificativas individualizantes. A fundamentação das decisões judiciais para concessão de medicamentos, também no aspecto coletivo e universal do direito à saúde, impõe-se em razão do texto positivado em vigor, mas também na construção do conceito de um processo ético oriundo do novo modelo de Constituição denominado neoconstitucionalismo, que se identifica com os aspectos axiológicos e principiológicos.

7. A concessão de medicamentos por meio de decisões judiciais deverá ter mais transparência em seu aspecto argumentativo não podendo haver conformação com o conceito de direito à vida e saúde entendido apenas em uma dimensão – a individual. A felicidade e a própria fraternidade já propugnadas pelos revolucionários franceses exigem a avaliação e argumentação patentes nas decisões judiciais também quanto ao aspecto coletivo do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizizes do Poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Edipro, 2002.
- BADIOU, Alain. **L'éthique. Essai sur la conscience du mal**. Caen: Nous, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 9 ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 2006.
- CHARLES SECONDANT, Baron Montesquieu. **O espírito das leis**. Martins Fontes. 2005
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação**. Conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes. 2006.
- MACHADO, Roberto. **Nietzsche e a verdade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002.
- MARINONI, Luís Guilherme. **Curso de Processo Civil**, volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A Gaia Ciência**. São Paulo: Rideel, 2005.
- _____. **Fragmentos Postumos**. 1 ed. São Paulo: Tecnos. 2007.
- _____. **Humano, Demasiadamente Humano**. São Paulo: Rideel, 2005.
- PERELMAN, Chain. **Ética e Direito**. Tradução de Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Martin Claret, 2002.
- VAZ, Henrique C. de Lima. **Ética e Direito**. (org. de Claudia Toledo e Luiz Moreira). São Paulo: Edições Loyola, 2002.

DO CARÁTER JURIDICAMENTE INDEVIDO DAS DECISÕES DE INADMISSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR FORÇA DA EXIGÊNCIA DOS SELOS FISCALIZATÓRIOS DOS TRIBUNAIS NAS CERTIDÕES DE INTIMAÇÃO DAS DECISÕES AGRAVÁVEIS

Bruno Tomé Fonseca - Procurador do Estado do Maranhão, Advogado e Professor Universitário.

Percebe-se que salpicam algumas decisões oriundas de algumas Câmaras de Tribunais de Justiça Estaduais, notadamente, do Tribunal de Justiça do Maranhão, no sentido de negar seguimento ao recurso de agravo de instrumento pelo fato deste carecer do suposto requisito de admissibilidade recursal, nos casos atinentes à ausência de apresentação dos originais do selo de fiscalização do Poder Judiciário a ser adesivado no corpo da certidão de intimação da decisão a ser agravada.

Vejamos alguns desses exemplares judiciais:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA SEM O RESPECTIVO SELO JUDICIAL DE FISCALIZAÇÃO. INVALIDADE. RESOLUÇÃO N. 34/2007 DO TJMA. CORRETA FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. ÔNUS DO AGRAVANTE . IMPROVIMENTO. I - Sem o selo judicial de fiscalização, seja oneroso ou gratuito, a certidão de intimação é absolutamente inválida, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Resolução nº 34/2007 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, o que equivale à inexistência, configurando, assim, ausência de peça obrigatória exigida pelo art. 525, I, do CPC -certidão da intimação da decisão agravada;
II - a ausência de peça tida por obrigatória, indicada no artigo 525, I, do Código de Processo Civil, leva ao não conhecimento do agravo;
III a vigilância no traslado das peças formadoras do agravo de instrumento configura-se ônus do agravante;
IV agravo regimental não provido. (TJ/MA. 3ª Câma-

ra Cível. Agravo Regimental nº 33326/2009. Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha. J. em 19/11/2009).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO ANTE A INVALIDADE DA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO ATACADA RECURSO IMPROVIDO. [...] 2 . Imperioso considerar como inválida a certidão de intimação da decisão agravada ante a ausência do selo de Fiscalização Judicial, nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução nº. 34/2007 deste Tribunal de Justiça, impedindo, conseqüentemente, o conhecimento do recurso de agravo de instrumento em razão do óbice inscrito no art. 525, inciso I, do CPC . 4. Recurso Improvido. (TJ/MA. 1ª Câmara Cível. Agravo Regimental nº 25132/2009. Relª. Desa. Raimunda Santos Bezerra. J. em 18/09/2009).

PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - INADMISSIBILIDADE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO POR AUSÊNCIA DO SELO DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL NA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO - INTELGÊNCIA DO ART. 87, § 2º, DA LC Nº 14/91, C/C ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA RESOLUÇÃO Nº 34/2007-TJ/MA ? [...] I - Tratando-se de obrigação legal (art. 87, § 2º, da LC nº 14/91), o selo de fiscalização deve constar das certidões expedidas, cuja ausência acarretará sua invalidade (inexistência), nos exatos termos constantes da Resolução nº 34/07 do TJ/MA. Sem o selo judicial, a certidão de intimação é absolutamente inválida, o que equivale à sua inexistência, configurando, assim, ausência de peça obrigatória exigida pelo art. 525, I, do CPC , ou seja, certidão de intimação da decisão agravada, não se vislumbrando nos argumentos ofertados pelo agravante razões que levem à reconsideração do decisum recorrido.

[...] (TJMA, AGR 244662010 MA, Relator(a): Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, Julgamento: 13/09/2010)

A despeito do respeitável entendimento de alguns segmentos da magistratura maranhense, lança-se mão deste artigo para jogar algumas luzes sobre a questão. Principalmente para demonstrar que tal inadmissão sumária caminha na contramão dos parâmetros da razoabilidade, sem falar da sua afronta direta a comandos da Constituição Federal e do Código de Processo Civil. A ver.

Pede-se vênia aos leitores para iniciar a linha de fundamentação fora dos enquadramentos da legislação para demonstrar que a exigência dos originais do selo judicial de fiscalização labora contrariamente, inclusive, aos direitos da Fazenda Pública que deseja interpor legitimamente o seu recurso.

Afinal, não se pode olvidar que, em muitas situações, o Agravo de Instrumento a ser tomado desafia decisões interlocutórias proferidas em Comarcas do Interior do Estado. Por esse motivo, urge seja levado em conta todas as dificuldades envolvidas na obtenção da certidão de intimação, que só pode ser angariada na Secretaria onde corre o feito de origem.

Ou seja, nas situações acima descritas, diante das dificuldades estruturais e de recursos humanos enfrentadas pela Fazenda Pública em juízo, muitas das vezes, esta não possui tempo suficiente para a apresentação dos originais da certidão de intimação da decisão agravada, sendo obrigada a apresentar cópia desta, evidentemente, sem descurar da reprodução por esta via do seu respectivo selo de fiscalização do Poder Judiciário.

Esclareça-se, que não há nenhum obstáculo nesse proceder, pois a própria legislação processual assegura à parte agravante a possibilidade de apresentação da peça obrigatória da certidão de intimação da decisão agravada seja feita através de cópia:

Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; (com grifo nosso).

Postos os olhos na legislação aplicável, é forçoso concluir que, se a certidão de intimação da decisão da decisão agravada pode ser apresentada através de cópia, por que o seu acessório selo judicial não poderia sê-lo? Não se mostra razoável que o acessório possa pretender ser mais que o principal.

Conferindo-se outro giro de interpretação acerca da legislação processual supramencionada, percebe-se que a exigência legal para a regular formação do instrumento está adstrita à apresentação de cópia da certidão de intimação da decisão agravada, não havendo qualquer menção legal de que esta tenha que ser acompanhada com o selo judicial do Tribunal respectivo.

Somado a isso, é importante que se abram necessários parênteses para destacar o fato de que a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem flexibilizando o rigor formal da imperativa necessidade de apresentação da própria certidão de intimação da decisão agravada como peça obrigatória do instrumento (vide Agravo em Resp 318.168/MA, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 06/08/2013, REsp 702.835/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 23/09/2010; AgRg no Ag 647294/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 06/06/2005, p. 194; REsp 466.349/PR, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/11/2002, DJ 10/03/2003, p. 240.)

Nesse sentido, há inequívoca tendência na jurisprudência do STJ no sentido de dispensar o rigor da apresentação da certidão de intimação da decisão agravada, acompanhada ou não dos originais do selo judicial, nos casos em que a parte agravante comprovou cabalmente a sua tempestividade por outros meios no processo.

Ora, o posicionamento do STJ estampado pelas decisões aludidas *supra*, tem como base legal o princípio da instrumentalidade das formas, preconizado pelo CPC, através dos artigos 154, 244 e 332, que confere a premissa de que o não quis o legislador transformar o processo como um fim em si mesmo, privilegiando a forma sobre o conteúdo.

É cediço que não existe no ordenamento jurídico comando que estabeleça que o julgador deva pré-conceber qualquer signo presuntivo de fraude em desfavor do agravante. Ou seja, não existe qualquer empecilho em se admitir a apresentação de cópia legível e identificável como prova cabal da autenticidade da certidão de intimação da decisão agravada e do respectivo selo judicial, principalmente, levando em

conta que os representantes signatários do recurso declararam expressamente que todas as cópias juntadas no instrumento conferem com os originais. Dentro dessa trilha de entendimento, vale citar, mais uma vez, a jurisprudência do STJ, representada pelas decisões no EREsp 179.147/SP, julgado em agosto/2000 e ratificado em junho/2003 no EREsp 450.974/RS e o AgRg no Ag 782446 RJ 2006/0125289-9.

Por pura afeição ao debate, permita-se vênia para que se apresente ao leitor uma situação hipotética. Suponha-se que a parte que deseja agravar de instrumento obtenha validamente a certidão de intimação da decisão agravada, devidamente subscrita pelo Secretário Judicial, na forma do art. 173, inciso I, do CPC. Nesse caso, a parte interessada poderá alegar que a decisão não foi devidamente intimada e, portanto, é nula. Nesse caso, o juiz deve reconhecer a nulidade da decisão e, por todos os motivos acima tecidos.

Diante da exemplificação através dessa situação extrema, porém, não difícil de ocorrer no foro, vale trazer à baila o bálsamo do princípio da razoabilidade que sempre deve temperar a acuidade do julgador.

Segundo MARIA PAULA DALLARI BUCCI (*in* O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 16, Editora RT, São Paulo, 1996, p. 173):

“O princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao direito. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito.

A invocação do princípio da razoabilidade é, portanto, um chamado à razão, para que os produtores da lei e os seus aplicadores não se desviem dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição, mesmo quando aparentemente estejam agindo nos limites da legalidade.”

(com grifo nosso)

Por fim, sem ter a pretensão de inverter a pirâmide de Kelsen, mas sim, por pura questão de metodologia, deixamos a abordagem da questão à luz da Constituição por último, para que fique ainda mais às escâncaras o despropósito jurídico da inadmissão do Agravo de Instrumento por ausência do selo judicial na certidão de intimação da decisão a ser agravada.

Afinal, é cediço que somente a União pode legislar privativamente sobre legislação processual, senão vejamos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
(com grifo nosso)

Considerando esse aspecto de assento constitucional, conclui-se não ser possível que outros entes federativos legislem concorrentemente acerca do direito processual, estabelecendo requisitos extras, principalmente através de veículos infralegais, que impliquem recrudescimento do manejo do agravo de instrumento, sob pena de quebra do pacto federativo e de inviabilização do exercício do duplo grau de jurisdição assegurados constitucionalmente.

Visando esclarecer este aspecto de índole constitucional, traz-se à lume trecho do notável Voto do Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, Relator da decisão da ADIN n. 3041, que trouxe as devidas diferenciações entre normas de organização judiciária, normas processuais em sentido estrito e normas procedimentais, a saber:

“A doutrina costuma distinguir três classes de normas processuais, a saber: (i) normas de organização judiciária, que trata principalmente dos órgãos judiciários e seus auxiliares; (ii) normas processuais em sentido estrito, que cuidam do processo como tal e atribuem poderes e deveres processuais; e (iii) normas procedimentais, que se referem ao modus operandi, ou seja, à estrutura e coordenação dos atos que compõe o processo.”

(com grifo nosso)

Considerando essa valiosa contribuição, fica cristalino que não se faz possível que os demais entes federativos estabeleçam requisitos adicionais que visem a restringir ainda mais o manejo recursal, estabelecendo novas formalidades para a formação de um instrumento, sob pena de subversão ou invasão de competência legislativa privativa da União.

Contudo, entende-se ser plenamente admissível a exigência dos precitados selos em certidões expedidos pelos serviços judiciais auxiliares da Justiça como mecanismo legítimo da competência concorrente dos Estados Membros para legislar concorrentemente em matéria tributária e custas e serviços forenses (art. 24, I e IV, CF/88).

Vistos todos os argumentos acima, busca-se uma conclusão sempre pautada pelo princípio da razoabilidade. Focada nesse espírito, a solução a ser encontrada pelos Tribunais ao se depararem com uma certidão de intimação desacompanhada do selo judicial, ou mesmo, sem o seu original, não pode ser a inadmissão sumária do Agravo de Instrumento. Afinal, pode o Tribunal se valer do intermédio da conversão do julgamento em diligência. Por esta via sensata de solução, os Tribunais poderão, sem prejudicar o recorrente, aquilatar *a posteriori* o cumprimento da exigência do recolhimento das custas dos serviços forenses.

REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 16, Editora RT, São Paulo, 1996, p. 173.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Coleção Saraiva de legislação.** 5.ed. São Paulo: 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988. Coleção Saraiva de legislação.** 5.ed. São Paulo: 2009.

JUNIOR, Freddie Didier. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais.** 8.ed., Salvador: 2010, Editora Jus Podium.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Acesso: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201300832179&pv=010000000000&tp=51>

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Acesso: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283041%2ENUME%2E+OU+3041%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o9xbrls>

TROCA DE INFORMAÇÕES ENTRE ADMINISTRAÇÕES FISCAIS ESTRANGEIRAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

Carlos Henrique Falcão de Lima²³

RESUMO: O presente artigo trata da análise da Troca de Informações entre Administrações Fiscais estrangeiras à luz do Princípio da Transparência, em função do aumento da criminalidade internacional facilitada pelo avanço da tecnologia decorrente da globalização. A troca de informações em matéria fiscal, com base no Art. 26.º da Convenção Modelo da OCDE, que é considerado o principal instrumento de atuação contra as práticas ilícitas de evasão e elisão fiscal, constitui uma importante ferramenta na prevenção e combate ao crime de lavagem de dinheiro, haja vista ser os paraísos fiscais o melhor e mais viável caminho na perpetração do branqueamento de capitais. A par disso, no Brasil, os sigilos fiscal e bancário acabam por obstaculizar a implementação de mais uma forma de cooperação internacional que poderia concorrer para uma transparência no sistema financeiro cada vez maior e para uma efetiva troca de informações entre as Administrações Fiscais.

Palavras-Chave: Troca de Informações. Lavagem de Dinheiro. Paraísos Fiscais. OCDE. Sigilo Fiscal.

ABSTRACT: This article deals with the analysis of the exchange of information between tax authorities of foreign birth Principle of Transparency, due to the increase in international crime facilitated by the advancement of technology resulting from globalization. The exchange of information in tax matters, based on Article 26.º of the OECD Model Convention, which is considered the main instrument of action against malpractices of evasion and tax avoidance is an important tool in preventing and combating crime money laundering, given the tax

23 Procurador do Estado do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Professor de Direito.

havens are the best and most feasible way to perpetrate money laundering. In addition, in Brazil, the financial secrecy ultimately hinder the implementation of another form of international cooperation that could contribute to an ever greater transparency in the financial system and for effective exchange of information between tax authorities.

Keywords: Information Exchange. Money Laundering. Tax Havens. OECD. Tax secrecy.

INTRODUÇÃO

Com a quebra das barreiras físicas proporcionadas pela Internet, um grande fluxo internacional de capitais aliado aos movimentos mundiais da globalização facilitaram o desenvolvimento de práticas ilícitas e de minimização tributária, como a lavagem de dinheiro, a especulação financeira internacional, a evasão e elisão fiscal, que juntas, inviabilizaram um trabalho de combate e prevenção de forma unilateral pelos Estados.

Dessa forma, os Estados necessitam cada vez mais de um trabalho em conjunto, de um intercâmbio internacional de informações entre órgãos de distintas administrações tributárias que possa controlar e reprimir esquemas de lavagem de dinheiro e outras formas de minimização tributária.

Para defrontar este incremento, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE elaborou, inicialmente, a Convenção Modelo contra a bitributação sobre as rendas e o capital, que serviu de paradigma para a feitura de outros acordos de cooperação sobre o assunto.

A Convenção Modelo da OCDE é um instrumento tradicional do Direito Tributário Internacional que orienta os Estados sobre os problemas ou impasses advindos da aplicação de variados sistemas tributários nacionais, os quais podem surgir e inviabilizar a finalização do tratado.

O artigo 26 da Convenção Modelo trata das trocas de informações entre as Administrações Tributárias dos países partes dos trata-

dos baseados neste modelo. É a principal modalidade de cooperação administrativa no combate às práticas de evasão e elisão fiscal. Nesse sentido, os Estados partes, baseados em tal convenção, têm o dever de trocar as informações necessárias para o cumprimento correto do mesmo, respeitando os tributos mencionados no tratado e também aqueles que não lhe sejam contrários.

Por outro lado, a globalização, o crescente aumento da migração, o incentivo ao fluxo cada vez mais maleável de capitais, a circulação monetária livre de constrangimentos institucionais por paraísos fiscais e, ainda, a expansão da internet facilitaram a internacionalização do crime, uma vez que a criminalidade organizada transnacional não respeita fronteiras, nem se limita a determinado território.

A CLÁUSULA DE TROCA DE INFORMAÇÕES FISCAIS: CONCEITOS E REQUISITOS

A troca internacional de informações em matéria tributária com base no artigo 26º da Convenção Modelo da OCDE constitui o principal mecanismo para a detecção de práticas, minimização tributária como a evasão e a elisão fiscal.

Nas palavras de Khoury (2006, p.75), a troca de informações em matéria tributária pode ser conceituada como sendo

o instrumento pelo qual as autoridades administrativas dos Estados contratantes se obrigam a fornecer informações e dados referentes às operações tributárias de determinado contribuinte a fim de aferir se o ato privativo observou as normas que o regem, respeitados os limites previstos no tratado e na ordem interna dos Estados.

No mesmo sentido, Borges, informa que a troca de informações internacionais representa “importante mecanismo de prevenção ou eliminação da evasão tributária internacional. Tal forma de cooperação internacional tem se tornado a cada dia mais necessária, considerando o número crescente de contribuintes que obtêm rendas e dispõem de capitais no exterior” (BORGES, 2000, s/p).

É com base no art. 26 da Convenção Modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico que os Estados trocam informações destinadas a evitar a dupla tributação, a prevenir a evasão tributária em matéria de impostos sobre a renda e a remessa ilegal de divisas. É a modalidade de assistência administrativa mais utilizada nas convenções que objetivam reprimir as práticas de minimização tributárias acima.

Segundo preceitua Machado (2010, p. 48), a troca de informações “visa proporcionar ao Estado solicitante condições de, internamente, efetuar o lançamento, a cobrança de créditos e a fiscalização, com base nos dados fornecidos pelo Estado solicitado”.

Dispõe o art. 26º da Convenção Modelo da OCDE:

Troca de informações

1. As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações necessárias para aplicar esta Convenção ou as leis internas dos Estados Contratantes relativas aos impostos abrangidos por esta Convenção, na medida em que a tributação nelas prevista não seja contrária a esta Convenção. A troca de informações não é restringida pelo disposto no Artigo 1º e 2º

2. Qualquer informação recebida, nos termos do parágrafo 1º, por um Estado contratante, será considerada secreta do mesmo modo que a informação obtida com base na legislação interna desse Estado, e só poderá ser comunicadas às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e autoridades administrativas) encarregadas da liquidação ou cobrança de impostos abrangidos por esta Convenção, ou dos procedimentos declarativos ou executivos relativos a esses impostos ou de decisão de recursos referentes a estes impostos. Essas pessoas ou autoridades utilizarão as informações assim obtidas apenas para os fins referidos. Essas informações poderão ser reveladas no decurso de audiências públicas de tribunais ou de sentença judicial.

3. O disposto no número 1 e 2 não poderá ser interpretado no sentido de impor a um Estado Contratante a obrigação:

- a) tomar medidas administrativas contrárias à sua legislação e à sua prática administrativa ou às do outro Estado Contratante;

- b) fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua legislação ou no âmbito da sua prática ad-

ministrativa normal ou das do outro Estado Contratante; c) transmitir informações reveladoras de segredos ou processos comerciais, industriais ou profissionais, ou informações cuja comunicação seja contrária à ordem pública.

4. Se, em conformidade com o disposto neste Artigo, forem solicitadas informações por um Estado contratante, o outro Estado Contratante utiliza os poderes de que dispõe a fim de obter as informações solicitadas, mesmo que esse outro Estado não necessite de tais informações para seus próprios fins fiscais. A obrigação constante da frase anterior está sujeita às limitações previstas no número 3, mas tais informações não devem, em caso algum, ser interpretada no sentido de permitir que um Estado Contratante se recuse a prestar tais informações pelo simples fato de estas não se revestirem de interesse para si, no respectivo âmbito interno.

5. O disposto número 3 não pode em caso algum ser interpretado no sentido de permitir que um Estado contratante se recuse a prestar informações apenas porque estas são detidas por uma instituição bancária, um outro estabelecimento financeiro, um mandatário ou por uma pessoa agindo na qualidade de agente ou fiduciário, ou porque essas informações são conexas com os direitos de propriedade de uma pessoa.

Da leitura do artigo acima, observa-se, que o interesse do instituto é, primordialmente, promover uma cooperação entre Administrações Tributárias com o fim de proporcionar uma eficiente troca de informações, a fim de evitar a ocorrência da evasão e a elisão tributária, evitando-se, assim, a perda de arrecadação das receitas tributárias, além de ser também um instrumento fundamental para ser utilizado no combate aos paraísos fiscais.

MODALIDADES DE TROCA DE INFORMAÇÕES FISCAIS

Constituindo o método mais utilizado de assistência administrativa internacional, as modalidades mais comumente utilizadas de troca de informações podem ser feitas (a) por requisição ou a pedido, (b) de forma automática e (c) espontânea.

Vale ressaltar que as autoridades administrativas dos Estados não estão rigorosamente vinculadas ao rol de modalidades proposto pela Convenção modelo da OCDE, podendo as mesmas se utilizarem de outras técnicas para efetivarem as trocas de informações, como sejam a verificação fiscal simultânea e a verificação fiscal no estrangeiro.

Troca de Informações por Requisição ou a Pedido

Trata-se do método mais comum de troca de informações. Consiste no pedido realizado pelo Estado requerente, o qual indica precisamente todos os dados e fatos concretos que pretende obter do Estado solicitante.

Nesse método de troca de informações, o Estado requerente, após esgotar todas as fontes locais de investigação, procurará buscar outras informações mais precisas e completas sobre a situação dos negócios desenvolvidos pelo contribuinte.

O Estado solicitante, ao suspeitar que as atividades desenvolvidas pelo contribuinte estejam imbuídas de fraude ou ilegalidade, ele então formula um pedido para a outra autoridade no sentido de buscar mais informações com o fim de ratificar ou afastar suas suspeitas.

Khoury (2006, p. 80) resume com muita propriedade esse método de troca de informações afirmando:

Observa-se que se trata de método importante para que a Administração Fiscal obtenha os dados concretos do contribuinte. De posse das informações, a autoridade competente pode constatar que as suspeitas acerca da ilegalidade das ações do contribuinte procedem e adotar, em seguida, as medidas legais internas pertinentes. Assim, a constituição do crédito fiscal enseja a cobrança do tributo pela Administração Fiscal. Na hipótese de o contribuinte residir no Estado requerido, este haverá de colaborar para que a cobrança do crédito seja concretizada mediante a assistência à cobrança solicitada pelo Estado requerente, que, como vimos, é modalidade de assistência administrativa prevista na Convenção multilateral sobre assistência mútua.

Portanto, na requisição de informações, o Estado solicitante ao receber os dados informativos do outro Estado, municia-se com subsídios concretos ao ponto de promover as medidas cabíveis no sentido de verificar o cumprimento das normas tributárias.

Troca Automática de Informações

Nesta segunda modalidade, as informações são repassadas de um Estado ao outro no desenvolvimento regular de suas atividades, ou seja, o intercambiamento dos dados acontece de forma rotineira e sistemática, onde os Estados pactuantes transmitem de maneira periódica informações específicas sobre a renda ou o capital de um determinado contribuinte.

Caracteriza-se também pelo fato de a troca não estar relacionada a nenhuma suspeita em relação à atividade desenvolvida pelo contribuinte. “Em regra, as informações referem-se aos pagamentos provenientes do Estado fornecedor da informação e aos impostos por este retido na fonte” (GRIZIOTTI *apud* KHOURY, 2006, p. 80).

As informações são intercambiadas pelo menos uma vez por ano, e são concernentes à mudança de residência, receita de bens imobiliárias, juros, dividendos e ganhos de capital.

Com efeito, não resta dúvida de que, nesta modalidade de troca de informações, a Administração Fiscal terá um maior controle sobre as atividades desenvolvidas pelo contribuinte, posto que a regularidade na transmissão das informações tende a intensificar e facilitar a fiscalização.

Troca de Informações Espontâneas

Esse terceiro método de troca de informações ocorre quando um Estado, independentemente de solicitação, repassa as informações ao outro Estado em decorrência do trabalho desenvolvido pela Administração Fiscal quando de suas atividades de controle e fiscalização.

Nesta modalidade, verifica-se que:

o Estado, ao tomar conhecimento de informações que presumam a redução ou a isenção de determinado imposto, ou, em ambas as situações, que possam ocasionar o aumento de imposto a ser arrecadado pelo outro Estado; ou ao obter dados referentes a transações comerciais do contribuinte que envolvam mais de uma país, podendo resultar em diminuição do imposto; ou, ainda, ao perceber a diminuição da carga tributária decorrente de transferências fictícias entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, por exemplo, deve espontaneamente informar ao Estado interessado no recolhimento e na eventual cobrança do imposto, conforme hipóteses previstas nas alíneas do art. 7º do modelo de tratado da OCDE sobre assistência mútua. (KHOURY, 2006, p. 83)

Assim, sempre que as autoridades competentes de um Estado, no desempenho de suas atividades normais de fiscalização, tiverem conhecimento de algum fato relevante que possa comprometer a higidez e o controle das obrigações tributárias de outro Estado, repassam as informações de imediato para o outro Estado, para que o mesmo tome as medidas cabíveis no resguardo da satisfação do crédito fiscal, independentemente de qualquer requisição.

A IMPORTÂNCIA DA TRANSPARÊNCIA NAS TROCAS INTERNACIONAIS DE INFORMAÇÕES FISCAIS

Não se pode mais tratar do tema troca internacional de informações entre Administrações Fiscais estrangeiras nem colocá-lo num contexto onde a transparência fiscal não prevaleça entre os Estado envolvidos.

Uma maior eficiência no intercâmbio de informações entre países é conseguida através da aplicação do princípio da transparência. Tal princípio é o sustentáculo para balizar e moldurar qualquer atividade financeira do Estado, na elaboração do orçamento, no controle de gastos, na gestão orçamentária responsável, na declaração de direitos do contribuinte, bem como no combate à corrupção.

Como consequência dessa realidade, o Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para fins fiscais, realizado em 2010 pela OCDE, estabeleceu o Termo de Referência de Transparência e Troca de Informações, o qual se destacou pelo fortalecimento e concretização do princípio da transparência e da troca efetiva de informações para fins fiscais entre os Estados.

Valadão (2011, p. 415;443) tratou do assunto quando afirmou:

Há uma tendência internacional à chamada transparência tributária internacional, que se reflete no fortalecimento do Fórum da Transparência e Troca de Informações Tributárias, criado sob a OCDE, mas que tem a participação de diversos membros não associados daquela organização, como é o caso do Brasil, que aderiu ao Fórum em setembro de 2009, na reunião no México.

...

o Fórum da Transparência Tributária constitui-se no fórum onde as direções a respeito do fortalecimento da transparência tributária serão tomadas. A troca de informações em matéria tributária, ao lado de legislação que permita acesso à verificação dos sócios e proprietários da empresa e de suas atuações é o núcleo da atuação do Fórum.

Em recente Reunião do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações, ocorrida nas Bermudas, destacou-se a importância de fornecimento de assistência técnica relacionada à transparência e troca de informações fiscais para as jurisdições dos países em desenvolvimento, como caminho para garantir que suas jurisdições possam se beneficiar com um novo ambiente mais transparente e também possa garantir a implementação de uma norma internacional com base global²⁴.

24 No Original, **STATEMENT OF OUTCOMES GLOBAL FORUM MEETING - BERMUDA, 31 MAY – 1 JUNE 2011. Technical assistance.** The Global Forum reaffirmed the importance of providing technical assistance related to transparency and exchange of information to developing countries and small jurisdictions as a means of ensuring that these jurisdictions benefit from the new transparent environment and also ensuring the implementation of the international standard on a global basis. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/50/11/48083609.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2011. p. 3.

Torres lembra que a troca internacional de informações entre os países é decorrente do princípio da transparência e se tornou importante mecanismo diante da globalização econômica, tendo como objetivos principais o combate aos paraísos fiscais e ao sigilo bancário.

Dessa forma, o intercâmbio de informações entre governos, somada à transparência em matéria fiscal, formam a base para uma competição justa e equânime numa economia global, além de ser mecanismos asseguradores de uma carga tributária adequada em relação aos contribuintes honestos, pois somente uma cooperação internacional honesta e transparente pode ser uma ferramenta eficaz na luta contra a lavagem de dinheiro.

PARAÍÇOS FISCAIS E A FACILITAÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO

Paraísos Fiscais ou “*tax heaven*” são países que oferecem a empresas, empresários, investidores, pessoas físicas ou jurídicas, um ambiente altamente descomplicado para realização de operações financeiras com baixas ou inexistentes cargas tributárias.

Pinto (2007, p. 143), procurando conceituar paraísos fiscais, afirmou:

De uma forma geral, seriam aqueles territórios que, sobre os rendimentos de não-residentes ou equiparados a residentes, impõem uma reduzida ou nula tributação e que dispõem de sigilo bancário, falta de controle de câmbio e diversas facilidades para a constituição e administração de sociedades.

Somado a esse ambiente tributário facilitado, acresce-se o sigilo fiscal e bancário, determinado por lei, ou por força do mercado local, o que gera um ambiente propício para a prática de crimes tributários, a exemplo da lavagem de dinheiro, que se utiliza de todas essas “benesses” oferecidas pelos paraísos fiscais como etapa de conversão, dissimulação e integração de dinheiro sujo.

Toda organização criminosa tem a necessidade de “lavar” ou “branquear” o capital obtido ilicitamente, reintroduzindo na economia valores, bens e direitos que foram adquiridos de maneira criminosa, e apenas através dessas manobras relacionadas à ocultação e dissimulação de capitais, conseguida através dos paraísos fiscais, consegue reinserir o dinheiro (sujo) na economia, usufruindo-o de maneira aparentemente legal.

Portanto, pode-se afirmar que são características básicas dos paraísos fiscais:

- Forte sigilo bancário;
- Isenção ou cobrança diminuta de impostos;
- Menos formalismo na instalação e criação de empresas;
- Limitada cooperação jurídica internacional.

A OCDE, O SIGILO FISCAL E OS PARAÍDOS FISCAIS

Para a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), é condição para que determinado país seja considerado paraíso fiscal não possuir transparência e mecanismos efetivos para a troca de informações.

Além disso, o fato do país não tributar ou estabelecer uma tributação que não corresponda de forma relevante com a renda, são algumas das situações que a OCDE classifica e define como países de tributação facilitada.

Outra problemática enfrentada pela OCDE com relação aos países considerados paraísos fiscais diz respeito à questão do sigilo bancário. Sob essa perspectiva, os acordos de troca de informações fiscais devem prevalecer sob legislação interna do Estado que trate de sigilo fiscal e bancário.

É inconcebível a celebração de um tratado contendo cláusulas que poderão não ser cumpridas por uma das partes, em razão de limitação legislativa interna. Os Estados, quando da elaboração de tais acordos, devem prever a entrega das informações sempre que possível na forma solicitada, com a rapidez adequada ao país solicitante. Além

disso, afirma Junqueira (2010, p. 788):

[...] a informação deve ser fornecida acerca de quaisquer pessoas ou transações, em processos de fiscalização tributária em andamento no país requerente, com ou sem repercussões criminais, desde que a informação seja formalmente requerida e visivelmente relevante para fins da administração ou para a aplicação da legislação tributária ou penal do país interessado. Legislações locais cíveis, penais ou tributárias, ou mesmo normas de conexão, não podem ser evocadas para não entrega das informações solicitadas. Apenas justificam que a informação não seja entregue: (i) o sigilo das informações acerca de patentes e segredos industriais, (ii) o sigilo das informações trocadas na relação entre advogado e cliente ou ainda (iii) a informação cuja disponibilidade seja contrária à ordem pública do país requerido.

Para Xavier²⁵ (1998, p. 565), “os preceitos que na ordem interna garantem o sigilo fiscal não podem prevalecer contra o dever de troca de informações assumido em via convencional”.

Ademais, o sigilo bancário e fiscal assegurado por alguns países não pode servir como instrumento de proteção de delitos e práticas ilícitas fiscais, seguindo, portanto, a orientação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que relativiza o sigilo bancário.

Sobre este assunto, Godoy (2011, s/p) ponderou:

Um fórum global sobre transparência e troca de informações para propósitos tributários fora engendrado no ano de 2000, a partir de propostas de alguns países membros da OCDE, com o objetivo de se combater a fraude internacional, que se desdobra a partir de paraísos fiscais. Estruturou-se definitivamente em reunião no México, em 2009. Atendia-se a pressão do G-20. Pretende-se que se tenha regime simplificado e direto para acesso a informações bancárias, por parte das autoridades fazendárias, como mecanismo indicativo de transparência negocial.

25 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 4. ed., atual. – Rio de Janeiro: Forense. 1998, p. 565.

[...]

Na maioria dos países do mundo (a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos e na Europa Continental) não há necessidade do fisco acessar informações bancárias do contribuinte mediante ordem judicial. Apenas 18 países exigem que o fisco provoque a justiça para obter informações bancárias dos contribuintes: 16 deles são paraísos fiscais.

Em publicação sobre o problema do sigilo bancário, o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, concluiu em informe publicado em 2000, que quase todos os países membros dessa Organização autorizam o acesso direto de dados bancários e fiscais pelas Administrações Fiscais dos Estados, e que

La ausencia de acceso a la información bancaria contribuye em gran parte al éxito de las técnicas de blanqueo utilizadas para ocultar el origen ilegal del dinero obtenido de forma delictiva. Estas técnicas también se utilizan para ocultar a la administración tributaria ingresos obtenidos legal e ilegalmente, lo que puede constituir, según las circunstancias, un delito em muchos países de la OCDE. (XAVIER, 2004, p.565)

É nesse contexto evolutivo que as recentes legislações devem observar e seguir. Um ambiente menos refratário, com as atuais recomendações da OCDE, exatamente no sentido de permitir o acesso a dados bancários para combater delitos fiscais, alcançando, dessa forma, altos padrões de transparência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Troca de Informações Tributárias tem fundamental importância para que a Administração Fiscal do Estado realize um controle e uma fiscalização mais eficiente e segura, de forma a impedir as práticas de minimização tributária como a evasão e a elisão fiscal, além de ser um instrumento eficaz na prevenção e repressão de ilícitos tributários.

Em nível internacional, tem extrema importância a questão dos sigilos fiscais e bancários. O ambiente apresenta intensa cooperação internacional, especialmente à luz de algumas tendências e ênfases que se tem hoje em dia, de forma que o tema do sigilo se encontra em fase de transformação, de relativização.

É preciso que nos acordos e tratados internacionais que envolvam troca de informações estejam presentes, além do mecanismo da transparência, uma maior disponibilidade de dados e o acesso aos dados por parte das autoridades fazendárias, tudo respeitando os estreitos limites de salvaguardas de sigilo.

O Brasil, apesar de não ser membro efetivo, segue as recomendações da OCDE, e a legislação brasileira e internacional caminham no sentido de combater os paraísos fiscais, e, conseqüentemente, o crime de lavagem de dinheiro, realizando uma maior troca de informações, e, ainda, relativizando o sigilo como indicativo de transparência fiscal.

REFERÊNCIAS

BORGES, Antônio de Moura. **Considerações sobre a dupla tributação internacional.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2088>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

_____. **O fornecimento de informações a administrações tributárias estrangeiras. com base na cláusula da troca de informações, prevista em tratados internacionais sobre matéria tributária.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1611>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

BRAGA, Hugo Wolovikis. **A ação internacional no combate ao crime organizado e sua influência no ordenamento jurídico-econômico brasileiro.** 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Econômico) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2006.

COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Cartilha sobre Lavagem de Dinheiro – Um Problema Mundial. Disponível em: <<https://www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/publicacoes/cartilha.htm>>. Acesso em: 15 set. 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Fisco deve ter acesso a dados do contribuinte*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-30/autorizacao-judicial-acessar-dados-banco-compromete-transparencia>>. Acesso em: 2 ago. 2011.

GRIZIOTTI, Bevenuto. **Draft convention on manual administrative in tax matters**. Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, Milano, n. 1, p. 339-399, mar., 1987.

JUNQUEIRA, Lavinha Moraes de A. Nogueira. **Paraísos Fiscais: legislação brasileira no contexto internacional**. In: VII Congresso Nacional de Direito Tributário. *Direito Tributário e os Conceitos de Direito Privado*. São Paulo: Noeses, 2010. p. 784-785.

KHOURY, Laila José Antônio. *A troca de informações e a redução da evasão e da elisão tributária internacional*. 2006. 190 f.. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Econômico) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2006.

MACHADO, Carolina de Paiva Queiroz. *As trocas de informações na experiência tributária internacional e o sigilo bancário no Brasil*. 2010. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Econômico) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2010.

PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*. São Paulo: Atlas, 2007.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (coord.). *Sigilos bancários e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. **Intercâmbio de informações tributária entre administrações estrangeiras: avanços atuais, con-**

xões com o combate à lavagem de dinheiro e o contexto brasileiro,
Revista Dialética de direito tributário, n. 96, p. 89-103, set. 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (coord.). ***Sigilos bancários e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves.*** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

XAVIER, Alberto. ***Direito tributário internacional do Brasil.*** 4. ed., atual. – Rio de Janeiro: Forense. 1998.

PARECERES

Procedência: Secretário de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana – SEDRU

Interessados: Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana – SEDRU; Copasa Serviços de Saneamento Integrado do Norte e Nordeste de Minas Gerais S/A – COPANOR; Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA/MG.

Parecer n. 15.246

Data: 2 de maio de 2013

Ementa:

APLICAÇÃO DE RECURSOS EM PROGRAMAS SOCIAIS – SANEAMENTO BÁSICO – CONSTRUÇÃO DE MÓDULOS SANITÁRIOS PARA FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA – EXIGÊNCIAS DO DECRETO ESTADUAL N. 43.635/2003 REFERENTES À PRÉVIA REGULARIZAÇÃO JURÍDICA DAS ÁREAS BENEFICIÁRIAS – LEI FEDERAL N. 11.445/2007, QUE ESTABELECE DIRETRIZES NACIONAIS PARA O SANEAMENTO BÁSICO – NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS DOCUMENTAIS CONFORME A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA (URBANÍSTICA E JURÍDICA) E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS À SAÚDE, MORADIA DIGNA E ISONOMIA.

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana encaminha ao Advogado-Geral do Estado o Of. GAB.SEC.Nº 0349/13, de 2 de abril de 2013 (Expediente n.683586), no qual formula questionamentos acerca dos documentos hábeis a comprovar a segurança da alocação de recursos públicos no âmbito de contratos de financiamentos firmados pelo Estado de Minas Gerais com o Banco de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e com o Banco do Brasil S/A.

Ao primeiro Ofício foi posteriormente acostado o Of. GAB. N° 0374/2013, de 4 de abril de 2013, que acresce outras questões à consulta vinculada no Expediente, bem como mais documentos.

Explica o ilustre Secretário que os recursos contraídos pelo Estado de Minas Gerais junto ao BNDES são da ordem de R\$1.326.389.531,69 (um bilhão, trezentos e vinte e seis milhões, trezentos e oitenta e nove mil, quinhentos e trinta e um reais e sessenta e nove centavos), recursos esses que fazem parte do Programa de Apoio ao Investimento dos Estados e Distrito Federal – PROINVESTE, Além disso, também foi firmado contrato de financiamento com o Banco do Brasil S/A no valor de R\$3.653.733.000,00 (três bilhões, seiscentos e cinquenta e três milhões, setecentos e trinta e três mil reais), sendo que ambos os recursos, pelo que se depreende da consulta em exame, “serão utilizados para as principais ações do Estado (programas estruturadores) durante os anos de 2013 e 2014”, entre as quais se incluem os seguintes projetos e processos na área de saneamento básico, a cargo da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana:

- Projeto Estratégico ‘Saneamento de Minas’ – SEDRU; R\$80 milhões (recursos provenientes do BNDES);
- Projeto Estratégicos ‘Vida no Vale’ – COPANOR; R\$150 milhões (recursos provenientes do BNDES);
- Processo Estratégico ‘Saneamento Básico – COPASA’ – COPASA: R\$3,9 MILHÕES (recursos provenientes do Banco do Brasil)”.

Os órgãos e entidades estaduais responsáveis pela execução dos recursos contraídos pelo Estado de Minas Gerais para a área do saneamento básico são a COPASA, a COPANOR e a própria SEDRU, ante a qual as duas primeiras encontram-se vinculadas, sendo de se destacar que a COPANOR – empresa subsidiária da COPASA, criada pela Lei n.16.698/2007 – tem por finalidade precípua

“atender as regiões Nordeste e Nordeste do Estado com os serviços de abastecimento de água tratada, coleta e tratamento de esgotos sanitários e construção de módulos sanitários e de serviços domésticos em todas as casas desprovidas dessas instalações”.

Em consonância com essa finalidade, resta informado na consulta que o escopo dos investimentos a serem executados pelos órgãos e entidades estaduais são ações de saneamento básico que visam a melhorar a qualidade de vida da população, com destaque para a “construção de módulos sanitários banheiros – nas causas das famílias de baixa renda”, isto porque:

“Essa ação contribui sobremaneira para evitar a proliferação de doenças, notadamente as de veiculação hídrica e ao lixo, preservando o cidadão e o meio ambiente, garantindo saúde às famílias. Para a maioria dos beneficiários, o uso do banheiro é uma novidade que gera mudança radical em seus hábitos e costumes.”

Relata-se, ainda, que todos os investimentos e ações serão executados

“após a realização de regular processo licitatório, nos termos da Lei n. 8.666/93, com a construção de módulos sanitários em residências carentes, previamente selecionadas, com a colaboração do Poder Público Municipal, em locais onde a ocupação é regular, seguido de curso de capacitação”.

Por exigência constante do “Manual de Operações de Crédito” e dos próprios órgãos financeiros repassadores dos recursos envolvidos nas ações, o consultante traz a esta Advocacia-Geral do Estado dúvidas acerca da modalidade e da forma de apresentação de “documento de propriedade/posse do terreno (autenticado)”, para exame e manifestação.

É que segundo informado na consulta, em muitos domicílios a serem abrangidos pelo Programa, “não é possível, a curto prazo, a obtenção da documentação junto aos beneficiários”, muito embora (segundo informações dos municípios envolvidos) sejam “possuidores de boa-fé, apesar de ainda não possuírem a documentação regular (Título de Domínio do Imóvel)” pois, como se esclarece, é de praxe em propriedades de baixa renda no Estado a ocupação do terreno de forma irregular, com a construção de várias moradias numa mesma área, muitas vezes com pessoas da mesma família (de pai para filho); que tais

problemas acabam comprometendo questões ligadas ao próprio saneamento básico; e que, finalmente:

“O caso em questão, se analisado sob o ponto vista estritamente legal, levaria a uma solução inadequada: deixar de fornecer ao município carente ações pontuais de saneamento básico, que visam melhorar suas condições de vida e saúde, direitos que são constitucionalmente garantidos ao cidadão”.

Assim, ciente da dificuldade em relação à apresentação dos documentos, tanto os órgãos financiadores dos Programas em questão o consulente pretendem seja dado parecer por esta Advocacia-Geral do Estado acerca da “legalidade da apresentação de outros documentos aptos a resguardar a aplicação dos recursos com segurança jurídica”, pelo que a consulta consiste objetivamente, a final, nas seguintes indagações:

“Diante do exposto e, principalmente, da impossibilidade de apresentação, em muitos casos, do documento regular de propriedade devidamente registrado, indaga-se:

- a) É possível, nos casos de atendimento a famílias carentes, através da construção de módulos sanitários, a apresentação de outros documentos que visem identificar o beneficiário/possuidor (Declaração Pública de Posse, documento emitido pela Administração Municipal etc.), respeitando-se os termos dos Contratos de Financiamento celebrados pelo Estado?
- b) É possível, no caso da implantação de poços artesianos, estações de tratamento de água, estações de tratamento de esgoto e outros equipamentos fundamentais ao Saneamento Básico, a apresentação de documentos que comprovem que o processo de regularização das áreas em andamento, seja ele via desapropriação administrativa ou judicial ou, em se tratando de terras devolutas, certidão do cartório que comprove tal situação?”

Finalmente, esclareça-se que a dúvida constante da alínea “c” da consulta em exame (obras em faixas de servidão) foi posteriormente

afastada desta manifestação, por força de esclarecimentos verbais havidos com a assessoria Jurídica da Secretaria consulente, ficando para exame específico desta Advocacia-Geral após estudos e entendimentos que serão feitos juntamente com a Procuradoria Jurídica do Instituto Estadual de Florestas – IEF/MG.

Feito este relatório, passo a opinar sobre o caso.

PARECER

Ambas as questões trazidas pelo consulente cingem-se, na verdade, a uma só dúvida: a comprovação da regularização fundiária das áreas que serão objeto de investimentos na área do saneamento básico, para famílias de baixa renda, é uma exigência *sine qua non* à execução das ações propostas nos Programas Sociais do Estado de Minas Gerais, a cargo da SEDRU?

Delimitado, assim, o problema, passo a enfrentá-lo.

O assunto em exame não é propriamente novo nesta Advocacia-Geral do Estado, que por reiteradas vezes tem-se encontrado não somente às voltas com a questão da aplicação concreta do art. 4º do Decreto n. 43.635/2013, mas ainda além, com a questão mais complexa e abrangente que envolve a aplicação de recursos pelo Estado de Minas Gerais nos casos de situações de irregularidade fundiária.

Conforme mencionado no Ofício de i. consulente, tive a oportunidade de me manifestar num outro expediente semelhante oriundo da mesma SEDRU, por meio do Parecer AGE n.15.081/2011, no qual sugeri o aperfeiçoamento do Decreto n. 43.635/2003 de modo que ele passasse a contemplar os novos instrumentos jurídicos de regularização fundiária previstos no ordenamento jurídico brasileiro, e, sobretudo, que se considerasse, nos casos de interesse social e de relevantes questões de saúde (sanitárias), o eixo interpretativo norteador dos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais à saúde e à moradia dignas. Afirmei, ainda, no mencionado Parecer, que o art. 4º do Decreto n. 43.635/2013 merecia ser atua-

lizado não somente em consonância com a concepção jurídica vigente contemporaneamente, da força normativa da Constituição, mas também por força de outras leis federais que trataram do assunto posteriormente ao seu advento, em 2003.

É que no que toca da ocupação para fins de moradia no Brasil, assistimos a constantes mudanças não somente legislativas como também jurisprudenciais e doutrinárias, no plano da interpretação dos conceitos jurídicos de posse e de propriedade. Tais conceitos, tradicionalmente interpretados sob a ótica exclusiva da legislação civilista, vêm sofrendo profundas **ressemantizações** na dogmática jurídica, sobretudo no sentido de se criarem mecanismos e instrumentos para dar dignidade e efetividade social concreta à situação possessória, especialmente diante da contratação irreversível da dimensão exorbitante da irregularidade fundiária no Brasil.

No entanto, o art. 4º do Decreto n.43.635/2003 poucos ajustes sofreu no tocante à questão em tela, muito embora haja notícia de que estão em cursos estudos de um Grupo de Trabalho junto à Secretaria de Estado de Casa Civil e Relações Institucionais – SECCRI – visando apontar sugestões normativas para o aperfeiçoamento do referido texto.

Somente a servir de exemplo, verifica-se que as regras contidas no art. 4º do Decreto n. 43.635/2013 denotam, grosso modo, o entendimento da posse como situação de exceção, como se vê, *in verbis*, com destaque para o *caput*:

“Art. 4º O convênio que tiver por objeto a execução de obras e benfeitorias deverá ser acompanhado de certidão de registro de imóvel, do cartório competente, **que com-prova a sua propriedade.**

§ 1º Poderão ser apresentados alternativamente à certidão de registro de imóvel, por interesse público e social, os seguintes documentos:

1 – Comprovação de posse através de escritura pública de doação, compra e venda, concessão de direito real de uso pelo período mínimo de 10 (dez) anos, desapropriação mediante acordo extrajudicial, lavrada em Cartório, com cláusula de imissão imediata na posse;

II – Comprovação de ocupação regular do imóvel:

- a) em área desapropriada por Estado, por Município ou pela União, com sentença transitada em julgado no processo de desapropriação:
 - 1. quando o processo de desapropriação não estiver concluído, será permitida a comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do imóvel via Termo de Imissão Provisória de Posse ou alvará do juiz da vara onde o processo estiver tramitando, admitindo-se, ainda, caso esses documentos não hajam sido emitidos, a apresentação de cópia da publicação, na imprensa oficial, do decreto de desapropriação e do Registro Geral de Imóveis/RGI do imóvel, acompanhado do acordo extrajudicial firmado com o expropriado;
- b) em área devoluta, atualizada ao ente municipal por meio de decreto do governador do Estado ou documento formal do poder executivo federal:
 - 1. quando se tratar de terra devoluta do Estado de Minas Gerais será aceito como comprovante, caso o Decreto ainda não tenha sido assinado pelo Governador cópia do extrato do Convênio celebrado entre a prefeitura e o Instituto de Terras do Estado de Minas Gerais-ITER;
- c) recebido em doação:
 - 2. termo de doação, ou instrumento equivalente, da União, do Estado, do Município, já aprovado em lei, conforme o caso, e, se necessária, inclusive quando o processo de registro de titularidade do imóvel ainda se encontrar em transite;
 - 3. promessa formal de doação irrevogável e irretroatável e irrevogável, registrado em cartório de pessoa física ou jurídica, inclusive quando o processo de registro de titularidade do imóvel ainda se encontrar em trâmite;
- d) pertencente a outro entre público que não o proponente, desde que a intervenção esteja autorizada pelo proprietário;
- e) tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, ou Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico – IEPHA desde que haja aquiescência do Instituto;

III – contrato ou compromisso irretratável de constituição de direito real sobre o imóvel na forma de cessão de uso, permissão de uso, comodato, concessão de uso, concessão de uso especial pelo período mínimo de 10 (dez) anos; ou

IV – comprovação de ocupação da área:

a) por comunidade remanescente de quilombos, certificada nos termos do § 4º do art 3º do Decreto Federal nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, pelo seguinte documento:

1. ato administrativo que reconhece os limites da área ocupada pela comunidade remanescente de quilombo, expedido pelo órgão do ente federativo responsável pela sua titulação; ou

2. declaração de órgão, de quaisquer dos entes federativos, responsável pelo ordenamento territorial ou realização fundiária, de que a área objeto onde será executada a obra e/ou reforma é ocupada por comunidade remanescente de quilombo, caso não tenha sido expedido o ato de que trata a alínea anterior;

b) por comunidade indígena, mediante documento expedido pela Fundação Nacional do Índio- FUNAI

§ 2º Os documentos que tratam os incisos I e III deverão vir acompanhados do registro do imóvel emitido nos últimos 12 (doze) meses.

§ 3º A apresentação dos documentos constantes no inciso I, no item 1 da alínea “a” e nos itens 1 e 2 da “c” do inciso II deverá vir acompanhado de Declaração do Prefeito Municipal ou do Titular da entidade para a qual tenha sido transferido recurso mediante convênio, na qual se comprometerá a regularizar a documentação do imóvel.

§ 4º Durante o período de execução da obra e/ou reforma, o órgão ou a entidade concedente é responsável pelo exame da regularidade da documentação de que trata o §3º.

§ 5º O recurso deverá ser devolvido, corrigido monetariamente, caso não se comprove a regularização da documentação do imóvel até o final da vigência do Convênio, sob pena de incorrer as sanções legais cabíveis.

(artigo 4º com redação dada pelos Decretos n. 44.339, de 29 de março de 2010 e 45.390, de 8 de junho de 2010.

Além da posse e sua comprovação serem exceções, verifica-se que o § 3º do art. 4º Decreto n. 43.635/2003 deixa entrever que, segundo o espírito da norma, os documentos comprobatórios de posse ali previstos seriam irregulares, como se interpreta da cumulativa exigência prevista no citado parágrafo:

“§ 3º A apresentação dos documentos constantes no inciso I, no item 1 da alínea “a” e nos itens 1 e 2 da alínea “c” do inciso II deverá vir acompanhado de Declaração do Prefeito Municipal ou do Titular da entidade para a qual tenha sido transferido recurso mediante convênio, na qual se comprometerá a regularizar a documentação do imóvel.”

Portanto, resta claro que o art. 4º do Decreto n. 43.635/2003 dispõe de maneira confusa e retalhada acerca das possibilidades previstas no ordenamento jurídico nacional de se comprovar a regularidade jurídica das situações fundiárias, que tanto pode se dar pela via proprietária (certidão de registro do imóvel) quanto pela via possessória (certidões de regular ocupação possessória, mediante diversos instrumentos jurídicos: instrumentos jurídicos: cessão de uso, concessão de uso especial para fins de moradia, concessão de direito real de uso, comodato, legitimação da posse, entre outros).

Lembrando o ensinamento de José de Oliveira Ascensão (A tipicidade dos direitos reais, Lisboa, Petrony, 1968, p. 13), o jurista **Francisco Eduardo Loureiro** cita que se considera que o direito das coisas esteja em crise, em razão do declínio de um sistema de normas que se assentava na preponderância da propriedade imóvel e conclui o seguinte:

“O Código Civil de 2002, na seara do direito das coisas, tem a difícil tarefa de fazer valer normas operativas, que dêem concretude à função social da propriedade e dos demais direitos reais. A efetiva mudança não é de regras pontuais, como a criação do novo direito real de enfiteuse, mas de mentalidade, sobretudo a de encarar o

principal direito real – o de propriedade – como um mero centros de interesses, ao qual podem ser opostos outros centros de interesses não –proprietários, sem que haja necessariamente a supremacia do primeiro”. (In: “Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência”, coord. Ministro Cezar Peluso, 3ª Ed., Barueri, SP: Manoel, 2009, p. 1.097).

Nesse sentido, os princípios fundamentais trazidos pela Constituição de 1988 impuseram toda uma revisão hermenêutica de tradicionais conceitos jurídicos antes tidos como restritos à esfera civilista, como são exemplos os princípios da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF) e da posse, que impõem um uso conforme ao interesse público e social mais amplo. Tal entendimento, por certo, irradia efeitos nas situações concretas e na necessidade de se pensar – e prever – mecanismos e instrumentos jurídicos para a promoção de programas de regularização fundiária, entre outros senão vejamos.

I) EVOLUÇÃO NORMATIVA PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988: O ESTATUTO DA CIDADE, A LEI DE DIRETRIZES NACIONAIS DO SANEAMENTO BÁSICO, A LEI DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA

Sabe-se que com a crescente **despatrimonialização** do direito civil e a absorção dos valores constitucionais pela legislação civil, a pessoa humana concretamente considerada é que passa ao centro do ordenamento jurídico. Com isso, a proteção à dignidade humana também possa a ser o valor e o objetivo preponderante, em última análise, da norma jurídica, o que acaba por potencializar ações concretas destinadas à diminuição da pobreza, em resgate da cidadania plena e em afirmação de outros direitos sociais.

A par de estabelecer o direito à saúde como direito fundamental social (art. 6º, caput), a Constituição de 1988 inseriu-o, ainda, no conceito de “dignidade humana”, princípio basilar da República, previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, pois não há que se

falar em dignidade se não houver condições mínimas de garantia da saúde do indivíduo.

Assim, a saúde não somente é elemento indispensável à dignidade humana quanto a própria **vida** – tutelada no caput do artigo 5º da Constituição, que preconiza a inviolabilidade do direito à vida, o mais fundamental dos direitos.

Vale destacar também o que diz o art. 196, da Constituição, ao relacionar diretamente a proteção do direito à saúde com a garantia de medidas sociais voltadas para a redução de riscos de doença (como é o caso das políticas na área do saneamento básico para famílias de baixa renda):

“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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Como deixa explícito o dispositivo constitucional acima transcrito, o direito à saúde é **dever** do Estado, regido pelos princípios da **universalidade** (acesso universal) e da **isonomia** (acesso igualitário), aliás, como reiteradas vezes preconizou o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, como o que se transcreve a seguir:

“ O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço”.

(AI 734.487-AgR, Rel.Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.)

Vide: RE 436.996-AgR, Rel **Min. Celso de Mello**, julgamento em 22-11-2005, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006; RE 271.286-AgR, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 1-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.

No âmbito da competência comum dos entes federados, o artigo 23 prevê a iniciativa de cuidados para com a saúde e assistência pública, sendo, portanto, dever da União, Estados, Distrito Federal e Municípios zelarem pela saúde da população, valendo ressaltar, ainda, o que dispõe o inciso IX do referido artigo:

“Art. 23 É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;”

Na esteira desses preceitos constitucionais, a Lei n. 11.445/07 veio dispor sobre as **diretrizes nacionais do saneamento básico**, donde vale destacar as normas contidas em seu art. 2º, que contém os princípios fundamentais das políticas de saneamento, entre os quais destaco (em negrito):

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I-universalização do acesso;

II – abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas águas pluviais adequados à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

IV- disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança de vida e do patrimônio público e privado;

V- adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI – articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de

promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para, para as quais o saneamento básico seja fator determinante; (grifei) (...)”.

De fato, consoante dispõe o inciso VI do art. 2º da Lei n. 11.445/2007, não há dúvida de que o saneamento básico é fator determinante para o pleno desenvolvimento e êxito de qualquer política de desenvolvimento urbano e regional de combate à pobreza e de sua erradicação, de promoção de saúde e de qualquer outra política de “relevante interesse social voltada para a melhoria da qualidade de vida”.

A palavra-chave, portanto, é articulação entre as políticas sociais voltadas para a melhoria da qualidade de vida humana e da saúde.

Nesse sentido, ao regulamentar o princípio da função social da propriedade previsto no art. 5º, XXIII da Constituição, a Lei n. 10.257/2001 – o Estatuto da Cidade – também tratou da regularização fundiária de uma maneira juridicamente contemporânea, harmonizada com os princípios fundamentais constitucionais, pelo que se pode afirmar, em grossa síntese, que o Estatuto da Cidade consolidou quatro marcos jurídicos no ordenamento brasileiro: a noção de função social da propriedade, a gestão democrática da cidade, os instrumentos jurídico-urbanísticos para a gestão do solo urbano e, sobretudo – é o que nos interessa aqui –, o direito de permanência dos ocupantes de terras para fins de moradia em assentamentos irregulares, assegurando-lhes novos mecanismos de tutela para seus direitos possessórios.

A natureza de fundamentalidade do próprio **direito à cidade** é correlata do desenvolvimento urbano ordenado e ecologicamente equilibrado (previsto no caput do art. 182 da Constituição), que, por sua vez, guarda correspondência com a afirmação do princípio da **função social da propriedade** como condição para a concretização da **dignidade da pessoa humana**, valendo citar como são compreendidos esses direitos a teor do inciso I do art. 2º do Estatuto da Cidade:

“ direito à terra urbana, à moradia, ao **saneamento ambiental**, à infra-estrutura urbana, e aos serviços públicos ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”(grife)

Também o mesmo art. 2º do Estatuto da Cidade prevê o imperativo da **regularização fundiária** entre as diretrizes gerais da política urbana:

A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
(...)

XIV – regularização fundiária e reurbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

Neste ponto, torna-se fundamental esclarecer em que consiste essa idéia de **regularização fundiária** que, afinal, no caso concreto em exame, tem ganhado nuances de dificuldade, de entrave mesmo à plena consecução de programas sociais voltados para o saneamento básico.

A despeito de dispor sobre o **Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, a Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009**, afigura-se como uma verdadeira **norma geral de regularização fundiária** ao estabelecer não somente novos instrumentos jurídicos para regularização fundiária, como também o que se entende por tal política, vale dizer, o seu conceito legal que extrapola a noção de simples “regularidade jurídica da área”, como se vê:

“Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas **jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais** que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.” (grifei)

Resta claro, portanto, que a regularização jurídica não pode ser vista como impeditivo às intervenções sociais e urbanísticas, nem tampouco pode colocar-se como obstáculo à garantia do direito à moradia digna, que pressupõe o saneamento básico.

As políticas e os instrumentos de regularização fundiária nascem como um imperativo ético e jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana e devem compreender duas dimensões para que de fato a moradia seja digna:

- a) a dimensão da urbanização efetiva, com melhoria das condições de vida da moradia, com **implantação ou expansão de infra-estrutura sanitária**, elétrica, hidráulica, pavimentação e alargamento de ruas, construções de áreas de lazer etc.;
- b) **a dimensão da titulação jurídica dos lotes**, visando a promover a segurança da posse dos moradores, de modo que possam usufruir plenamente os direitos de moradia sem o risco da remoção involuntária.

Essas duas dimensões devem andar juntas, e não ser interpretadas equivocadamente de maneira a se tornarem excludentes.

Nesse sentido, vale ainda destacar o que preceitua o parágrafo único art. 55 da Lei n. 11.977/2009 (PMCMV), que vai bem ao encontro desse raciocínio ao descolar a dimensão da regularização estritamente jurídica da dimensão da regularização urbanística, ou seja da implementação de medidas de melhoria das condições básicas de vida independente da regularidade jurídica das ocupações:

Art. 55. Na regularização fundiária de interesse social, caberá ao poder público, diretamente ou por meio de seus concessionários ou permissionários de serviços públicos, a implantação do sistema viário e da infraestrutura básica, previstos no § 6o do art. 2o da Lei no 6.766, de 19 de dezembro de 1979, ainda que promovida pelos legitimados previstos nos incisos I e II do art. 50 .

Parágrafo único. A realização de obras de implantação de infraestrutura básica e de equipamentos comunitários pelo poder público, bem como sua manutenção, pode ser realizada mesmo antes de concluída a regularização jurídica das situações dominiais dos imóveis

II) REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL A MELHORIAS EM INFRAESTRUTURA BÁSICA E TITULAÇÃO JURÍDICA

Pelo que resta informado do Expediente em exame, nas ações e programas a serem desenvolvidos sob a tutela hierárquica da Secretaria consulente, a irregularidade fundiária é mais regra que exceção.

No mesmo passo, exigir-se a conclusão – dos sempre complexos, dispendiosos e morosos – dos respectivos processos de regularização fundiária para, em sequência, fazer-se o aporte de recursos para melhoria das situações de habitabilidade e saúde nos terrenos, é o mesmo que continuar condenando parcela significativa da população beneficiária à privação do direito fundamental à saúde, no mínimo.

É que de acordo com a Comunicação Externa n.º 138/2012 – PRE (anexa ao expediente) dirigida pelo Presidente da COPANOR a Dr.^a Adrienne Lage de Resende, Procuradora Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, Meio Ambiente e Apoio ao Interior desta AGE, há uma relação direta entre o acesso ao saneamento básico e o índice de Desenvolvimento Humano – IDH, nas diversas regiões do Estado de Minas Gerais, com nítido decréscimo para as áreas do norte e nordeste, justamente as atendidas pela COPANOR.

Além disso, os indicadores epidemiológicos oriundos da Secretaria de Estado de Saúde (também trazidos pela referida Comunicação Externa da COPANOR) demonstram a curva ascendente das taxas de mortalidade infantil nas áreas carentes de saneamento básico no Estado, notadamente aquelas sob a atuação da COPANAR (municípios, distritos, comunidades e povoados com população entre 200 e 5.000 habitantes) que justamente por razões, tem entre seus principais objetivos:

- “ - Eliminação das doenças provocadas pela falta de saneamento como diarreia e infecções parasitárias que prejudicam a aprendizagem das crianças;
- Aumento superior a 2% na produtividade conforme já verificado com países em desenvolvimento;
- Redução da pobreza e da subnutrição;

Redução dos gastos com saúde pelo poder público – para cada R\$ 1,00 aplicado em saneamento economiza-se, no mínimo, R\$ 4,00 em gastos com saúde.”

Sendo certo que o saneamento básico é uma das dimensões da regularização fundiária (repita-se, que não se cinge à regularização da titulação jurídica) por justiça e equidade os módulos sanitários não podem deixar de ser fornecidos às famílias de baixa renda mencionadas somente por não se enquadrarem no seletivo contingente de moradias tituladas no país.

Fere os princípios elementares da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade imaginar, num raciocínio absurdo, que uma pessoa humana necessite ostentar um título regular de propriedade para ter direito a condições mínimas de saúde e vida digna (um banheiro em casa, no caso).

Lado outro, por se tratar de alocação de recursos públicos, há que se considerar como razoável o entendimento de que, na ausência do título de propriedade, a posse deverá ser justa, mansa e pacífica, a teor do que dispõem os arts. 1.196 e seguintes do Código Civil, em consonância com o princípio da função social da posse, sem dúvida chave de acesso ao chamado “**mínimo existencial**” para a vida humana digna.

Vale registrar que a dúvida colocada na consulta em exame vem repercutindo também no plano federal, em situações semelhantes envolvendo a execução de programas sociais – com dispêndio de recursos públicos – pela União, especialmente quando o beneficiário de tais programas não detém título regular de ocupação fundiária.

Como exemplo, cita-se uma discussão recente envolvendo o Programa Luz para Todos do Governo Federal, em que o Ministério Público Federal tem defendido enfaticamente a tese de que a regularização fundiária de uma área não pode ser obstáculo à implementação de um direito fundamental, seja moradia digna ou de saúde, por implicar em discriminação e afronta ao princípio da isonomia.

Em Ação Civil Pública proposta pela Procuradoria da República no Estado do Amazonas (distribuída por dependência ao Processo n.º

12686-42.2012.4.01.3200), embora considerado o interesse das comunidades na regularização fundiária, asseverou-se que esta não poderia “*ser imposta por meio do impedimento ao acesso a serviços públicos essenciais.*”

No caso em litígio, o Exército Brasileiro reivindicava a titularidade das terras ocupadas pelas famílias que seriam abrangidas pelo Programa Luz para todos e condicionava a aquiescência à implantação do programa mediante a assinatura de um contrato de Concessão de Direito Real de Uso pelos ocupantes, visando assim a regularização jurídica da área.

Embora essa e outras ações semelhantes não tenham chegado a um termo final nos Tribunais, certo é que todas elas vão ao encontro do entendimento manifestado neste Parecer, qual seja, o de que o princípio da isonomia resta violado caso se imponha uma exigência a curto prazo inalcançável para os indivíduos fazerem jus aos benefícios de um programa social voltado para o saneamento básico, pelo que vale relembrar a lição de Celso Antonio Bandeira de Melo:

“(...) o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais. E, por fim, consoante averbado insistentemente, cumpre ademais que a diferença do regime legal esteja correlacionada com a diferença que se tomou em conta” (Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3ª ed., 12ª tir., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 35).

Nesse sentido, e voltando-se à questão das exigências previstas no art. 4º do Decreto 43.635/2003, impõe-se uma interpretação conforme a Constituição, com vistas à concretização dos direitos fundamentais sociais de saúde e moradia digna, mediante os programas sociais de saneamento básicos previstos pelo Consulente, com afastamento das regras que restrinjam a eficácia de tais direitos – *ex vi*, a comprovação prévia da regularidade jurídica da área.

De acordo com essa interpretação conforme a Constituição, mesmo nos casos em que os recursos envolvidos nos Programas Sociais em exame sejam aplicados na modalidade de execução direta, sem convênios de saída (ou seja afastadas as exigências do art. 4º do Decreto n.º 43.635/03) ainda assim há que se privilegiar a concretização dos direitos fundamentais de saúde e de moradia digna, com saneamento básico, em detrimento da prévia regularidade jurídica da área beneficiária.

III) REQUISITOS PREVISTOS NA LEI DAS DIRETRIZES NACIONAIS DO SANEAMENTO BÁSICO E OS PROGRAMAS SOCIAIS DO ESTADO CORRELATOS

Em primeiro lugar, registra-se não haver qualquer previsão de requisito relacionado à regularidade jurídica da área beneficiária por programas de saneamento básico na Lei das Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico, a Lei n.º 11.445/2007. Do mesmo modo, também não encontramos nenhuma exigência semelhante nos Programas Sociais Estaduais correlatos, quais sejam, o “**Saneamento Básico Mais Saúde para Todos**” (regulamentado pelo Decreto n.º 45.864, de 29 de dezembro de 2011) e o “**Vida no Vale**”.

A propósito, vale notar que o escopo desses programas encontra-se nitidamente alinhado com os princípios fundamentais previstos na Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico, já examinado aqui como se vê:

Definição de modelo institucional e dos mecanismos de gestão e financiamento do projeto Vida no Vale, alinhados ao marco regulatório da Lei Federal n.º 11.445/07.

Implantação de novo modelo de prestação de serviço de saneamento que considere:

- A universalização plena dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário para 1.3 Milhão de pessoas na região de piores indicadores sociais e de saúde;
- a responsabilidade do poder público em viabilizar recursos em regiões onde a receita tarifária não financia os custos de investimento;
- estrutura tarifária flexível que garanta o direito à água,

- a cobertura dos custos operacionais e a capacidade de pagamento da população;
- a transparência e o controle social na implantação e gestão do modelo;
- a preservação do valor de mercado e dos recursos humanos da empresa estadual de saneamento;
- a eficiência organizacional e a inovação tecnológica;
- complementaridade com ações de saúde preventiva, irrigação, resíduos sólidos, habitação e eficientização energética

Além disso, a justificativa dos programas sociais em exame, especialmente o “**vida no vale**” é clara em explicitar que o déficit de acesso ao saneamento nas regiões do Jequitinhonha/ Mucuri, do norte e do nordeste de Minas é grande, sendo a situação do esgotamento sanitário ainda mais dramática porque “além das desigualdades regionais, a grande maioria dos municípios do Estado possui taxas de atendimento inferiores a 60%, pelo que

torna-se imprescindível avançar na universalização do saneamento básico no Estado, buscando reduzir as desigualdades e melhorar a saúde da população”.

Assim exigir-se regular comprovação fundiária de área sujeita ao benefício advindo de programa social de saneamento básico é ir além do que o marco regulatório nacional que disciplina a matéria estabelece, pelo que vale lembrar a tradicional regra de hermenêutica segundo a qual “onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo (Ubi Lex non distinguit nec nos distinguere debemus), ainda mais quando em jogo a restrição da eficácia dos direitos fundamentais.

Na lição de **Carlos Maximiliano**, em sua clássica obra “Hermenêutica e aplicação do direito” que calha ao caso em exame,

Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras, cumpra a norma tal

qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas” (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 5ª Ed 1951).

Finalmente, seja considerando-se que o art. 4º do decreto n. 43.635/2003 incide sobre algumas das ações previstas nos programas sociais a cargo da SEDRU, seja considerando-se o seu afastamento (em virtude de execução direta de recursos) , seja considerando-se, ainda, que a Lei da Diretrizes nacionais do saneamento básico não traz qualquer regra atinente à necessidade da prévia regularização jurídica para que uma área receba benefícios de programa sociais de saneamento, fato é que deve se adotar, no caso um interpretação conforme a constituição, o que impõe, no de **Gustavo Binenbojm**,

A ligação direta da administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem (...)

E é o mesmo autor, em sua já paradigmática obra “Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização” que complementa, encerrando outras dúvidas:

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. (...).

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos 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 esta 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 a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra *legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado democrático de direito. A filtragem constitucional do direito administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional. Em tempos de deslegalização e proliferação de autoridades administrativas, sobreleva a importância dos princípios e regras constitucionais na densificação do ambiente decisório do administrador e amenização dos riscos próprios da normatização burocrática." (Op. Cit., 2ª Ed. Renovar, 2008, PP 36-38-Grifei).

CONCLUSÃO

Pelas razões expostas até aqui, concluo que:

1 – o saneamento básico é um direito fundamental correlato ao direito à saúde, e como tal deve ser concretizado sem discriminação de qualquer espécie, em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia, proporcionalidade e razoabilidade;

2 – a regularização fundiária não se restringe à “regularidade dominial” ou regularidade jurídica”; ao contrário, compreende também a dimensão da “regularidade urbanística”, onde se inclui qualquer melhoria essencial para a vida em condições dignas de habita-

bilidade, *ex vi* da construção de módulos sanitários e outras ações de saneamento básico;

3 – a regularização jurídica de área beneficiária de programa social não pode ser exigida como condição prévia de comprovação da titularidade fundiária, para o acesso a serviços públicos essenciais para famílias de baixa renda, porto que exorbita as próprias diretrizes nacionais do saneamento básico previstas na Lei n.º 11.445/2007;

4 - o Decreto Estadual n.º 43.635/2003 precisa ser revisado em seu art. 4º, de modo que passe a ter normativa consoante à orientação legislativa, doutrinária e jurisprudencial contemporânea;

5 – ainda no caso de incidência do Decreto Estadual n.º 43.635/2003, seja o cronograma de execução do convênio compatível com o prazo real necessário para a conclusão de processos de regularização por parte do convenente, levando-se em conta a sua complexidade;

6 – até que seja revisto o art. 4º do Decreto n.º 43.635/2003, e em se tratando de casos de implantação de Programas Sociais no âmbito estadual, de nítido **interesse social** sejam os seus dispositivos interpretados de acordo com a fundamentação posta no corpo deste Parecer.

Finalmente, opino no sentido de que as duas questões trazidas pelo i. consulente devem ser respondidas de modo afirmativo, ou seja, entendendo-se consoante à juridicidade as possibilidades de apresentação de documentos alternativos aos de titularidade fundiária regular, por parte dos beneficiários dos Programas Sociais aqui examinados, seja por via do documento ali cogitado emitido pela Administração Municipal (Declaração Pública de Posse justa, mansa e pacífica), seja mediante documento que comprove que está em curso processo de regularização jurídica das áreas beneficiárias (forte no art. 55 da Lei n.º 11977/2009, afora a incidência direta dos direitos sociais fundamentais, no caso).

É como penso. *Sub censura.*

Belo Horizonte, 30 de abril de 2013

Liana Portilho Mattos
Procuradora do Estado

Processo n.º 507/2007 - PGE

OFÍCIO n.º 149/2007-DPGE

Requerente: Defensora Pública-Geral do Estado

Assunto: Solicitação de parecer acerca da implantação da autonomia financeira da Defensoria Pública do Estado do Maranhão

PARECER N.º 800/2007/PGE/MA

Trata-se de ofício da Defensora Pública-Geral do Estado encaminhando requerimento acerca da implantação da autonomia financeira da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, para análise e manifestação desta Procuradoria.

Destaca a requerente que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3569, proposta pelo Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores Brasileiro – PTB, impugnando dispositivo de lei estadual que vinculava a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco à Secretaria de Justiça daquele Estado, declarou a eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma constitucional que conferiu autonomia às Defensorias Públicas Estaduais.

Sustenta que, em virtude da mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, os pareceres referentes aos projetos de adequação da Constituição Estadual e da Lei Complementar n.º 19/94 à EC n.º 45/04, emitidos pela Procuradoria Geral do Estado e pela Secretaria de Justiça e Cidadania, já se encontram superados, no ponto em que consideram imprescindível uma adequação da constituição estadual e demais leis infraconstitucionais para a efetivação da autonomia da Defensoria Pública.

Aduz, ainda, que a Lei Estadual n.º 8.559, de 28 de dezembro de 2006, em seu art. 17, § 1º, encontra-se eivada de inconstitucionalidade, pois *“manteve a subordinação funcional e administrativa da Defensoria Pública à Governadoria, desconhecendo a sua autonomia funcional, administrativa e financeira, situação que perdura até a presente data”* (fl. 04).

Por fim, requer: a) a desvinculação da Defensoria Pública da Governadoria; b) a participação da defensoria Pública nas reuniões de discussão do Plano Plurianual; c) o reconhecimento, no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, da Defensoria Pública como unidade orçamentária autônoma; d) o acesso aos estudos e estimativas de receitas, para possibilitar a elaboração da proposta orçamentária; e) a elaboração e o envio de proposta orçamentária própria, com a previsão de orçamento autônomo.

É o relatório. Passa-se a opinar.

A autonomia administrativa, funcional, financeira e orçamentária da Defensoria Pública dos Estados já foi objeto dos seguintes Pareceres desta Procuradoria: 713/2006, 735/2006, 122/2007/PGE/MA. Neles, a nossa manifestação foi no sentido de que, para dar plena efetividade às disposições constitucionais trazidas pela Emenda Constitucional n.º 45, era imprescindível a alteração da Constituição Estadual e da Lei Complementar n.º 19/94, implementando a autonomia da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, e, só após essas mudanças, poderia a Defensoria elaborar sua proposta orçamentária.

Como bem mencionado pela requerente, *“embora houvesse, desde o advento da Emenda Constitucional 45/04, entendimento majoritário na doutrina nacional de que a autonomia conferida às Defensorias Públicas Estaduais é auto-aplicável, optou-se pelo seguimento dos trâmites acima narrados, em virtude de que, à época, não havia consenso sobre a questão”* (fl. 04).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3569, proposta pelo Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores Brasileiro – PTB, impugnando dispositivo de lei estadual que vinculava a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco à Secretaria de Justiça daquele Estado, declarou a eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma constitucional que conferiu autonomia às Defensorias Públicas Estaduais, nos seguintes termos:

Ação direta de inconstitucionalidade: art. 2º, inciso IV, alínea c, da L. est. 12.755, de 22 de março de 2005, do Estado de Pernambuco, que estabelece a vinculação da

Defensoria Pública estadual à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos: violação do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, com a redação da EC 45/04: inconstitucionalidade declarada. **A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a proposição de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da Constituição Federal pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos.** Defensoria Pública: vinculação à Secretaria de Justiça, por força da LC est (PE) 20/98: revogação, dada a incompatibilidade com o novo texto constitucional. É da jurisprudência do Supremo Tribunal — malgrado o dissenso do Relator — que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve em mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. O mesmo raciocínio é aplicado quando, por força de emenda à Constituição, a lei ordinária ou complementar anterior se torna incompatível com o texto constitucional modificado: precedentes. (ADI 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-4-07, DJ de 11-5-07). (Grifamos).

A decisão supracitada produz eficácia contra todos e efeito vinculante, conforme preceitua o § 2º do art. 102 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 102. *Omissis*.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Dessa forma, mesmo se referindo a decisão do Supremo à lei estadual, esta vincula a Administração de outros Estados. Nesse sentido, a Doutora Regina Maria Macedo Nery Ferrari, citando Clèmerson Clève, leciona:

Clèmerson Clève observa que o efeito mais importante da adoção da força vinculante das decisões que realizam o controle de constitucionalidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal, *[sic]* é o que permite obstar a sua reedição, “ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal”, posto que “tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato”, acarretando, também a impossibilidade de aplicação, em um Estado da Federação, de lei de igual conteúdo ao da de outro Estado, que já foi, por nossa Suprema Corte, considerada como inconstitucional, isto é, a decisão “alcança os atos normativos de igual conteúdo daquela que deu origem a ela, mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos com inconstitucionais”. (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 237-238).

Na esteira desse entendimento, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, afirmando que a concepção de *efeito vinculante* está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no § 31, (2), da Lei orgânica da Corte Constitucional, recorrem à literatura alemã para explicitar o significado efetivo do instituto:

Segundo a doutrina dominante, são as seguintes as conseqüências do efeito vinculante para os não-partícipes do processo:

“(1) ainda que não tenham integrado o processo os órgãos constitucionais estão obrigados, na medida de suas responsabilidades e atribuições, a tomar as necessárias providências para o desfazimento do estado de ilegitimidade;

(2) assim, declarada a inconstitucionalidade de uma lei estadual, ficam os órgãos constitucionais de outros Estados, no quais vigem leis de teor idêntico, obrigados a revogar ou modificar os referidos textos legislativos;

(3) também os órgãos não partícipes do processo ficam obrigados a observar, nos limites de sua atribuições, a decisão proferida, sendo-lhes vedado adotar conduta ou praticar ato de teor semelhante àquele declarado inconstitucional pelo *Bundesverfassungsgericht* [...]. (*Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 341-342).

Destarte, não há como afastar, no âmbito do Estado do Maranhão, a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal declarando que a norma constitucional que conferiu autonomia às Defensorias Públicas Estaduais possui eficácia plena e aplicabilidade imediata. Sobre esta classificação das normas constitucionais, Maria Helena Diniz define as de eficácia plena como aquelas que

“são plenamente eficazes..., desde a sua entrada em vigor, para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade de produção imediata dos efeitos previstos, **já que**, apesar de suscetíveis de emenda, **não requerem normação subconstitucional subsequente. Podem ser imediatamente aplicadas.**”
(*Apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 08). (Grifamos).

Desse modo, uma vez que a norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º da Constituição Federal não necessita de outro regramento para sua aplicação, assiste razão à requerente quando alega que já se encontra superado o entendimento firmado nos pareceres anteriores desta Procuradoria, no ponto em que consideram imprescindível uma adequação da Constituição Estadual e da Lei Complementar n.º 19/94 para dar plena efetividade às disposições constitucionais trazidas pela Emenda Constitucional n.º 45/04.

Diante do exposto acima, o § 1º do art. 17 da Lei n.º 8.559, de 28 de dezembro de 2006, deve ser alterado, para excluir a Defensoria Pública do referido parágrafo, já que, ante a sua autonomia administrativa e funcional, não pode esta integrar a Governadoria.

No que se refere à autonomia financeira da Defensoria Pública, trazemos à colação trechos do parecer elaborado por André Luiz Borges Netto, advogado no Mato Grosso do Sul:

As regras da Reforma do Judiciário sobre a Defensoria Pública Estadual visaram, *essencial e especificamente*, dar condições ao órgão de ser mais eficiente na prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que com-

provarem insuficiência de recursos (na forma do inciso LXXIV, do art. 5º, da CF/88).

[...]

Se a Constituição passou a falar em iniciativa para elaboração de proposta orçamentária e em entrega mensal do duodécimo à Defensoria Pública, é necessário extrair dessas noções jurídicas que o órgão, efetivamente, passou a gozar também de autonomia financeira.

[...]

Realmente, de que terá adiantado todo o firme propósito do Governo Federal (que levou adiante o claro compromisso político de dar autonomia à Defensoria Pública), além de tudo o que restou legislado, se das inovações jurídicas em questão não se puder extrair a autonomia financeira do órgão? De que adiantará reconhecer que a Defensoria Pública tem autonomia funcional e administrativa, além de ter o direito de elaborar sua proposta orçamentária e de receber mensalmente seu duodécimo, se daí não se concluir (por imperativo até da lógica formal) que a mesma também passou a ter autonomia financeira ? [...]

É verdade que o constituinte, quando tratou da autonomia financeira do Judiciário, o fez expressamente (art. 99, «caput»), mas também não é menos verdade que ao tratar da autonomia financeira do Ministério Público tal não se deu de forma expressa (§ 2º do art. 127).

[...]

Para finalizar o tópico, eis as importantes considerações do Juiz Federal DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR:

“[...] Avanço inigualável e inédito no sistema constitucional brasileiro, e sem paralelo no direito comparado, a Democracia Brasileira atinge o que talvez seja o seu ápice de amadurecimento e expansão, com a concessão às Defensorias Públicas Estaduais, órgãos imprescindíveis para a afirmação da dignidade humana e, em consequência, para a cidadania, de independência funcional, administrativa e financeira, permitindo a **iniciativa de sua proposta orçamentária** dentro dos limites fixados na lei de diretrizes orçamentárias. Com isso, passam as Defensorias Públicas Estaduais a titularizar a **prerrogativa constitucional**, irrecusável e indisponível, de elaborar as propostas de orçamento do órgão para fazer frente às despesas de pessoal, estrutura e funcionamento, de modo a melhorar e eficientemente garantir o acesso à Justiça dos economicamente deficientes, subordinan-

do-se, tão somente, aos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, em tudo semelhante ao que já ocorre com os Poderes Legislativo e Judiciário e com o Ministério Público. E para que tal autonomia não permaneça no vazio e no plano abstrato das aspirações, a EC n.º 45/04 deu nova redação ao art. 168, para determinar que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos da Defensoria Pública, lhes sejam entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, em situação idêntica da que já se verifica com os órgãos do Poder Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. O propósito axiomático da EC 45/04, ao garantir a autonomia funcional, administrativa e financeira às Defensorias Públicas Estaduais, foi prover esses órgãos de defesa da cidadania de melhorias com pessoal e estrutura, para o seu bom funcionamento, conferindo-lhes a liberdade para, quando da elaboração de suas propostas orçamentárias, contemplarem os subsídios dos Defensores Públicos e a remuneração de seus Servidores, condignos e compatíveis com a nobreza e elevada relevância, agora mais do que merecidamente reconhecida, das funções que lhes foram constitucionalmente concedidas". (A autonomia financeira da Defensoria Pública estadual e sua iniciativa reservada para projetos de leis. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 689, 25 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=621>>. Acesso em: 13 jun. 2007.). (Grifos do autor).

Verifica-se, como mencionado acima, que, embora a Constituição Federal não tenha feito expressa referência à autonomia financeira das Defensorias Públicas Estaduais, se a Lei Maior passou a falar em iniciativa para elaboração de proposta orçamentária e em entrega mensal do duodécimo à Defensoria Pública, é necessário extrair dessas noções jurídicas que o órgão, efetivamente, passou a gozar também de autonomia financeira, como ocorre com o Ministério Público, cuja autonomia financeira também se encontra implícita no texto constitucional.

Não obstante, a autonomia financeira da Defensoria Pública Estadual precisa ser acompanhada de recursos adequados. Por isso, outro pleito das Defensorias Públicas Estaduais é a atualização da Lei de Res-

ponsabilidade Fiscal, que contém a dotação orçamentária de cada órgão ou poder da União. Hoje, esta norma define a porcentagem respectiva de 6% e 2% do orçamento do Estado para despesa máxima com pessoal do Judiciário e do Ministério Público.

Contudo, como já explanado no Parecer n.º 122/2007/PGE/MA, (cujos fundamentos serão agora repetidos, naquilo que não contraria o atual entendimento do STF, quanto a aplicabilidade imediata da autonomia da Defensoria Pública Estadual) a ausência de regramento na lei federal sobre o percentual correspondente ao gasto máximo com pessoal das Defensorias Públicas Estaduais não impede que as Leis de Diretrizes Orçamentárias, as Leis Orçamentárias Anuais e os Planos Plurianuais dos Estados tratem a Instituição como unidade orçamentária autônoma.

A esse respeito, a Constituição Federal, em seu art. 24, II e § 3º, preceitua, *in verbis*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

II - orçamento;

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades.

Assim, embora seja urgente a adequação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101, de 2000) à autonomia das Defensorias Públicas Estaduais, o Estado tem competência legislativa plena para incluir no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual a Defensoria Pública como instituição autônoma.

Nesse sentido é a Lei n.º 10.217, de 26 de junho de 2006, do Estado da Bahia, que dispõe sobre as diretrizes orçamentárias para o exercício de 2007 e dá outras providências, como se extrai dos artigos abaixo:

Art. 14 - Os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público e a **Defensoria Pública**, compreendendo seus órgãos, fundos e entidades, para efeito de elaboração de

suas respectivas propostas orçamentárias de 2007, terão como parâmetro para a fixação das despesas a serem financiadas com recursos ordinários do Tesouro Estadual:

I - *Omissis*;

II - *Omissis*.

§ 1º - Para fins de consolidação e encaminhamento do Projeto da Lei Orçamentária de 2007, os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público e a **Defensoria Pública** encaminharão, até 21 de julho de 2006, ao Órgão Central do Sistema de Planejamento Estadual, por meio do Sistema Informatizado de Planejamento – SIPLAN, suas respectivas propostas orçamentárias, observadas as disposições desta Lei.

Art. 18 - Os orçamentos fiscal e da seguridade social compreenderão as receitas e as despesas dos Poderes, do Ministério Público e da **Defensoria Pública**, seus órgãos, fundos, autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, bem assim das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das demais entidades em que o Estado, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e que dele recebam recursos do Tesouro Estadual. (Grifamos).

Com a introdução da autonomia na Constituição Federal, as Defensorias Públicas Estaduais passaram a titularizar a prerrogativa de elaborar as propostas de orçamento do órgão para fazer frente às despesas de pessoal, estrutura e funcionamento, subordinando-se aos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, como se depreende do art. 134, § 2º da Constituição Federal:

Art. 134. *Omissis*

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a **iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias** e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Grifamos).

Dessa forma, a Defensoria Pública do Estado do Maranhão poderá elaborar sua proposta orçamentária mesmo sem o reconhecimento da sua autonomia na Constituição Estadual e na sua Lei Complementar.

Porém, torna-se necessária a inclusão da Defensoria como Instituição autônoma na Lei Estadual que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2008.

A esse respeito, o art. 14, II do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Maranhão dispõe:

Art. 14 – Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o Art. 137, § 9º, serão obedecidas as seguintes normas:

II – o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.

Extrai-se do dispositivo constitucional supracitado que o prazo final para o encaminhamento pelo Executivo do projeto de lei de diretrizes orçamentárias foi 15 de abril. Contudo, mesmo que a Defensoria Pública não tenha sido ali incluída como instituição autônoma, se ainda não houver iniciado a votação, na comissão permanente, poderá o Governador do Estado enviar mensagem à Assembléia Legislativa propondo a sua inclusão, com fulcro no § 4º do art. 137 da Constituição Estadual, que dispõe que *“O Governador do Estado poderá enviar mensagem à Assembléia Legislativa propondo modificação nos projetos a que se refere o artigo anterior; enquanto não iniciada a votação, na Comissão Permanente, da parte objeto da alteração”*.

Assim, após a sua inclusão na Lei de Diretrizes Orçamentária para o exercício de 2008, poderá a Defensoria Pública elaborar a sua proposta orçamentária para o ano de 2008, e, caso esta seja encaminhada em desacordo com o disposto no artigo 134, § 2º da Constituição Federal, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

Dessa forma, a previsão de autonomia não é suficiente, por si só, para desencadear, a curto prazo, aumento de despesa, uma vez que a Instituição não foi contemplada no orçamento do ano de 2007 como unidade autônoma.

Contudo, é premente a necessidade de dar reconhecimento, no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, da Defensoria Pública como unidade orçamentária autônoma, já que, como dito acima, a autonomia financeira da Defensoria Pública Estadual precisa ser acompanhada de recursos adequados.

Roberto Sávio, Defensor Público do Estado da Paraíba, em artigo publicado na página da Associação Nacional dos Defensores Públicos, destaca bem a falta de recursos das Defensorias Públicas Estaduais, situação esta que deve começar a ser alterada no Estado do Maranhão:

No entanto, um dos grandes problemas da Defensoria Pública não é somente a falta de reconhecimento da sua autonomia, disciplinada por comandos constitucionais auto-aplicáveis, mas, a falta de recursos para gerenciar os seus serviços institucionais. Em boa parte dos Estados da Federação, [...], não existe recurso para o pleno funcionamento das Defensorias Públicas. Os defensores têm baixíssima remuneração e exercem suas funções, inteiramente desestimulados. Quase todos trabalham com suas próprias estruturas pessoais - compram papel, tinta, livro - usam os seus computadores e demais equipamentos - pagam a energia. [...]

Sem dinheiro não se faz reciclagem funcional, nem se paga diárias, materiais de expedientes e tudo que é necessário para o bom funcionamento do Órgão. Todavia, no próximo mês, um defensor público da Paraíba fará defesa oral em 80% dos processos em pauta, em um dos Tribunais do Júri da Capital, sem contar as audiências, defesas prévias, alegações finais, contrariedade de libelo acusatório, entre outros atos processuais. Nas varas de Família o problema é sério. Colegas são responsáveis por milhares de processos. Quem anda nessas unidades, fica impressionado com o volume de serviço dos defensores que, vez por outra, por questão de humanidade, pagam do bolso cópias de documentos das pessoas carentes. São tantas histórias de altruísmo, renúncia e desapego que os casos negativos não conseguem progredir. Quanta abnegação desses heróis do povo. Contudo, se os problemas não forem solucionados rapidamente, restará ao pobre apenas o auxílio de Deus.

(A autonomia da Defensoria da Defensoria Pública. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=1720>> Acesso em 13 jun. 2007).

Diante do exposto, opina-se pelo acolhimento dos pedidos formulados pela requerente, quais sejam: a) a desvinculação da Defensoria Pública da Governadoria; b) a participação da Defensoria Pública nas reuniões de discussão do Plano Plurianual; c) o reconhecimento, no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, da Defensoria Pública como unidade orçamentária autônoma; d) o acesso aos estudos e estimativas de receitas, para possibilitar a elaboração da proposta orçamentária; e) a elaboração e o envio de proposta orçamentária própria, com a previsão de orçamento autônomo.

É o parecer.

São Luís, 14 de junho de 2007.

GABRIELA DE FARIA ABDALA VIEIRA
Procuradora do Estado

PEÇAS JUDICIAIS

EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
DA COMARCA DE SÃO LUÍS

PROC. N. 2742/1988²⁶

“O preço justo figura como uma garantia com que ao mesmo tempo a Constituição Federal quer proteger a efetividade do direito de propriedade e também resguardar o Estado contra excessos indenizatórios. (...). Não se faz ‘justiça’ à custa de uma injustiça”. **Cândido Rangel Dinamarco**

ESTADO DO MARANHÃO, pessoa jurídica de direito público interno, com endereço na Av. Carlos Cunha, s/nº, Ed. Nagib Haickel, 3º andar, Calhau, por seus procuradores, abaixo assinados, nos autos da *execução de título judicial* epigrafada, que, perante esse Juízo, em face de si promove **ESPÓLIO DE TÍCIO**²⁷, vem, mui respeitosamente, à presença de V. Exa., formular (sem prejuízo dos Embargos à Execução n. 97/2007 em apenso) o vertente requerimento incidental de

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

para o que expõe e ao final requer o seguinte:

“É admissível a realização de nova perícia para fins de justa indenização, como pressuposto do ato de desapropriação de propriedade privada, ainda que em detrimento da coisa julgada, sem ofensa ao art. 468 do CPC. Precedentes citados do STF: RE 93.412-SC, DJ

²⁶ A tese foi acolhida pelo Poder Judiciário e nenhuma das partes tomou recurso.

²⁷ Nome fictício em substituição à denominação original

4/6/1982; do STJ: REsp 283.321-SP, DJ 19/2/2001, e REsp 37.085-SP, DJ 20/6/1994". (REsp 499.217-MA, Rel. Min. José Delgado, julgado em 22/6/2004)-(grifo nosso)

SÍNTESE DO CASO

Cuida-se de execução do título judicial decorrente da desapropriação de terreno do Requerido.

O bem desapropriado é um terreno de 17.714,00 m² (dezessete mil setecentos e quatorze metros quadrados), onde se encontra atualmente o *Viaduto do Café*, em São Luís/MA. Já o valor da execução é de absurdos R\$ 349.267.136,85 (trezentos e quarenta e nove milhões, duzentos e sessenta e sete mil, cento e trinta e seis reais e oitenta e cinco centavos).

Sucedo que o M.M. Juiz MILITÃO VASCONCELOS GOMES (com fulcro no laudo pericial de fls. 66/71, da lavra do Dr. JOSÉ RIBAMAR BARBOSA OLIVEIRA) prolatou a sentença de fls. 146/150, a qual possui o seguinte dispositivo:

Netas condições e por mais que dos autos constam, por força do que dispõe o art. 22 da lei invocada – Dec Lei 3.365 -; Resolvo declarar incorporado ao patrimônio Público do expropriante – Estado do Maranhão – o imóvel descrito nos autos, mas precisamente no decreto Estadual n. 10.889, mediante o pagamento complementar da importância constante da avaliação no laudo pericial, ou seja, CZ\$ 84.992.126,28 (oitenta e quatro milhões, novecentos e noventa e dois mil, cento e vinte e seis cruzados e vinte e oito centavos), atualizados na moeda atual – o real – mais juros e correção a serem contados a partir do mês seguinte ao da avaliação pericial, fevereiro de 1989, descontado a importância no depósito bancário oferecido, devendo ser expedido alvará para levantamento do valor remanescente a favor do expropriado. Em decorrência

dessa decisão, condeno o Estado do Maranhão nas custas do processo a serem contados, honorários do perito já arbitrado e pago e do advogado, este na base de 10% (dez por cento) do valor da indenização.

Ainda por força do artigo 29 do Dec. Lei n. 3.365/41 servirá esta sentença de título hábil para transferência do domínio do bem expropriado ao poder público expropriante, devendo ser expedida a competente CARTA DE ADJUDICAÇÃO, depois de satisfeita a indenização determinada, observada as demais formalidades legais.

Estando esta sentença sujeita a duplo grau de jurisdição, mando que se remeta o processo à superior instância para os devidos fins.

P. R. e Intime-se.

Haja vista ter a perícia, já então, fixado o valor do terreno desapropriado em valores astronômicos, o ora Requerente apelou da aludida sentença, no sentido de que fosse realizado novo laudo. Debalde. A sentença de base foi totalmente mantida pelo TJ/MA, por meio do acórdão de fls. 213/218, do qual foi relatora a nobre Desembargadora MARIA DULCE SOARES CLEMENTINO.

Desse aresto, o aqui Requerente interpôs recurso especial, o qual não foi admitido pela Presidência do TJ/MA (fls. 238/240). Então, tomou agravo de instrumento para o STJ, que restou conhecido e improvido, por meio da decisão monocrática de fls. 243 datada de 18.04.2002 e publicada no DJU de 26.04.2000. Portanto, o trânsito em julgado do título judicial executado ocorreu em 09.07.2000.

Tornado os autos a esse Juízo (e já passado o prazo de rescisória), em 09.11.2006, o Requerido ajuizou a execução em tela, juntando cálculos e pedindo seja instado o Requerente a pagar a gigantesca quantia de R\$ 349.267.136,85 (trezentos e quarenta e nove milhões, duzentos e sessenta e sete mil, cento e trinta e seis reais e oitenta e cinco centavos).

Ora se maneja o presente *requerimento de relativização da coisa julgada*, pois é mister seja realizado nova perícia judicial do terreno desapropriado do Requerido, eis que o valor encontrado pela primeira perícia é manifestamente desproporcional, ou melhor, escandaloso.

ANTES – REGISTRO NECESSÁRIO

Depois de citado na presente execução, o Requerido interpôs os Embargos à Execução n. 97/2007 em apenso, os quais levantaram fortes preliminares capazes de fulminar a ação executiva em foco. Portanto, são totais tais embargos (e não parciais, como enseja o Requerido na petição de fls. 138/148 dos embargos, tentado assim induzir a erro esse n. Juízo), eis que se voltam contra a totalidade do título executado.

Destaque para a preliminar de prescrição superveniente (art. 741, VI, do CPC). Revela ela que o trânsito em julgado do título judicial executado se deu em 09.07.2000 (*vide* certidão de fls. 16 dos embargos à execução), ao passo que somente em 09.11.2006, o Requerido deu início à vertente execução. Portanto, transcorreram mais de 6 (seis) anos entre o trânsito em julgado do título judicial e o ajuizamento da execução – mesmo porque a execução contra a Fazenda Pública se dá através de ação executiva autônoma, como leciona LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA (em **A Fazenda Pública em Juízo**, 5ª ed., Dialética, 2007, p. 234). No mesmo sentido, CASSIO SCARPINELLA BUENO (*in A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, V. I, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 185). Ou seja, não se aplica à Fazenda Pública o processo sincrético de conhecimento-execução.

Com efeito, o presente *requerimento de desconsideração da coisa julgada* não se conflita com os embargos, porque tramitam em autos dispare (apesar de apensos) e porque possuem objetivos distintos.

Todavia, por uma questão de óbvia ordem lógico-processual, deve ser o presente pleito apreciado antes do julgamento dos embargos (simples razão: o possível acolhimento desse pleito tem o condão de prejudicar parcialmente o objeto meritório dos embargos, no que tange ao excesso de execução nele suscitado). É o que requer.

DO ABSURDO VALOR DA EXECUÇÃO

Como dito, o bem desapropriado é parte do terreno onde se encontra atualmente o *Viaduto do Café*, em São Luís.

Ressalta-se que tal terra nua possui hoje o valor venal de R\$ 708.560,00 (setecentos e oito mil, quinhentos e sessenta reais), *ex vi* do laudo de avaliação elaborado pela Secretaria de Estado da Infra-Estrutura (*vide* fls. 114/135 dos embargos à execução). Na mesma linha, a matéria do jornalista WALTER RODRIGUES, em seu conhecido COLUNÃO do dia 22.07.2007 (periódico em anexo).

Entretanto, o valor do aludido terreno, segundo a sentença de fls. 146/150 (arrimada essa no laudo de fls. 66/71), é de assustadores R\$ 349.267.136,85 (trezentos e quarenta e nove milhões, duzentos e sessenta e sete mil, cento e trinta e seis reais e oitenta e cinco centavos).

Ora, só com a visualização dos números *supra*, já se detecta o desatino da sentença e da perícia originárias. *Plus ultra*, o pagamento de tal desproporcional valor irá inevitavelmente comprometer não apenas as despesas de capital do Maranhão (por exemplo, saneamento básico de áreas carentes), como também as despesas correntes do Estado com saúde, educação, funcionalismo público.

Logo, é absurda (leia-se: injusta, imoral e ilegal; portanto, inconstitucional) a sentença executada, não se submetendo, pois, ao princípio constitucional da coisa julgada.

DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

As sentenças injustas, violadoras da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e de outros princípios constitucionais nunca transitam em julgado, pois viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto. *Idem*, aquela que, no trato de indenização de propriedade

de, não atende ao princípio da justa indenização, indo assim de encontro à própria Constituição Federal – e esse é o caso dos autos.

Ocorre que tais sentenças nunca adquirem força de coisa julgada. Por conseguinte, podem, a qualquer tempo, ser desconstituídas, visto que praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente: a garantia da entrega da justiça.

Ora, o instituto da coisa julgada não tem supremacia absoluta. Logo, devem ser atenuados os seus efeitos frente à garantia jurídica de maior relevância, como a busca pela justa indenização.

Nos dizeres de TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA (*in O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, págs. 21/22), “a coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão.

Todavia, nas palavras dos mencionados doutrinadores, “a coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada”. (*ob. cit.*, pág. 25).

No mesmo sentido, EDUARDO TALAMINI (em **Coisa Julgada e Sua Revisão**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 368): “a *actio nullitatis* destina-se à constatação da inexistência da sentença. É exercitável ‘a qualquer tempo’, pois, sendo precipuamente declaratória, não está sujeita a prazos de prescrição ou decadência. Estão legitimados a formulá-la tanto o vencido quanto o vencedor, cujo interesse pode residir na eliminação da incerteza criada pela aparência de sentença. É de competência do juiz de primeiro grau (*rectius*: do juiz com competência originária para a causa objeto da sentença inexistente) ”.

Em idêntico diapasão, o preclaro CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (in **Coisa Julgada Inconstitucional** — Coordenador Carlos Valder do Nascimento - 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63/65): “Aparentemente, a garantia da justa e prévia indenização poderia parecer destinada com exclusividade ao resguardo do direito de propriedade e, portanto, configurar-se apenas como uma proteção endereçada aos particulares em face do Estado, sem ter também este como destinatário. Essa insinuação vem não só da topologia da garantia, situada no capítulo dos direitos e garantias individuais e coletivos, mas também de sua própria redação. Os precedentes jurisprudenciais que se formaram a esse respeito, todavia, apóiam-se, ainda que não tão explicitamente, em uma **visão bipolar da garantia expressa pelo inc. XXIV do art. 5º constitucional**. Nessa perspectiva, **o preço justo figura como uma garantia com que ao mesmo tempo a Constituição Federal quer proteger a efetividade do direito de propriedade e também resguardar o Estado contra excessos indenizatórios**. Nem haveria como entender de modo diferente o emprego do adjetivo justo, dado que a própria justiça é em si mesma um conceito bilateral, não se concebendo que algo seja ‘justo’ para um sujeito sem sê-lo para outro. **Não se faz ‘justiça’ à custa de uma injustiça**” (grifos inexistentes no original).

Com efeito, se os valores apurados na perícia, em que se louvou a sentença “transitada em julgado”, não reflitam a realidade do preço de mercado do imóvel desapropriado, indispensável é a realização de nova perícia técnica. **Não fere a coisa julgada a realização de nova perícia para avaliação de terra nua, mesmo em fase de execução de sentença, para o fim de que seja observado o preceito constitucional da justa indenização.** Nesse exato sentido, o entendimento dos Colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO (ATUALIZAÇÃO). EXTRA-VIO DE AUTOS. NOVA AVALIAÇÃO. COISA JULGADA. **NÃO OFENDE A COISA JULGADA A DECISÃO QUE, NA EXECUÇÃO, DETERMINA NOVA AVALIAÇÃO PARA ATUALIZAR O VALOR DO IMÓVEL, CONSTANTE DE LAUDO ANTIGO, TENDO EM VISTA ATENDER A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA JUSTA INDENIZAÇÃO,** PROCRASTINADA POR CULPA DA EXPROPRIANTE. PRECEDENTES DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO (RE 93412/SC - Santa Catarina, Min. Clovis Ramalhete, DJ 04-06-1982, p. 05461)- (grifou-se)

- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. FASE EXECUTÓRIA. NOVA AVALIAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. COISA JULGADA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA JUSTA INDENIZAÇÃO.

1. Recurso especial intentado contra acórdão que, apoiando decisão monocrática designadora de nova perícia na área objeto de ação expropriatória, em fase de execução, repeliu argumentos de ofensa ao instituto da coisa julgada.

2. A desapropriação, como ato de intervenção estatal na propriedade privada, é a forma mais drástica de manifestação do poder de império, isto é, da soberania interna do Estado sobre os bens existentes no território nacional, sendo imprescindível a presença da justa indenização como pressuposto de admissibilidade do ato expropriatório.

3. **Não obstante em decisão anterior já transitada em julgado se haja definido o valor da indenização, diante das peculiaridades do caso concreto não se pode acolher a invocação de supremacia da coisa julgada.** O aresto de segundo grau levou em consideração fatos e circunstâncias especiais da lide a indicarem a ausência de credibilidade do laudo pericial.

4. **Perfeita razoabilidade em ato judicial de designação de nova perícia técnica no intuito de se aferir, com maior segurança, o valor real no mercado imobiliário da área em litígio sem prejudicar qualquer das partes envolvidas. Resguarda-se, nesse atuar, maior proximidade com a garantia constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade, seja pela preservação do patrimônio público.**

5. Em face dos fatores valorativos, a força probatória das perícias técnicas é inestimável, colaborando no sentido jurídico de que a desapropriação se consuma nos limites da legalidade.

6. **Inocorrência de violação aos preceitos legais concernentes ao instituto da res judicata.** Conceituação dos seus efeitos em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica. Confirmação do acórdão que apoiou as determinações construídas pelo magistrado de 1ª instância no sentido de valorizar prova pericial, aproximando-se ao máximo da realidade dos fatos.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp 283.321-SP, DJ 19/2/2001, e REsp 37.085-SP, DJ 20/6/1994. REsp 499.217-MA, Rel. Min. José Delgado, julgado em 22/6/2004.)-(grifou-se)

* * *

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. NOVA AVALIAÇÃO. POSSIBILIDADE.

LIMITES.

1. Em casos excepcionais, justifica-se a realização de nova perícia a fim de fixar-se o valor da justa indenização; contudo, a segunda avaliação deverá ser feita com base no valor do imóvel à época da primeira perícia, em obediência ao princípio da contemporaneidade previsto no art. 26 do DL 3365/41, concedendo-se a correção monetária cabível. (REsp 283.321/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 19/02/2001) - (grifou-se)

* * *

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. VALOR CONTEMPORANEO AO DA AVALIAÇÃO, CORRIGIDO E ATUALIZADO, NA FORMA LEGAL. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, A FIM DE ATENDER AO PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO.

I - Em regra geral, consoante jurisprudência do egrégio supremo tribunal federal ratificada por esta corte, o valor da indenização, em desapropriação, deve ser contemporâneo ao da avaliação. O segundo laudo que fixa esse valor, em correção de equívocos do primeiro, deve ser levado em conta quanto ao valor encontrado a essa época, e não do valor estimado para data posterior.

II - Em situações excepcionais, admite-se nova avaliação, em processo expropriatório. Se a concorrência de planos econômicos com retarda-

mento da prolação da sentença por obra da expropriante, configura situação de caráter excepcional, como “in casu”, justifica-se a realização de nova perícia, a fim de atender ao inarredável princípio da justa indenização, correspondente ao valor real do bem expropriado.

III - Recurso a que se nega provimento, por maioria. (REsp 37.085-0/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 20/06/94) - (grifou-se)

Como visto, tanto o STF quanto o STJ admitem, em homenagem ao princípio da justa indenização, que se proceda à nova avaliação do imóvel, prevalecendo o conteúdo teleológico da Constituição, não obstante a existência de sentença anterior, já “transitada em julgado”, com (re)definição do *quantum* indenizatório.

Por se subsumir ao caso em tela, incorporar às razões da presente peça trecho do supracitado acórdão da lavra do Ministro JOSÉ DELGADO, proferido nos autos do Recurso Especial n. 499.217/MA, julgado em 22.6.2004 (inteiro teor anexo), *verbis*:

Evidencia-se perfeita razoabilidade em ato judicial de designação de nova perícia técnica no intuito de se aferir, com maior segurança, o valor real no mercado imobiliário da área em litígio sem prejudicar qualquer das partes envolvidas. Resguarda-se, nesse atuar, maior proximidade com o parâmetro constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade (repelindo-se hipótese de confisco), seja pela preservação do patrimônio público (repugnando-se possibilidade de locupletamento ilícito em decorrência de superavaliação).

O estudo da questão relativa à perícia, no processo expropriatório, envolve a análise conjunta de dispositivos do Decreto-lei 3.365/41 e das normas do Código de Processo Civil, as quais se aplicam subsidiariamente à espécie por força do art. 42, do mencionado Decreto-lei.

O Estatuto Processual dispõe, expressamente, que o juiz pode determinar, de ofício, a realização de nova prova pericial quando a ma-

téria não lhe parecer suficientemente esclarecida, conforme lhe autoriza o teor do art. 437, sem infringir o princípio da inércia da jurisdição (art. 2º).

[...]

O art. 27, do DL 3.365/41, dispõe que o juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

Essas circunstâncias todas deverão sempre ser observadas para a fixação do valor dos bens, uma vez que esse é o principal – senão o único – objetivo da perícia na ação expropriatória.

[...]

Todas essas circunstâncias serão sempre consideradas para a fixação do valor dos bens expropriados, uma vez que esse é o principal - senão o único - objetivo da perícia na ação expropriatória.

O laudo, como vimos anteriormente, é a fiel exposição das operações e ocorrências da diligência, com parecer fundamentado sobre a matéria que foi submetida ao exame do perito e dos assistentes técnicos.

[...]

No feito expropriatório, principalmente, em que se veda ao expropriando a discussão de outras questões que não a de vícios do processo judicial ou a da impugnação do preço (art. 20 do Dec.-lei 3.365/41), a prova pericial assume primordial importância.

Releva notar que o § 1º do art. 23 da Lei de Desapropriações faz referência expressa às circunstâncias enumeradas no art. 27 do mesmo diploma, determinando que sejam indicadas no laudo pelo perito. Ora, tais circunstâncias são exatamente as que irão motivar o convencimento do magistrado na fixação do valor da indenização, devendo ser obrigatoriamente indicadas na sentença, nos precisos termos do citado art. 27. Daí, repetimos, a enorme importância da perícia na ação de desapropriação.

[...]

A possibilidade de realização de nova perícia funda-se no princípio, já várias vezes referido, de que o juiz tem ampla liberdade de apreciação das provas para formar sua convicção, não estando, por isso mesmo, adstrito ao laudo pericial.

Com efeito, ao examinar o laudo, o juiz poderá chegar à conclusão de que o referido parecer se acha eivado de imperfeições de natureza técnica, por incapacidade do expert, até então tido como um técnico, ou por erro.

Poderá, ainda, suspeitar de procedimento doloso do perito, o que põe em dúvida a conclusão a que chegou o expert.

Em todas essas situações, poderá o juiz, *ex officio* ou a requerimento da parte que se julgue prejudicada, determinar a realização de uma segunda perícia.

E, como a nova perícia versará sobre os mesmos fatos objeto da primeira, não se permitirá às partes a apresentação de novos quesitos, se bem que nada impeça sejam estes reformulados, dando-se-lhes, assim, redação mais clara e que os torne, conseqüentemente, mais compreensíveis.

[...]

Portanto, não obstante em decisão anterior já transitada em julgado se haja definido o valor da indenização, diante das peculiaridades do caso concreto não se pode acolher a invocação de supremacia da coisa julgada. O aresto de segundo grau levou em consideração fatos e circunstâncias especiais da lide a indicarem a ausência de credibilidade do laudo pericial apresentado.

A perícia técnica, cabe destacar, tem força probatória fundamental em processos desta natureza – ações de desapropriação-, pois é elemento integrativo da formação da convicção do juiz para o arbitramento do quantum indenizatório, eis que fornece dados, características e valores concernentes à área exproprianda, suas benfeitorias, coberturas vegetais, mananciais de água e outros, transferindo o magistrado do contexto dos autos para o campo da real situação do objeto do litígio. (grifou-se)

Por oportuno, adverte-se que, ao acatar a tese da relativização da coisa julgada, não está o julgador contrariando o princípio da segurança das relações jurídicas, porque não se pode tolerar que tal segurança se dê em contrariedade ao próprio texto constitucional (*vide* art. 5º da LICC). De qualquer sorte, como dito alhures, os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor da segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse constitui somente um valor oriundo de regramento processual.

Acerca do *thema* ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR num bem fundamentado parecer sobre **O Direito Positivo e os Preceitos Morais** solicitado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Trecho, *in verbis* (cópia integral anexa):

“Com efeito é importante ressaltar, desde logo, que o processo deixou de ser tratado apenas com o frio método de compor litígios, para se transformar no veículo de satisfação do direito cívico e fundamental de todos à tutela jurisdicional. Visto como garantia de acesso à Justiça, no mais amplo e irrestrito sentido, **o devido processo legal apresenta-se como o processo justo, isto é, o instrumento que não apenas serve à composição de litígios, mas que assegura a melhor e mais justa solução do conflito, segundo os padrões éticos e os anseios gerais de justiça do meio social.**

Os operadores do direito processual, juízes e tribunais, têm, portanto, sobre suas costas, uma relevantíssima missão, que é o encargo de tornar realidade a atual garantia de pleno acesso à Justiça pelas vias do devido processo legal ou processo justo. Dentro de tal ótica o que se reclama do processo é o resultado, com toda sua carga de eficácia e justiça para tutelar o direito do litigante que tem a seu favor a ordem jurídica. **Não são suficientes, para esse mister, a ciência, a técnica e a erudição dos aplicadores da lei processual. Muito mais do que o tecnicismo, revela-se decisivo o espírito público, a compreensão social do drama vivido no momento da operação jurisdicional e o propósito de fazer com que a aplicação do direito, pelo ato de jul-**

gar, corresponda, ao máximo, à garantia fundamental do processo eficaz e justo.

O aplicador da lei, como é óbvio, não pode se contentar em reproduzir perante os fatos a norma da lei, em seu teor literal, e não pode, simploriamente se desculpar dos gravames éticos que porventura venha com isto provocar sob o falacioso pretexto de o justo-absoluto não integrar a missão da ordem jurídica positiva.

Na verdade, a experiência nos ensina que o bom juiz só muito raramente enfrenta o dilema de aplicar uma regra legal incompatível com o justo, no sentido ético. Àquele que se ocupa de usar os poderes processuais para dar efetividade às aspirações de justiça da sociedade, encontra sempre um meio de superar o aparente conflito entre norma a positiva e o justo. Basta, na quase totalidade das situações, o emprego dos corretos meios de interpretação da lei, para se lograr uma adequada definição, que se revele idônea à concretização do justo.

Se, como é evidente, a lei tem como destinação precisamente realizar a Justiça na convivência social organizada, só se pode ter como fruto de má compreensão a eventual interpretação que lhe empreste resultado injusto e incompatível com os princípios éticos caros à comunidade.

A tarefa de adequar a norma abstrata da lei às particularidades do caso concreto, que na maioria das vezes, não foram sequer cogitadas pelo legislador, exige dos magistrados um cuidado e uma atenção especiais, de cuja omissão decorre, em regra, o contraste indesejável da lei com a ética.

Quando o julgamento não dá relevo às circunstâncias desse tipo, não atenta para a evolução do meio em que a norma legal deve atuar, acaba por proferir decisões ensejadoras da “impressão de que a legalidade é “injusta”. Isto, porém, é fruto apenas de “uma aplicação apressada, sem a avaliação de todas as possibilidades lógicas” que uma melhor interpretação, dentro dos modernos conceitos de hermenêutica, poderia ensejar. Os modos e técnicas de interpretação, mesmo diante da norma antiga e desatualizada, ou da regra atual mas pouco precisa e muito genérica, sempre encontram uma forma de dar-lhe o sentido justo para o caso concreto. **“O fim social da lei continua**

sendo a bússola indispensável em tais momentos. É a própria lei que o recomenda” – **Lei de Introdução, art. 5º** (FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA, “Justiça, legalidade e bom senso”, in AMAERJ NOTÍCIAS, nº 28, p. 12).

O juiz contemporâneo está sujeito a um pacto político-moral de atuar como agente do poder por meio de decisões submetidas invariavelmente a “uma exigência de legitimidade” e nessa qualidade não pode se eximir da responsabilidade pelos resultados inadequados dos julgamentos que profere, imputando por inteiro ao legislador “a justiça ou injustiça de sua decisão” (MODESTO SAAVEDRA, “Interpretación judicial del derecho y democracia”, in AJURIS, 68/300).

Muito pelo contrário, **cabe ao juiz responder pelo injusto que de sua sentença decorre para as partes. Por isso, vê-se obrigado “a adotar uma posição de mediador entre a lei e seus destinatários, ou seja, entre o propósito do legislador e as expectativas do cidadão”** (IDEM, ibidem).

Nesse mister de mediador e conciliador, pode ser levado a ponderar aquilo que o técnico, o doutrinador, não alcança de ordinário, porque movido apenas pelo “interesse cognitivo”. Ao juiz afetam os dados de angústia e urgência daquele que tem de submeter sua vida à regra legal e, por isso, tem, muitas vezes de forçar a hermenêutica para descobrir um sentido para a norma diante do drama concreto que a especulação do estudioso apenas não alcançaria (SAAVEDRA, ob. cit., loc. cit.).

A tese positivista de que o direito se esgota na lei encontra-se totalmente superada. A lei positiva é apenas um dos modos de revelar o direito. A própria lei invoca como fontes do direito também os princípios gerais, os costumes, a analogia (Lei de Introdução, art. 4º). E mesmo quando exista norma legislada expressa sobre determinado tema, o direito não se resume à literalidade de seu texto, pois o aplicador terá sempre de realizar uma complexa operação interpretativa e axiológica para submeter os fatos à sua incidência ou não.

Sem dúvida, o direito, ao contrário do que pensavam os positivistas, é, na verdade, “uma tarefa interpretativa”. Quer isto dizer que: *‘en todo acto de indentificación de un critério normativo aplicable al*

caso se reconstruye el derecho de una forma integral. Es o juntamente com razones formales, razones éticas y políticas junto con razones de estricta legalidad' (SAAVEDRA, ob. cit., p. 302).

Acima de tudo: *"son impensables las razones formales y de estricta legalidad sin suponer razones de principio"* (IDEM. ibidem). *'Por eso el derecho aplicable es el resultado de una interpretación, en virtud de la cual los jueces hacen de él lo mejor que puede llegar a ser dentro de unos límites que non son rígidos, sino fluctuantes e inestables. O dicho de outra maneira: decir, integrando en los fundamentos de la decisión razones de principios límites que encuentran los jueces para hacer lo mejor que puede llegar a ser fluctúan debido a la tensión entre el derecho establecido en los textos y su necesaria justificación moral'* (SAAVEDRA, ob. cit., p. 302).

O Prof. DAVID SCHNAID resume a influência da interpretação na formação do direito da seguinte maneira: 'A interpretação é um problema que surge por ocasião da aplicação do Direito, razão pela qual estão interligados de maneira incindível. Para aplicar o direito a um caso concreto ou a uma situação imaginada, faz-se necessário interpretar. As normas jurídicas são gerais e abstratas e elaboradas para sofrerem interpretação, em sua aplicação às situações singulares' ("A interpretação jurídica constitucional e legal", in RT, 733/29).

É o próprio legislador que evita regular integralmente a conduta dos destinatários da norma, porque está ciente de que a vida apresenta situações infinitamente cambiantes (KARL LARENZ, Metodologia da Ciência do Direito, p. 176; J. SCHAPP, Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica, p. 104). Leva em conta, ainda, que 'Ninguém melhor do que o juiz e o administrador, em cada caso, saberá qual a melhor, a mais justa solução a se encontrar' (SCHNAID, ob. cit., p. 29).

Dessa forma, "o Direito se forja com a experiência" e o juiz "tem sido na realidade a alma do processo jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional", conforme registra CARLOS MAXIMILIANO (Hermenêutica e Aplicação do Direito, p. 70).

Por isso está assente que: 'A interpretação do direito que exige a virtude da justiça é pois uma operação de prudência e não de lógica' (G. KALINOWSKI, Introdução à lógica jurídica, p. 179).

Segunda uma lógica pragmática e dialética, ou uma lógica do razoável, o que o intérprete e principalmente o juiz fazem “é extrair do sistema normativo a norma específica mais justa aplicável: *iudex dicit ius* (SCHNAID, ob. cit., p. 30). Essa operação não declara e reproduz apenas a norma legal preexistente, mas sim, constitui e produz “um Direito atualizado a ser aplicado a uma situação concreta” (CELSO LAFER, A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos, p. 57; apud SCHNAID, RT, 733/30).

Em síntese irrepreensível, SCHNAID conceitua, finalmente, a idéia dominante na atual hermenêutica jurídica, *in verbis*: ‘Interpretar é extrair de normas gerais e formais a norma justa para uma determinada situação concreta’ (ob. cit., p. 30).

A Suprema Corte tem sabido utilizar essa concepção ética do processo de adaptação e aprimoramento do direito positivo, pois já teve oportunidade de acentuar que a arte de julgar deve ser assim balizada: ‘Ofício judicante. Postura do Magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanista. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la’ (STF, 2ª T., RE 111.787-GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, ac. de 16.4.91, RTJ, 136/1.292).

O ordenamento jurídico, embora prescindida de outro apoio para impor-se que autoridade de onde emana, nunca se desvencilhou, nem mesmo literalmente, dos princípios éticos, pois sem se conectar com eles não se pode pretender alcançar o justo, pelo o qual a lei se propõe a lutar.

A justiça é anterior ao Direito e é em seu nome que historicamente se forjam os ordenamentos jurídicos. É uma dado ético antes que jurídico. Daí que, sob a forma de princípio, o justo penetra todo o sistema jurídico e se faz presente como a maior força influente sobre os métodos e critérios de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Aos princípios morais a todo instante recorrem não só os intérpretes, como o próprio legislador. Até mesmo a Lei Maior deles se vale para estruturar o Estado e traçar as regras e garantias fundamentais.

Assim, a Carta Magna, de início, assenta nosso Estado Democrático de Direito, entre outros fundamentos, sobre o da “dignidade da

pessoa humana” (C. Fed., art. 1º, inc. III), dado eminentemente ético e mesmo ponto de partida para estruturação de todo arcabouço de princípios da moral.

Coerente com esse propósito, a declaração dos direitos e garantias fundamentais, que se insere no art. 5º traduz um grande elenco de princípios dominados pela essência ética. Aliás, a leitura de todo o texto constitucional brasileiro evidencia a ostensiva valorização dos fundamentos éticos da Nação e do Estado, em todas as suas dimensões, sendo altamente expressivo o disposto no § 2º, do art. 5º, que, a pretexto de encerrar a declaração dos direitos e garantias fundamentais, aduz: “Os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.”

Mas, é no art. 37 da Constituição vigente que se consagrou com todo destaque quais seriam os fundamentos da atuação da Administração Pública e ali o legislador maior teve o cuidado de especificar a sua sujeição obrigatória ao princípio da moralidade.

Para não ficar apenas na declaração programática, a Constituição conferiu a todo e qualquer cidadão a legitimidade para mover a ação popular visando a anular o ato lesivo “à moralidade administrativa” (art. 5º, LXXIII), além de conferir institucionalmente ao Ministério Público a ação civil pública (art. 129, III), cujo procedimento se aplica nas responsabilizações por danos morais e patrimoniais ao patrimônio público (Lei nº 7.347, de 24.7.85); e que se completou pela Lei nº 8.429, de 2.6.92, onde se traçou as normas processuais de repressão à improbidade administrativa dos agentes públicos, e, mais uma vez, se atribuiu ao Ministério Público a legitimidade para demandar a reparação dos danos oriundos dos atos imorais praticados na Administração Pública.

Faz parte, portanto, da ideologia de nosso regime constitucional a valorização dos princípios éticos e a condenação firme da improbidade.

Na ordem jurídica privada nunca foi diferente. Embora redigido o Código Civil numa época de exacerbado positivismo, que conduziu seus redatores a evitar a enunciação genérica de máximas morais em seu texto, sempre se reconheceu que todo o arcabouço de nosso direito privado se apoiava, entre outros, sobre os princípios

éticos da submissão aos bons costumes, de tal sorte a prevalecer, por exemplo, a nulidade do negócio jurídico de objeto imoral, e a reprimir-se o enriquecimento sem causa e qualquer forma de locupletamento indevido.” (destacou-se)

Por tudo isso, ressalta-se que o retratado nos autos exige pronunciamento a fim de se assegurar – sem qualquer violação ao princípio da moralidade pública e ao direito subjetivo do Requerido de ser indenizado pela desapropriação efetivada – a aplicação da verdadeira justiça.

Por fim, não se pode olvidar que “a **desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo**” (REsp 622.405-SP, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 14/8/2007), tal como ocorre na hipótese dos autos, eis se tratar de **questão de ordem pública**, a qual pode ser apreciada até de ofício pelo Poder Judiciário (*vide* REsp. n. 499.217-MA). Assim ensina o preciso CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“A escolha dos **caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil**, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade - esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) **a resistência à execução**, por meio de embargos a ela ou **mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo**; e c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.

No caso do ente estatal condenado a indenizar sem ter ocupado imóvel alheio, depois do trânsito em julgado chegou a ser celebrado entre as partes um negócio jurídico (transação) e a Fazenda veio a juízo com pedido de anulação deste, simplesmente desconsiderando a coisa julgada anterior; o Superior Tribunal de Justiça aceitou a admissibilidade dessa via e prestigiou a pretensão fazendária, porque o

importante era afastar o absurdo que a auctoritas rei judicatae ia perenizando. No caso da avaliação que ficou desatualizada por causa da inflação, alterações ocorridas na ordem econômica e retardamento intencionalmente causado pelo ente expropriante, o expropriado obteve do Supremo Tribunal Federal a determinação de que se realizasse nova avaliação no mesmo processo da ação expropriatória. O menino uruguaio que fora vítima de um fraudulento processo de investigação de paternidade limitou-se a repetir em juízo a propositura dessa demanda, aparentemente transgredindo o veto ao bis in idem, que ordinariamente se imporá. A Fazenda, que fora condenada duas vezes pelo mesmo imóvel e satisfaz a obrigação na primeira das execuções instauradas, opôs embargos à segunda delas e esses embargos foram recebidos.

A casuística levantada demonstra que os tribunais não têm sido particularmente exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual ou da via processual ou procedimental adequada ao afastamento da coisa julgada nos casos em exame. (grifou-se)

DO PEDIDO

DO EXPOSTO, pede que, anulando-se o processo desde a teratológica perícia originária, seja determinada a imediata realização de novo laudo pericial do terreno desapropriado, bem como lançada nova sentença nos autos.

P. Deferimento.

São Luis, 18 de janeiro de 2008.

DANIEL BLUME P. DE ALMEIDA
Procurador do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO

Ação Civil Pública

Processo n.º 170-94.2012.8.10.0109 (179/2012)

AGRAVANTE: ESTADO DO MARANHÃO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

O **ESTADO DO MARANHÃO**, pessoa jurídica de direito público interno, situado na Av. Carlos Cunha, s/n.º, Ed. Nagib Haickel, 3º andar, Calhau, nesta cidade, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, através da Procuradora que esta subscreve, interpor o presente

**AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM PEDIDO DE EFEITO
SUSPENSIVO,**

contra a decisão liminar proferida, nos autos da **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** promovida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, pelas razões de fato e de direito adiante expostas.

I - DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, deve-se ressaltar a tempestividade do presente Agravo.

Segundo se observa da análise dos autos, o Estado do Maranhão se deu por intimado da decisão ora agravada mediante carga dos autos em **21/06/2012**, conforme atesta a Certidão fornecida pela Secretaria da Comarca de Esperantinópolis (doc. 02).

Assim, considerando ser de 20 (vinte) dias o prazo para a interposição de Agravo pela Fazenda Pública Estadual, nos termos do art. 522, caput, c/c o art. 188, ambos do Código de Processo Civil, é tempestivo o recurso ora interposto.

II - DOS FATOS

Alega o autor, ora agravado, que a Comarca de **Esperantinópolis** está desprovida de instalação de Defensoria Pública do Estado, o que tem causado violação aos direitos constitucionais dos cidadãos de **São Roberto, São Raimundo do Doca Bezerra e de Esperantinópolis**, uma vez que é assegurada pela Constituição Federal, em seus arts. 134 e 5º, LXXIV, a assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados.

Aduz que, hodiernamente, o quadro de Defensores Públicos se encontra distribuído de forma desproporcional, pois a concentração maior desses profissionais está localizada nas comarcas com maior IDH, deixando, assim, totalmente desamparados os Municípios mais pobres, o que tem causado grandes prejuízos, já que, a maior parte da população está em situação de hipossuficiência, restando-lhe, portanto, apenas suplicar pela defesa ou patrocínio gratuito de advogado militante na cidade.

Acrescenta, ainda, que, pela ausência de defesa técnica, os acusados nas ações penais estão tendo prejuízos nos seus direitos, o que ocasiona um grande atraso na prestação jurisdicional.

O Ministério Público alega, outrossim, que a mesma situação acontece no âmbito cível, onde há uma grande demanda por assistência jurídica gratuita.

Por fim, requer que seja concedida a liminar e que, ao final, seja o Estado do Maranhão condenado à Obrigação de Fazer consistente na instalação e manutenção adequadas do serviço de assistência jurídica aos necessitados na Comarca de Esperantinópolis (incluindo os Municípios de Esperantinópolis, São Roberto e São Raimundo do Doca Bezerra).

Apreciando esse pedido, o d. Magistrado *a quo* deferiu, *inaudita altera pars*, o pedido de liminar para determinar “que o **ESTADO DO**

MARANHÃO, ora requerido, por intermédio do Excelentíssimo Sr. DEFENSOR PÚBLICO GERAL, **PROCEDA A DESIGNAÇÃO**, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após o término do Curso de Formação de Defensores Públicos em andamento, **de UM DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL PARA TER LOTACÃO E ATUAÇÃO ESPECIFICAMENTE PERANTE ESTA COMARCA DE ESPERANTINÓPOLIS, dentre os 32 (trinta e dois) novos Defensores Públicos recentemente nomeados, ou, por intermédio de Remoção dentre os demais integrantes da carreira**, prestando o regular serviço de assistência judiciária à população hipossuficiente residente nos municípios de Esperantinópolis, São Raimundo do Doca Bezerra e São Roberto”, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em caso de atraso no cumprimento ou descumprimento injustificado.

III - PRELIMINARMENTE

1. DO *ERROR IN PROCEDENDO*. DA CONCESSÃO DE LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARS*. OFENSA AO ART. 2.º DA LEI N.º 8.437/92.

Verifica-se que a decisão liminar ora impugnada, na forma em que foi proferida, consubstancia *error in procedendo* do Juízo monocrático, face ao manifesto descumprimento do requisito legal insculpido no art. 2.º da Lei n.º 8.437/92, *verbis*:

“Art. 2º. No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.” [Grifamos]

Assim, evidente que, em qualquer hipótese, a concessão de liminar *inaudita altera pars* em Ação Civil Pública cujo pólo passivo é integrado pelo Poder Público consubstancia patente ilegalidade,

bem como violação ao princípio constitucional do devido processo legal, como ocorre no caso em apreço.

Tal diretriz encontra ressonância em farta jurisprudência nacional, conforme se verifica dos seguintes precedentes, *verbis*:

“PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA – ASSOCIAÇÃO – COBRANÇA DE TAXA DE OCUPAÇÃO SOBRE BENFEITORIAS – IMÓVEIS SITUADOS EM TERRENOS DE MARINHA – CONCESSÃO DE LIMINAR SEM A OITIVA DO PODER PÚBLICO – ART. 2º DA LEI 8.437/92.

(...)

5. É nula a liminar concedida contra pessoa jurídica de direito público sem a observância da sua oitiva prévia (art. 2º da Lei 8.437/92). Precedentes do STJ.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, parcialmente provido.” (STJ, RESP Nº 667.939/SC, 2ª Turma, Relatora Min. Eliana Calmon, DJ 13/08/2007) [Grifamos]

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OITIVA DO PODER PÚBLICO. LIMINAR. LEI N. 8.437/92.

1. A hipótese de cabimento do recurso especial estabelecida na alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal exige o prévio questionamento dos dispositivos legais ditos por vulnerados.

2. Na ação civil pública, a liminar, quando cabível, somente pode ser concedida após a oitiva do representante da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas, nos exatos termos indicados no art. 2º da Lei n. 8.437/19.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (STJ, RESP.º 220.082/GO, 2.ª Turma, Relator Min. João Otávio de Noronha, DJ 20/06/2005) [Grifamos]

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXONERAÇÃO. CARGO DE CONFIANÇA. NEPOTISMO. NÃO APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO DO CNJ AOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. I - A Resolução do CNJ, que trata do nepotismo, apenas tem efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário. II - Consoante estabelece o art. 2º da Lei nº 8.437/92, o deferimento de liminar em ações civis públicas e mandados de segurança coletivo pressupõe a oitiva do representante legal da pessoa jurídica de direito público, no prazo de 72 horas, ausente tal medida há ofensa ao devido processo legal. III - Agravo provido.” (TJMA, Agravo de Instrumento nº 12.418/2006, 1ª Câmara Cível, Relator Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf, 04/10/2006)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXONERAÇÃO. CARGO DE CONFIANÇA. NEPOTISMO. NÃO APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO DO CNJ AOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PARA TAL FINALIDADE.

I- Em decorrência do princípio da legalidade deve haver legislação específica para regulamentar acerca da proibição do nepotismo na esfera dos Poderes Executivo e Legislativo, não sendo aplicável a Resolução do CNJ, que tem efeito vinculante apenas em relação ao Poder Judiciário.

II - Consoante estabelece o art. 2º da Lei nº 8.437/92, o deferimento de liminar em ações civis públicas e mandados de segurança coletivo pressupõe a oitiva do representante legal da pessoa jurídica de direito público, no prazo de 72 horas, ausente tal medida há ofensa ao devido processo legal.

III - Agravo provido.” (TJMA, Agravo de Instrumento n.º 6.883/2007, Relator Des. Jorge Mubárack Maluf, 18/09/2007) [Grifamos]

“PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR – DEFERIMENTO – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – AUDIÊNCIA – Em sede de ação civil pública não se concede liminar antes de ouvida a pessoa jurídica de direito público inte-

ressada, que deverá se pronunciar sobre o pedido, no prazo de setenta e duas horas, a teor do art. 2º da Lei nº 8.437/92.” (TJMG – AG 126.049/6 – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Almeida Melo – J. 12/11/1998)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONCESSÃO DE LIMINAR SEM PRÉVIA OITIVA DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO REQUERIDA – INADMISSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, DA LEI Nº 8.437/92 – A teor do art. 2º, da Lei nº 8.437/92, no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar, só será concedida, após a audiência do representante legal da pessoa jurídica de direito público, que deverá pronunciar-se no prazo de setenta e duas horas.” (TJSC – AI 98.009296-5 – SC – 2ª C.Cív. Rel. Des. Anselmo Cerello – J. 05.11.1998)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO QUE ACIONA O MUNICÍPIO, COM PEDIDO DE LIMINAR (ART. 11 E 12 DA LEI Nº 7.347, DE 24.07.1985) – LIMINAR CONCEDIDA SEM OUVIDA DO PODER PÚBLICO (ART. 2º, DA LEI Nº 8.437, DE 30 DE JUNHO DE 1.992) – ILEGALIDADE DA LIMINAR – Torna-se ilegal a medida liminar contra o Poder Público (Município), sem a audiência prévia do seu representante judicial.” (TJPR – AI 39.592-8 – Ac. 11.169 – 2ª C.C. – Rel. Des. Negi Calixto – J. 03.05.1995)

Dessa forma, considerando ter sido a liminar concedida sem prévia oitiva do ente público estadual, impõe-se a decretação da nulidade da decisão vergastada, por manifesta contrariedade ao art. 2º da Lei nº 8.437/92 e ao princípio do devido processo legal e seus consectários legais – contraditório e ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal²⁸, que vedam a sua concessão sem prévia manifestação do representante judicial da pessoa jurídica de Direito Público.

28 “Art. 5º (...)

(...)”

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

2. IMPUGNAÇÃO DE ATO DE AUTORIDADE SUJEITA, NA VIA MANDAMENTAL, À COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO (ART. 81, VI, CONSTITUIÇÃO ESTADUAL). VIOLAÇÃO AO ART. 1.º, § 1.º DA LEI N.º 8.437/92. SÚMULA N.º 08 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.

Cuida o caso *sub examine* de demanda ajuizada pelo Ministério Público Estadual objetivando a instalação de Defensoria Pública nos Municípios de Esperantinópolis, São Raimundo do Doca Bezerra e São Roberto.

E, sendo o ato/omissão impugnado de atribuição do Defensor-Público Geral do Estado, equiparado a Secretário de Estado, responsável pela nomeação dos Defensores Públicos aprovados em concurso público, compete originariamente ao Tribunal de Justiça o seu processamento e julgamento, nos termos do art. 81, VI, da Constituição Estadual, *in verbis*:

“Art. 81. Compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente:

(...)

VI - o habeas corpus e o mandado de segurança contra atos do Governador do Estado, da Mesa da Assembléia Legislativa, do Tribunal de Contas do Estado, dos Procuradores-Gerais, dos Secretários de Estado e do próprio Tribunal de Justiça.”

Entretanto, de forma a evitar burla às normas de competência estabelecidas no sistema processual, adveio a Lei n.º 8.437/92, cujo art. 1º, § 1º, encontra-se vazado nos seguintes termos:

“Art. 1.º (...)

§ 1.º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.”

Outrossim, no âmbito da jurisprudência nacional, impende trazer à lume a exegese consolidada no verbete sumular n.º 08 do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Não é admissível, no juízo de primeiro grau, a concessão de medida cautelar inominada, ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do tribunal.”

Dessa forma, inviável a concessão de liminar sob pena de flagrante incompatibilidade com o disposto no art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 8437/92, impondo-se, portanto, o provimento do presente Agravo para que seja reformada a decisão ora impugnada.

3. DO CARÁTER SATISFATIVO DA LIMINAR

Contrariamente à lei, doutrina e jurisprudência pátrias, a liminar requerida no presente processo se apresenta como satisfativa, não podendo ser concedida, posto que atende *in totum* ao pedido contido na inicial. Nestes termos, veja-se os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL. RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. DESNECESSIDADE NO CASO CONCRETO.

1. O Estudo Prévio de Impacto Ambiental revela exigência administrativa que não se coaduna com o funcionamento de empresa instalada há mais de 3 (três) décadas, conjurando, a um só tempo, a evidência do direito e o periculum in mora (art. 273 do CPC).

2. Deveras, sobressai carente de prova inequívoca a ação que visa à referida exigência legal instituída após 1 (uma) década da instalação da empresa, por isso que, *in casu*, através de cognição exauriente e no curso da lide, prova técnica, sob contraditório, encer-

ra meio pertinente à aferição da verossimilhança da alegação.

3. É defeso ao juiz, em nome do «poder geral de cautela», deferir medida antecipatória satisfativa, porquanto diversos os requisitos para a concessão da tutela jurisdicionais referidas. É que a tutela cautelar reclama aparência (fumus boni juris), e a tutela satisfativa, evidência (prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação).

4. A fungibilidade dos requisitos viola o art. 273 do CPC, tanto mais que, in casu, a tutela antecipada visa a estagnação das atividades da empresa, caso não apresente o Estudo Prévio, sendo certo que a atividade resta exercida por 37 (trinta e sete) anos.

5. Recurso Especial provido.” (STJ, RESP Nº 766.236/PR, 1ª Turma, Relator para Acórdão Min. Luiz Fux, 04/08/2008) [Grifamos]

“**AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR SATISFATIVA E SEM AUDIÊNCIA PRÉVIA DO REPRESENTANTE DO ESTADO. DESCONSIDERAÇÃO DAS RESTRIÇÕES INSERIDAS NA LEI 8.437/92. AGRAVO PROVIDO. São cogentes as disposições da Lei 8.437/92, art. 1º, § 3º e art. 2º, que vedam a concessão de liminares satisfativas e sem a prévia ouvida do representante da pessoa jurídica de Direito Público acionada.**” (TJMA, Agravo de Instrumento nº 24.828/2003, 1ª Câmara Cível, Relator Des. Raymundo Liciano de Carvalho, j. 21/06/2004) [Grifamos]

“**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.**

1. A possibilidade de dano ao patrimônio público, na hipótese, foi demonstrada pela Caixa Econômica Federal.
2. A concessão de efeito suspensivo no caso foi, precisamente, em face dos danos e prejuízos que poderiam ser causados pela suspensão do processo de licitação, à ora agravada, empresa pública.
3. Para exame da relevância das razões do agravante, em Agravo de Instrumento, deve-se examinar, principalmente, se houver ou há iminência de ocorrer lesão grave e de difícil reparação e, em se tratando de órgão ou empresa da administração pública, se a lesão afeta à ordem ou à economia públicas.

4. O conceito de ordem pública foi magnificamente plasmado em Voto do eminente Ministro do STF, José Neri da Silveira, quando integrante do extinto TFR, ao explicitar “que nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas” (q.v. Hely Lopes Meirelles, in Mandado de Segurança, 14ª edição, pag. 62).

5. Por expressa vedação legal não se admite caráter satisfativo, em concessão de liminar máxime em ação cautelar.

6. Não há falar-se em violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, em face da juntada por linha de memoriais. Tal juntada, além de homenagear os trabalhos dos advogados, quase sempre trazem dados suplementares e esclarecedores, evidentemente, sobre o que trata o feito.

7. Negado provimento ao agravo.” (TRF - PRIMEIRA REGIÃO; Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 9601099220; Processo: 9601099220 UF: DF Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data da decisão: 27/8/1996 Documento: TRF100046864) [Grifamos]

Verifica-se, pois, que o esgotamento do objeto da ação é vedado nos termos do art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, segundo o qual **“não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”**.

O objeto da presente ação é a instalação de Defensoria Pública na Comarca de Esperantinópolis – incluindo os Municípios de Esperantinópolis, São Roberto e São Raimundo do Doca Bezerra. Nesse sentido, considerando que a liminar concedida teve exatamente esse alcance, uma vez que determinou a nomeação de um Defensor Público para a Comarca de Esperantinópolis, **verifica-se que esgota totalmente o objeto da presente lide e, com isso, ocorreria violação às normas federais supra mencionadas, razão pela qual deve ser reformada a decisão ora agravada.**

4. DA INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

a) NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA E DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO

b) AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

Verifica-se que, no presente caso, a liminar não poderia ser concedida, face à inobservância de todos os requisitos exigidos pela lei, conforme adiante explicitado.

a) **Da Ausência de Interesse de Agir do Ministério Público Estadual. Não Comprovação do *Fumus Boni Juris***

Analisando-se as condições da ação, evidencia-se, de plano, a falta de interesse de agir do Ministério Público Estadual, a partir da averiguação do binômio: necessidade da tutela jurisdicional e adequação do provimento pleiteado.

Como é sabido, a falta de qualquer dos elementos componentes desse binômio implica na ausência do próprio interesse de agir, como nos assegura ALEXANDRE FREITAS CÂMARA (*in* Lições de Direito Processual Civil, Vol. I, 10. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, P. 126/127), *in litteris*:

“O interesse de agir é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito do provimento final seja verdadeiro binômio: *necessidade da tutela jurisdicional*” e “*adequação do provimento pleiteado*”¹ fala-se, assim, em “interesse-necessidade” e em “interesse-adequação”. A ausência de qualquer dos elementos componentes deste binômio implica ausência do próprio interesse de agir.
(...)

Assim sendo, terá interesse de agir aquele que apresentar necessidade da tutela jurisdicional, tendo pleiteado um provimento que se revele adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem afirmada na demanda.”

Ora, na demanda em epígrafe, requer o Ministério Público Estadual uma providência jurisdicional que obrigue o Estado do Maranhão a uma obrigação de fazer constante na nomeação de Defensor(es) Público(s) para a Comarca de Esperantinópolis (incluindo os Municípios de Municípios de Esperantinópolis, São Raimundo do Doca Bezerra e São Roberto), diante da alegada inexistência de serviço organizado de assistência judiciária por parte da Defensoria Pública do Estado do Maranhão.

Resta claro que o provimento requerido implica em admissão do controle judicial sobre o juízo de conveniência e oportunidade do administrador público, o que é inadmissível no regime jurídico-administrativo brasileiro.

Com efeito, embora possível o controle judicial do ato administrativo discricionário, há que se respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei, conforme leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro (*in* Direito Administrativo, 11. ed, São Paulo: Saraiva, 1999, P. 202), *verbis*:

“Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.”

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, à semelhança do tema aqui proposto, assim decidiu, *litteris*:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBJETIVO. ADOÇÃO DE PRIORIDADES ADMINISTRATIVAS NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA. EXAME DE CONVENIÊNCIA E DE OPORTUNIDADE QUE CABE AO PODER EXECUTIVO.

Impossibilidade da deliberação da prática de atos de administração pelo Judiciário. Agravo regimental improvido.” (TRF 4ª Região, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 2001.04.01.058384-5/SC, Turma Especial, Relator Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ 18/08/2001)

Do voto proferido pelo ilustre Desembargador Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, extrai-se o seguinte trecho, cuja clareza e precisão fazem dispensar comentários:

“Realmente, por maior que seja o âmbito da ação civil pública, é pacífico o entendimento que descabe ao Judiciário substituir o Poder Público fixando providências e diretrizes administrativas, por mais relevantes que elas sejam, sob pena de comprometer-se, irreparavelmente, o princípio da harmonia e separação dos poderes. O exercício da atividade administrativa, ao distribuir os recursos orçamentários, constitui, como não poderia deixar de ser, um juízo discricionário do Poder Público, cuja apreciação pelo Judiciário encontra-se excluída, nos termos do pacífico entendimento da doutrina e da jurisprudência.” (Grifamos)

Não restam dúvidas, pois, que a providência requerida pelo Ministério Público Estadual na presente Ação Civil Pública não depende, para sua efetivação, da intervenção do Poder Judiciário. Vale dizer, faltam-lhe os elementos “**interesse-necessidade**”, que constituem o binômio do qual se falou anteriormente.

Dessa forma, evidente a ausência de interesse de agir do autor, devendo, pois, ser reconhecida a carência de ação e, consequen-

temente, declarada a ausência de *fumus boni juris* para a concessão da liminar e reformada a decisão ora agravada, em conformidade com os argumentos expostos supra.

b) Não comprovação da existência de prova inequívoca e da verossimilhança da alegação. Ausência de Demonstração do *Periculum in Mora*.

Constata-se, ainda, que o autor, ora agravado, não demonstrou a presença da prova inequívoca e da verossimilhança de suas alegações.

Inicialmente, cumpre destacar que o fundamento para o deferimento da liminar consiste, especialmente, na ausência de Defensoria Pública instalada na Comarca de Esperantinópolis e no baixo IDH dos Municípios que a compõem (Esperantinópolis, São Raimundo do Doca Bezerra e São Roberto).

Ocorre que, conforme será melhor explicitado abaixo, a própria Lei Complementar Estadual nº 19, de 11 de janeiro de 1994 – que dispõe sobre a organização e o funcionamento da Defensoria Pública do Estado (doc. 07) – estabelece, em seu art. 11, parágrafo único, a possibilidade de instalação de **Defensorias Regionais no Interior do Estado, com atribuições perante um ou mais Municípios**.

Assim, é perfeitamente possível haver atuação de um só Defensor em mais de um Município, o que permite concluir que poderá haver Comarca em que não existirá Defensor Público ali lotado. Isso não significa, todavia, que a população estará desassistida, já que a legislação prevê a figura do Defensor Público Regional, com atuação em mais de um Município.

Ademais, cumpre destacar que a atuação do Poder Judiciário, através da prolação da liminar ora agravada, causa indevida ingerência na solidez da Instituição “Defensoria Pública” e dos serviços públicos em regular funcionamento. Além disso, afeta as relações harmônicas e independentes entre as funções estatais de órgãos autônomos e poderes constituídos, provocando um controle incisivo de uma instituição sobre outra.

É certo que a discricionariedade que envolve o poder de gestão de Defensor Público-Geral é limitada, não podendo ultrapassar os

limites da legalidade. Porém, no que concerne aos critérios de instalação dos núcleos regionais, a legalidade confere tratamento privilegiado às regiões com maiores índices de exclusão e adensamento populacional, nos termos do do art. 107 da Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

Pelo citado dispositivo legal, são exigidos dois critérios, a saber: maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. Logo, a legislação, ao tratar do interesse público na instalação de Núcleos das Defensorias, leva em consideração o nível de vulnerabilidade social da população, medido por índices de exclusão social, a exemplo do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), bem como a elevada concentração de pessoas na região.

Além de tais critérios, a Instituição também tem observado na estruturação dos Núcleos o volume de processos em tramitação na comarca.

Assim, embora se reconheça que os Municípios de Esperantinópolis, São Roberto e São Raimundo do Doca Bezerra tenham um baixo IDH, não se pode admitir, como quer fazer crer o Ministério Público Estadual, que tal índice seja o único critério a ser considerado para a análise da viabilidade de instalação de Núcleo de Defensoria Pública na Comarca de Esperantinópolis.

É que, conforme demonstrado supra, a Defensoria Pública passa por um processo de interiorização, o qual, defluindo dessa sistemática, requer uma análise pormenorizada de vários critérios (não apenas o IDH) que devem nortear a instalação de seus órgãos nas Comarcas do Estado.

Ocorre que, por ser um processo, essa prática passa por diversas etapas, com destaque para a contratação e remuneração de membros e servidores desse Núcleo, vinculada à **análise de dotação orçamentária, e todo o trâmite burocrático para a aquisição de sede própria na Comarca. Desse modo, já se vê que se trata de um procedimento complexo e, não raro, demorado.**

Destaque-se, por oportuno, que a nomeação dos 33 (trinta e três) novos defensores visou atender à maioria das Comarcas onde não existe

Núcleo de Defensoria, bem como incrementar a atuação nas Comarcas onde o órgão já está instalado, pela análise dos critérios expostos supra, a exemplo do grande volume de processo em algumas Comarcas, como é o caso de Bom Jardim.

Por outro lado, considerando que a liminar se fundamentou no fato de que os 03 (três) Municípios da Comarca de Esperantinópolis possuem baixo IDH em comparação a outras Comarcas, e tendo sido demonstrado que esse não é o único critério que deve ser levado em consideração para a análise da viabilidade de instalação de um Núcleo de Defensoria Pública, mister seja reformada, de imediato a decisão ora agravada.

Ademais, ainda que, hipoteticamente, a lei previsse somente esse critério, não se pode olvidar que cabe ao administrador, *in casu*, a própria Defensoria Pública, gerir a maneira como ocorre, na prática, a distribuição de Núcleos da Instituição, pois tal medida resulta do pleno e livre exercício de sua autonomia administrativa, constitucionalmente assegurada.

Caso se pudesse admitir a interferência do Poder Judiciário nessa atividade, ter-se-ia violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF) e ao princípio que assegura autonomia funcional e orçamentária às Defensorias Públicas Estaduais (art. 134, § 2º, CF).

Ademais, segundo disposto no art. 118 da Lei Complementar nº 80/94 “**os membros da Defensoria Pública do Estado são inamovíveis, salvo se apenados com remoção compulsória, na forma da lei estadual**. E consoante informado no Ofício nº 298/2012-DPGE (doc. 04), todos os novos Defensores Públicos já foram titularizados, sendo, pois, qualquer remoção inviável, por ausência de razoabilidade, já que afrontaria direito subjetivo líquido e certo dos próprios Defensores.

Nunca é demais lembrar que a criação de cargo público efetivo depende de lei específica, no caso concreto, lei de iniciativa da Governadora do Estado com a aprovação da Assembléia Legislativa (art. 43, II da Constituição Estadual²⁹).

29 “Art. 43 - São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

Não se pode olvidar, ainda, que a ausência de lei precedente criando os cargos para nomeação de novos Defensores caracteriza violação ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF).

Outrossim, a Constituição Federal estabelece a necessidade de observância de prévia dotação orçamentária, conforme se verifica de seu art. 169, § 1º, I, *litteris*:

“Art. 169 – A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder o limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º - A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, **a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:**

I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender as projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes.” (Grifamos)

Portanto, diante dessas considerações, constata-se estar ausente o *fumus boni juris* indispensável à concessão da liminar.

Por outro lado, ausente o *periculum in mora*, eis que, como já demonstrado, está em execução o processo de interiorização da Defensoria Estadual.

Ademais, não se pode olvidar que existe a possibilidade de atuação de um único Defensor em mais de um Município, nos termos do art. 11 da Lei Complementar Estadual nº 19/94.

Outrossim, incumbe ressaltar que, mesmo ausente a liminar, a efetividade da prestação jurisdicional não estaria comprometida, uma vez que, em se considerando, apenas hipoteticamente, a possibilidade

(...)

II - criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;”

de que o pedido seja julgado procedente, o postulante teria assegurado o reconhecimento do direito pleiteado.

Dessa forma, constata-se, também, a ausência do requisito do *periculum in mora*, inviável a concessão da liminar.

Diante do exposto, considerando não terem sido observados os pressupostos indispensáveis à concessão da liminar, impõe-se a reforma da decisão ora agravada.

5. PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DA LIMINAR (ART. 273, § 2º, CPC)

A r. decisão impugnada, *data maxima* venia, não pode prosperar, tendo em vista, de início, a dicção do art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil, *verbis*:

“Art. 273. (...)

(...)

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”

De fato, eventual decisão que determinasse ao Estado do Maranhão a nomeação de Defensores Públicos para a Comarca de Espesantínópolis implicaria, além da satisfatividade mencionada supra, em perigo de irreversibilidade dos efeitos da liminar, eis que a Administração Pública, ao efetuar o pagamento da remuneração ao Defensor nomeado para cumprimento da decisão, realizará despesas. E, ao final, caso viesse a ser proferida sentença de improcedência na Ação Civil Pública em epígrafe, restaria caracterizada a aludida irreversibilidade, configurando-se, então, o *periculum in mora* reverso.

Além disso, uma determinação como essa oneraria, sobremaneira, o orçamento estadual, sem prévia autorização orçamentária, acarretando imprevisibilidade ao ponto de violar a Lei de Responsabilidade Fiscal e o art. 169, § 1º, I e II da Constituição Federal.

Cumpra registrar, ainda, que a **manutenção da decisão ora agravada causa risco de grave lesão aos cofres públicos estaduais** especialmente porque provimentos desta natureza produzem **efeito multiplicador**, uma vez que pode dar margem a outros pedidos similares sem fundamento algum que os justifiquem, fundamento que foi acolhido pelo Desembargador Presidente desse Egrégio Tribunal de Justiça ao deferir os efeitos da Suspensão de Liminar concedida nos autos da Ação Civil Pública nº 206/2012-Bacuri, com o mesmo objeto, nos seguintes termos:

“(…)

É notório, ainda, o efeito multiplicador que poderá advir com o cumprimento do *decisum ora em questão*, vez que outros municípios, na mesma situação da requerida, poderão obter do Poder Judiciário provimento semelhante, gerando despesas não previstas no orçamento municipal (*sic*).

(…)” (vide doc. 05).

Registre-se que os efeitos da citada decisão foram estendidos à liminar proferida na Ação Civil Pública nº 179/2012, para também suspendê-la, conforme decisão proferida na Petição nº 19.720/2012 na Suspensão de Liminar nº 2484-18.2012.8.10.001 (15.178/2012) [vide doc. 06].

Cabe enfatizar, a respeito, a análise do Prof. Cândido Rangel Dinamarco (*In A reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 146):

“É difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo (art. 273, § 2º). Some-se ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não foi possível restabelecer a situação primitiva.”

Na esteira desse entendimento, destaque-se as lições de Luiz Fernando Bellinette (*Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*,

“E nesse passo, entendemos que a melhor tese é a mais restritiva, que inadmite a concessão de provimento antecipado que produza conseqüências fáticas irreversíveis.

Parece-me que o legislador, nesses casos, ante a necessidade de sacrificar uma situação fática, optou pela possibilidade da tutela antecipada, desde que tal situação fática possa ser reconstituída. Se tal não for possível, então não se admite a antecipação.

E isto nada mais é do que o corolário dos princípios constitucionais atinentes à matéria, que ao mesmo tempo em que estabelecem o direito à adequada tutela jurisdicional (que do ponto de vista do autor supedita a concessão da tutela antecipada), juntamente com este também estabelecem o direito ao contraditório e ao devido processo legal (que do ponto de vista do réu fundamentam a colocação de limites à tutela antecipada).”

Verifica-se, pois, não ser possível a concessão de liminar nos moldes pretendidos pelo agravado.

Portanto, não se pode deixar de considerar que eventual liminar também atingiria a **ordem administrativa**, uma vez que impediria o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas.

A concessão da liminar implicaria, nessa hipótese, tolher o legítimo exercício, pela autoridade administrativa competente, do poder que lhe reserva a ordem jurídica, em especial de decidir, no âmbito de sua esfera discricionária, em quais Comarcas os Defensores Públicos deverão ser lotados, diante da maior necessidade, em função da impossibilidade de atendimento imediato a todos os Municípios do Estado, por razões orçamentárias.

Constata-se, portanto, que a ordem administrativa seria frontalmente desrespeitada se viesse, hipoteticamente a ser concedida a liminar requerida, desprezando todo o regramento jurídico autorizador da edição de atos discricionários pelo Poder Executivo.

Veja-se, a respeito, o seguinte precedente jurisprudencial, *litteris*:

“AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE, EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, SUSPENDEU OS EFEITOS DE LIMINAR CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA, ASSECURATÓRIA A CANDIDATO DO DIREITO DE PROSEGUIR, CONTRA OS TERMOS DO EDITAL, NO CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL.

1. A atribuição de efeito suspensivo a agravo presuppõe, apenas, a identificação, em juízo de cognição sumária, da relevância do fundamento do pedido e da possibilidade de ocorrência de lesão grave e de difícil reparação. A relevância dos fundamentos do agravo, na espécie, transparece da circunstância de que a autoridade indicada coatora no mandado de segurança ateu-se aos termos do edital, somente convocando para a segunda etapa do processo seletivo os candidatos habilitados conforme as normas previstas; a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação está na subversão que a medida liminar impõe à ordem administrativa, ampliando, contra os termos do edital do certame, o número de candidatos habilitados ao Curso de Formação Profissional, por entender disponível número de vagas maior do que o oferecido pelo administrador.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO; Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 199801000570461; Processo: 199801000570461; UF: DF; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data da decisão: 8/9/1998 Documento: TRF100074418) [Grifamos]

Além disso, evidencia-se que a finalidade última de eventual liminar, na forma requerida, que é a nomeação de candidatos, teria como consequência imediata a inclusão de Defensores Públicos em folha de pagamento, situação que se enquadra na vedação constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que, ao disciplinar o Mandado de Segurança, também restringe a concessão de liminares e antecipações de tutela que tenham por objeto pagamento de qualquer natureza.

Veja-se o que dispõe o citado dispositivo legal, *verbis*:

“Art. 7.º (...)

(...)

§ 2ª Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.” (Grifamos)

E o pagamento de salários representa a concessão de vantagem, enquadrando-se, também, na vedação instituída pela Lei supra citada.

Como se não bastasse isso, deve-se ressaltar que a nomeação dos candidatos excedentes, tal como requerido pelo Ministério Público Estadual, implica em criação de cargos públicos, o que pressupõe ônus ao erário, com a **consequente realização de despesas não previstas, o que acaba por violar a Lei de Responsabilidade Fiscal (vide art. 5.º, § 1º, e art. 21, I, c/c arts. 16 e 17), posto que ausente previsão orçamentária para a realização de tais despesas.**

Na verdade, uma determinação como essa oneraria, sobremaneira, o orçamento estadual, sem prévia autorização orçamentária, acarretando imprevisibilidade ao ponto de violar a Lei de Responsabilidade Fiscal e o art. 169, § 1º, I e II da Constituição Federal.

Dessa forma, resulta estreme de dúvida que um provimento jurisdicional que viesse a ser proferido nesse sentido acarretaria **significativa lesão ao Poder Público Estadual.**

Assim, por todos os motivos expostos supra, deve ser reformada a liminar requerida pelo Ministério Público Estadual.

V – DO MÉRITO

1. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DA VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL

Em que pese os consideráveis argumentos expendidos pelo Ministério Público Estadual e pelo D. Magistrado na decisão liminar, verifica-se, na lide *sub examine*, que o Estado do Maranhão não pode ser condenado, por decisão judicial, a designar Defensores Públicos para lotação em determinada Comarca, **sob pena de se afrontar diretamente o princípio da separação dos poderes insculpido no art. 2.º da Constituição Federal, *verbis*:**

“Art. 2.º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

De acordo com esse princípio, é o Poder Executivo, no exercício do seu poder discricionário, quem verifica, no caso concreto, a conveniência e a oportunidade de serem realizados atos da Administração, especificamente a nomeação de Defensores Públicos aprovados em concurso público e sua distribuição nas diversas Comarcas do Estado.

Não pode, pois, o Judiciário condenar o Estado a realizar tal atribuição, uma vez que não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário.

Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que pertence à esfera discricionária da Administração a convocação de candidatos habilitados em concurso público, não podendo, pois, o Poder Judiciário substituir-se ao Executivo, sob pena de comprometer, irreversivelmente, o Estado de Direito, conforme se verifica da ementa a seguir transcrita:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO TESOUREIRO NACIONAL. EDITAL ESAF Nº 16/91.

CONVOCAÇÃO PARA A SEGUNDA ETAPA DO CONCURSO. ARTIGO 56 DA LEI 8.541/92. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRETERIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Em sede de recurso especial, é defeso o conhecimento de questões de direito que não foram devidamente questionadas na via dos embargos declaratórios, ainda que tenham surgido na própria decisão colegial da objeto de impugnação.

2. A convocação de candidatos habilitados, autorizada pelo caput do artigo 56 da Lei 8.541/92, e a prorrogação por período não superior a um ano do prazo de convocação de candidatos, autorizada no parágrafo 2º do mesmo artigo 56 da Lei 8.541/92, são próprios da esfera discricionária da Administração Pública, que poderia ou, não, convocar os candidatos, tanto quanto poderia ou, não, prorrogar o prazo dessa convocação. Precedentes da 3ª Seção.

3. Não há como pretender que o Poder Judiciário substitua o Poder Executivo no exercício de competências que lhes são próprias, instaurando-se a confusão de poderes, de modo a comprometer irreversivelmente o Estado de Direito que tem, na separação das funções soberanas do Estado, um dos seus mais importantes pilares.

4. A abertura de novo concurso público, após o encerramento do prazo de validade de concurso anterior, não produz violação de direito qualquer de candidato que sobejou às vagas então preenchíveis.

5. Ilegalidade comete, sim, o administrador que, sem autorização legal, aproveita candidatos de concurso com prazo de validade já exaurido.

6. Recurso parcialmente conhecido.” (STJ, RESP 310.361/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ 15/04/2002) [Grifamos]

Veja-se, ainda, os seguintes julgados, também da Colenda Corte Superior de Justiça, igualmente vedando a interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do Poder Executivo, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.

3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e a independência dos Poderes.

5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

6. As atividades de realização de fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.”

(RESP 169876/SP, Rel. Min. José Delgado, data da decisão: 16.06.98; 1ª Turma)

“CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – EXERCÍCIO PELO JUIZ – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES.

O Juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público.

O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer.

Agravo a que se nega provimento.” (AGRESP 252083/RJ, Relª. Min. Nancy Andrighi, DJU de 26.03.2001, p.415) [Grifamos]

Assim, não pode o Poder Judiciário substituir o Poder Executivo Estadual no exercício de suas atribuições, sob pena de grave afronta ao princípio da separação de poderes, visto ser de iniciativa exclusiva desse último a aferição dos critérios de oportunidade e conveniência para a nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos e/ou para a lotação de Defensores Públicos através de remoção.

Destaque-se, por oportuno, que o processo de remoção mencionado pelo agravado, que, na sua visão, solucionaria o problema dos necessitados da Comarca de Esperantinópolis, poderia causar transtornos ainda maiores em outras Comarcas, que tenham sido eleitas pela Defensoria Pública Estadual para lotação de Defensores por haver necessidade mais imediata, já que não se pôde, até o momento, atender a todos os Municípios, diante da necessidade de atendimento às normas orçamentárias.

Mister ressaltar, ainda, que a própria Lei Complementar Estadual nº 19, de 11 de janeiro de 1994 – que dispõe sobre a organização e o funcionamento da Defensoria Pública do Estado – estabelece, em seu art. 11, parágrafo único, a possibilidade de instalação de **Defensorias Regionais no Interior do Estado, com atribuições perante um ou mais Municípios**, nos seguintes termos:

“Art. 11. (...)

(...)

Parágrafo único – Nas Comarcas do Interior do Estado poderá haver Defensorias Regionais, com atribuições perante um ou mais municípios, consoante as necessidades de serviço, com um coordenador, cuja incumbência será coordenar as atividades dos Defensores Públicos ali lotados.”

Portanto, a legislação prevê a possibilidade de atuação de um só Defensor em mais de um Município, o que permite concluir que poderá haver Comarca em que não existirá Defensor Público ali lotado. Tal situação não significa, todavia, que a população estará desassistida,

já que a legislação prevê a figura do Defensor Público Regional, com atuação em mais de um Município.

Logo, ao contrário do que foi mencionado na inicial, a Administração Pública Estadual tem dado cumprimento ao regramento constitucional de prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados. Porém, como já exaustivamente demonstrado supra, é importante não se afastar da premissa de que toda política de desenvolvimento do Estado depende de uma complexidade de ações conjuntas, envolvendo as mais diversas áreas de atuação, e não apenas de atos isolados de setores da Administração Pública.

Ademais, cumpre destacar que a atuação do Poder Judiciário, através da prolação da liminar ora agravada, causa indevida ingerência na solidez da Instituição “Defensoria Pública” e dos serviços públicos em regular funcionamento. Além disso, afeta as relações harmônicas e independentes entre as funções estatais de órgãos autônomos e poderes constituídos, provocando um controle incisivo de uma instituição sobre outra.

Logo, inviável o cumprimento da ordem judicial concernente à designação de um Defensor Público para a comarca de Esperantinópolis, tendo em vista que resultante de interferência do Poder Judiciário e do Ministério Público no poder de gestão do Chefe Institucional.

Como se não bastasse isso, as próprias atividades desenvolvidas pela Defensoria Pública Estadual serão prejudicadas, pois acabará por provocar o desarranjo do projeto de interiorização do órgão, já que não existem cargos vagos na carreira, o que obrigaria a Instituição a deixar de instalar um núcleo de atendimento em outra Comarca, já devidamente programado ou até mesmo instalado, para instalar o núcleo em Esperantinópolis, o que não se pode admitir.

Não restam dúvidas de que o poder de gestão da Defensoria Pública, com a emissão de atos políticos, pertence exclusivamente ao Defensor Público-Geral, que tem real conhecimento das efetivas necessidades do órgão e das prioridades que devem ser atendidas de forma mais imediata.

É certo que a discricionariedade que envolve o poder de gestão de Defensor Público-Geral é limitada, não podendo ultrapassar os limites da legalidade. Porém, no que concerne aos critérios de instalação dos núcleos regionais, a legalidade confere tratamento privilegiado às regiões com maiores índices de exclusão e adensamento populacional, nos termos do do art. 107 da Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, *verbis*:

“Art. 107. A Defensoria Pública do Estado poderá atuar por intermédio de núcleos ou núcleos especializados, dando-se prioridade, de todo modo, às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.”

Assim, pelo citado dispositivo legal, são exigidos dois critérios, a saber: maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. Logo, a própria legislação, ao tratar do interesse público na instalação de Núcleos das Defensorias, leva em consideração o nível de vulnerabilidade social da população, medido por índices de exclusão social, a exemplo do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), bem como a elevada concentração de pessoas na região.

Assim, foram contemplados, por exemplo, o Município de Vargem Grande, considerado o mais pobre do país, e Comarcas com um grande número de habitantes, tais como Imperatriz (segunda maior cidade do Estado), que, até 2010, não contava com os serviços da Defensoria. Ademais, ao selecionar as localidades mais populosas, além de cumprir com a determinação legal, a Defensoria Pública abrange um maior número de pessoas.

Além de tais critérios, a Instituição também tem observado na estruturação dos Núcleos o volume de processos em tramitação na comarca.

E, no Estado do Maranhão, a instalação dos Núcleos vem cumprindo esses critérios, observando, ainda, outros de igual importância, relacionados com as características próprias da nossa região. Exemplificativamente, além do IDH e do adensamento populacional, pode-se

citar a presença de grandes projetos econômicos, tais como o agronegócio no centro-sul do Maranhão; a instalação da Hidrelétrica de Estreito na Região Tocantina; o grande número de violação a direitos humanos em todo o Estado, exemplificado com o alarmante quadro de violência no campo e a poluição das siderúrgicas de ferro-gusa e carvoarias, decorrente da exploração econômica do minério de ferro; o grande número de comunidades quilombolas na Baixada Maranhense; o grande número de demandas processuais em algumas comarcas, como é o caso da Comarca de Bom Jardim/MA; a relação do número de Defensores Públicos por habitante, dentre outros etc.

Diante disso, não é correto afirmar que a distribuição dos Núcleos da Defensoria Pública do Maranhão tem sido desproporcional, pois tem observado fielmente o que determina a sua Lei Orgânica Nacional, bem como a peculiar realidade do Estado.

Com efeito, embora se reconheça que os Municípios de Esperantinópolis, São Roberto e São Raimundo do Doca Bezerra tenham um baixo IDH, não se pode admitir, como quer fazer crer o Ministério Público Estadual, que tal índice seja o único critério a ser considerado para a análise da viabilidade de instalação de Núcleo de Defensoria Pública na Comarca de Esperantinópolis.

É que, conforme demonstrado supra, a Defensoria Pública passa por um processo de interiorização, o qual, defluindo dessa sistemática, requer uma análise pormenorizada de vários critérios (não apenas o IDH) que devem nortear a instalação de seus órgãos nas Comarcas do Estado.

Por outro lado, a interiorização da Defensoria Pública deve ser entendida como um processo, consolidando-se dia após dia no Estado do Maranhão. Isso significa que a Instituição, à proporção que se instala em determinada Comarca, assenta sua estrutura e procura garantir aos necessitados a prestação jurídica integral e gratuita de modo a atender ao princípio da eficiência do serviço público (CF, art. 37, *caput*).

Ocorre que, por ser um processo, essa prática passa por diversas etapas, com destaque para a contratação e remuneração de membros e servidores desse Núcleo, vinculada à **análise de dotação orçamentária**.

ria, e todo o trâmite burocrático para a aquisição de sede própria na Comarca. Desse modo, já se vê que se trata de um procedimento complexo e, não raro, demorado.

Para demonstrar que o processo de interiorização vem avançando em ritmo tolerável e de maneira proporcional, obedecendo, essencialmente, os critérios legais previstos no artigo 107 da Lei Complementar nº 80/94, segue tabela³⁰ abaixo descrevendo de que forma a Defensoria Pública do Maranhão vem se preocupando com a distribuição de seus membros nas diversas Comarcas do Estado.

Destaque-se, por oportuno, que a nomeação dos 33 (trinta e três) novos defensores visou atender à maioria das Comarcas onde não existe Núcleo de Defensoria, bem como incrementar a atuação nas Comarcas onde o órgão já está instalado, pela análise dos critérios expostos supra, a exemplo do grande volume de processo em algumas Comarcas, como é o caso de Bom Jardim.

Veja-se a seguinte tabela:

VAGAS	NÚMERO
Núcleo Regional de Bacabal	1
Núcleo Regional de Caxias	1
Núcleo Regional de Codó	1
Núcleo Regional de São José de Ribamar	1
Núcleo Regional de Imperatriz	4
Núcleo Regional de Rosário	1
Núcleo Regional de Timon	1
Núcleo Regional de Alcântara	1
Núcleo Regional de Barra do Corda	2
Núcleo Regional de Bom Jardim	1

30 No sítio eletrônico da Defensoria Pública (www.dpe.ma.gov.br), encontra-se notícia do dia 04/05/2012, abordando o assunto, inclusive contendo o compromisso público da Instituição de que *“o investimento público na criação de novos cargos de defensor e a disponibilização de recurso orçamentário para as novas nomeações deve continuar nos próximos anos, pelo menos até que a Defensoria alcance o mesmo número de promotores e juízes no estado”*.

VAGAS	NÚMERO
Núcleo Regional de Chapadinha	2
Núcleo Regional de Santa Inês	2
Núcleo Regional de Vargem Grande	1
Núcleo Regional de Viana	2
Núcleo Regional de Zé Doca	2

Por outro lado, considerando que a liminar se fundamentou no fato de que os 03 (três) Municípios da Comarca de Esperantinópolis possuem baixo IDH em comparação a outras Comarcas, e tendo sido demonstrado que esse não é o único critério que deve ser levado em consideração para a análise da viabilidade de instalação de um Núcleo de Defensoria Pública, mister seja reformada, de imediato a decisão ora agravada.

Ademais, ainda que, hipoteticamente, a lei previsse somente esse critério, não se pode olvidar que cabe ao administrador, *in casu*, a própria Defensoria Pública, gerir a maneira como essa organização/distribuição de Núcleos da Instituição se dá na prática, pois tal medida resulta do pleno e livre exercício de sua autonomia administrativa, constitucionalmente assegurada.

Dessa forma, ao Judiciário não compete apreciar o mérito administrativo, posto que a eleição das Comarcas destinadas à instalação de Núcleos da Defensoria Pública Estadual consiste na discricionariedade do ato administrativo, mediante critérios expressamente definidos no art. 107 da lei Complementar nº 80/94.

Caso se pudesse admitir que o Poder Judiciário designasse as Comarcas para implantação de Núcleos da Defensoria, por critérios estabelecidos pelo julgador e/ou pelo Ministério Público, ter-se-ia uma situação totalmente violadora da nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que assegura o princípio da separação dos poderes como um dos pilares da República brasileira.

Permitir a ingerência do Poder Judiciário ou do Ministério Público no comando e no controle da gestão, como já dito, viola o art. 134,

§ 2º, da Constituição Federal, segundo o qual as Defensorias Públicas Estaduais são autônomas, verbis:

“Art. 134. (...)

(...)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.” (Grifamos)

Portanto, a medida liminar afronta a autonomia funcional e administrativa constitucionalmente assegurada à Defensoria Pública, interferindo na sua sistemática interna e organizacional, invadir decisões *interna corporis* tomadas pela instituição, e atentando, ainda, contra limitações de ordem orçamentária e financeira.

Nesse sentido, veja-se os ensinamentos de José Afonso da Silva (*In Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 615/616), *litteris*:

“Autonomia Funcional e administrativa. A Emenda 45/2004 não foi tão explícita ao conceder essa autonomia às Defensorias Públicas Estaduais, como o fora o art. 127 em relação ao Ministério Público, porque ali se indicou seu conteúdo básico. A identidade de situações nos permite dizer que os conceitos expendidos em relação ao Ministério Público valem também aqui, assim é que, por autonomia funcional se entende o exercício de suas funções livre de ingerência de qualquer outro órgão do Estado. É predicativo institucional, tanto que se poderia falar - e às vezes se fala em autonomia institucional, mas ela se comunica aos membros da Instituição, porque suas atividades-fim se realizam por meio deles. Assim, eles compartilham dessa autonomia institucional, porque não têm que aceitar interferência de autoridades ou órgão de outro Poder no exercício de suas funções institucionais. A autonomia administrativa significa que cabe à Instituição organizar sua administração, suas unidades administrativas, prati-

car atos de gestão, decidir sobre situação funcional de seu pessoal, propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus serviços auxiliares, prover cargos nos termos da Lei, estabelecer a política remuneratória, observado o art. 169, e os planos de carreira de seu pessoal, tal como está previsto par ao Ministério Público. Já que o conteúdo também há de sê-lo. (...)” (Grifamos)

A respeito, especificamente, da vedação de interferência do Judiciário para determinação de instalação de Defensoria Pública, veja-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO COMINATÓRIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER VISANDO A CRIAÇÃO, IMPLANTAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA COMARCA DE LONDRINA. (...)

Nesta causa - ação civil pública - inadmissível o Poder Judiciário, assomar para si a deliberação de atos da Administração, sob pena de violação do princípio constitucional da interdependência dos Poderes do Estado e, sim, reprise-se, pelo meio constitucional competente para exercê-los.(..)” 3. Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 885.319/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/04/2008, DJ 12/05/2008)

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, POR AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO, SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEIÇÃO. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS HÁBEIS A DEMONSTRAR A RESPECTIVA TEMPESTIVIDADE RECURSAL. MÉRITO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. DEFENSORIA PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO POR 2 (DOIS) DIAS DA SEMANA EM DETERMINADA COMARCA. INVASÃO DA AUTONOMIA DA INSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO.” (TJ/RN; AI 2009.009234-7; 1ª Câmara Cível; Rel. p/ Acórdão Dês. Dilermando Mota; j. 06/07/2010)

“PROCESSIONAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU NO PRAZO DE TRINTA DIAS, A DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA ATUAR AO MENOS UMA VEZ POR SEMANA NA COMARCA DE SÃO RAFAEL SOB PENA DE MULTA DIÁRIA - IMPOSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - ORDEM JUDICIAL QUE INTERFERE NA ORGANIZAÇÃO E DISPOSIÇÃO DE REFERIDA INSTITUIÇÃO - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA MEDIDA - NECESSIDADE DE ESTRUTURAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA - MEDIDA QUE DEPENDE DE INICIATIVA LEGISLATIVA PARA, CRIAÇÃO DE CARGOS, REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO E DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA - PRAZO INSUFICIENTE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - Para efetivação de tal direito fundamental, se faz necessário a devida estruturação daquele órgão, que deve ocorrer sem atropelos, de forma gradativa, pois não depende de simples vontade, e sim de iniciativa legislativa para criação de cargos, disponibilidade orçamentária para viabilizar a realização de concurso público, entre outros fatores. 2 - Agravo de instrumento conhecido e provido.” (AC Nº 2010.002696-4, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Aderson Silvino, j. 25/05/2010)

Outrossim, mister destacar que, segundo disposto no art. 118 da Lei Complementar nº 80/94 “os membros da Defensoria Pública do Estado são inamovíveis, salvo se apenados com remoção compulsória, na forma da lei estadual” (Grifamos).

E, consoante informado no Ofício nº 298/2012-DPGE (doc. 04), todos os novos Defensores Públicos já foram titularizados, sendo, pois, qualquer remoção inviável, por ausência de razoabilidade, já que afrontaria direito subjetivo líquido e certo dos próprios Defensores, violando prerrogativa institucional que lhes fora legalmente atribuída.

Importante destacar o que foi decidido pelo Ilustre Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Maranhão ao deferir o pedido formulado nos autos da Suspensão de Liminar nº 2484-18.2012.8.10.0001 (15.178/2012), posteriormente estendido para a

decisão proferida na Ação Civil Pública em epígrafe, conforme decisão que deferiu o requerimento constante na Petição nº 19.720/2012.

Transcreve-se, a seguir, trechos da decisão proferida na Suspensão de Liminar nº 2484-18.2012.8.10.0001 (15.178/2012), *verbis*:

“(…)

Destarte, filio-o ao posicionamento do Pretório STF, ao examinar caso bastante similar ao presente, inclusive, egresso do Estado do Maranhão, *in verbis*: “A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem adotado, para fixar o que se deve entender por ordem pública no pedido de suspensão, entendimento formado ainda no âmbito do Tribunal Federal de Recursos a partir do julgamento da SS 4405, Rel. Min. Néri da Silveira. Segundo esse entendimento, estaria inserto no conceito de ordem pública o de ordem administrativa em geral, concebia esta como anormal execução dos serviços públicos, o regular andamento das obras públicas e o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas. Assim, representa violação à ordem pública provimento judicial que obstaculiza ou dificulta, sem causa legítima, o exercício, pelas autoridades, de suas atribuições”. (*in* SS 3905 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-02 PP-00291)

É notório, ainda, o efeito multiplicador que poderá advir com o cumprimento do *decisum* ora em questão, vez que outros municípios, na mesma situação da requerida, poderão obter do Poder Judiciário provimento semelhante, gerando despesas não previstas no orçamento municipal.

Desse modo, não há como negar a grave lesão à ordem pública que o cumprimento da decisão ocasiona, consubstanciada na ingerência no Poder Executivo pelo Judiciário, que determinou ao requerente que procedesse à designação de um Defensor Público Estadual para ter lotação especificamente perante a comarca de Bacuri/MA.

Diante do exposto, defiro o presente pleito para suspender a tutela deferida pelo Juízo da Comarca de Bacuri/MA nos da Ação Civil Pública nº 206/2012.

(…)”

Posteriormente, ao apreciar a Petição nº 19.720/2012, o Desembargador Presidente decidiu nos seguintes termos:

“Na espécie, plenamente aplicável o disposto no §8º do artigo 4.º da Lei n.º 8.437/1992, cujo teor autoriza ao Presidente estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

Assim, tendo em consideração a decisão proferida nos autos da Suspensão de Liminar n.º 15.178/2012, estendo os efeitos daquela deliberação à liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública n.º 179-94.2012.8.10.0086, mediante os mesmos fundamentos ali externados.”

Sendo assim, por todos os motivos expostos supra, não cabe ao Poder Judiciário interferir, no exercício das atribuições institucionais da Defensoria Pública, de modo a preservar a independência entre os Poderes do Estado.

Constata-se, pois, que a liminar concedida viola a ordem constitucional no que pertine à cláusula pétrea de independência e autonomia entre os poderes (art. 2º, CF), na esfera das competências do Poder Executivo, bem como a norma que estabelece a autonomia da Defensoria Pública Estadual (art. 134, § 2º, CF), razão pela qual se impõe a sua reforma.

2. DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O mestre português Canotilho, vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência aos recursos econômicos. Assim, a elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse feito.³¹

Os direitos dos cidadãos, como aqueles previstos na presente ação civil pública, têm sido tomados pelo Poder Judiciário e pela dou-

31 CANOTILHO, J. e MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*, 1991. p. 131.

trina sob a concepção programática, em relação a que se tem mera expectativa de direito, visto que ao Gestor eleito democraticamente cabe, de fato, definir quais serão as prioridades sobre as quais recairão os investimentos, inclusive quanto à definição de áreas preferenciais para a designação de ações de segurança pública.

Destarte, deve-se admitir que os direitos reivindicados na ação civil pública, por serem dotados de uma dimensão econômica, têm sua eficácia subordinada à reserva do possível, vale dizer à existência de condições materiais conducentes à sua realização.

Assim, com este suporte jurídico-econômico a jurisprudência pátria tem se posicionado, inclusive a Excelsa Corte, pela impossibilidade do controle judicial das políticas públicas, conforme julgamento realizado na ADI 1484, Rel. Min. Celso de Mello, encontrando-se o Poder Judiciário impossibilitado de definir quais são as prioridades, seja na área de infra-estrutura, seja em qualquer outra área de impacto social.

Na referida ação direta, alegou o autor a inconstitucionalidade por omissão parcial, por descumprimento pelo poder público de imposição constitucional, o que foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal expressamente, definindo na hipótese que o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental, *verbis*:

“A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, seja quando este vem a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite, seja, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão.”

lidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público)”

Apesar de reconhecer o desrespeito à normatividade constitucional por ausência de medidas destinadas à concretização de direitos fundamentais a exemplo dos direitos sociais, o STF, no aresto acima disposto, esclareceu que “em hipótese alguma” “não poderá substituir o órgão governamental, limitando-se a “censurar”, nas palavras do Min. Celso Mello (1.458/MC-DF), “o gesto daqueles, que, por ação ou omissão, transgridem a supremacia do estatuto constitucional”, sob a perspectiva de que agir de forma contrária seria imbuir-se de postura política, incompatível, portanto, com a postura exigida da magistratura.

Referida postura tem se repetido nos diferentes tribunais pátrios superiores (STJ, RESP 575998, Rel. Min. Luiz Fux; Resp 575280, Rel. Min. José Delgado; STF, 2a Turma. RE 358.315/MG. Rel. Min. Ellen Gracie. DJU 19.09.2003; STF, 2a Turma. AgR-RE 322.348/SC. Rel. Min. Celso de Mello, DJU 06.12.2002; STF, 2a Turma. AgR-AI 273.561/SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJU 04.10.2002), pedindo-se vênua para reproduzir os arestos a seguir dispostos, representativos do convencimento acolhido por número considerável dos magistrados brasileiros:

“As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.” STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 577836 Processo: 200301454392 UF: SC Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 21/10/2004 Documento: STJ000592286 DJ DATA:28/02/2005 PÁGINA:200 RDDP VOL.:00026 PÁGINA:189

“ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - MINISTÉRIO PÚBLICO - REFORMA DE PRÉDIO PÚBLICO - ESCOLA - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - ATOS DE GOVER-

NO - IMPOSSIBILIDADE.

Ainda que relevantes os motivos suscitados pelo Ministério Público para a reforma de prédio escolar, tal ato se inclui no poder discricionário da Administração Pública. Constitui intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, a escolha do momento oportuno e conveniente para a execução de obra, o que contraria as delimitações de competências inscritas nas Constituições Federal e Estadual.” (TJMG: 10592070088600011 MG 1.0592.07.008860-0/001(1) Relator(a): ELIAS CAMILO Julgamento: 11/09/2008 Publicação: 30/09/2008)

Portanto, ao Judiciário, não cabe substituir o Poder Executivo na definição das prioridades ou políticas públicas. Este posicionamento tem sido adotado em países como Portugal onde o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário tem sido obstado, visto que tais direitos revelam-se em fins políticos de realização gradual, limitando-se à reserva do possível.³²

A doutrina majoritária e a jurisprudência do Tribunal Constitucional – como também revela a decisão ora correlacionada – têm sublinhado que, na condição de um direito fundamental social a prestações, cuida-se de um direito sob “reserva do possível”, correspondendo, em primeira linha, “a um fim político de realização gradual”, ou seja, o Estado não pode ser compelido a cumprir obrigações programáticas, quando inexistem recursos para tanto, como ocorre no caso em tela.

Assim, também por esse motivo, inviável a concessão da liminar, devendo, pois, ser reformada a decisão ora agravada.

32 SARLET, 2001, p. 115

3. DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS ORÇAMENTÁRIAS

DA IMPOSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO AO PLEITO DO AUTOR POR VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E À ORDEM ADMINISTRATIVA

Destaque-se, ainda, que limitações de natureza orçamentária impedem que a atuação da Defensoria Pública seja expandida, em razão, especialmente, da grande extensão territorial do Estado do Maranhão e do grande número de Comarcas existentes.

O princípio da eficiência da Administração Pública e o princípio da dignidade da pessoa humana exigem que a implementação dos serviços da Defensoria Pública nas Comarcas se façam com a devida estruturação de um espaço físico próprio, a exemplo daqueles utilizados pelos Núcleos Regionais já existentes, que propiciem conforto e privacidade aos usuários dos serviços, além de um corpo de servidores administrativos que, assim como no Ministério Público e no Poder Judiciário, seja capaz de exercer as rotinas próprias de serviços essenciais voltados ao atendimento público (recepcionistas, segurança, técnicos de informática, agentes de limpeza, bem como uma equipe multiprofissional formada por assistentes sociais e psicológicos).

Entretanto, não obstante tais dificuldades, a Defensoria Pública tem expandido sua atuação para o interior do Estado, estando presente hoje em 15 municípios (São Luís, Paço do Lumiar, São José de Ribamar, Caxias, Bacabal, Timon, Imperatriz, Açailândia, Raposa, Itapecuru-Mirim, Carolina, Codó, Pinheiro, Pedreiras e Rosário). Estão em fase de estruturação Núcleos Regionais nas cidades de Chapadinha, Santa Inês, Vargem Grande, Barra do Corda, Zé Doca, Bom Jardim, Viana e Alcântara, que irão beneficiar mais 18 Municípios maranhenses.

Reitere-se que o critério de seleção das Comarcas levou em consideração o disposto no art. 107 da Lei Complementar nº 80/94, ou seja, os indicadores sociais e o contingente populacional.

Todavia, nunca é demais lembrar que a criação de cargo público efetivo depende de lei específica, no caso concreto, lei de iniciativa da Governadora do Estado com a aprovação da Assembléia Legislativa, nos termos do art. 43, II da Constituição Estadual, *litteris*:

“Art. 43 - São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

(...)

II - criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;”

Não se pode olvidar, ainda, que a ausência de lei precedente criando os cargos para nomeação de novos Defensores caracteriza violação ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal³³). Logo, tal fundamento também impõe a reforma da decisão agravada.

Deve-se ressaltar, ademais, que qualquer despesa com pessoal deve ser precedida da existência de recursos orçamentários suficientes para o seu custeio, nos termos do art. 169, § 1º, I e II, da Carta Magna, *verbis*:

“Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente

33 “Art. 5º (...)

(...)”

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.”

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) também contém previsão a respeito, em seus arts. 21 a 23, a seguir transcritos:

“Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição;

II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.

Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

§ 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos. (Vide ADIN 2.238-5)

§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária. (Vide ADIN 2.238-5)

§ 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, o ente não poderá:

I - receber transferências voluntárias;

II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente;

III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.

§ 4º As restrições do § 3º aplicam-se imediatamente se a despesa total com pessoal exceder o limite no primeiro quadrimestre do último ano do mandato dos titulares de Poder ou órgão referidos no art. 20."

A propósito, o mesmo diploma legal estabelece, em seu art. 5.º, § 1º que **"todas as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual, e as receitas que as atenderão, constarão da lei orçamentária anual"**.

Além disso, pelo artigo 15 da Lei Complementar nº 101/2000, consideram-se não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto no artigo 16, dispositivos esses transcritos a seguir, *verbis*:

“Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.”

Verifica-se, pois, que, por este último artigo, a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa exigem dois requisitos: **a) estimativa do impacto orçamentário-financeiro** no exercício que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; **b) declaração do ordenador da despesa** de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, **entendendo-se por adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico** (art. 16, § 1º, da Lei Complementar n.º 101/2000).

E, segundo dispõe o *caput* do art. 21, I, “é nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda (...) as exigências dos **arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição**”.

Também não se pode deixar de considerar que eventual liminar também atingiria a **ordem administrativa**, uma vez que impediria o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas.

Assim, a concessão da liminar implica em tolher o legítimo exercício, pela autoridade administrativa competente, do poder que lhe reserva a ordem jurídica, em especial de decidir, no âmbito de sua esfera discricionária, em quais Comarcas os Defensores Públicos deverão ser lotados, diante da maior necessidade, em função da impossibilidade de atendimento imediato a todos os Municípios do Estado, por razões orçamentárias.

Além disso, a discricionariedade administrativa também demandaria a escolha do momento oportuno para realizar as nomeações dos candidatos aprovados no concurso público, dentro do prazo de validade estabelecido no Edital devidamente publicado e, portanto, de pleno conhecimento de todos os candidatos, e não em prazo de acordo com a conveniência do autor.

Constata-se, portanto, que a ordem administrativa foi frontalmente desrespeitada com a concessão da liminar, desprezando todo o regramento jurídico autorizador da edição de atos discricionários pelo Poder Executivo.

Veja-se, a respeito, o seguinte precedente jurisprudencial, *litteris*:

“AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE, EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, SUSPENDEU OS EFEITOS DE LIMINAR CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA, ASSECURATÓRIA A CANDIDATO DO DIREITO DE PROSSEGUIR, CONTRA OS TERMOS DO EDITAL, NO CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL. 1. A atribuição de efeito suspensivo a agravo pressupõe, apenas, a identificação, em juízo de cognição sumária, da relevância do fundamento do pedido e da possibilidade de ocorrência de lesão grave e de difícil reparação. A relevância dos fundamentos do agravo, na espécie, transparece da circunstância de que a autoridade indicada coatora no mandado de segurança ateu-se aos termos do edital, somente convocando para a segunda etapa do processo seletivo os candidatos habilitados conforme as normas previstas; a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação está na subversão que a medida li-

minar impõe à ordem administrativa, ampliando, contra os termos do edital do certame, o número de candidatos habilitados ao Curso de Formação Profissional, por entender disponível número de vagas maior do que o oferecido pelo administrador. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO; Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 199801000570461; Processo: 199801000570461; UF: DF; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data da decisão: 8/9/1998 Documento: TRF100074418) [Grifamos]

Na verdade, uma determinação como essa oneraria, sobremaneira, o orçamento estadual, sem prévia autorização orçamentária, acarretando imprevisibilidade ao ponto de violar a Lei de Responsabilidade Fiscal e o art. 169, § 1º, I e II da Constituição Federal.

Dessa forma, resulta estreme de dúvida que um provimento jurisdicional que viesse a ser proferido nesse sentido acarretaria **significativa lesão ao Poder Público Estadual**.

Assim, por todos os motivos expostos supra, requer o Estado do Maranhão que seja reformada a decisão ora agravada.

V - DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DA MULTA DIÁRIA

Vale ressaltar, ainda, que, na remota hipótese de que essa Egrégia Corte entenda não ser o caso de reforma da decisão agravada no que diz respeito ao mérito, pelo menos a parte referente à multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) imposta em caso de descumprimento deverá ser reformada, posto que atenta contra o princípio da razoabilidade.

A princípio, deve-se destacar que o instituto das *astreintes* é um instrumento criado para coagir a parte que intentar descumprir decisão judicial quando se trata de determinação de obrigação de fazer ou não fazer, não podendo ser desvirtuado para servir como meio de enriquecimento ilícito da parte autora.

Portanto, a intenção do legislador ao introduzir as *astreintes* em nosso ordenamento jurídico foi oferecer ao juiz mais um meio de coerção para a efetividade do processo, ou, segundo Cândido Rangel Dinamarco, “a efetivação do processo civil de resultado”. Como a multa é revertida para o autor, é preciso estabelecer um equilíbrio entre a função coercitiva e o enriquecimento sem justa causa.

É certo que o legislador muniu o magistrado de ferramenta hábil para garantir a eficácia de suas decisões. Entretanto, não passou um cheque em branco para que o juiz fixe o valor da multa no montante que quiser. A limitação na fixação, apesar de não estar no artigo que introduziu as *astreintes*, pode ser extraída do ordenamento jurídico, condensada no princípio da razoabilidade e na vedação do enriquecimento sem justa causa.

Deve, pois, o juiz analisar o fato concreto, levando em conta todas as suas circunstâncias para que, enfim, possa fixar valor da multa com bom senso e razoabilidade, evitando que esta sirva como fonte de enriquecimento por parte do beneficiário.

No caso em testilha, a fixação de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) não é razoável. Primeiro porque o cumprimento da decisão – abstraindo-se do fato de ser ilegal - requer uma série de formalidades que demanda um lapso temporal razoável. Segundo, e mais importante, é a natureza jurídica, social e política do Estado. Este, para cumprir o seu desiderato constitucional, precisa de meios materiais suficientes para tanto, os quais são adquiridos principalmente através de tributos que incidem sob a população. Assim, os recursos financeiros do Estado pertencem, em tese, a toda a população.

Alicerçado no fundamento acima esposado, não é difícil concluir que a fixação de *astreintes* em valores elevados desvirtua o devido uso da reserva financeira, que estará servindo para financiar riqueza sem justa causa para uma pessoa, ou seja, toda a população arcará indiretamente com o prejuízo, em benefício de apenas um indivíduo. Não se quer dizer com isso que o Estado deva ficar imune ao citado mecanismo processual de coerção, mas que a multa fixada não seja elevada, a fim de não prejudicar a consecução das finalidades estatais.

Por fim, é válido ressaltar que a reiteração de multas de alto valor poderá inviabilizar alguns programas mantidos pelo Estado que, como é público e notório, não possui condições financeiras favoráveis. Portanto, qualquer evasão de recursos redundará na falta dos mesmos em alguma área de atuação estatal.

Se, por hipótese, o Estado for condenado a pagar ao agravado uma quantia elevada, esse dinheiro fará falta na execução de programas em diversas áreas, inclusive na educação, o que acarretará em novas demandas, formando assim um ciclo vicioso que inviabilizará o próprio Estado.

Nesse sentido já decidiu esse Egrégio Tribunal de Justiça conforme se verifica dos trechos de Votos proferidos em Agravos de Instrumentos, *verbis*:

“Por fim, reafirmo o que foi dito na liminar quanto à aplicação da multa diária, cujo arbitramento se mostrou excessivo para os fins a que se destina, qual seja, compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, devendo, portanto, ser reduzida para o valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), o que não é capaz de causar enriquecimento sem causa de sua beneficiária, em caso de descumprimento da ordem judicial (...)” (TJMA, Agravo de Instrumento nº 27.623/2009, 2ª Câmara Cível, 15/12/2009)

“Ante o exposto, de acordo com a Procuradoria de Justiça, conheço do recurso, dando-lhe parcial provimento, ratificando a liminar antes deferida, apenas para reduzir a multa diária fixada pelo juízo de 1º grau, arbitrando-a em R\$ 300,00 (trezentos reais), para o caso de descumprimento da decisão agravada, reiterando os demais termos da decisão recorrida.” (TJMA, Agravo de Instrumento nº 25.724/2009, 2ª Câmara Cível, 02/02/2010)

Logo, ainda que se considere eventual hipótese de manutenção da decisão ora impugnada no que se refere ao mérito, requer-se de acordo com os fundamentos acima explicitados, a reforma da liminar para exclusão da multa diária imposta em caso de descumprimento ou, pelo

menos, redução do valor imposto, face à violação explícita ao princípio da razoabilidade.

VI - DO EFEITO SUSPENSIVO

DA CONFIGURAÇÃO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - DA GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS

À luz das considerações explanadas retro, a decisão hostilizada está a produzir manifesta e **grave lesão à ordem e à economia públicas**.

Com efeito, conforme já afirmado, a determinação para que o Estado designe Defensor Público para a Comarca de Esperantinópolis importa, primeiramente, em **grave prejuízo às finanças públicas estaduais**, na medida em que provoca impacto orçamentário-financeiro, além do que é sabido que a referida despesa não é objeto de dotação orçamentária específica, conforme já exaustivamente mencionado.

Além disso, provimentos desta natureza produzem **efeito multiplicador**, uma vez que pode dar margem a outros pedidos similares sem fundamento algum que os justifiquem, fundamento que foi acolhido pelo Desembargador Presidente desse Egrégio Tribunal de Justiça ao deferir os efeitos da Suspensão de Liminar concedida nos autos da Ação Civil Pública nº 206/2012-Bacuri, com o mesmo objeto, nos seguintes termos:

“(…)

É notório, ainda, o efeito multiplicador que poderá advir com o cumprimento do *decisum ora em questão*, vez que outros municípios, na mesma situação da requerida, poderão obter do Poder Judiciário provimento semelhante, gerando despesas não previstas no orçamento municipal (*sic*).

(…)” (vide doc. 05).

Registre-se que os efeitos da citada decisão foram estendidos à liminar proferida na Ação Civil Pública nº 179/2012, para também

suspendê-la, conforme decisão proferida na Petição nº 19.720/2012 na Suspensão de Liminar nº 2484-18.2012.8.10.0001 (15.178/2012) [vide doc. 06].

Registre-se, ademais, que, se perdurar a decisão ora agravada e existindo, ainda, a possibilidade de efeito multiplicador de demandas semelhantes, grande impacto será causado no orçamento da Defensoria Pública com a determinação para instalação de novos núcleos, ainda mais de forma imediata, sem qualquer programação, na contramão do processo de interiorização que vem sendo desenvolvido pela Instituição.

Como se não bastasse isso, tal determinação implica, ainda, em **afronta à ordem jurídica, posto que violada a ordem administrativa**, uma vez que impediria o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas.

Além disso, **a ordem pública também restaria violada pela ofensa à ordem jurídica**, em face da violação ao princípio da separação dos poderes e das normas que vedam a concessão de liminar na hipótese dos autos, conforme exaustivamente demonstrado supra.

Em situações como essa, o Código de Processo Civil, em seu art. 527, III, estabelece que o relator poderá, a requerimento do agravante, atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento, comunicando ao juiz sua decisão.

O art. 558 do mesmo diploma legal, por sua vez, dispõe que **“o relator poderá, a requerimento do agravante, (...) em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”**.

Evidencia-se, pois, que a intenção do legislador foi conferir ao relator o poder de antecipar os efeitos do futuro e provável juízo de provimento do agravo e, com isso, assegurar a utilidade da decisão final.

Esse é o entendimento de ALEXANDRE DE PAULA, *verbis*:

“A finalidade da norma, e não a estrita literalidade do dispositivo, é que deve presidir a interpretação do art. 558 do CPC. Nesse pressuposto, impõe-se concluir que o relator do agravo poderá, sendo relevantes os

fundamentos e havendo perigo de dano determinar as providências consistentes na antecipação do futuro e provável juízo de provimento do recurso, para o efeito de suspender o cumprimento do ato agravado, ou, sendo ele omissivo ou indeferitório, para adiantar a tutela por ele negada.”³⁴

O agravante tem plena convicção do provimento final positivo do presente recurso, uma vez que, desse modo, esse Egrégio Tribunal de Justiça estará possibilitando o pleno atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum. E o administrador, assim como o Magistrado, deverá sempre se ater ao fim legal e ao interesse público.

É evidente que o cumprimento da decisão ora impugnada poderá causar lesão grave ou de difícil reparação, especialmente face às limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não se pretende, com a reforma da decisão agravada, mitigar o princípio do amplo acesso ao Judiciário, mas apenas atenuar as consequências decorrentes de demandas que não se originam de atos ilícitos do Estado.

Dessa forma, em se considerando os graves danos a serem ocasionados à ordem e à economia públicas, impõe-se a imediata cessação dos efeitos da liminar, com o fim de desconstituir a decisão ora impugnada.

Em que pese tenha sido proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão decisão suspendendo os efeitos da liminar concedida nos autos da Ação Civil Pública - Processo nº 179-94.2012.8.10.0086 (179/2012) - decisão que foi estendida à liminar proferida na Ação Civil Pública em epígrafe por força da decisão proferida ao deferir o requerimento formulado na Petição nº 19.720/2012 (vide doc. 06) - não impede que seja atribuído o efeito suspensivo ao presente recurso, tendo em vista que não resta esgotada a possibilidade de serem cassados os efeitos daquela decisão monocrática através da interposição do recurso cabível na espécie.

34 DE PAULA, Alexandre. *Código de Processo Civil Anotado*. 7.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Ademais, apenas a título de argumentação, mister ressaltar que os requisitos para a suspensão de liminar ou de tutela antecipada não são os mesmos exigidos para a concessão de efeito suspensivo ao Agravo.

Assim, sendo institutos diferentes e inconfundíveis entre si, sujeitos a condições diversas, e, especialmente, em se considerando os graves prejuízos que adviriam para o Estado do Maranhão se executada a tutela antecipada pelo Juízo *a quo*, possível e necessário que seja conferido efeito suspensivo ao presente Agravo, para suspender os efeitos da decisão ora atacada.

O próprio art. 4.º, § 6.º, da Lei n.º 8.437/92 (com a redação dada pela Medida Provisória n.º 2.180-35/2001), estabelece que são instrumentos autônomos e independentes entre si, nos seguintes termos:

“Art. 4.º (...)

(...)

§ 6ª A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.”

A respeito, veja-se as lições de LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, *verbis*:

“O que importa deixar assente é que o agravo de instrumento contém efeito devolutivo amplo, de forma que a matéria impugnada transfere-se para o tribunal. E, uma vez conhecido o agravo, diante do preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade, haverá a produção do chamado efeito substitutivo, independentemente do resultado do julgado.

Enquanto o agravo de instrumento constitui um recurso, o pedido de suspensão não detém natureza recursal. Logo, não há vedação ao ajuizamento simultâneo ou concomitante de ambas as medidas, visto que, não sendo uma delas um recurso, não se aplica o princípio da singularidade ou unirrecorribilidade, segundo o qual, para cada ato judicial recorrível, há um

único recurso previsto pelo ordenamento, sendo vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro visando à impugnação do mesmo ato judicial. Demais disso, o agravo de instrumento serve para obter a reforma da]ou anulação da decisão interlocutória, em razão de um *error in iudicando* ou de um *error in procedendo*. Já o pedido de suspensão dos efeitos da decisão, sem reformá-la ou anulá-la, diante de grave lesão à ordem, à saúde, à economia ou à segurança públicas.

O agravo de instrumento tem sua interposição subordinada à obediência de um prazo legal. Já o pedido de suspensão não se sujeita a qualquer prazo, podendo ser intentado enquanto não houver o trânsito em julgado. Com efeito, não há fixação de prazo legal para o ajuizamento do pedido de suspensão. Assim, 'entende-se que a qualquer momento pode ser formulado o pedido, desde que seja feito antes da efetiva execução do ato'. Tarta-se, ao que se vê, de medida preventiva. A propósito, cumpre registrar que a 'prevenção pode estar em se evitar que a continuidade da execução continue a causar graves danos ao interesse público'. Enfim, as referidas medidas contêm pressupostos diferentes, desnudando finalidades igualmente diversas. Daí serem autônomas e diferentes entre si.

Além de o agravo de instrumento e o pedido de suspensão serem autônomos e independentes entre si, é bem de ver que não há qualquer condicionamento ou vinculação de um frente ao outro. A propósito, assim dispõe o art. 4º, parágrafo 6º da Lei nº 8.437/1992, na redação conferida pela Medida Provisória nº 2.180/2001, de cujo teor se extrai a seguinte dicção:

‘§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.’

Tal dispositivo é aplicável ao pedido de suspensão da Lei nº 4.348/1964 (caso do mandado de segurança), por força do art. 14 da mesma Medida Provisória nº 2.180/2001, que assim estabelece:

“Art. 14. O art. 4º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 4º (...)

...

§ 2º Aplicam-se à suspensão de segurança de que trata esta Lei, as disposições dos §§ 5º a 8º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.’”

Ademais, os requisitos do pedido de suspensão de segurança estão, todos eles, previstos no art. 4º da Lei nº 4.348/1964, no art. 12 da Lei nº 7.347/1985, no art. 25 da Lei nº 8.038/1990, no art. 4º da Lei nº 8.437/1992, no art. 1º da Lei nº 9.494/97 e no art. 16 da Lei nº 9.507/1997; nenhum deles contem a previsão de subordinação a qualquer decisão proferida em agravo de instrumento. Muito pelo contrário. Cumpre, então, atentar-se para a aplicação das regras da Lei nº 8.437/1992, dentre as quais avulta a norma inscrita no parágrafo 6º do art. 4º que determina *não* haver qualquer condicionamento *nem* vinculação do pedido de suspensão com o agravo de instrumento igualmente interposto”³⁵

Ressalte-se, ainda, que essa probabilidade de lesão grave e de difícil reparação, ora demonstrada, também justifica a interposição de agravo de instrumento, nos termos do art. 527, II, do Estatuto Processual Civil, a seguir transcrito:

“Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:

(...)

II - poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente” (Grifamos e destacamos)

35 DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006, P. 421/423.

Portanto, perfeitamente justificada a interposição do presente agravo sob a forma de instrumento, uma vez que caracterizada a lesão grave e de difícil reparação ao erário estadual, na medida em que impõe a reforma de rodovias estaduais sem as correspondentes dotações orçamentárias.

Sendo assim, requer-se seja o presente Agravo recebido e processado sob a forma de instrumento, assim como deferido o efeito suspensivo ora pleiteado, para o fim de suspender integralmente a execução da decisão agravada, com fundamento no artigo 527, III, do Código de Processo Civil.

VII - DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer o Estado do Maranhão que Vossa Excelência se digne em:

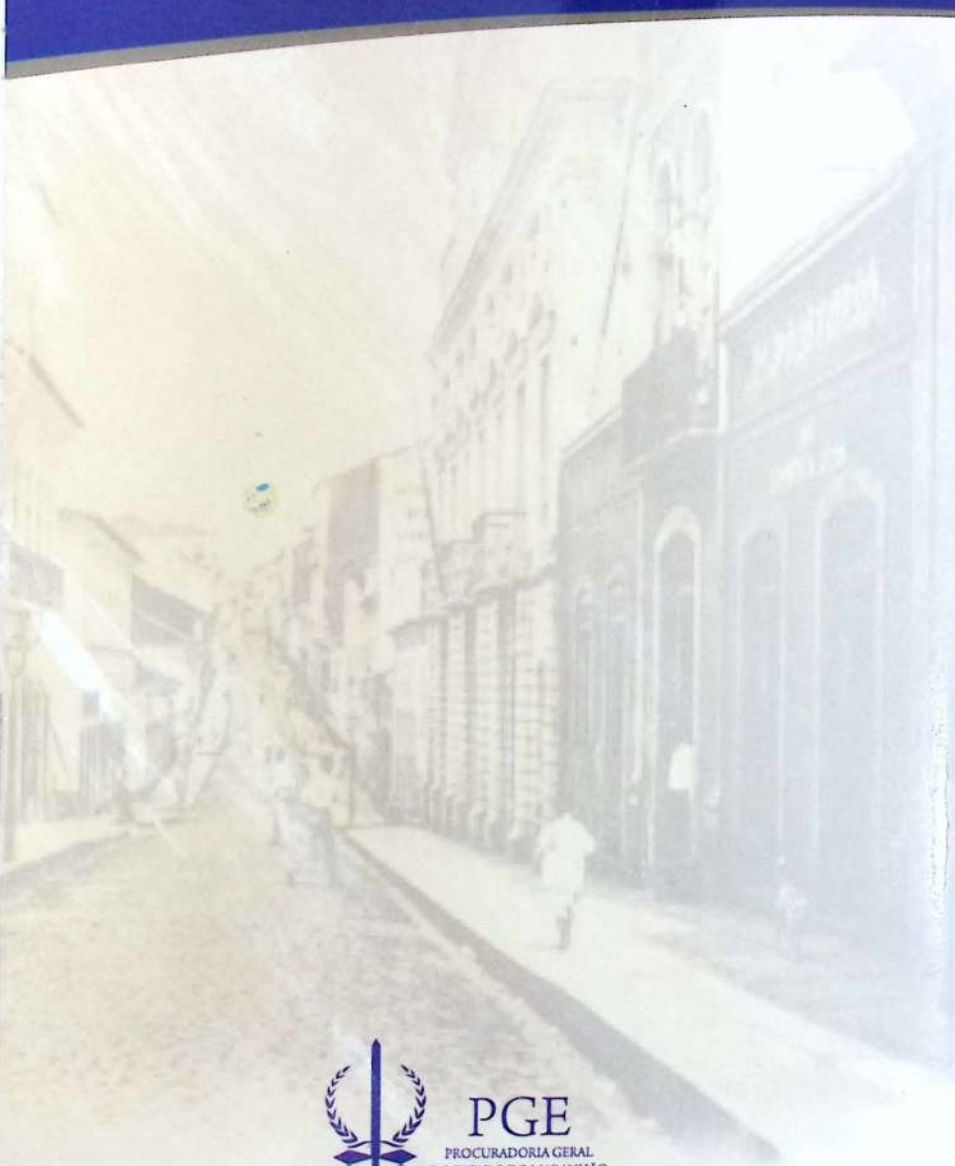
- a) Receber o presente Agravo, sob a forma de instrumento, nos termos do art. 527, II, do Código de Processo Civil, considerando a lesão grave e de difícil reparação à economia pública se não for reformada a decisão agravada;
- b) Conferir **EFEITO SUSPENSIVO** ao Agravo de Instrumento, nos termos do art. 527, III do Código de Processo Civil;
- c) Oficiar ao ilustre Magistrado *a quo* para, na forma do art. 527, IV do Código de Processo Civil, prestar as informações;
- d) Determinar a intimação do agravado para apresentar a contraminuta do presente recurso;
- e) Conhecer e dar provimento ao agravo para **REFORMAR O DECISUM** *hostilizado*, cessando, em consequência, os efeitos da liminar, ante as razões fáticas e jurídicas apresentadas, **inclusive quanto à imposição de multa diária**;
- f) na remota hipótese de não acolhimento do pedido anterior, que, observando-se o princípio da razoabilidade,

seja: 1) reformada a decisão ora agravada, **pelo menos, para excluir a multa diária imposta**; 2) caso assim não entenda esse Egrégio Tribunal, que **seja reduzido o valor da multa diária**.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

São Luís, 28 de junho de 2012.

LORENA DUAILIBE CARVALHO
Procuradora do Estado do Maranhão



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO MARANHÃO