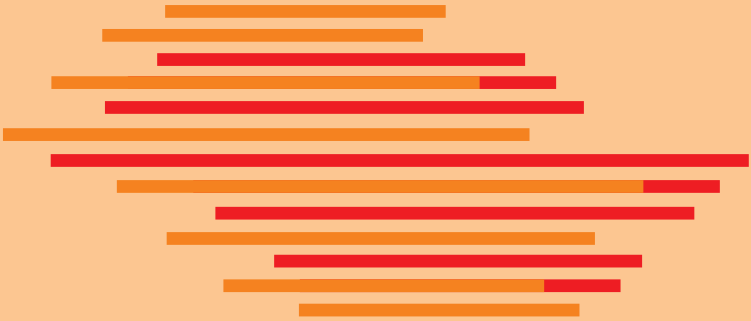
BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

MAIO/JUNHO 2012

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.pge.sp.gov.br - BOLETIM CEPGE, v. 36 - n. 3 - maio/junho 2012

Sumário

Editorial

Editorial 3

Cursos e Eventos

Cursos do Centro de Estudos 5

Eventos em parceria com outras instituições 5

Peças e Julgados

Acórdão do Tribunal de Justiça – Inadmissibilidade de antecipação de tutela para imediata aposentadoria especial e eventual obtenção de abono de permanência pois não configura restabelecimento ou manutenção de vantagem mas de constituição de novo direito 7

Parecer da Consultoria Jurídica da ARTESP – Aventada a hipótese de se efetuar, proporcionalmente, a parcela das empresas consorciadas, o pagamento contratualmente estipulado em contrato celebrado com consórcio privado, considerando-se que uma das empresas consorciadas não apresentou documento necessário à realização dos pagamentos. Impossibilidade. Artigos 278 e 279 da Lei Federal nº. 6404/1976, c/c os artigos 28, 29, 33 e 55 da Lei Federal nº. 8666/1993. Adimplemento, pelo consórcio, das condições contratuais necessárias à realização do pagamento, que ocorre através do seu atendimento por cada uma das consorciadas. Proposta de retorno à origem com posterior encaminhamento ao setor consulente. 10

Doutrina

O delineamento constitucional do direito à moradia no Brasil..... 15

Pareceres

SERVIDOR PÚBLICO. Contagem de tempo de estágio, no Ministério Público do Estado de São Paulo, para todos os fins, até o advento da Emenda Constitucional nº 20/98. Possibilidade, em face de reiteradas decisões judiciais sobre a matéria. Contagem para fins de aposentadoria, após o advento da Emenda Constitucional nº 20/98. Impossibilidade, por vedação do art. 40, § 10, da Constituição Federal, por ela introduzido. Art. 15 da LC nº 686/92 e 90 da LC nº 734/93. Proposta de alteração de entendimento consubstanciado nos Pareceres PA n 82/94, 77/98 e 152/2001 67

Ementário

Consultoria..... 95

Contencioso Geral..... 100

Contencioso Tributário-Fiscal..... 102

Expediente

Procuradoria-Geral do Estado

Procurador-Geral do Estado
Elival da Silva Ramos

Procurador-Geral do Estado Adjunto
José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete
Silvia Helena Furtado Martins

Subprocurador-Geral da Consultoria
Adalberto Robert Alves

Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Geral
Fernando Franco

Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal
Eduardo José Fagundes

Corregedor-Geral
José Luiz Borges de Queiroz

Ouvidoria
Maria Rita Vaz de Arruda Corsini

Assessoria

Adriano Vidigal Martins, Alexandre Aboud, Ana Maria Oliveira Toledo Rinaldi, Bruno Maciel dos Santos, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Daniel Smolentzov, Elizabete Matsushita, Eric Ronald Januario, Fabio Trabold Gastaldo, Flávia Della Coletta Depiné, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Lucilia Aparecida dos Santos, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Márcia Aparecida de Andrade Freixo, Marcio Yukio Santana Kaziura, Maria Rita Vaz de Arruda Corsini, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosana Martins Kirschke, Sibele Ferrigno Poli Ide Alves, Telma de Freitas Fontes, Valéria Luchiari Magalhães, Vera Lucia Gonçalves Barbosa, Virgílio Bernardes Carbonieri, Yara Chucralla M. Blasi.

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), José Luiz Borges de Queiroz, Adalberto Robert Alves, Fernando Franco, Eduardo José Fagundes, Celso Alves de Resende Junior, Marcus Vinicius Armani Alves, José Ângelo Remédio Junior, Vanderlei Ferreira de Lima, Mirian Gonçalves Dilguerian, Marcelo Grandi Giroldo, Maria de Lourdes D'Arce Pinheiro, Vera Wolff Bava Moreira e Luciano Corrêa de Toledo.

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe
Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria
Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Camila Rocha Schwenck e Luiz Henrique Tamaki

Escola Superior da PGE

Diretora
Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-diretora
Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial
Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Camila Rocha Schwenck, Carla Pedroza Andrade, Cláudia Garcia Grion, Anselmo Pietro Alvarez, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Luiz Henrique Tamaki

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Maria Paula, 67 – 10º andar – CEP 01319-906 – São Paulo – SP – Brasil. Telefone: (11) 3130-9500.
Home page: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo
Rua da Mooca, 1.921 – Mooca
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil
sac 0800 01234 01
sac@imprensaoficial.com.br
livros@imprensaoficial.com.br
www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 900 exemplares

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

"Tenho o costume de andar pelas estradas
Olhando para a direita e para a esquerda,
E de vez em quando olhando para trás...
E o que vejo a cada momento
É aquilo que nunca antes eu tinha visto,
(...)
Da minha aldeia vejo quanto
da terra se pode ver no Universo...
Por isso a minha aldeia é
tão grande como outra terra qualquer,
Porque eu sou do tamanho do que vejo
E não do tamanho da minha altura..."

Fernando Pessoa
(Alberto Caieiro – O guardador de rebanhos)

Em meados dos anos 90, em meio à plena ebulição do que se denominou "Reforma do Estado", ouvia-se, em bancos acadêmicos, a pergunta: o Direito Administrativo vai sobreviver?

Passadas quase duas décadas, constata-se que ele sobreviveu renovado.

O confronto entre as velhas estruturas e as novas ideias produz resultados satisfatórios se impera a sobriedade na condução dos processos. Sem visões maniqueístas, antigo e novo se mesclam para produzir diferentes efeitos; para atualizar a caminhada.

Novos colegas na área consultiva trouxeram novo frescor. Antigos colegas dão o tempero da experiência e da sabedoria que os anos depositam na alma.

O foco de uns e outros, porém, não pode se afastar do estudo e da dedicação à causa pública.

A Procuradoria Administrativa busca cumprir esse papel. Mescla o frescor de novos colegas à experiência daqueles que vão se aproximando do fim da carreira. Ao longo dos anos, a Procuradoria Administrativa renovou-se e continuará nesse processo sempre. As transformações do Direito Administrativo passaram pela análise criteriosa de um órgão técnico voltado ao estudo aprofundado dos temas que assombram o Estado.

A reforma previdenciária e a sua intrincada casuística geradora de infindáveis estudos; a criação e o implemento de novas estruturas, com as consequentes dúvidas jurídicas que daí decorrem e que fazem de Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e Agências Reguladoras focos de estudos e discussões; a transformação do perfil do funcionalismo com a renovação de sua legislação sempre produzindo questões de grande indagação;

as concessões e parcerias público-privadas e o conflito dos interesses econômicos que ensejam, tudo isso é objeto de reflexão e elaborados estudos.

As questões tratadas nesses pareceres não se resumem ao texto impessoal de suas ementas. O mundo atual busca informações rápidas. Todos querem passar os olhos por textos curtos e encontrar respostas rápidas. Por vezes, vale a pena investir parte do nosso tempo aprofundando o estudo de questões, passando o nível de superficialidade encontrada nas primeiras camadas do texto para ir além, para tentar entender o raciocínio que se desenrola.

Esse tipo de trabaho não pode ser medido apenas pela métrica da quantidade. Isso é diminuir a dinâmica dessa atuação a um conjunto de números, sempre frios e não necessariamente atrelados à realidade vivenciada.

O apego à causa pública, o amor aos livros e ao debate, esse é o norte do bom parecerista. A vontade de pensar o novo e não simplesmente reproduzir um conhecimento já consolidado é o diferencial do parecerista que vai além: que parte do que já existe para, com os pés no chão e o espírito na coisa pública, desvendar novos caminhos.

Pensar o Estado voltado para a sociedade, o Estado que vai muito além dos interesses imediatos, é o grande desafio. Buscar o novo, no entanto, não é entregar-se a modismos destituídos de rigor científico e que, por vezes, mais servem a interesses privados. Daí a importância do debate, para que do conjunto de ideias se produza conhecimento consistente voltado para o efetivo interesse público.

Neste número, o Boletim traz o trabalho de uma nova geração de Procuradores do Estado, enfrentando temas candentes e de grande reflexo prático no trabalho da Instituição.

A implementação de direitos sociais garantidos pela Constituição de 1988 é alvo de um dos estudos. O desafio do Estado é garantir o direito à moradia e outros direitos constitucionais, dando-lhes a máxima eficácia, dentro das limitações orçamentárias que lhe são impostas. É necessário estabelecer uma ponte entre o mundo ideal e o mundo real e o estudo ora publicado enfrenta a questão com seriedade, analisando-a de forma consistente e realista.

O velho tema da licitação e do contrato dela consequente é assunto inesgotável para novos estudos. O trabalho ora publicado enfoca a questão da manutenção, durante a execução do contrato, das condições de habilitação do consórcio contratado. O estudo bem fundamenta o ponto de vista defendido por sua autora, servindo de fonte de pesquisa para os que enfrentarem questão similar.

Em suma, os trabalhos publicados neste Boletim trazem uma contribuição para que o conhecimento jurídico dê um passo adiante, mesma linha preconizada pela filosofia de trabalho que se procura cultivar na Procuradoria Administrativa.

Ir além, alargando os limites de cada um, é o ideal a ser perseguido.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa

Cursos do Centro de Estudos

14, 21, 28.05 e 04, 11, 18 e 25.06.12 – Curso Intensivo de ICMS – Contencioso Administrativo-Fiscal Estadual.

25.05 – Licitação e Contratos na Lei n. 12.462/2011 – RDC.

1º.06 – Contratação Pública – Aspectos Gerais e Específicos.

19, 20, 21, 22 e 25.06.12 – Curso Básico de Excel (2003).

20.06 – Curso Brigada de Incêndio.

25, 26 e 27.06 – Formação de Oficiais Administrativos para Atuação na PGE.

Eventos em parceria com outras instituições

08.05 – Seminário Desafios Ambientais e Sustentabilidade na Construção Civil, em parceria com a PINI Eventos - São Paulo/SP

10.05 – Controle de Constitucionalidade: questões atuais, em parceria com a Escola Judicial TRT 15ª Região - Bauru/SP

11.05 – Revogação do Código Florestal Brasileiro no contexto da Rio+20, promovido pelo Centro de Estudos da PGE-SP em parceria com a Academia Latino-Americana de Direito Ambiental (Alada), a Associação do Ministério Público do Meio Ambiente (Abrampa), a Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (Aprodab), o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (Ibap), o Instituto O Direito por um Planeta Verde, o Instituto Socioambiental (ISA) e o NIMAjur/PUC-Rio

23 a 25.05 – XII Congresso Brasileiro de Direito do Estado, em parceria com o IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Público - Salvador/BA

24, 25 e 26.05 – X Simpósio Nacional de Direito Constitucional – Constituição e as Novas Codificações, em parceria com a Academia Brasileira de Direito Constitucional - Curitiba/PR

04 e 05.06 – Seminário "Aspectos Fiduciários na Implementação de Projetos Financiados pelo Banco Mundial", em parceria com o Banco Mundial - Fortaleza/CE

22 e 23.06 – Simpósio Nacional do Terceiro Setor, em parceria com o Ibegesp – Instituto Brasileiro de Educação em Gestão Pública - São Paulo/SP

Registro: 2011.0000212671

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0145380-74.2011.8.26.0000, da Comarca de Ilha Solteira, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo agravado MIGUEL ANGELO MICAS.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OLIVEIRA SANTOS (Presidente sem voto), LEME DE CAMPOS e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 3 de outubro de 2011.

EVARISTO DOS SANTOS
Relator

AI nº 0.145.380-74.2011.8.26.0000 – Ilha Solteira – Vara Única
Voto nº 24.985
Agte. FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Agdo. MIGUEL ANGELO MICAS
(Proc. nº 246.01.2011.001674-5)

TUTELA ANTECIPADA

Antecipação de tutela para imediata aposentadoria especial e eventual obtenção de abono de permanência a delegado de polícia. Descabimento. Não se trata de restabelecimento ou manutenção de verba anteriormente concedida, mas de vantagem pecuniária nova. Merece reforma a r. decisão.

Recurso provido.

1. Trata-se de agravo de instrumento de decisão (fls. 35/45) que, em ação ordinária (fls. 20/33) de delegado de polícia pretendendo aposentadoria especial, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela.

Sustentou, em resumo, ser caso de reforma. Ofensa a preceitos legais (art. 2-B da Lei nº 9.494/97 e art. 7º, §§ 2º e 5º, da Lei nº 12.016/09). Decisão diverge do entendimento da Suprema Corte. Citou jurisprudência. Não decorre prejuízo de posterior concessão. Daí o efeito suspensivo e reforma (fls. 02/19).

Concedido o efeito pretendido (fls. 48), vieram informações (fls. 59/60 e 62/63). Não houve resposta (fls. 65).

É o relatório.

2. Fundada a pretensão recursal.

Em ação ordinária de delegado de polícia pretendendo aposentadoria especial (fls. 20/33), o d. magistrado antecipou os efeitos da tutela para que "... a requerida conceda, imediatamente, o direito à aposentadoria especial ao requerente" consignando "... que tal decisão poderá servir para que o autor possa aposentar-se, ou mesmo conseguir benefícios, como o abono de permanência." (grifei fls. 45).

Agravo de Instrumento nº 0145380-74.2011.8.26.0000 - Ilha Solteira - Vara Única

Daí a impugnação da FESP.

Com razão.

Não se trata, no caso dos autos, de restabelecimento de vantagem anteriormente concedida, nem de manutenção de situação já consolidada, mas de concessão de novo benefício.

Cabível a incidência, na hipótese, da vedação contida na Lei nº 9.494/97 ("Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.") c.c. art. 7º, §§ 2º e 5º da Lei nº 10.016/09.

Como aqui já se decidiu:

"... ainda que se admita presente, para argumentar, fumus boni juri, não há perigo na demora. Inadmissível pressupor faltem à Fazenda condições de suportar eventual concessão da ordem."

"Além do mais, satisfativa a medida. Eventual repetição, inclusive pela natureza alimentar da prestação, impossível ou seriamente comprometida restaria." (AI nº 873.658-5/2 v.u. j. de 25.05.09 de que fui Relator).

Não se está, repita-se, restaurando vantagem, já anteriormente outorgada, ora retirada, mas, como aqui já se adiantou (fls. 48), "... determinando concessão de benefício aposentação especial, com *inequívoca repercussão pecuniária*, como, aliás, aponta a decisão a quo (fls. 45)". Inadmissível a antecipação. Razoável aguardar decisão final da demanda para tal fim concessão de benefício ou vantagem pecuniária.

Daí a reforma da r. decisão.

3. Dou provimento ao recurso.

EVARISTO DOS SANTOS
Relator

Agravo de Instrumento nº 0145380-74.2011.8.26.0000 - Ilha Solteira - Vara Única

Protocolo ARTESP n° 198.458/12 Parecer CJ/ARTESP n° 264/2012
Interessado ARTESP
Ementa CONTRATO ADMINISTRATIVO. Pagamento.

Questionamento formulado pela Administração. Aventada a hipótese de se efetuar, proporcionalmente, a parcela das empresas consorciadas, o pagamento contratualmente estipulado em contrato celebrado com consórcio privado, considerando-se que uma das empresas consorciadas não apresentou documento necessário à realização dos pagamentos. Impossibilidade. Artigos 278 e 279 da Lei Federal nº. 6404/1976, c/c os artigos 28, 29, 33 e 55 da Lei Federal nº. 8666/1993. Adimplemento, pelo consórcio, das condições contratuais necessárias à realização do pagamento, que ocorre através do seu atendimento por cada uma das consorciadas. Proposta de retorno à origem com posterior encaminhamento ao setor consulente.

Senhora Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica,

1. O processo administrativo em epígrafe foi iniciado pela Unidade de Gestão Administrativa com vistas à formulação de consulta atinente à realização do pagamento devido a consórcio contratado para a prestação de determinado serviço, quando uma das empresas consorciadas não está apta a apresentar os documentos indicativos de sua regularidade fiscal.

2. Mais precisamente, à fl. 04, pergunta-se "*(...) quando uma das empresas consorciadas apresentar problemas na documentação a ser encaminhada, é possível realizar o pagamento das demais consorciadas, retendo apenas a quota parte da empresa que está com problemas?*".

3. Juntamente ao despacho em que manifestada a dúvida, foram os autos instruídos com cópia do Contrato ARTESP n° 175/2010, firmado com o "CONSÓRCIO EAG CONCESSÕES" (fls. 05/18), além de cópia não oficial do art. 195 da Constituição Federal (fls. 19/20), do art. 47 da Lei Federal n° 8212/91 (fls. 21/22), do art. 55 da Lei Federal n° 8666/93 (fl. 23) e dos arts. 143 a 146 da Instrução do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo n° 01/2008 (fl. 24).

4. Assim compostos, os autos foram remetidos à Consultoria Jurídica, pela Chefia de Gabinete da Diretoria Geral, para ciência, análise e manifestação (fl. 27).

Esse é o relatório. Passo a opinar.

5. Cuida-se de atender a consulta formulada pela Administração no que se refere à possibilidade de realizar de maneira proporcional, apenas a parte das

empresas consorciadas, o pagamento devido a consórcio regularmente contratado, após devidamente constatados e quantificados os serviços prestados, tendo em vista que uma das companhias consorciadas não apresentou documento(s) necessário(s) para a realização do pagamento.

6. Para iniciar a análise da questão proposta é preciso tratar da natureza da entidade contratada, um consórcio composto por entidades privadas.

7. A matéria está disciplinada na Lei Federal nº 6404/1976, arts.s 278 e 279[1]. De acordo com esse diploma normativo, os consórcios poderão ser formados tanto por companhias (sociedades anônimas) como por outras formas de sociedade, sendo que, em qualquer caso, não possuirá personalidade jurídica própria. Desse modo, a formação de um consórcio de empresas, tendo em vista a execução de um determinado empreendimento, é precedida da assinatura de um contrato privado, o qual preverá as obrigações de cada consorciada.

8. Por não dispor de personalidade jurídica própria, não se faz possível a emissão, em nome do consórcio, dos documentos atinentes à regularidade fiscal, trabalhista e à habilitação jurídica, listados nos arts. 28 e 29 da Lei Federal nº 8666/93.

---

1 "Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: (*Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009*)

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada"

9. Tendo isso em vista, a mesma Lei federal previu, em seu art. 33, que, "*quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio*", a comprovação dos requisitos de habilitação acima referidos será feita mediante a apresentação dos documentos referidos nos já mencionados arts. 28 e 29 por parte de cada entidade consorciada[2].

10. Assim, é certo que a habilitação de determinado consórcio, seja para sua participação válida em certame público, seja para a contratação direta, em caso de dispensa ou inexigência de licitação, é realizada mediante a aferição do atendimento, pelas consorciadas, dos requisitos legalmente fixados.

11. Decorrência lógica disso é que, da mesma forma, a aferição de que o consórcio contratado mantém, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, depende de verificar-se a regularidade de cada uma das empresas consorciadas que o compõem, seja perante o fisco, seja perante os órgãos e entidades previdenciários ou trabalhistas, bem como de controle ou organização das entidades comerciais.

12. Diante do acima exposto, observo que, não sendo o consórcio contratado capaz de, em seu próprio nome, cumprir com o pagamento de contribuições, impostos, dentre outros deveres decorrentes do exercício de sua atividade econômica, deve a aferição do adimplemento, "pelo contratado", das obrigações legais em comento, como condição à realização do pagamento, ser efetuada através de documentação a ser apresentada pelas empresas consorciadas.

13. No caso de qualquer das empresas consorciadas não estar apta a oferecer à Administração algum ou alguns dos documentos indicados no próprio instrumento de contrato administrativo como necessários à efetuação do pagamento, forçoso concluir que não foram atendidas, pelo consórcio, as exigências que foram ali estipuladas em atenção à legislação que rege a avença.

14. Ora, se, conforme acima esclarecido, a irregularidade fiscal, jurídica ou trabalhista, por qualquer das consorciadas, pode levar à impossibilidade de participação do consórcio em certame licitatório, à impossibilidade de sua contratação direta, e à

---

2 "Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;"

rescisão do contrato por descumprimento de obrigação previamente pactuada (art. 55, XIII, da Lei Federal nº 8666/93), não há dúvida de que, também, leva à sustação do pagamento contratualmente estipulado, enquanto não regularizada a situação pela consorciada inadimplente com relação às obrigações legais que lhe incumbem.

15. Com efeito, a regularidade do consórcio contratado é, nos termos da lei, aferida a partir da regularidade das pessoas jurídicas que o compõem, ou seja, que firmaram contrato com o compromisso de, conjuntamente (em consórcio), realizar determinado empreendimento.

16. Assim, em resposta ao questionamento formulado esclareço que, se qualquer das consorciadas apresentar irregularidade que, nos termos do contrato, leve à sustação do pagamento, este deverá ser sustado em sua integralidade. Isso porque, como já dito, não se pode considerar, nesse cenário, que o consórcio cumpriu com as condições pactuadas. Não é possível, destarte, realizar o pagamento proporcional, apenas às empresas que apresentarem toda a documentação necessária. Não foram elas diretamente contratadas, mas sim o consórcio que optaram por formar.

17. Reparo, contudo, que as considerações acima foram tecidas em meio a um cenário hipotético, considerada apenas a disciplina legal vigente sobre a matéria. Isso porque, muito embora instruídos os autos com cópia do Contrato ARTESP nº 175/2010, não foi precisamente indicado pela Administração qualquer caso concreto e atual em que ocorrida a situação objeto de dúvida. Assim, para exame conclusivo de cada uma das situações possíveis de irregularidade, é preciso que sejam remetidos a exame os documentos que regem o contrato administrativo em questão, bem como a indicação precisa do inadimplemento verificado quanto a uma das consorciadas.

18. Sendo o que havia a se considerar, proponho o retorno dos autos à origem, com posterior encaminhamento à Unidade de Gestão Administrativa, Área de Licitações.

É o parecer, submetido à consideração superior.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2012.

NATÁLIA MUSA DOMINGUEZ NUNES
Procuradora do Estado Consultoria Jurídica da ARTESP

O delineamento constitucional do direito à moradia no Brasil

RENATA DE OLIVEIRA MARTINS[1]

I - Introdução

O presente trabalho tem por objetivo delinear o direito constitucional à moradia previsto na Constituição Federal de 1988, apontando a eficácia jurídica e social das normas previstas nos arts. 6º e 23, IX.

O direito à moradia, encarado como um direito fundamental social, foi expressamente introduzido na Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional n. 26/2000, portanto, trata-se de tema relativamente novo no ordenamento jurídico pátrio e por isso sua compreensão ainda apresenta grande divergência na doutrina e nos Tribunais.

A ideia dos direitos sociais como imposição de prestação material do Estado em favor dos indivíduos só surgiu no Brasil com a promulgação da Constituição cidadã, que elencou o extenso rol de direitos abarcados por essa categoria, onde se inclui o direito à moradia.

Cientes de que a implementação desses direitos está diretamente relacionada à conformação de princípios fundamentais da República, tais como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, bem como constitui passo fundamental para o alcance de objetivos fundamentais como redução das desigualdades sociais e regionais e erradicação da marginalidade, torna-se imperioso o estabelecimento de um regime jurídico específico para a concretização dos direitos sociais.

Partindo da noção de que o Brasil adota um *sistema constitucional normativo*, a grande problemática do direito social à moradia gira em torno da eficácia jurídica e social extraída da norma constitucional que prescreve esse direito como direito fundamental social e sua capacidade de gerar direito subjetivo individual.

1 Procuradora do Estado.

A partir do próprio texto constitucional buscaremos, sem a pretensão de esgotar o tema, dada sua complexidade, analisar a eficácia e aplicabilidade das normas que preveem o direito constitucional à moradia, demonstrando a necessidade de compreensão do sistema constitucional como um todo, sob pena de enfraquecimento da noção estruturante do Estado Social de Direito.

A relevância do estudo proposto é justificada pelo crescente número de ações levadas à apreciação do Judiciário, onde cidadãos pleiteiam, em face dos entes federativos, a concessão do direito à moradia através de prestações materiais que, na hipótese de deferimento, por importarem em alto custo monetário, desestabilizariam o sistema orçamentário legislado, inviabilizando políticas públicas regularmente estabelecidas, gerando quadro de ingovernabilidade decorrente da usurpação de competências constitucionalmente estabelecidas.

A abordagem do tema será feita em cinco capítulos ao longo dos quais pretendemos viabilizar um encadeamento lógico de ideias, capaz de justificar as hipóteses propostas.

O estudo se inicia com a conceituação do direito à moradia, a partir do princípio da dignidade humana, e com a demonstração das dificuldades que necessariamente devem ser enfrentadas para sua concretização.

Efetuada a análise da evolução histórica do modelo de Estado Social de Direito e sua adoção pelo Brasil, abordaremos o direito à moradia como direito fundamental e as implicações decorrentes dessa classificação.

Já no terceiro capítulo, onde se analisa a aplicabilidade das normas constitucionais, o direito à moradia é enquadrado entre as normas constitucionais de aplicabilidade limitada e de caráter programático, com o que se pretende demonstrar a impossibilidade de extração de direito subjetivo das normas constitucionais que tratam do tema.

O quarto capítulo tem por objetivo a afirmação da força normativa da Constituição e as implicações dessa constatação no que diz respeito à normatividade dos princípios (normas que estabelecem um fim a ser alcançado), bem como no tocante à adoção de um método de interpretação que preserve a imperatividade das normas constitucionais, observado o princípio da unidade.

Finalmente, no quinto e último capítulo, com o intuito de delinear a competência para a conformação dos direitos sociais, abordamos a responsabilidade do Estado na concretização desses direitos fundamentais, de modo a demonstrar a necessidade de se estabelecerem limites ao Judiciário no julgamento de questões que versem sobre a implementação dos direitos sociais, com ênfase no direito à moradia.

CAPÍTULO 1

A moradia no Brasil

O primeiro diploma internacional a mencionar o direito à habitação como direito social de todo cidadão foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que dispõe:

> "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle". (DECLARAÇÃO... 2004)

1.1. O objeto do direito à moradia no Brasil

Embora os relatos históricos afirmem que o anseio de possuir um local para abrigo e proteção é algo latente no homem desde os primórdios da humanidade, a proteção jurídica e preocupação social em garantir o gozo deste direito a todos os indivíduos só surgiu em meados do século XX, mediante a transição do formato de Estado Liberal para o Estado Democrático Social nos países do velho mundo.

A disseminação da ideia de um Estado a serviço do cidadão fez emergir, no Estado Democrático brasileiro, a discussão acerca das políticas dos direitos fundamentais sociais e o dilema das possibilidades e competências do Estado na sua implementação.

No Brasil, a previsão de extenso rol de direitos sociais na Constituição de 1988 revelou o anseio de uma sociedade mais justa e igualitária, fundada, dentre outros princípios, na cidadania e dignidade da pessoa humana.

Direitos sociais como previdência, direito ao trabalho e salário mínimo capaz de propiciar atividades elementares, que já figuravam como objeto de Constituições anteriores, foram reforçados e outros, como saúde e lazer, receberam o qualificativo jurídico de direitos fundamentais (Titulo II), que nos termos do art. 5º, § 1º da CF/88 possuem aplicação imediata.

O direito à moradia embora não estivesse previsto de modo expresso na redação original, recebeu a atenção do constituinte no art. 23, IX, da Carta Magna que estabelece como dever do Poder Público, nas esferas federal, estadual e municipal, a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria nas condições habitacionais e de saneamento básico.

Do mesmo modo, o art. 7º, IV, da Constituição de 1988, ao prever a instituição de um salário mínimo nacional capaz de satisfazer necessidades vitais básicas, como alimentação, educação e vestuário, colacionou o direito à moradia como uma das necessidades fundamentais a serem satisfeitas.

Ainda no plano constitucional, a norma que determina o desenvolvimento de políticas urbanas pelos municípios, com o objetivo de ordenar o desenvolvimento das funções sociais das cidades e o bem-estar de seus habitantes (art. 182 da CF), de certo modo, revela a preocupação do constituinte com as questões relativas às cidades e seu desenvolvimento, o que inclui o direito à moradia.

Na mesma a esteira, o art. 183 da Constituição Federal, ao prever a desapropriação de imóvel urbano para fins de moradia, representa uma garantia e forma de acesso a esse direito fundamental, quando prescreve em seu texto:

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

Com muita propriedade, o legislador constitucional, ao estabelecer a condição de não possuir outro imóvel urbano ou rural, impede a utilização da norma pelos especuladores e, efetivamente, atinge a parcela da população que depende de atuação estatal para satisfação dos direitos sociais.

No plano infraconstitucional nacional, importante diploma a garantir o direito à moradia é a Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. Referida lei, que antecedeu a edição da Emenda Constitucional n. 26/2000, instituiu a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar[2].

> Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

Outro importante diploma infraconstitucional é denominado Estatuto das Cidades, Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001, que, ao regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana.

Vê-se, portanto, que a preocupação jurídica com o direito à moradia no Brasil é algo recente e, considerando a existência de vários direitos sociais a serem implementados no país, a solução para o problema da moradia está ainda muito longe de ser alcançada.

Nesse passo, a adoção de conceito socialmente realizável e economicamente viável é o primeiro passo na busca da concretização desse direito fundamental. Assim, sem pretensão de esgotar a matéria ou excluir outras definições do termo, estabeleceremos um conceito de moradia a partir do homem médio.

---

2 As exceções estão previstas no art. 3º da Lei n. 8.009/90.

1.2. O conceito de moradia

As cavernas foram os primeiros locais utilizados pelo homem como abrigo e proteção de eventuais perigos. Ainda nos tempos atuais, podemos encontrar derradeiras tribos indígenas que resistem à aproximação do homem dito civilizado e permanecem vivendo em ocas. Porém, partindo do senso comum, extraído dos diplomas internacionais que tratam da matéria[3], o conceito atual de moradia não pode ser reduzido a simples local utilizado pelo homem como forma de abrigar-se das intempéries do mundo. Tampouco pode ser equiparado ao conceito de propriedade que importa, necessariamente, na ideia de domínio de um bem por uma pessoa.

Necessidade primária do homem e indispensável para uma vida digna, a implementação da máxima "todos têm direito à moradia" está presente no ideário de qualquer Estado desenvolvido. No entanto, nem mesmo os países que compõem o topo da cadeia econômica mundial lograram êxito no cumprimento desse desiderato.

Conceituar o direito à moradia configura atividade extremamente complexa, mormente se observadas as questões referentes à disponibilidade de recursos públicos, à burocracia registral, ao caráter multidisciplinar da matéria e de seu inegável cunho político.

José Afonso da Silva[4] se socorre da etimologia do verbo morar, do latim *morari*, que significa demorar, ficar, para estabelecer um conceito. O autor afirma que "direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar". Esclarece, entretanto, que, para que esse direito, previsto constitucionalmente (art. 6º), não seja empobrecido, se exige que "seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar".

Nestes termos, ter-se-á definição do conceito de moradia condizente com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, de acordo com a determinação contida no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Loreci Nolasco, com muita propriedade, adota conceito, segundo o qual:

> O direito de moradia consiste na posse exclusiva, com duração razoável, de espaço onde se tenha proteção contra a intempérie e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão. (...) Nesse sentido, moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie[5].

3 Declaração Internacional dos Direitos do Homem e Agenda Habitat.

4 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, p. 314.

5 NOLASCO, Loreci Gottschalk. Direito fundamental à moradia, p. 88.

A mesma autora afirma que "dar ao individuo o direito de morar é promover-lhe o mínimo necessário para vida decente e humana", *ensejando-nos a concluir* que o direito à moradia deve compor o conceito de mínimo existencial para uma vida digna.

Dos conceitos expostos, podemos concluir que o direito à moradia pode ser concretizado independente de propriedade ou domínio absoluto do sujeito sobre bem imóvel, exigindo-se, apenas, posse duradoura.

Assim, exerce o direito à moradia aquele que através de seu trabalho ou por qualquer outra fonte de renda dispõe do valor necessário para a aquisição ou pagamento do aluguel de um imóvel para morar só ou com sua família.

O mesmo raciocínio permite excluir do conceito de exercício do direito à moradia os mendigos ou "sem-teto", que, ao cair da noite, são recolhidos pelas entidades de assistência social das Prefeituras e do Estado, para pernoitar nos denominados albergues, na medida em que a privacidade e a intimidade não são garantidas nesses ambientes coletivos.

A Constituição portuguesa de 1976, diversamente da brasileira, estabeleceu conceito para o direito à moradia, e o fez seguindo os ditames da teoria dos direitos fundamentais: "Todos têm direito, para si e para sua família, a habitação de dimensão adequada, em condição de higiene e de conforto que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar"[6].

A definição positivada pela Constituição portuguesa de 1976 se coaduna com os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil acerca do tema e, nesses termos, servirá de parâmetro para o estudo desenvolvido neste trabalho.

Estabelecido um conceito para o direito à moradia, bem como a ideia de que o exercício desse direito é condição para uma vida digna, passamos a analisar os entraves jurídicos, econômicos e sociais encontrados pela sociedade e pelo legislador brasileiro na proteção jurídica desse direito fundamental.

1.3. A problematização do direito à moradia e sua inserção na Constituição de 1988

De acordo com informações prestadas pelo Ministério das Cidades, a necessidade quantitativa de moradia no país corresponde a 7,2 milhões, das quais 5,5 milhões nas áreas urbanas e 1,7 milhão nas áreas rurais[7].

No entanto, o déficit habitacional não é problema exclusivamente brasileiro e Rui Geraldo Camargo Viana afirma que:

> (...) o déficit mundial de habitações é de um bilhão, chegando o pátrio a uma carência de 15 milhões, computadas nessa cifra aquelas moradias inadequadas

6 Constituição portuguesa de 1976, art. 65, transcrito em parte.

7 FONTE: Cadernos MCidades Habitação. Maio/2006.

> por falta de água, luz, banheiro, coleta de lixo e demais equipamentos urbanos. Em São Paulo estima-se que 600 mil famílias vivem em cortiços, dois milhões em loteamentos clandestinos e dois milhões em favelas, em precárias condições de habitabilidade[8].

Com o crescimento desorganizado das cidades, decorrente do processo de industrialização do país, os trabalhadores que migravam do campo em busca de melhores condições de sobrevivência ao se depararem com o alto custo de vida e por falta de alternativa passaram a ocupar as áreas marginais das grandes cidades.

Não foi à toa que o legislador, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º), salientou a necessidade de erradicar a pobreza e a marginalização social, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A sociedade brasileira, desde sua origem, foi marcada pela concentração de renda nas mãos de poucos enquanto a imensa parcela da população luta pela satisfação das necessidades primárias de subsistência. Isso denota que o problema do déficit habitacional representa apenas um de muitos problemas sociais a merecer a atenção da sociedade e do Estado.

Atento a essa realidade o constituinte de 1988, em vários dispositivos, impôs ao Estado o dever de atuar para a implementação dos direitos sociais em busca da consecução dos objetivos fundamentais da Republica (art. 3º), dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais.

Neste ponto, cumpre destacar que embora os direitos sociais, assim como postos na Constituição, sejam garantidos para toda a sociedade (princípio da universalidade), a atuação proativa do Estado, com o estabelecimento de políticas públicas para sua concretização, deve ter os olhos voltados, inicialmente, à parcela da população mais carente, que ainda não logrou êxito na satisfação das necessidades básicas por esforço próprio, ou estaríamos descumprindo o objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais e o próprio princípio da igualdade[9].

Nessa esteira, cita-se importante lição do mestre Jorge Miranda:

> "Todos têm todos os direitos e deveres – princípio da universalidade; todos (ou, em certas condições ou situações, só alguns) têm os mesmos direitos e deveres – princípio da igualdade. O princípio da universalidade diz respeito aos destinatários da norma, o princípio da igualdade ao seu conteúdo"[10].

---

8 VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. *Revista de Direito Privado*. p. 9-16.

9 GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente*, p. 192.

10 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, p. 215.

A leitura do princípio da igualdade como atribuição de igual tratamento aos que estejam na mesma condição (consideradas as diferenças entre pessoas e grupos sociais) é necessária na medida em que se reconhece o custo das políticas públicas destinadas à implementação dos direitos sociais e os limites orçamentários à disposição dos entes federativos.

Além do direito à moradia, em seu art. 6º e ao longo de todo o texto, a Constituição de 1988 estabelece como direitos sociais a educação (art. 205), a saúde (art. 196), a previdência (art. 201), a alimentação (art. 7º, IV), a assistência social (art. 203) e impõe ao Estado a adoção de políticas públicas para sua efetivação.

A adoção dessas políticas não pode ser analisada apenas no campo da ciência do direito. Aspectos sociais, econômicos e políticos devem ser considerados, sob pena de não se obter nenhuma eficácia social. Assim, as políticas públicas devem ser delineadas conforme os recursos financeiros à disposição do Estado e àquilo que se possa esperar dele.

No campo da saúde, que, atualmente, é responsável pelo maior número de demandas no Judiciário, embora o Estado possua expressiva atuação mediante políticas públicas, a demanda ainda supera a oferta. Nesses termos, a aplicação do princípio da igualdade, conforme proposto acima, permitiria a exclusão de indivíduos que possuem plano de saúde particular de políticas públicas e, até mesmo, daqueles que, sem comprometer suas necessidades básicas, podem custear os tratamentos.

Cientes de que o problema da moradia não é o único, nem o mais importante, a ser enfrentado pelo Estado que, embora em ascensão econômica, ainda recebe o qualificativo de subdesenvolvido, é possível extrair da norma que qualifica o direito à moradia como direito social a obrigação de o Estado fornecer moradia a todo indivíduo que não a possua?

A previsão de direito social autoriza pleito individual de concretização ou simplesmente determina a atuação dos entes federativos na defesa dos que gozam desse direito, bem como na criação de incentivos fiscais e desenvolvimento de políticas públicas que permitam o acesso daqueles que não o detém?

O reconhecimento de que toda e qualquer norma constitucional, independente de sua classificação, possui força cogente, gerando direitos, rechaça a ideia de que as normas que preveem direitos sociais possuem caráter meramente indicativo de anseios sem nenhuma imperatividade.

Nesse contexto, de eficácia jurídica e possibilidade material, surge a grande indagação que hoje permeia o debate dos direitos sociais: o que pode ser exigido e a quem se deve exigir?

No decorrer deste estudo, com base no texto constitucional, buscaremos refletir e apresentar respostas aos questionamentos expostos e, para isso, torna-se imperiosa a análise da evolução do Estado brasileiro.

CAPÍTULO 2

O Estado Social de Direito

O contemporâneo Estado Social de Direito representa a evolução do Estado Liberal, na medida em que prevê direitos fundamentais ao cidadão e exige a atuação dos governantes na viabilização de meios para que o exercício desses direitos esteja ao alcance de todos os cidadãos.

2.1. Estado de Direito

A revolta contra o arbítrio do Estado baseado na pessoa do monarca fez nascer a ideia de um Estado onde tudo e todos estivessem submetidos à lei. Assim, surge o Estado de Direito, com a promessa de refrear o autoritarismo e a invasão dos governos na liberdade dos indivíduos, bem como de tolher os privilégios da nobreza mediante a igualdade de oportunidades.

José Afonso da Silva, com a clareza que lhe é peculiar, elenca as características desse Estado:

> (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes,* que separa de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais* (grifos do autor)

A primeira faceta assumida pelo Estado de Direito foi a de Estado Liberal, denominação inspirada na conquista de liberdades civis e políticas pelo povo.

Embora esse modelo tenha representado uma evolução, na medida em que libertava o cidadão das paixões dos monarcas soberanos e impunha certa segurança jurídica através de um governo de leis e não de pessoas, sua deturpação e redução a um sistema legalista, onde o Estado deveria adotar uma política de abstenção absoluta, permitiu a usurpação do poder político por ditadores que, mediante manipulação das leis, revestiam atos de crueldade e opressão à humanidade em uma capa de legitimidade.

2.1.1. Os direitos fundamentais

A mais remota noção de direitos fundamentais pode ser encontrada no Direito Natural. Porém, somente com Estado de Direito e com constitucionalismo, os anseios de liberdade e igualdade do homem foram garantidos, ainda que no aspecto meramente formal, com certa segurança jurídica.

Os direitos fundamentais, na visão de Canotilho, cumprem:

> "a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes políticos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes da esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)"[11].

Os direitos fundamentais foram doutrinariamente classificados segundo a ordem histórica de seu reconhecimento[12]. Assim, as liberdades clássicas ou negativas, positivadas pelo constituinte brasileiro como direitos ou garantias individuais e direitos políticos, compõem a classe dos direitos fundamentais de primeira geração. Direitos estes que, conforme definição colacionada, limitam o poder estatal sobre as pessoas e permitem o exercício de liberdades individuais (civis e políticas).

Não obstante a importância das conquistas obtidas com a garantia dos direitos individuais, devemos reconhecer que a postura passiva do Estado Liberal gerou quadro de exclusão social onde muitos, por suas próprias forças, não logravam satisfazer suas necessidades básicas.

A utópica ideia de liberdade, baseada nos talentos individuais e em falsa igualdade de oportunidades, agravou o quadro de exclusão social, afastando o Estado da justiça.

Neste contexto, esclarece Canotilho que:

> "(...) qualquer que seja a formulação e justificação teórica e econômica das desigualdades, parece indiscutível que um Estado de justiça tem que encarar a exclusão social como um déficit humano que corrói o próprio Estado de justiça. A marginalização social cria marginalidades no direito: defende melhor os seus direitos quem tiver possibilidades materiais. A exclusão social é também exclusão do direito e um Estado de direito que se pretenda um Estado de justiça tem de ser algo mais do que um Estado que encara os excluídos 'fazendo justiça' ou um Estado que exclui os excluídos da justiça"[13].

Assim, o Estado Liberal, importante pelo estabelecimento dos direitos de primeira geração, que limitavam a intervenção do poder estatal nas liberdades individuais e garantiam direitos políticos ao cidadão, passa a ser insuficiente, na medida em que a igualdade meramente formal exclui do gozo desses direitos os cidadãos economicamente hipossuficientes, instituindo quadro social de exploração do proletariado pela burguesia.

---

11 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direto constitucional e teoria da constituição, p. 408.

12 MORAES, Alexandre. Direito constitucional, p. 26.

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito, p. 43.

Nesse contexto histórico, surgem os denominados direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais configuram verdadeiras liberdades positivas "de observância obrigatória no Estado Social de Direito, tendo, por sua vez, a finalidade de melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social"[14].

Os direitos fundamentais de segunda geração impõem ao Estado o dever de agir para solução dos problemas sociais, mediante o estabelecimento de políticas que permitam ou facilitem o acesso dos menos favorecidos à saúde, educação, trabalho (prestações positivas), ao mesmo tempo que exigem postura de abstenção com relação aos direitos já conquistados (prestações negativas).

Essa classe de direito, na verdade, funciona como meio necessário ao exercício dos direitos fundamentais de primeira geração, na medida em que funciona como instrumento que viabiliza o gozo das liberdades públicas e individuais.

Finalmente, emergem os direitos fundamentais de terceira geração denominados direitos de solidariedade ou fraternidade, os quais prometem tutelar os direitos difusos, tal como meio ambiente equilibrado, a paz, a autodeterminação dos povos, entre outros.

Respeitada a classificação doutrinária dos direitos fundamentais, é imprescindível reconhecer que esses direitos estão inter-relacionados; afinal, como já ressalvado, algumas liberdades individuais só serão alcançadas mediante a implementação dos direitos sociais. Cite-se o exemplo de o direito de privacidade exigir, para sua efetivação plena, a observância do direito à moradia.

O reconhecimento das liberdades civis e políticas, concomitante ao surgimento do Estado de Direito (que, por sua vez, representou grande avanço quando comparado ao despotismo absolutista), acabou por gerar um quadro de exclusão social da população economicamente mais fraca, fomentando a desigualdade material, conforme já salientado.

Esse quadro de desigualdade social, gerado pela livre iniciativa econômica, despertou, em muitos, o clamor pela atuação do Estado em defesa dos hipossuficientes. Assim, surge novo modelo de Estado de Direito, o Estado Democrático e Social de Direito.

2.2. O Estado Social: origem, evolução e mudança de paradigma

O Estado Social surge para contrapor a ideia de abstenção e passividade do Estado que, aplicada no Estado Liberal, resultou em sociedade desigual e injusta, onde só eram capazes de usufruir dos direitos fundamentais aqueles que dominavam o mercado.

14 MORAES, Alexandre. Direito constitucional, p. 177.

A necessidade de limitar a atuação dos burgueses, detentores do capital e dos meios de produção, impôs a intervenção do Estado no domínio econômico para proteção dos trabalhadores e para a realização da tão desejada justiça material.

A exploração dos mais fortes pelos mais fracos e a ideia de liberdade individual, que impedia a intervenção do Estado nas relações privadas, foram repudiadas, inicialmente, na Constituição mexicana de 1917 que, embora tenha elencado importante rol de direitos sociais em seu texto, não provocou o mesmo impacto da Constituição de Weimar, publicada, na Alemanha, dois anos mais tarde.

Embora alguns direitos sociais já estivessem previstos nas Cartas citadas, somente com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha, o movimento constitucional social ganhou força no velho mundo.

Paulo Bonavides, com a clareza que lhe é peculiar, definiu o Estado Social, explicitando as atividades a ser desenvolvidas para merecimento do qualificativo:

> Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de um poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social[15].

Assim, a simples previsão constitucional de direitos sociais não é capaz de atribuir ao Estado o qualificativo de Estado Social. Para que isso ocorra, mais do que legislar acerca do tema, devem os agentes políticos adotar posturas proativas que viabilizem o gozo desses direitos por todos os cidadãos, impedindo a edição de normas que violem os direitos já garantidos.

Ocorre que a satisfação de necessidades básicas como saúde, educação, alimentação e moradia, importa em custo monetário expressivo ao Estado e, por essa razão, o Estado Social precisa conviver com a ambiguidade do sistema econômico capitalista e a organização política de matiz socialista, a qual, por sua vez, se compromete com a justiça distributiva para a realização dos direitos fundamentais sociais, sem descumprir as regras do sistema econômico globalizado.

Neste ensejo, com muita propriedade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esboça novo modelo de Estado desejado pela sociedade:

---

15 BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado, p. 354.

> Quer-se o Estado que estimule, que ajude, que subsidie a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado, para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada[16].

A democracia participativa revela desejo de maior atuação da sociedade nas decisões políticas e, para Paulo Bonavides, constitui-se em receita para o tratamento da crise do Estado Social brasileiro[17], porém, sua deturpação pode produzir resultado desastroso, tal qual experimentado no Estado Liberal.

A grande dificuldade dos governos hoje é atender, ao mesmo tempo, os anseios do Estado Social e os interesses dos atores da exploração econômica, que dependem de uma parcela de pessoas que se submetam à exploração para potencialização dos lucros do capital. Daí a necessidade de participação mais ativa da sociedade nas decisões estatais.

Superada a perspectiva histórica do Estado Social, partimos para análise do desenvolvimento desse modelo no Brasil.

2.3. O surgimento do Estado Social no Brasil

Desde os tempos mais remotos, verifica-se, no Brasil, a prática da importação de teorias desenvolvidas em outros países sem maiores considerações acerca das compatibilidades econômicas, sociais e culturais.

Nessa esteira, a constitucionalização dos direitos individuais, embora há muito esteja presente nas leis fundamentais brasileiras, só pôde ser exercitada em sua plenitude pelos cidadãos com a Constituição de 1988, a qual, implementou, de fato, a partir da noção de imperatividade das normas constitucionais, a democracia participativa. O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos direitos sociais, que, por serem mais complexos e demandarem recursos econômicos, ainda dependem de progressiva atuação estatal para sua completa implementação.

A edição da Constituição do Império de 1824 teve inspiração na Carta Magna francesa, fruto da Revolução Liberal do século XVIII, onde se pretendia estabelecer limites ao Estado, mediante a separação dos poderes e a garantia de direitos individuais.

Ocorre que, naquela época, o Brasil ainda era país eminentemente rural, de economia agrária e escravocrata, e o poder político era exercido pelo Imperador sem nenhuma participação social.

---

16 *Apud* LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Neoliberalismo e Globalização: para entender o mundo em que vivemos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, p. 133.

17 BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*, p. 344.

Assim, o constitucionalismo pátrio nasce com a Constituição do Império que em nada refletia a realidade social. Esse contexto de ambiguidade, entre o que está constitucionalizado e o que é experimentado na vida prática, perdurou no país por muito tempo, gerando o enfraquecimento da Constituição que servia apenas como forma de legitimação do poder autoritário exercido pelos governos.

Nesse contexto, ao comentar as Constituições de 1824 e 1891, salienta Claudia Maria da Costa Gonçalves que essas "eram percebidas como estatutos jurídicos de domínio do governo, e não como garantias de liberdade. Bem por isso, não conseguiram sequer se apresentar como instrumentos jurídicos de limitação do poder"[18].

A primeira Constituição a tratar dos direitos sociais, ainda que de forma tímida e insuficiente, foi a de 1934, ao estabelecer uma Ordem Econômica e Social (Título IV) em seu texto[19]. Nela estavam previstos direitos e garantias sociais relacionadas ao trabalho que, na verdade, representavam mera diretriz a ser perseguida pelo Poder Executivo quando julgasse adequado.

É certo que nessa época os trabalhadores de algumas categorias profissionais já representavam uma classe organizada e comprometida a fazer valer seus direitos. Contudo, o autoritarismo e a opressão estatal, visto que o Poder Executivo determinava quais profissões eram reconhecidas e somente a elas atribuía a titularidade de direitos sociais, impediam que as classes não reconhecidas, justamente as mais exploradas e desprovidas, participassem da vida política do Estado e usufruíssem dos direitos dos trabalhadores.

A Constituição de 1946, que restabeleceu a democracia perdida com a outorga da Carta de 1937, revelou sinais mais concretos de garantias das liberdades individuais, inclusive com o estabelecimento do sufrágio universal e direto (art. 134). Porém a ingerência do Estado, mediante a atuação do Ministério do Trabalho nos sindicatos e movimentos sociais organizados, ainda impedia a efetiva concretização dos direitos sociais já conquistados.

Um grande retrocesso se inicia com o golpe militar de 1964, que faz sucumbir o pouco de democracia conquistado até aquela data. Após a outorga da Carta de 1967 e a Emenda n. 1 de 1969, que, na verdade, representou reformulação integral do texto constitucional[20], as liberdades civis foram suprimidas e os direitos sociais já conquistados eram utilizados como instrumento de manipulação e forma de legitimação do regime militar, que, em nome de uma suposta garantia

18 GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente, p. 91.

19 O art. 121 atribuía à lei o papel de estabelecer as condições do trabalho tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país. Nos incisos estabelecia a necessidade de um salário mínimo capaz de satisfazer as necessidades normais do trabalhador e sua família, jornada de trabalho de no máximo oito horas diárias, férias anuais, à regulamentação das profissões, assistência médica e sanitária ao trabalhador e a gestante etc.

20 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*, p. 89.

da segurança nacional, editava atos institucionais que desprezavam por completo a ordem constitucional instituída.

Somente em 1984, através de um movimento social organizado, denominado "Diretas já", o País iniciou processo redemocratização, baseado na ideia de justiça social, onde a lei fundamental deve refletir os anseios populares e os valores mais importantes da sociedade, não mais servindo como mero instrumento de legitimação de governos.

Nas palavras de Paulo Bonavides, o movimento "Diretas já" representou uma revolução sem armas no país:

> "Quem convocou o Constituinte Congressual nem de leve percebeu o alcance dessa revolução silenciosa, revolução sem armas, sem sangue, sem dor, revolução das ideias e dos interesses nacionais, revolução do povo soberano que havia sido humilhado, excluído e discriminado até o dia em que se apoderou da praça pública, a praça que lhe pertence, segundo o canto de Castro Alves, e fez o comício das diretas para fundar uma república, cujas lideranças não compreenderam o sentido da mudança"[21].

Finalmente, superado um longo período de opressão e ditadura, com a promulgação da Carta de 1988, apelidada de Constituição Cidadã, o Brasil se constitui em verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A Lei Fundamental de 1988 idealiza a proposta de um Estado voltado ao cidadão e seu preâmbulo demonstra, com clareza, esse novo modelo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Dentre os fundamentos da Carta Magna estão: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político, além do princípio democrático, conforme ressalva contida no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal[22].

Os direitos sociais têm seu rol ampliado de modo significativo e vêm prescritos no título dos direitos e garantias fundamentais que, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF possuem aplicação imediata.

---

21 BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*, p. 337.

22 Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O direito à moradia não compunha o texto original do art. 6º da Constituição Federal, mas, como será exposto adiante, uma interpretação teleológica e até sistemática já permitia a conclusão de que o legislador buscou prestigiá-lo.

2.4. O direito à moradia como direito fundamental social

A previsão expressa do direito à moradia encontra-se no art. 6º da Constituição Federal[23] que, por sua vez, compõe o título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Essa previsão, decorrente da Emenda Constitucional n. 20/2000, representou evolução não pela introdução do direito no sistema, que por outras normas já se entendia garantido, mas sim, pelo fato de prescrevê-lo no título dos direitos fundamentais e, nesses termos, estender-lhe a aplicabilidade imediata conferida pelo § 1º do art. 5º da Constituição Federal, impedindo a adoção de interpretações que apequenem sua relevância.

É provável que o constituinte, quando da elaboração da Lei Fundamental de 1988, não tivesse a verdadeira compreensão do que importaria a atribuição de aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais, rol que compreende, além das liberdades individuais e os direitos, os direitos sociais, econômicos, culturais e, finalmente, os direitos de solidariedade. Porém, como bem ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Em cada período histórico os legisladores constituintes, de regra, incorporam nas Leis Fundamentais aquilo que no período correspondente se consagrou como a mais generosa expressão do ideário da época. Fazem-no, muitas vezes, com simples propósito retórico ou porque não se podem lavar de consigná-los. Mas, animados de reta intenção ou servindo-se disto como blandicioso meio de atrair sustentação política ou de esquivar-se à coima de retrógradas, o certo é que geralmente as Cartas Constitucionais estampam versículos prestigiadores dos mais nobres objetivos sociais e humanitários que integram o ideário avalizado pela cultura da época[24].

Internacionalmente, como já citado no início do trabalho, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro documento a classificar o direito à habitação como direito fundamental.

Alguns anos mais tarde o *Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, do qual o Brasil é signatário[25], dentre outros direitos fundamentais, no art. 11, atribuiu este qualificativo ao direito à moradia:

---

23 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, p. 9.

25 Decreto n. 591/92, art. 11.

> Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria continua de suas condições de vida. (negrito nosso)

Em 1996, na cidade de Istambul, a ONU - Organização das Nações Unidas, agora com olhar direcionado especificamente às cidades e ao direito à moradia, promoveu a II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos. Nessa ocasião, representantes de mais de 180 países assinaram documento denominado *Plano de Ação Global*, também chamado de *Agenda Habitat*. Mediante a ratificação desse documento, o Brasil e os demais países signatários se comprometeram a implementar, de forma plena e progressiva, o direito à moradia.

Ao comentar o referido documento, Fernando Aith[26] ressalva que a Agenda classifica expressamente o direito à moradia como direito humano fundamental, de realização progressiva e define o papel dos Estados para sua plena realização.

Assim, por ideologia ou pressão internacional, o legislador constituinte, ao promulgar a Emenda Constitucional n. 26/2000, que incluiu expressamente o direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais, inexoravelmente, atribuiu-lhe, regime jurídico próprio dos direitos fundamentais.

Com o reconhecimento da fundamentalidade formal, afirma Ingo Wolfgang Sarlet que três elementos devem ser incontestavelmente reconhecidos:

> a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à moradia) situam-se no ápice do ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia; b) ainda na condição de normas fundamentais insculpidas no corpo da Constituição, encontram-se submetidas aos limites formais (procedimento agravado para a modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim designadas 'clausulas pétreas') da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares[27].

Efetuada breve exposição histórica do direito à moradia no Brasil e demonstrado o seu reconhecimento como direito fundamental, faz-se necessário analisar a aplicabilidade das normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais, com destaque às normas que estabelecem os direitos fundamentais sociais.

---

26 AITH, Fernando Mussa Abujamra. *O direito à moradia e suas garantias no sistema de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002 [Dissertação de Mestrado. Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito].

27 SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia.* Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE.

CAPÍTULO 3

A problemática da aplicabilidade das normas constitucionais que tratam dos direitos sociais

Estabelecida a premissa de que o direito à moradia constitui direito fundamental e, portanto, está sujeito a aplicabilidade imediata imposta pelo § 1º do art. 5º da Constituição Federal, partiremos para abordagem do alcance e significado desta norma no que concerne aos direitos sociais. Porém, antes de adentrar o tema, são necessários alguns esclarecimentos acerca da classificação da Constituição no tocante a sua extensão e a sua finalidade.

As recentes lembranças do passado autoritário fizeram com que o constituinte de 1988, já adepto do modelo analítico de Constituição, atribuísse o *status* de norma constitucional, não só àquelas que organizam o poder e estabelecem limites a atuação do Estado (elencando direitos e garantias individuais), mas também aos planos de ações e programas de governo, destinados à implementação de sociedade mais justa e humanitária.

Assim, estabelece-se o caráter dirigente da nossa atual Carta Magna, que, nas palavras de José Afonso da Silva, "define fins e programas de ação futura, menos no sentimento socialista do que no de uma orientação social-democrática imperfeita, reconheça-se"[28].

A simples constatação de que o legislador constituinte de 1988 optou por atribuir *status* constitucional aos mais diversos assuntos, permite a conclusão de que as normas contidas no texto não possuem idêntico grau de eficácia e aplicabilidade e, nestes termos, ao lecionar acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, esclarece André Ramos Tavares que:

> A proposta classificatória é importante na medida em que nela se baseiam os operadores do Direito para reconhecer que nem todas as normas constitucionais possuem idêntico grau de eficácia, de capacidade de incidência plena, automática e independente de outro texto normativo, sem que, com isso, se esteja a reconhecer, aqui, aquela programaticidade vulneradora da Constituição[29].

3.1. A classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade

Inicialmente, é mister ressalvar que nenhuma norma constitucional está desprovida de qualquer força jurídica. Afinal, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello:

---

28 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo,* p. 9.

29 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 114.

> A Constituição não é simples ideário. Não é apenas expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas, em comandos e em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos[30].

No mesmo sentido, ao classificar as normas constitucionais segundo sua aplicabilidade, afirma José Afonso da Silva que: "Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia"[31].

Pela posição de superioridade que a Constituição ocupa no ordenamento nacional, bem como pela existência de instrumentos destinados à manutenção dessa supremacia[32], não há dúvidas de que toda norma constitucional produz, ao menos, o efeito imediato de invalidar a legislação que se mostre incompatível com os seus preceitos. Porém, esse não é o único efeito produzido pelas normas, daí a relevância do estudo acerca da aplicabilidade das normas.

São diversas as teorias desenvolvidas pela doutrina para classificação das normas constitucionais no tocante a sua eficácia e aplicabilidade. No presente estudo, serão expostas apenas algumas das teorias desenvolvidas pela doutrina pátria, por se restringirem à análise do direito constitucional nacional.

José Afonso da Silva, autor de obra clássica a respeito do tema, classifica as normas constitucionais a partir do grau de efeitos jurídicos produzidos, estabelecendo três categorias: (a) normas constitucionais de eficácia plena; (b) normas de eficácia contida; (c) normas de eficácia limitada ou reduzida.

Efetuada a classificação, esclarece o autor:

> Na primeira categoria, incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado[33].

---

30 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, p. 11.

31 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais,* p. 81.

32 Ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102 da CF) são exemplos desses instrumentos.

33 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 82.

Obedecendo, ainda, a tese apresentada pelo autor, as normas que compõem o terceiro grupo, quais sejam, as de eficácia limitada, podem ser divididas em duas categorias: 1ª) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos (que dependem necessariamente de lei); e 2ª) declaratórias de princípios programáticos (estabelecem programas e impõem a necessidade do desenvolvimento de políticas adequadas para satisfação dos fins neles determinados). Referida distinção será explorada em tópico específico.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao efetuar a classificação das normas, adota critério diverso do proposto por José Afonso da Silva. Assim, esclarece o autor que:

> O esquema a ser apresentado não se propõe a contender com os anteriores. É neutro em relação a eles. Não envolve qualquer pronúncia sobre sua acolhida ou rejeição. Com efeito, o critério que vamos adotar é o da investidura, em prol dos administrados, de direitos mais ou menos amplos descendentes direta ou imediatamente do texto constitucional. Portanto, o *spiritus rector* da sistematização é diverso[34] (grifo no original).

Nota-se que a proposta apresentada pelo autor parte da posição jurídica do administrado e analisa sua investidura nos direitos constitucionais. Assim, são propostas três categorias de normas: (a) concessivas de poderes jurídicos; (b) concessivas de direitos; e (c) meramente indicadoras de finalidade a ser atingida.

Nessa classificação, as normas concessivas de poderes jurídicos são aquelas em que o individuo, para fruir de seu conteúdo, não necessita de qualquer prestação alheia (exemplo do autor: direito à vida); pelo contrário, o que se exige é a abstenção ou omissão dos particulares e do Poder Público. Nesse sentido as normas conferem utilidade imediata ao cidadão.

As normas concessivas de poder se assemelham às concessivas de direito na medida em que ambas permitem o desfrute imediato dos efeitos jurídicos pretendidos pelo administrado. A diferença reside no fato de que a enquanto a primeira independe de relação jurídica, a segunda depende de prestação alheia, já delineada na norma constitucional, para que o administrado possa usufruir o direito prescrito (exemplo do autor: art. 210).

As normas indicadoras de finalidade a ser atingida compõem a terceira e última categoria. Esse modelo impõe finalidades a ser buscadas pelo Poder Público; porém, sem especificar os meios ou formas de concretização dos fins estabelecidos. Nesse caso, a posição do cidadão, perante a norma, não lhe permite exigir ou fruir seus efeitos (exemplo do autor: art. 226).

---

34 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, p. 19.

Outra classificação que merece destaque é a proposta por Luis Roberto Barroso[35]. Adotando como critério o tema abordado pela norma, o autor propõe a seguinte classificação: (a) normas constitucionais de organização – normas que objetivam a criação, organização e estruturação dos órgãos públicos; (b) normas constitucionais definidoras de direitos – normas que prescrevem os direitos fundamentais; (c) normas constitucionais programáticas – estabelecem programas e fins a serem alcançados pelo Poder Público.

Essa classificação, baseada na estrutura normativa da Constituição, embora esteja intimamente ligada à eficácia jurídica das normas, não as diferencia de modo absoluto no que diz respeito à aplicabilidade. Exemplo disso é que no universo das normas que prescrevem direitos fundamentais encontramos aquelas que produzem efeito imediato, as que dependem de regulamentação e, finalmente, aquelas que anunciam finalidades a serem buscadas pelo Estado. Portanto, essa classificação não será explorada.

Assim, sem desprezar a relevância das classificações expostas, adotaremos a proposta de José Afonso da Silva, em virtude do critério utilizado para a distinção, qual seja, o grau de aplicabilidade e eficácia (produção de efeitos) das normas constitucionais.

3.2. A opção política da forma de positivação dos direitos sociais na Constituição

Os direitos sociais se revelam em nossa Constituição de variadas formas. Por vezes, a norma que prescreve esses direitos assume condição negativa ou de defesa. Em outras ocasiões, a norma determina uma prestação, assumindo condição positiva.

Neste ensejo, classificar todas as normas constitucionais sociais em único grupo, a partir das teorias exploradas no capitulo anterior, não parece atividade possível ou válida. Porém, isso não torna inócuo o agrupamento da grande maioria das normas constitucionais de direitos sociais como normas de eficácia limitada, especialmente quando analisamos a face positiva ou prestacional assumida no texto.

Assim, sem desprezar a existência de direitos sociais positivados em normas de eficácia plena ou imediata, como é o caso da norma que estabelece a jornada normal de trabalho em no máximo oito horas diárias (art. 7º, XIII), dedicaremos nossa atenção às normas de direitos sociais que estabelecem fins ou objetivos a serem buscados pelo Poder Público para concretização da justiça social, pois essa foi, inegavelmente, a opção política adotada pelo legislador para positivação dessa geração de direitos fundamentais na Carta Magna de 1988.

A constitucionalização das normas que preveem direitos e deveres sociais na categoria de normas de eficácia limitada foi opção do legislador constituinte que se coaduna com a própria essência desses direitos fundamentais.

---

35 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo,* p. 200.

A constante oscilação das necessidades sociais no tempo e no espaço, bem como o caráter progressivo para a efetivação desses direitos, haja vista dependerem de fatores econômicos e políticos para sua implementação, fez com que o legislador constituinte optasse pelo modelo de norma principiológica para sua positivação.

O estabelecimento de objetivos e programas a serem buscados pelo poder público para alcance da justiça social no plano constitucional abre espaço para que as normas infraconstitucionais atendam às demandas e às necessidades sociais que são mutáveis, dando maior efetividade aos direitos sociais consagrados na Carta Magna.

Assim, ao optar pela norma principiológica para o tratamento do direito à moradia e outros tantos direitos sociais, a intenção do legislador foi de atribuir maior liberdade ao Legislativo e ao Executivo no que diz respeito à forma e ao procedimento para concretização desses direitos, seja mediante a edição de leis infraconstitucionais que o protejam, seja com o desenvolvimento de políticas públicas que observem a realidade social no tempo e no espaço.

3.3. Espécies de normas de eficácia limitada

Como já antecipamos em tópico anterior, as normas constitucionais de eficácia limitada subdividem-se em duas categorias: a) normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; e b) normas declaratórias de princípios programáticos[36].

As normas declaratórias de princípio institutivo ou organizativo são as normas constitucionais de eficácia limitada e aplicabilidade mediata que delineiam "esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgão ou entidades"[37].

Essas normas possuem a característica de indicar a necessidade de legislação infraconstitucional futura para sua eficácia e aplicação plena, tal como se verifica no art. 90, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe: "A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República".

O legislador constituinte, mediante a edição das normas de princípio institutivo, ressalva a importância da criação da instituição ou órgão, porém, preocupa-se apenas com seu delineamento, transferindo ao legislador ordinário o poder de, respeitados os limites constitucionalmente traçados, efetivar a norma.

Efetuada a análise das normas de princípio institutivo ou organizativo, passemos ao estudo da segunda categoria de normas de eficácia limitada, qual seja, as normas de princípio programático, estreitamente relacionadas com o tema abordado neste trabalho, uma vez que o direito à moradia está previsto nessa categoria.

---

36 Divisão adotada a partir da classificação de José Afonso da Silva.

37 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais,* p. 123.

As normas programáticas têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, na qual se inclui o direito à moradia. Impõem programas e fins a serem desenvolvidos pelo Estado por meio de lei ou políticas públicas para efetivação de uma justiça social e, nesse ponto, possuem eficácia reduzida na medida em que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, dependendo da atuação dos entes públicos para sua completa aplicabilidade.

O mestre Jorge Miranda, ao discorrer acerca das normas programáticas, sustenta que essas normas:

> (...) não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem *já* (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos[38].

A posição colacionada é combatida por parte significativa da doutrina que, embora mantenha a nomenclatura da espécie, atribui significativa aplicabilidade às normas ditas programáticas.

O direito social à moradia previsto nos arts. 6º e 23, IX, da Constituição Federal, assume o formato de norma programática, na medida em que, apenas, impõe aos entes públicos o dever de desenvolver programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento, deixando a cargo do Legislativo e Executivo a decisão acerca do procedimento a ser adotado para concretização do direito previsto.

Finalmente, ao diferenciar as espécies que compõem a categoria das normas de eficácia limitada, José Afonso da Silva, com muita propriedade, leciona:

> As normas programáticas envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social. As de princípio institutivo têm conteúdo organizativo e regulativo de órgão e entidade, respectivas atribuições e relações. Têm, pois, natureza organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos[39].

Efetuada a análise das espécies de normas de eficácia limitada, passemos a tratar da eficácia e aplicabilidade dessa categoria de normas constitucionais, enfatizando as de caráter programático, haja vista a positivação constitucional do direito à moradia.

---

38 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 218.

39 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 125.

3.4. Eficácia das normas declaratórias de princípio institutivo e de princípios programáticos

Estabelecida a premissa de que o direito à moradia, entendido como pretensão de uma prestação do Estado ao cidadão, assume a classificação de norma de eficácia limitada, é medida de rigor o enfrentamento das questões relativas à aplicabilidade e eficácia dessa categoria de norma, tema dos mais polêmicos no campo dos direitos sociais.

Sem nos olvidarmos do comando prescrito no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que determina aplicação imediata às normas que veiculem direitos fundamentais, onde se incluem os direitos sociais, buscaremos delinear os efeitos que imediatamente podem ser extraídos dos artigos que contemplam o direito à moradia na Constituição Federal de 1988.

No tocante à norma de princípio institutivo, que impõe uma obrigação ou faculdade de legislar, cumpre consignar sua baixa eficácia, haja vista a impossibilidade de obrigar o legislador a editar normas que atribuam concretude ao dispositivo constitucional.

É certo que existem instrumentos destinados a coibir a omissão legislativa, sendo o mais importante deles a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103), no entanto, sabe-se que não há sanção para o descumprimento da decisão judicial que declara a omissão legislativa, o que sem dúvida enfraquece o instrumento de controle.

Embora seja relevante a análise da eficácia das normas de princípio institutivo, assume substancial importância neste estudo, que versa especificamente o direito à moradia, o debate acerca da aplicabilidade e eficácia das normas programáticas, razão pela qual daremos ênfase a esta espécie.

Ao comentar a norma que atribui aplicabilidade direta às normas que tratam de direitos, liberdades e garantias, na Constituição portuguesa de 1976, Canotilho faz observações que podem ser aplicadas aos direitos fundamentais prescritos na Constituição brasileira de 1998. Vejamos:

> (...) os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais. Lembremos, de novo, que se esta ideia de aplicabilidade directa significa uma *normatividade qualificada*, nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em *direitos subjectivos, concretos e definitivos*[40] (grifo do autor).

40 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 438.

Do exposto, é possível concluir que, encarado como um dever de omissão ou abstenção do Estado, o direito social produz efeito imediato, na medida em que toda e qualquer legislação ou ação estatal que contrarie os preceitos editados no programa constitucional será considerada inconstitucional.

Reafirmando ideia já lançada em tópico anterior, não obstante a atribuição de eficácia limitada e aplicabilidade mediata a essa espécie, as normas-programas ou normas-fins não configuram meros apelos ao legislador ordinário ou simples promessa do legislador constituinte e neste ponto destaca-se a lição de Canotilho:

> "Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma actividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programa, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político[41].

Ao atribuir *status* constitucional e feição principiológica às normas que compõem a ordem econômico-social, submetendo-as à realização de uma justiça social, o legislador constituinte de 1988 condicionou todas as demais regras previstas na Lei Fundamental à realização dos preceitos ali delineados. Assim, constitui efeito imediato das normas programáticas o fato de servirem como parâmetro obrigatório de interpretação e integração de toda e qualquer norma jurídica.

Outro efeito imediato extraído das normas constitucionais programáticas consubstancia-se no fato de condicionar a legislação futura a sua compatibilidade, sob pena de inconstitucionalidade, bem como no poder de expungir do sistema jurídico normas que contrariem suas disposições, mediante o fenômeno da não recepção.

Na mesma esteira, podemos afirmar que ao estabelecer programas a serem desenvolvidos para realização dos direitos sociais, como é o caso do art. 23, IX, da Constituição Federal, por ser imperativa, a norma constitucional impõe ao Legislativo e ao Executivo o dever de produzir normas e programas governamentais que, de modo progressivo, concretizem o direito social garantido.

Desse modo, a inércia dos poderes constituídos na efetivação dos direitos sociais contemplados na Carta Magna desafia a atuação do Poder Judiciário, desde que provocado, no sentido de fazer sanar a inércia, por meio de uma tutela abrangente e objetiva, obtida em uma ADI por omissão (art. 103, § 2º, da Constituição Federal).

41 *Ibid,*. p. 1176/1177.

Por via reflexa, aplica-se às normas programáticas que veiculem direitos sociais a inteligência extraída do princípio que proíbe o retrocesso em matéria de direitos fundamentais. Assim, eventuais programas de governo ou políticas públicas instituídas com base nas normas constitucionais programáticas não poderão ser extintas sem contraprestação que preserve o direito social já conquistado ou adquirido.

Ao lecionar acerca das normas determinadoras de fins e tarefas, Canotilho sabiamente afirma que "Estas normas não têm muitas vezes densidade suficiente para alicerçar *directamente direitos e deveres dos cidadãos, mas qualquer norma contrária ao seu conteúdo vinculativo é inconstitucional*"[42].

Não obstante o inegável caráter programático das normas constitucionais que prescrevem o direito à moradia, alguns efeitos imediatos são extraídos do texto constitucional que, na sua perspectiva negativa (de abstenção do Estado ou particular na prática de condutas que violem o direito positivado), configura direito subjetivo.

Acerca do tema, leciona Humberto Ávila:

> Relativamente aos sujeitos atingidos pela eficácia dos princípios, é preciso registrar que os princípios jurídicos funcionam como direitos subjetivos quando proíbem as intervenções do Estado em direitos de liberdade, qualificada também como *função de defesa ou de resistência* (*Abwehrfunktion*).
>
> Os princípios também mandam tomar medidas para a proteção dos direitos de liberdade, qualificada também de *função protetora* (*Schutzfunktion*). Ao Estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, senão também o dever de promovê-los por meio da adoção de medidas que os realizem da melhor forma possível[43] (grifo do autor).

O mesmo não pode ser afirmado nos casos em que o direito à moradia é analisado em sua face prestacional (direito à prestação material). Embora se reconheça a imposição de ação dos entes públicos em busca dos fins delineados, não parece razoável extrair imediatamente da norma constitucional o direito subjetivo de cada indivíduo fruir da prestação em si, haja vista a necessidade de sua complementação pelo legislador ordinário e pelo Executivo através de programas de ação para que se possa extrair máxima eficácia do comando.

Por tudo, recorremos novamente às lições do autor português Canotilho, para afirmar que as normas garantidoras de direitos sociais na Constituição de 1988 não podem ser entendidas como normas capazes de vincular direitos subjetivos. Isso porque, "Os direitos sociais dotados de conteúdo concreto serão os consagrados em *normas das regulações legais*"[44] (grifo nosso).

---

42 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1172.

43 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 102.

44 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 482.

Na esteira do que foi dito, eventual direito à prestação material do direito social à moradia só poderá ser pleiteado a partir de leis infraconstitucionais regulamentadoras das normas constitucionais programáticas, jamais encontrando guarida no texto constitucional isolado, essa é a fundamental diferença entre as normas de eficácia plena e eficácia limitada. Porém, essa não tem sido a interpretação adotada pelo Judiciário, conforme se verá nos próximos capítulos.

CAPÍTULO 4

A normatividade da Constituição Federal de 1988

A ideia de organização do poder e da sociedade através de uma lei fundamental já existia nas comunidades civilizadas antes mesmo das revoluções modernas que instauraram a democracia e expurgaram os regimes absolutistas e despóticos[45].

Acerca do tema, esclarece Paulo Bonavides:

> A análise histórica e sociológica revela que uma vontade constituinte sempre existiu na vida das sociedades organizadas e é assim que se nos depara, no decurso dos séculos, a existência fática dessa vontade, tendo por nascente ou titular a divindade ou o príncipe[46].

Porém, somente após a Revolução Francesa de 1789 e a edição da Constituição norte-americana de 1787, o constitucionalismo passa a ganhar os contornos tidos pela modernidade como imprescindíveis, quais sejam, divisão e limitação do poder, com o consequente estabelecimento dos direitos e garantias individuais, forma escrita para maior publicidade e segurança (exceto na Inglaterra), supremacia da Constituição, embora não tenha ocorrido de modo concomitante e similar em ambos os modelos, o que é muito bem demonstrado pelo jurista Luis Roberto Barroso:

> Embora tenham sido fenômenos contemporâneos e tenham compartilhado fundamentos comuns, o constitucionalismo americano e o francês sofreram influências históricas, políticas e doutrinárias diversas. E, em ampla medida, deram origem a modelos constitucionais bem distintos, que só vieram a se aproximar na segunda metade do século XX. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição teve o caráter de documento jurídico, normativo, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. No modelo francês, que se irradiou pela Europa, a Constituição tinha natureza essencialmente política e sua interpretação era obra do Parlamento, e não de juízes e tribunais.

---

45 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 25/26.

46 BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*, p. 319.

> De fato, a Constituição americana teve suas origens no contratualismo liberal de Locke – um pacto social de paz e liberdade entre os homens – e na ideia de um direito superior, uma *higher law*, fundado no direito natural medieval. A força normativa e a supremacia da Constituição foram asseguradas desde o início pelo controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*). Diferente foi a concepção de Constituição que emergiu da Revolução Francesa. Na França, o tema central do debate político que resultou na Constituição de 1791 foi a titularidade do poder constituinte. A ideia revolucionária de soberania nacional contrapunha-se à visão absolutista da soberania do Monarca. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a despeito de sua importância simbólica, não tinha valor normativo, e, na prática, o que prevalecia eram os atos do Parlamento. Só em 1971, o Conselho Constitucional, já sob a Constituição de 1958, iria reconhecer à Declaração valor jurídico supralegal (*v. supra*). Essa neutralização de sua força normativa deu o tom da ideia de Constituição que prevaleceria na França e que se irradiaria pela Europa, bem diversa da que vigorou nos Estados Unidos[47].

A teoria da Força Normativa da Constituição, desenvolvida pelo jurista alemão Konrad Hesse[48] no ano de 1959, surge na Europa para contrapor a ideia das Constituições escritas como meras folhas de papel, sem poder de conformação social e que sempre sucumbiam quando confrontadas com os fatores reais de poder vigentes em uma sociedade[49].

Para o autor, a Constituição jurídica terá a capacidade de conformar a sociedade, inclusive quando seus mandamentos forem de encontro com os interesses dos que detêm o poder de fato, desde que haja adequação da Constituição à realidade social e predisposição da comunidade e dos órgãos responsáveis por zelar pela Lei fundamental, em garantir seu efetivo cumprimento, o que denomina Vontade de Constituição.

O abandono da concepção de Constituição como mera indicação de fins a serem buscados pelo poder público, operou-se nos países europeus e também no Brasil de modo tardio, se comparado à realidade norte-americana. Porém, hoje, tem-se por impensável a não atribuição de força normativa às normas constitucionais na quase totalidade dos países ocidentais.

Nesse contexto, novamente explicita Luis Roberto Barroso:

> Em seu estágio atual, o direito constitucional assumiu, na Europa e no Brasil, uma dimensão claramente *normativa*. Nos Estados Unidos, desde sempre, esta fora sua carac-

47 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 76/77

48 HESSE, Konrad, trad. Gilmar Ferreira Mendes. *Força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1991.

49 Ideal defendido pelo também alemão Ferdinand Lassale na obra *A essência da Constituição*.

> terística essencial. Em outras partes do mundo, no entanto, inclusive entre nós, o direito constitucional demorou a libertar-se das amarras de outras ciências sociais, como a história, a sociologia, a filosofia, bem como do próprio varejo da política. Desempenhou, assim, por décadas, mais um papel programático e de convocação à atuação dos órgãos públicos do que o de um conjunto de normas imperativas de conduta. Esse quadro reverteu-se. O direito constitucional moderno, investido de força normativa, ordena e conforma a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos[50].

No Brasil foi a Constituição atual, promulgada em 1988, que passou a redesenhar o papel do direito constitucional pátrio. A sociedade, ainda sentindo os reflexos do regime autoritário e ditatorial, no qual a vontade dos que tomaram o poder pela força prevalecia e se sobrepunha a todo e qualquer direito estabelecido, inspirada pelo ideal democrático já consolidado na grande maioria dos países desenvolvidos, finalmente pôde realizar o sonho de ter como Lei Fundamental de seu país uma Constituição Democrática e capaz de refletir os anseios de toda a sociedade por ela regida.

A positivação de valores ou princípios não é algo novo em nosso ordenamento jurídico; afinal, como já mencionado em tópicos anteriores, as Constituições brasileiras, tradicionalmente analíticas, sempre trouxeram dispositivos que revelavam os valores políticos e sociais. A novidade trazida pela Carta de 1988, na verdade, não se operou unicamente no texto, mas fundamentalmente, no modo de interpretação e aplicação das normas constitucionais, que deixaram de ser mera sugestão e passaram a possuir caráter cogente e impositivo.

Nesse contexto, as normas que descrevem os direitos sociais, de cunho eminentemente principiológico, na medida em que revelam valores e explicitam fins a serem buscados pelo Estado, adquirem força normativa e passam a orientar a edição e interpretação das demais normas não como simples conselho, mas sim como imposição.

4.1. Os valores constitucionais sociais e a função dos princípios

A distinção entre princípios e regras, espécies do gênero norma jurídica, é pressuposto para a correta compreensão da importância de se atribuir eficácia normativa aos princípios constitucionais, especialmente no que tange aos direitos sociais, objeto de trabalho no presente estudo.

Conforme brilhante ensinamento de Humberto Ávila:

> (...) *as regras são normas imediatamente descritivas*, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada,

50 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 46.

> *os princípios são normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento[51]. (grifo do autor)

Observada a adoção do princípio democrático (art. 1º, parágrafo único, da CF), no Brasil, os valores positivados na Lei Fundamental refletem os anseios e objetivos de toda a sociedade e indicam padrões e comportamentos de adoção obrigatória pelo poder público para alcance dos fins anunciados.

Nesse contexto, faz-se imprescindível ressalvar que a sociedade está em constante mutação e as normas que revelam seus valores mais caros devem ser delineadas de modo que se permita correta adaptação às demandas sociais no tempo e espaço.

A partir desse raciocínio o legislador constituinte de 1988, sabiamente, fez uso de uma gama de normas principiológicas, que possuem baixa densidade semântica e pouca concreção, para positivação dos direitos sociais, permitindo maior flexibilidade da Constituição e maior adequação social dos seus comandos.

Ao adotar postura diretiva, mediante a positivação de normas que vinculam valores e possuem expressões vagas, o constituinte elimina a discricionariedade na ação legislativa, impondo-a, e, em contrapartida, deixa margem para a escolha do procedimento ideal para concretização do valor anunciado[52].

Nas palavras do ilustre doutrinador Paulo Bonavides, "o princípio se pode talvez definir como aquele valor vinculante mais alto que, positivado na Constituição, é suscetível de irradiar normatividade a todos os conteúdos constitucionais"[53].

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior salientam a importância das normas principiológicas no texto constitucional, mediante a afirmação de que:

> "(...) os princípios são regras-mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema. Fazendo isso estaremos identificando os princípios constitucionais"[54].

Ao destacar a importância dos princípios para o direito constitucional contemporâneo, Luis Roberto Barroso leciona: "Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético

51 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 71.

52 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição,* p. 338.

53 BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, p. 49.

54 ARAUJO, Luis Alberto David e NUNES JR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 92.

para o mundo jurídico (...) influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito"[55].

Ante o exposto, podemos afirmar que o direito à moradia, bem como os demais direitos sociais elencados nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal, constitui valor importante para o povo brasileiro e, nesses termos, vincula a atividade dos Poderes Políticos no tocante a sua proteção e efetivação, ainda que de modo aberto e dependente de complementação, observado o fato de que sua positivação se dá comumente em normas de eficácia limitada[56].

O recurso das normas que estabelecem fins a serem buscados pelo Estado é realçado por Konrad Hesse ao estabelecer requisitos necessários à mantença da força normativa de uma Constituição:

> Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns *poucos princípios fundamentais*, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sociopolítica, mostre-se em condições de ser desenvolvido[57].

A função primordial dos princípios no arcabouço constitucional é dar coerência ao sistema permitindo que o intérprete, ao revelar o significado da norma, extraia a máxima eficácia dos mandamentos constitucionais e preserve a unidade do sistema, ainda que se verifique conflito de normas no caso concreto, na medida em que "ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (...) consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes"[58], diversamente do que ocorre com as regras.

Na esteira do que foi dito, os preceitos ou princípios fundamentais da Constituição brasileira (Título I) recebem especial destaque por anunciarem valores eleitos pelo constituinte originário como vetores interpretativos para a realização de todo o Direito e no cenário dos direitos sociais, objeto do presente estudo, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista sua inegável associação com direitos fundamentais.

---

55 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 203/204.

56 Essa afirmação não exclui a identificação de normas-regra que veiculam direitos sociais na Constituição de 1988. Exemplo disso,é o art. 183 da Constituição Federal. Essa norma, como já ressaltado em tópico anterior, assumindo contornos de verdadeira regra jurídica (caráter descritivo imediato), tutela de modo direto e preciso o direito à moradia, na medida em que, preenchidos os requisitos nela estabelecidos, o indivíduo extrai efeitos do próprio texto constitucional gozando, portanto, de direito subjetivo á aquisição da propriedade.

57 HESSE, Konrad. trad. Gilmar Ferreira Mendes. *Força normativa da constituição*. p. 20/21.

58 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição,* p. 1161.

4.2. O princípio da dignidade da pessoa humana como vetor de interpretação

A partir de uma classificação formulada por Canotilho[59], José Afonso da Silva discrimina os princípios fundamentais na Constituição de 1988 da seguinte forma:

> (a) princípios relativos a existência, forma, estrutura e tipo de Estado: *República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito* (art. 1º);
>
> (b) princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: *República e separação dos poderes* (arts. 1º e 2º);
>
> (c) princípios relativos à organização da sociedade: *princípio da livre organização social, princípio da convivência justa e princípio da solidariedade* (art. 3º, I);
>
> (d) princípios relativos ao regime político: *princípio da cidadania, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do pluralismo político, princípio da soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direta* (art. 1º, parágrafo único);
>
> (e) princípios relativos à prestação positiva do Estado: *princípio da independência e do desenvolvimento nacional* (art. 3º, II), *princípio da justiça social* (art. 3º, III) *e princípio da não discriminação* (art. 3º, IV);
>
> (f) princípios relativos à comunidade internacional: *da independência nacional, do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, da autodeterminação dos povos, da não intervenção, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos e o da integração da América Latina* (art. 4º)[60].

Nesses termos, a dignidade da pessoa humana, por expressa previsão constitucional (art. 1º, III), constitui princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que, conforme lição de Celso Bastos, permite a leitura de que "é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas"[61].

A problemática acerca do princípio da dignidade da pessoa humana não gira em torno do seu reconhecimento como valor constitucional fundamental, hoje encarado como certo, mas sim, em torno da sua conceituação e abrangência, bem como no modo de concretização desse princípio.

Como já mencionado em tópicos anteriores, é característica própria das normas que traduzem valores e fins a serem alcançados certo grau de abstração e, no tocante à dignidade, essa característica assume contornos especialmente vagos, tendo em vista a dificuldade em se atribuir definição do que é necessário para uma vida digna.

---

59 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição,* p. 479.

60 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 94.

61 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 425.

Na tentativa de estabelecer um conceito mínimo, André Ramos Tavares afirma que:

> A dignidade da pessoa humana considera o homem como "ser em si mesmo" e não como "instrumento para alguma coisa". Este foi o sentido, como visto, reinante por muito tempo, para o qual, inclusive, concorreria a ideia capitalista de exploração econômica e cultural[62].

Com a clareza que lhe é peculiar, Ingo Sarlet assume posição mais ousada ao conceituar a dignidade da pessoa humana, definindo-a como:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos[63].

Por representar princípio fundamental da República, o princípio da dignidade da pessoa humana tem a função de orientar a interpretação e integração das demais normas constitucionais e, conforme lição de Canotilho, "vinculam o legislador no momento legiferante, de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais"[64].

Destacando o princípio da dignidade da pessoa humana como vetor de interpretação, Daniel Sarmento leciona:

> "(...) a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com colisão entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, *observada a proporcionalidade*, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove"[65] (grifo nosso).

Na mesma esteira, Ana Paula de Barcellos afirma que um dos critérios a ser observados pelo intérprete, diante da necessidade de ponderação de normas, é dar preferência à solução que prestigie a dignidade humana:

---

62 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional,* p. 581.

63 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 60.

64 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1166.

65 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal,* p. 74.

> A decisão de tomar como critério para a ponderação a preferência aos direitos fundamentais pode ser justificada teoricamente de varias maneiras. Em primeiro lugar, é absolutamente consensual na doutrina e na jurisprudência que a Constituição de 1988 fez opção material clara pela centralidade da dignidade da pessoa humana e, como em sua decorrência direta, dos direitos fundamentais[66].

A ideia de princípio absoluto a orientar a atividade criativa do intérprete e aplicador como principal critério para ponderação de interesses é combatida por Humberto Ávila[67] que, com muita propriedade, nega a existência de normas constitucionais com maior ou menor importância, rechaçando a diferenciação das regras e princípios através do critério qualidade.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, adverte Canotilho que a "pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da Lei fundamental"[68].

A atribuição de maior ou menor normatividade aos dispositivos constitucionais inegavelmente resvala no próprio conceito de Constituição como ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Afinal, presume-se que todos os direitos e deveres estabelecidos na Carta Magna sejam igualmente importantes ou não teriam recebido o *status* de norma constitucional.

Ademais, essa distinção qualificativa, apoiada em critérios importados de outras ciências sociais e da própria moral, permite escalonamento desordenado, individualizado e arbitrário do intérprete e aplicador do direito, resultando em um quadro de insegurança acerca dos comportamentos permitidos e proibidos e, consequentemente, na fragilização do Estado de Direito.

Assim, sem negar a imperiosa função do princípio da dignidade da pessoa humana na atividade de interpretação e aplicação do direito, é medida de rigor o estabelecimento de parâmetros jurídicos suficientemente seguros, capazes de guiar o intérprete na atividade de criação das normas aplicáveis ao caso concreto, mediante a consideração da integralidade do arcabouço jurídico constitucional.

4.3. Hermenêutica e interpretação constitucional

Estabelecida a premissa de que todas as normas constitucionais possuem força normativa, diferenciando-se apenas em relação ao grau de aplicabilidade e eficácia, bem como que o legislador constituinte de 1988 optou pela positivação

66 BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional, in *A nova interpretação constitucional*. (org.) Luis Roberto Barroso, p. 109.

67 AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos*, p. 98.

68 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1182.

de valores em normas que refletem alto grau de abstração, decorrente da utilização de conceitos vagos e indeterminados, podemos concluir que, ao intérprete, foi atribuído papel de destaque na compreensão e integração das normas constitucionais, daí a importância do estudo do tema, que, embora exija estudo mais abrangente, nos limitaremos às ideias centrais, destacando os mecanismos que entendemos mais adequados ao sistema jurídico normativo nacional.

Antes, porém, cabe trazer à baila a discussão doutrinária referente à existência ou não de distinção entre hermenêutica e interpretação[69], para firmar posição pelo entendimento de que elas se diferenciam, cabendo à hermenêutica o papel de oferecer meios e critérios para a realização da interpretação. A interpretação, no conceito clássico de Savigny, "é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se a restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro"[70]. Trata-se de processo de descoberta do significado da norma.

Luis Roberto Barroso afirma que a hermenêutica jurídica "é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do direito"[71].

Retomando o mote principal de elencar mecanismos interpretativos constitucionais, é mister esclarecer que, pela posição de supremacia que a Constituição goza no ordenamento, a interpretação de suas normas possui especificidades se comparada à interpretação jurídica das normas em geral, mas que não são suficientes para estabelecer uma hermenêutica constitucional dotada de autonomia científica[72].

Nesse ponto, destaca-se a lição do doutrinador português Jorge Miranda:

> (...) a interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irredutíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de a saber tomar como sujeita ao influxo da norma e não como mera realidade de facto. Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no subjectivismo ou na emoção política. Tem de se fazer mediante a circulação da norma-realidade constitucional-valor[73].

Constatada a necessidade de tratamento diferenciado para interpretação das normas fundamentais, destacam-se os princípios específicos ou instrumentais de

---

69 Pelo mesmo significado: Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*. Pela distinção: Rubens Limongi França. *Hermenêutica Jurídica*; JJ Gomes Canotilho. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*.

70 SAVIGNY, Friedrich Karl Von, 1951 apud Bonavides, 2008, p. 437.

71 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 269.

72 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 86.

73 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* p. 261.

hermenêutica constitucional que, nas palavras de Ana Paula Barcellos[74], "constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta".

Canotilho[75] enumera esses princípios da seguinte forma:

1 - unidade da Constituição: determina que a interpretação deva ser realizada de modo a evitar contradição entre as normas. "Obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade".

2 - do efeito integrador: na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve ser dada preferência aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política.

3 - da máxima efetividade ou eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda.

4 - da justeza ou conformidade funcional: (...) "tem em vista impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecidas"[76]. A interpretação não deve subverter, alterar ou perturbar o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário.

5 - da concordância prática ou da harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação a outros em prol da harmonização do sistema.

6 - da força normativa da Constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

A essa lista podemos acrescentar o que o professor Humberto Ávila denomina "postulados normativos" que representam condições essenciais à interpretação de qualquer objeto cultural, "sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido"[77].

O ilustre autor divide os postulados em duas espécies: postulados hermenêuticos e postulados normativos aplicativos. O primeiro grupo é necessário para a compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, onde se exige do intérprete a consciência da *unidade do ordenamento jurídico*, a *coerência* na interpretação, que estabelece o dever de relacionar as normas na atividade interpretativa, observando a superioridade formal ou material de umas sobre outras e, finalmente, a *hierarquia*, que impõe a observância de uma estrutura escalonada das normas dentro do sistema jurídico.

---

74 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade humana*, p. 67.

75 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1223/1226.

76 *Ibidem.*, p. 1224.

77 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 123/124.

O segundo grupo, composto pelos postulados normativos aplicativos, se caracteriza pela função primordial de solucionar questões que surgem com a aplicação do direito ao caso concreto, figurando dentre eles os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso.

A proporcionalidade diz respeito, grosso modo, à relação entre os meios e os fins, e pressupõe análise da adequação e da necessidade do meio para atingir o fim, bem como das vantagens decorrentes do fim serem superiores às desvantagens surgidas com a implementação do meio. A proibição do excesso veda ao intérprete obter, como resultado de sua atividade, algo que fira o núcleo essencial de um princípio constitucional.

Por sua vez, a razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual e das normas com suas condições externas de aplicação, naquilo que o já citado professor Humberto Ávila convencionou chamar de razoabilidade equidade e razoabilidade congruência. Também há a razoabilidade equivalência, como a exigência de uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Na visão do autor, que adotamos por sua coerência e cientificidade, esses postulados se diferenciam das normas consubstanciadas em princípios ou regras na medida em que não estabelecem condutas ou fins almejados, mas definem a estrutura de aplicação das normas, estabelecem os modos como estas devem ser aplicadas. Assim, como exemplo, enquanto os princípios determinam um dever de promover a realização de um estado de coisas, os postulados normativos de aplicação estabelecem o modo como ele deve ser interpretado frente aos demais conteúdos normativos do texto constitucional[78].

Pelo até aqui exposto, pode-se inferir que tanto os postulados elencados pelo professor Humberto Ávila quanto os princípios instrumentais de hermenêutica constitucional na nomenclatura adotada pela professora Ana Paula Barcellos servem à finalidade de tratar da aplicação das normas, sejam princípios, sejam regras, dando contornos à atividade do intérprete. Por isso não cabe falar que, em determinado, caso foi descumprido o princípio da proporcionalidade, visto que descumprida foi uma específica norma cuja aplicação não respeitou adequada correlação entre meios e fins.

Vistos os diferentes postulados ou princípios hermenêuticos, uma ideia deve sempre nortear a atividade interpretativa, a de que em nosso sistema constitucional, no qual não há hierarquia entre normas constitucionais, um método de interpretação só será legítimo se atribuir igual dignidade a todas as normas constantes no texto, o que inviabiliza a hierarquização entre dispositivos, permitindo apenas uma diferenciação no tocante à função que exercem na atividade de leitura ou integração do enunciado normativo.

78 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 136.

Tampouco se pode admitir atividade interpretativa que, sob o pretexto de atribuir máxima eficácia a determinado princípio constitucional, viole as competências constitucionalmente estabelecidas no sentido de o aplicador do direito superar os limites de sua atuação, invadindo a competência atribuída aos demais atores político-constitucionais, sob pena de restarem feridos em seus núcleos essenciais o princípio da separação dos poderes e o democrático, em pleno descalabro ao postulado da concordância prática.

Conclui-se, portanto, que, apesar de não ser plausível admitir a existência de hermenêutica constitucional específica, as peculiaridades do texto da Constituição (superioridade, natureza da linguagem, caráter político etc.) exigem alguns mecanismos específicos para sua interpretação, que ao lado dos tradicionais (literal, lógico, sistemático, teleológico e histórico) permitirão o alcance mais eficiente do conteúdo de suas normas.

Estabelecidas essas premissas hermenêuticas, não há dúvida de que a adoção do modelo de Estado Social necessariamente importa na responsabilidade do Estado na concretização dos direitos sociais, na medida em que impõe dever de ação dos entes estatais em busca do ideal de fruição de bens e serviços, como saúde, educação, seguridade social, moradia etc., por toda a população, independente das adversidades dos sistemas econômicos.

Acerca da imediata obrigação do Estado na efetivação do direito à moradia, afirma Nelson Saule Júnior:

> Essa obrigação não significa de forma alguma prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim de construir políticas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e de vida[79].

A obrigação de tutela dos direitos sociais, onde se inclui o direito à moradia, dirige-se não apenas ao Poder Executivo, que de fato ocupa papel de destaque pela própria natureza desses direitos que muitas vezes se apresentam como prestações materiais, mas, também, ao Poder Legislativo, que deverá atuar na edição de leis que protejam esses direitos e facilitem o acesso através de incentivos, e, finalmente, ao Poder Judiciário, que no exercício de aplicação do direito, deverá verificar a compatibilidade das normas e políticas editadas no campo social com a Lei Maior, podendo declarar inconstitucional a norma ou a ação que contrarie os ideais positivados no texto constitucional.

A característica de alto custo financeiro para concretização do direito à mo-

79 SAULE JÚNIOR, Nelson. O direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro. In: *Caderno de Pesquisa do CEBRAP – Centro Brasileiro de Análises e Planejamento*, n.. 7, maio 1997.

radia em sua face prestacional, sem dúvida, atribui destaque à responsabilidade do Poder Executivo (arrecadador) no desenvolvimento e na implementação de programas de ação capazes de garantir o acesso aos direitos sociais àqueles que não lograram êxito na aquisição desses bens ou serviços e, neste cenário, torna-se imperiosa a responsabilidade dos governos na criação dos pressupostos materiais para o exercício desses direitos. Aqui, ganham destaque as políticas públicas e a atuação do Judiciário no enfrentamento das ações que versam sobre a concretização dos direitos sociais, matéria que passaremos a analisar.

CAPÍTULO 5
A responsabilização do estado brasileiro na concretização do direito à moradia

5.1. Políticas Públicas

Inicialmente, cumpre enfatizar que o tema políticas públicas, oriundo das Ciências Políticas e da Administração Pública, despertou o interesse dos cientistas do direito após a alteração da postura do Estado, que passou de abstencionista a prestacionista, em decorrência das obrigações de fazer oriundas dos direitos sociais.

Nesse cenário, as políticas públicas emergem como o meio mais eficaz para a concretização dos direitos sociais, pois, conforme lição de Maria Paula Dallari Bucci:

> Política pública é o programa de ação governamental, que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.
>
> Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento do resultado[80].

Assim, grosso modo, podemos afirmar que as políticas públicas se definem como programas de ação governamental que visam à realização de um fim ou

80 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In*: Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (organizadora), p. 39.

objetivo previamente determinado. O ideal de uma política pública, portanto, está diretamente relacionado à efetividade ou à eficácia social dos direitos sociais vistos como prestação material.

No campo dos direitos sociais, as políticas públicas atuam na complementação dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais, permitindo a concretização dos fins idealizados através do acesso aos bens e serviços determinados.

Aqui, cumpre ressalvar, adotando classificação proposta por Celina Souza[81], que as políticas sociais podem assumir basicamente quatro formatos, quais sejam: a) políticas distributivas, que, considerando a limitação de recursos financeiros, privilegiam determinados grupos sociais ou regiões; b) políticas regulatórias, que representam a intervenção do Estado no domínio econômico e envolvem questões burocráticas e política; c) políticas redistributivas, que beneficiam grande número de pessoas e importam em perda, no curto prazo, para certos grupos sociais e ganhos, no longo prazo, para outros; e d) políticas construtivas, que tratam de procedimentos.

A partir dessa classificação, sem desprezar os demais tipos, podemos afirmar que os modelos distributivos e redistributivos assumem posição de destaque na implementação das políticas que buscam concretizar direitos sociais. Isso porque constitui objetivo fundamental da República a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a erradicação da pobreza e marginalização.

Aqui, abrimos parêntese para trazer à baila importante lição de Canotilho acerca da inteligência que deve ser atribuída ao princípio da igualdade no desenvolvimento de políticas públicas que versem sobre direitos sociais, o que denomina "igualdade de oportunidade".

> Esta igualdade conexiona-se, por um lado, com a política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efectivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro, ela é inerente à própria ideia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no art. 13/2 que, desse modo, funciona não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades (...)[82].

Na esteira do que foi dito, a realização do princípio da igualdade, em seu aspecto material, no campo dos direitos sociais, exige a adoção de políticas públicas voltadas prioritariamente às classes economicamente menos favorecidas e isso deve configurar uma condicionante prévia imposta aos atores políticos.

---

81 SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: ARRETCHE, Marta; HOCHMAN, Gilberto; MARQUES, Eduardo (org.) *Políticas públicas no Brasil*, p. 73.

82 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 430.

Retomando o tema de estruturação das políticas públicas, é necessário ressalvar que elas podem se materializar de vários meios. Não há um modelo legal específico para veicular programas de ação governamental. Portanto, disposições constitucionais, leis, decretos, portarias e atos administrativos servem de suporte para o estabelecimento de ações políticas planejadas para o alcance de uma finalidade predeterminada.

Para que um plano de ação governamental seja classificado como política pública, independente do suporte legal que o veicule, é imprescindível: a demonstração dos meios financeiros e operacionais que serão aplicados; o estabelecimento de metas a serem atingidas pelo programa desenvolvido; os resultados pretendidos com a sua implementação; e, finalmente, o estabelecimento de marcos temporais para a realização dos objetivos desejados.

Nesses termos, é possível afirmar que as políticas públicas que objetivem a concretização de direitos sociais, onde se inclui o direito à moradia, através de prestações materiais, se iniciam no momento de elaboração das leis orçamentárias (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais), na medida em que sua execução e implementação importam em custo financeiro e, por isso, exigem dotação orçamentária.

No que diz respeito à competência dos diversos entes federativos para o estabelecimento de políticas públicas, nos reservaremos à análise do direito à moradia, por constituir tema do presente estudo.

Nos termos do art. 23, IX, da Constituição Federal, constitui competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais. Assim, os poderes Legislativo e Executivo, aos quais, originariamente, é atribuída a competência para conformação das políticas públicas, têm sua liberdade de escolha política reduzida, na medida em que a Constituição impõe o estabelecimento de políticas na área habitacional.

A primeira grande política pública desenvolvida no campo da moradia no Brasil se deu no ano de 1964 com a criação do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), que financiou, por meio de recursos provenientes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (a partir de 1967), mais de 6 milhões de novas moradias em trinta anos de existência[83]. Portanto, antes mesmo da introdução expressa do direito à moradia nos textos constitucionais, já se observava atuação dos governos em prol da sua concretização.

Atualmente, podemos citar como exemplo de política pública habitacional, patrocinada pelo Governo Federal, a redução do Imposto sobre Produtos Indus-

83 SANTOS, Cláudio Hamilton M. Políticas federais de habitação no Brasil: 1964/1998. Brasília: 1999. Disponível na Internet: http://www.getinternet.ipea.gov.br acesso em 25 maio 2010.

trializados – IPI incidente sobre materiais de construção. Referida medida, de caráter regulatório, embora não contemple prestações materiais pelo Poder Público, traduz incentivo no campo da construção civil, em virtude da redução dos custos e, nesse ensejo, facilita a aquisição e melhoria das moradias.

Outro exemplo a ser citado é o programa "Minha Casa, Minha Vida", lançado pelo Governo Federal no ano de 2009. Com a ressalva de que não constitui objeto do presente estudo a análise específica e concreta das políticas públicas atuais no campo da moradia, a título exemplificativo e dada magnitude do projeto, serão tecidas algumas observações no que tange aos critérios adotados para concessão do benefício e sua adequação aos mandamentos constitucionais no programa citado.

Ciente do déficit habitacional que assola o país, o Governo Federal, mediante a promulgação da Lei Federal n. 11.977, de 7 de julho de 2009 (conversão da Medida Provisória 459, de 2009), instituiu o maior programa destinado à promoção do direito à moradia (art. 23, IX), desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Através do programa "Minha Casa, Minha Vida", que prevê investimento federal de 34 bilhões de reais, a União, em parceria com os Estados e Municípios[84], pretende construir 1 milhão de casas, nas áreas urbana e rural, destinadas a famílias que possuam renda mensal de 0 a 10 salários mínimos.

Nos termos da política instituída, o subsidio estatal será integral para famílias que comprovem renda de até 3 salários mínimos; parcial para aquelas que percebam de 3 a 6 salários mínimos e, finalmente, prevê estímulos ao financiamento habitacional para famílias que recebam de 6 a 10 salários mínimos[85].

A escolha dos beneficiários (famílias com renda mensal de 0 a 10 salários) atende aos objetivos constitucionais de redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza e marginalização, além de realizar o princípio da igualdade em sua perspectiva material promovendo a já citada "igualdade de oportunidades", em busca da justiça social.

Do mesmo modo, a graduação dos subsídios, inversamente proporcional à renda familiar, harmoniza-se aos ditames estabelecidos na Carta Magna, pois, de modo proporcional e razoável, atende aos mais necessitados.

O mandamento fundamental de redução das desigualdades regionais também é observado pelo programa governamental, na medida em que a distribuição de recursos será efetivada de acordo com os índices de déficit habitacional de cada região do país, com regionalização do custo dos imóveis.

Os pontos destacados não esgotam a análise de conformidade do projeto às normas constitucionais, pois, como já ressalvado, não está entre os objetivos

84 Os Estados e Municípios participarão através de aportes financeiros, doação de terrenos, desoneração fiscal, infraestrutura para o empreendimento e agilização das aprovações de projetos, alvarás, autorizações e licenças.

85 www.minhacasaminhavida.gov.br. Acesso em 20 maio 2010.

deste trabalho a análise concreta das políticas adotadas, porém, *prima facie*, revela sua compatibilidade com os fins constitucionalmente estabelecidos.

Assim, sem a pretensão de ter esgotado a matéria, temos que o direito à moradia, conforme prescrito na Constituição de 1988 (arts. 6º e 23, IX), impõe ao Estado o dever de instituir políticas públicas capazes de implementá-lo, uma vez que os direitos sociais possuem como característica reconhecida pelos diplomas internacionais a implementação progressiva, respeitados os limites orçamentários, reservando-se o poder público à implementação dos direitos na medida do possível.

5.2. A judicialização dos direitos sociais: possibilidades e limites

Diante da conclusão exposta nos capítulos anteriores, de que as normas constitucionais que tratam do direito à moradia representam normas programáticas e, nestes termos, não admitem a extração de direito subjetivo individual a uma prestação, podemos, inicialmente, afirmar que, instado a se manifestar em processo individual ou coletivo, não pode o Judiciário determinar que o poder público forneça moradia aos indivíduos que não a possuam.

Em consonância com o que foi dito, trazemos à colação as sábias palavras de Elival da Silva Ramos:

> (...) a interpretação-aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário, em sistemas constitucionais similares ao brasileiro, não pode ser feita mediante discricionária atribuição de efeitos às normas concretizadas, devendo o juiz se ater aos elementos hermenêuticos que, objetivamente, indiquem o seu enquadramento na categoria das normas de eficácia plena (restringível ou não) ou na das normas de eficácia limitada. Nessa última hipótese, se afigura de crucial importância identificar se a integração do comando normativo é dependente apenas de providências jurídico-formais (normas preceptivas) ou se, bem além disso, exige a execução de um programa de ação estatal de cunho abrangente, que produza a indispensável adaptação da estrutura fático-material subjacente à normatização constitucional (normas programáticas)[86].

Na realidade, do princípio que estabelece o direito social à moradia extrai-se o correspondente dever do Estado de desenvolver uma política voltada à satisfação do referido direito. É o que o ilustre constitucionalista português Canotilho[87] denomina "dever não relacional" na medida em que impõe dever objetivo de desenvolvimento de políticas para satisfação do direito anunciado, sem que isso represente direito subjetivo ao cidadão.

Na esteira do que foi afirmado, resta tratar da atuação do Judiciário em relação ao dever de implementação de políticas públicas habitacionais por parte do

86 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 195/196.

87 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*, p. 59/61.

Estado. Não restam dúvidas de que as políticas públicas, pelo que se extrai da norma descrita no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não estão excluídas da apreciação do Judiciário, haja vista a submissão do Estado e seus entes às leis.

A problemática da judicialização, no caso em voga, gira em torno dos limites impostos ao Judiciário na análise de tais políticas. Isso porque, no regime democrático e pluralista, não é dada ao Judiciário a competência para formulação e implementação de políticas públicas. A isso soma-se o fato de o magistrado não exercer o papel de gestor do orçamento e de no curso de um processo judicial não constituir tarefa possível o conhecimento global das receitas e despesas públicas indispensáveis ao complexo processo deliberativo gestacional dessas políticas.

Sensível à questão, leciona Calmon Passos:

> (...) operando sobre uma realidade complexa, instável, marcada por desafios constantes e crises permanentes, como analisado antes, ingênua ou irresponsavelmente, pretendeu-se aprisioná-la na camisa de força de exacerbado casuísmo, pretensioso e paralisante, cujo produto mais daninho foi a jurisdicionalização de questões políticas e constitucionalização de banalidades, forçando o Judiciário a ser o que não pode ser, e isso com prejuízo para a Nação e grave risco para o próprio Poder Judiciário ameaçando de desacreditar-se ou tornar-se um fator de ingovernabilidade[88].

A mesma preocupação é expressa por Maria Paula Dallari a partir da constatação de que:

> Uma política pública carrega, necessariamente, elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio de um programa de ação[89].

A afirmação permite a conclusão de que a atuação do Poder Judiciário, no campo das políticas públicas, deve restringir-se à verificação de sua razoabilidade e proporcionalidade frente ao objetivo constitucionalmente imposto, sempre atento à situação fática existente no momento de sua elaboração. Também, pelos meios de tutela constitucional das omissões, a falta de uma política pode ser objeto de conhecimento por parte do referido poder.

Considerando que uma política pública se caracteriza como resultado de complexo processo de estudo e escolha, para o qual o Poder Judiciário não possui aparelhamento necessário, quando ela existir, for razoável e proporcional, exclui-se a

88 PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, jun./jul./ago. 2007. p. 14. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp.

89 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (org.), p. 46.

possibilidade de sua anulação ou de modificação pelo Juiz, que deve respeitá-la, notadamente, porque sua concepção se operouno campo da ciência política e em ambiente democrático, com a deliberação dos poderes constitucionalmente competentes. Essa é uma exigência clara do princípio democrático e do da separação dos poderes[90].

Nesse ensejo, trazemos à colação as sábias palavras de Calmon Passos:

> Como tão bem expressado por Bobbio, o único modo de se chegar a um acordo, quando se fala em democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabeleçam quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos[91].

Enfatizemos que a prestação individual de um direito social desvirtua toda a sistemática de prestação social, sem contar que viola o principio da igualdade, haja vista que só aqueles que buscarem o Judiciário terão direito à prestação, ignorando um dos objetivos fundamentais da República consistente na redução das desigualdades sociais mediante a adoção de políticas globais de acesso aos bens e serviços que compõem o rol dos direitos sociais.

Mesmo que se diga que a política pública distributiva ou redistributiva também contém ínsita desigualdade, pois privilegia uma classe em detrimento de outra, é preciso considerar a igualdade aristotélica – tratar os desiguais de modo desigual –, além do que, a referida desigualdade constitui-se em opção política do poder competente, que deve ser respeitada, sempre que demonstrada sua razoabilidade e proporcionalidade.

Acerca do tema, esclarece Humberto Ávila:

> Num Estado de Direito, em que deve ser protegida a segurança jurídica, em virtude da qual se deve privilegiar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, não está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, desprezando justiça geral em favor da justiça particular[92].

---

90 A participação da sociedade civil nas decisões das políticas sociais vem sendo estimulada através da criação de Conselhos específicos e mediante a realização de audiências públicas que auxiliem nas escolhas. O Município de São Paulo, através da Lei n. 13.425/2002, criou o Conselho Municipal de Habitação, que possui competência para participar ativamente dos programas de política habitacional e conta com 16 representantes de entidades comunitárias e de organizações populares ligadas à habitação, além de outros 14 membros das mais variadas áreas de atividade.

91 PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado.* Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, p. 3. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com/RERE.

92 ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em 4 maio 2010.

Pode-se concluir, então, que os limites pregados para a atuação do Judiciário, na efetivação do direito social à moradia, não implicam o afastamento de todo e qualquer controle da atividade estatal, mas, sim, estabelecem que a sua aferição deve respeitar a opção legítima dos demais poderes constituídos, haja vista que "a atuação judicial na conformação das políticas públicas seria, de certo modo, imprópria, uma vez que a formulação das políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo"[93].

Essa delimitação da atuação do Judiciário garante a própria dignidade humana, conforme lição do celebrado Professor Elival da Silva Ramos:

> (...) a transposição dos marcos que asseguram a tipicidade da função jurisdicional se faz com evidente prejuízo à construção conceitual do Estado de Direito, requisito para a existência de um sistema político democrático, sem o qual, por seu turno, se faz impossível o pleno atendimento às exigências da dignidade humana[94].

Desse modo, estarão sufragados os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e democrático, uma vez que, pelo último, todo poder emana do povo que o exercerá diretamente, ou por seus representantes eleitos, justamente os membros dos poderes Executivo e Legislativo, gestores das políticas públicas. A imposição de limites à atuação do Poder Judiciário, no que tange à concretização dos direitos sociais, também é medida necessária para a mantença da ordem republicana e para garantia da segurança jurídica, sob pena de sairmos do governo de leis e retrocedermos ao subjetivismo do governo de homens, agora não mais os monarcas, mas sim, os togados.

Considerações finais

1) Partindo da ideia de que o exercício do direito à moradia extrapola a simples noção de abrigo, podemos defini-lo como o direito à posse exclusiva de um espaço de dimensões adequadas e condições de higiene, que resguarde a intimidade pessoal e permita o exercício de atividades elementares como alimentação e repouso.

2) A concretização do direito à moradia é tema que ocupa a pauta dos debates internacionais contemporâneos. Isso porque o déficit habitacional não constitui problema exclusivamente brasileiro e os entraves verificados em sua concreti-

93 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (org.), p. 22.

94 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 22.

zação estão especialmente ligados ao alto custo para implementação desse direito e os limites orçamentários dos governos.

3) O surgimento do modelo de Estado Liberal, embora tenha representado grande avanço no que diz respeito às liberdades públicas, se comparado ao Estado Absoluto, acabou por gerar um quadro de desigualdade social, ao relegar os indivíduos à própria sorte.

4) O Estado Social surge para contrapor a ideia de abstenção e passividade aplicada pelo modelo Liberal, mediante a intervenção do Estado no domínio econômico para proteção dos trabalhadores e realização da tão desejada justiça material.

5) A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, foi o primeiro diploma internacional que classificou o direito à moradia como um direito humano fundamental.

6) A primeira Constituição a tratar dos direitos sociais no Brasil foi a de 1934, porém, somente após a promulgação da atual Carta Magna, fruto de debate democrático, o modelo de Estado Social passa a ser adotado no país.

7) O direito social à moradia, que não compunha o texto constitucional original, embora dele pudesse ser deduzido mediante interpretação teleológica, foi introduzido pela Emenda n. 26/2000, que o incluiu no rol dos direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º, atribuindo-lhe expressamente um regime jurídico próprio dos direitos fundamentais.

8) Os direitos fundamentais estão sujeitos à aplicabilidade imediata por força do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Porém, essa aplicabilidade imediata, facilmente interpretada no que tange aos direitos individuais, assume contorno diverso quando tratamos dos direitos sociais, tal qual o direito à moradia.

9) Por ocupar posição de superioridade no ordenamento jurídico pátrio, toda norma constitucional produz, ao menos, o efeito imediato de invalidar a legislação que se mostre incompatível com os seus preceitos. Porém, este não é o único efeito produzido pelas normas.

10) José Afonso da Silva, partindo do grau de efeitos jurídicos produzidos pelas normas constitucionais, as classifica como: (a) normas de eficácia plena; (b) normas de eficácia contida; (c) normas de eficácia limitada ou reduzida. As normas de eficácia limitada se subdividem em dois grupos: normas de princípio institutivo e normas programáticas.

11) As normas constitucionais que dispõem sobre direitos sociais estabelecem fins ou objetivos a serem buscados pelo Poder Público para concretização da justiça social, como ocorre com a norma que prevê o direito à moradia são, assim, classificadas como de eficácia limitada se analisadas em sua face positiva ou prestacional.

12) O direito social à moradia, previsto nos arts. 6º e 23, IX, da Constituição Federal, assume o formato de norma programática na medida em que, apenas, impõe aos entes públicos o dever de desenvolver programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento, deixando a

cargo do Legislativo e do Executivo a decisão acerca do procedimento a ser adotado para concretização do direito previsto.

13) Constitui efeito imediato das normas programáticas o fato de servirem como parâmetro obrigatório de interpretação e integração de toda e qualquer norma jurídica. Ademais impõe ao Legislativo e ao Executivo o dever de produzir normas e programas governamentais que, de modo progressivo, concretizem o direito social garantido.

14) O direito à moradia, visto em sua face prestacional, exige a atuação do Legislativo e Executivo para sua complementação através da edição de normas e elaboração de políticas públicas que permitam sua concretização. Nesses termos, as normas garantidoras de direitos sociais, positivadas na Constituição de 1988, sob a forma de normas de eficácia limitada, não geram direitos subjetivos.

15) O texto constitucional atual traz expressivo número de normas principiológicas, que possuem baixa densidade semântica e grau de concreção. No caso dos direitos sociais, a adoção das normas principiológicas, além de direcionar a atividade do intérprete, permite maior flexibilidade da Constituição e maior adequação social dos seus comandos.

16) Os princípios têm a função primordial de dar coerência ao sistema permitindo que o intérprete, ao revelar o significado da norma, extraia a máxima eficácia dos mandamentos constitucionais, preservando a unidade do sistema, ainda que se verifique conflito de normas no caso concreto.

17) Embora represente princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser utilizado como vetor exclusivo de interpretação das demais normas, sob pena de violação do princípio da unidade da Constituição e força normativa.

18) Um método de interpretação só será legitimo se atribuir igual dignidade a todas as normas constantes no texto constitucional, o que inviabiliza a hierarquização entre dispositivos, permitindo apenas uma diferenciação no tocante à função que exercem na atividade de interpretação e integração do enunciado normativo.

19) É certo que a previsão do direito constitucional à moradia importa, necessariamente, no dever de responsabilidade do Estado para a concretização desse direito, seja pela edição de leis, seja pelo desenvolvimento de programas que permitam o acesso aos que não a possuem. Aqui ganham destaques as políticas públicas.

20) As políticas públicas se definem como programas de ação governamental que visam à realização de um fim ou objetivo previamente determinado. O ideal de uma política pública, portanto, está diretamente relacionado à efetividade ou à eficácia social dos direitos sociais vistos como prestação material.

21) Observados os objetivos fundamentais de erradicação da pobreza e redução das desigualdades, temos que, no Brasil, a realização do princípio da igualdade, em seu aspecto material, no campo dos direitos sociais, exige a adoção de políticas públicas voltadas prioritariamente às classes economicamente menos

favorecidas, sendo necessário um trabalho da administração para mapear e identificar quem são os integrantes dessas classes.

22) Classificado como norma programática, ante a necessidade de o Poder Executivo adotar medidas que visem observar o princípio da isonomia, conforme dito anteriormente, o direito à moradia não admite a extração de direito subjetivo individual a uma prestação material. Assim, não pode o juiz, no exercício de sua atividade típica, determinar que o poder público dê moradia aos indivíduos que não a possuam.

23) A imposição de limites à atuação do Poder Judiciário, na análise de políticas publicas, é medida imprescindível à manutenção do Estado Democrático de Direito, para que sejam efetivamente cumpridos os objetivos estabelecidos na Constituição Federal de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

Bibliografia

AITH, Fernando M. A. *O direito à moradia e suas garantias no sistema de proteção dos direitos humanos*. Universidade de São Paulo, 2002 [Dissertação de Mestrado. Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito]. São Paulo.

ARAUJO, Luis Alberto David e NUNES JR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. (org.). *A nova interpretação constitucional*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.

HESSE, Konrad. *Força normativa da Constituição*. (trad.) Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1991.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Neoliberalismo e globalização: para entender o mundo em que vivemos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, p. 131-141, jul./set. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed., Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito fundamental à moradia*. São Paulo: Pilares, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SAULE JR., Nelson. O direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro. In: *Caderno de Pesquisa do CEBRAP – Centro Brasileiro de Análises e Planejamento*, n. 7, maio 1997.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Celina; ARRETCHE, Marta; HOCHMAN, Gilberto; MARQUES, Eduardo (org.) *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. *Revista de Direito Privado*. p. 9-16, abr./jun. 2000.

Pesquisas na internet

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. R*evista Eletrônica de Direito do Estado* (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 4 maio 2010.

PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, jun./jul./ago. 2007. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em 3 abr. 2010.

SANTOS, Cláudio Hamilton. Políticas federais de habitação no Brasil: 1964/1998. Brasília: 1999. Disponível na Internet: http://www.getinternet.ipea.gov.br. Acesso em 25 maio 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma* (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dez./jan./fev. 2010. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE. Acesso em 20 abr. 2010.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Processo: PGE/PJ n° 24026/2008 - GDOC N° 18591-778039/2008
Parecer: PA N° 9/2012
Interessado: PROCURADORIA JUDICIAL

Assunto: SERVIDOR PÚBLICO. Contagem de tempo de estágio, no Ministério Público do Estado de São Paulo, para todos os fins, até o advento da Emenda Constitucional n° 20/98. Possibilidade, em face de reiteradas decisões judiciais sobre a matéria. Contagem para fins de aposentadoria, após o advento da Emenda Constitucional n° 20/98. Impossibilidade, por vedação do art. 40, § 10, da Constituição Federal, por ela introduzido. Art. 15 da LC n° 686/92 e 90 da LC n° 734/93. Proposta de alteração de entendimento consubstanciado nos Pareceres PA n 82/94, 77/98 e 152/2001.

1. O então Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Judicial, Dr. Carlos José Teixeira de Toledo, mencionando a existência de decisões judiciais, reconhecendo a possibilidade da contagem aos Procuradores do Estado, para todos os fins, de tempo de serviço prestado nas funções de estagiário do Ministério Público, propôs a abertura de expediente com vistas à revisão do posicionamento da Administração Pública no tocante a essa questão (fls. 2).

2. O feito foi instruído com os seguintes documentos: a) cópias de peças da medida judicial interposta pela Procuradora do Estado Dra. Patrícia Lourenço Dias Ferro Cabello (fls. 03/59); b) cópias de peças da medida judicial interposta pelo Procurador do Estado Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (fls. 60/112); c) cópia de peças da medida judicial interposta pela Procuradora do Estado Dra. Suzana Maria Catta Preta Federighi (fls. 113/143); d) cópia de peças da medida judicial interposta pela Delegada de Polícia Dra Silvia Elmara Monteiro (fls. 144/185); e) cópia do Parecer PA-3 n° 77/98[1] (fls. 187/194); f) cópia do Parecer

1 Parecerista a Dra. Dora Maria Vendramini Barreto, sendo interessado o saudoso Procurador do Estado Dr. Aguinaldo Moreno Januário da Silva; o parecer, devidamente acolhido pelo então Procurador-Geral do Estado, opinou pelo indeferimento da contagem de tempo de período de estágio realizado no Ministério Público do Estado de São Paulo.

PA-3 nº 82/94[2] (fls. 195/215); g) cópia de manifestação da então Diretora do Centro de Recursos Humanos da PGE esclarecendo o alcance do citado Parecer PA-3 nº 77/98 (fls. 216); h) cópia do Parecer PA-3 nº 152/200[3] (fls. 217/227); i) cópia de manifestação do "SIAT" da Procuradoria Judicial sobre o tema (fls. 228/231), devidamente instruída com a legislação aplicável à carreira do Ministério Público Estadual, repertório de decisões e acórdãos (fls. 232/269).

3. Na sequência, há manifestação fundamentada do mencionado Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Judicial dirigida ao, então, Senhor Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso (fls. 270/272), na qual, em breve resumo, asseverou que: a) há várias ações judiciais de servidores, especialmente de Procuradores do Estado, insurgindo-se contra o indeferimento administrativo de pedidos de contagem de tempo de exercício de função de estagiário do Ministério Público Estadual como tempo de serviço público para todos os fins (fls. 270); b) o indeferimento administrativo desses pedidos funda-se em pareceres da Procuradoria Administrativa relativos à matéria que concluíram não ser possível referida contagem (fls. 270); c) não obstante os argumentos defendidos por esta Especializada, o Poder Judiciário paulista tem "claro e sólido posicionamento" no sentido de que a regra do art. 90 da Lei Complementar Estadual nº 734/93 deve ser aplicada às demais carreiras do serviço público estadual, conforme acórdãos juntados (fls. 271); d) assim, seria justificável fosse estudada a possibilidade de revisão do entendimento administrativo sobre esse tema (fls. 272).

4. Foram juntadas cópias de extratos de andamento de autos judiciais dando conta de que o agravo interposto pela Fazenda do Estado contra despacho denegatório de Recurso Extraordinário, prolatado nos autos da medida judicial interposta pelo Procurador do Estado Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, foi provido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal e, assim, convertido em Recurso Extraordinário (fls. 273/278).

5. Recebidos os autos pelo então Senhor Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral, foi determinado o sobrestamento da representação

2 Parecerista a Dra. Marcia Junqueira Sallowicz Zanotti, sendo interessado Delegado de Polícia; o parecer, devidamente acolhido pelo então Procurador-Geral do Estado, opinou, dentre outros pontos, pelo indeferimento da contagem de tempo de período de estágio realizado no Ministério Público do Estado de São Paulo.

3 Parecerista o Dr. Carlos Ari Sundfeld, sendo interessado o Procurador do Estado Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira; o parecer, devidamente acolhido pela então Procuradora-Geral do Estado, opinou pelo indeferimento da contagem de tempo de período de estágio realizado no Ministério Público do Estado de São Paulo.

para que se aguardasse o julgamento do mencionado Recurso Extraordinário, no qual inclusive se suscitou fosse reconhecida a repercussão geral da questão discutida (fls. 279/280). Em consequência, os autos retornaram à Procuradoria Judicial (fls. 280v).

6. Foram juntadas novas cópias de extratos do andamento do referido processo e cópia da decisão proferida no agravo[44] (fls. 281/285), após o que os autos foram encaminhados ao Gabinete da Procuradoria Judicial, com a informação de que o Recurso Extraordinário ainda não havia sido julgado (fls. 286). Em face do tempo decorrido, a Senhora Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Judicial encaminhou os autos ao novo Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral (fls. 287).

7. Recebidos os autos pelo Senhor Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral, foi determinado novo sobrestamento da representação para que se aguardasse o julgamento do mencionado Recurso Extraordinário interposto pela Fazenda do Estado (fls. 288), tendo os autos retornado à Procuradoria Judicial (fls. 288v).

8. Foram juntadas novas cópias de extratos do andamento do referido processo (fls. 289/290) e cópia da decisão monocrática proferida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Carlos Ayres Britto do Colendo Supremo Tribunal Federal negando seguimento ao mencionado Recurso Extraordinário (fls. 291/292).

9. Em face do trânsito em julgado da referida decisão, o Senhor Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Judicial encaminhou novamente os autos ao Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral (fls. 293).

10. Foram juntadas cópias de outras decisões proferidas pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o tema em debate[5] (fls. 294/352), nova cópia do extrato de andamento e decisão monocrática do referido Recurso Extraordinário (fls. 353/357), bem como outra cópia do acórdão nº 990.10.241590-2

4 "DECISÃO: Vistos, etc. Dou provimento ao agravo de instrumento e determino sua conversão em recurso extraordinário, pelo fato de constarem dos autos os elementos necessários ao julgamento da causa (§§ 3° e 4° do art. 544 do CPC). Publique-se. Brasília, 25 de abril de 2008. Ministro Carlos Ayres Britto Relator" (fls. 282)

5 Acordãos ns. 990.10.241590-2; 0179638-18-2008.8.26.0000; 0042960-94-2009.8.26.0053; 555.429-5/9-00; 106.806-5/0; 994.08.101031-7; 990.10.185877-0; 867.720-5/7-00 (acórdão não unânime); 990.10.136420-4; 990.10.121818-6 (acórdão não unânime); 0047062-28.2010.8.26.0053 .

do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 358/362). Foram também juntadas cópias dos seguintes Pareceres desta Especializada: a) PA-3 n° 65/2000[6] (fls. 363/375); b) PA-3 n° 36/2001[7] (fls. 376/389) e PA n° 114/2010[8] (fls. 390/404).

11. Na sequência, há manifestação fundamentada do atual Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Geral (fls. 405/411), na qual, em breve resumo, asseverou que: a) o indeferimento administrativo de contagem de tempo, para todos os fins, de estágio no Ministério Público funda-se em pareceres exarados pela Procuradoria Administrativa (fls. 406); b) ocorre que a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, invariavelmente, tem restado sucumbente nas ações judiciais que discutem essa tese, não tendo sido acolhido o entendimento da Área da Consultoria (fls. 406); c) o entendimento jurisprudencial consolidado perante o Tribunal de Justiça de São Paulo é no sentido de que, nos termos do art. 90 da LC n° 734/93 – Lei Orgânica do Ministério Público - o tempo de estágio naquela Instituição deve ser computado como tempo de serviço (fls. 407); d) dentre os fundamentos acolhidos pelas decisões proferidas no âmbito daquele Tribunal, podem ser destacados os seguintes: i) aplicação do princípio da isonomia, vez que o tempo de estágio na Ordem dos Advogados do Brasil é considerado como tempo de serviço (fls. 407); ii) a norma do art. 90 da LC nº 734/93, ao contrário do que defende a Fazenda Pública em juízo, não constitui dispositivo específico para o Ministério Público, mas aplica-se irrestritamente às demais carreiras (fls. 407); iii) o tempo de estágio no Ministério Público enquadra-se na regra prevista no art. 76 do Estatuto dos Funcionários Públicos, eis que se trata de serviço prestado a órgão que, *lato sensu*, integra a estrutura

6 Parecerista o Dr. Antonio Joaquim Ferreira Custodio, sendo interessada a Procuradora do Estado Dra. Luciana Giacomini Occhiuto; o parecer, devidamente acolhido pela então Procuradora-Geral do Estado, opinou, dentre outros pontos, pelo deferimento da contagem de tempo de período de advocacia, inclusive de estágio realizado na Procuradoria Geral do Estado, para fins de vantagens, mas pelo indeferimento da contagem desse tempo para fins de aposentadoria, em face da regra do art. 40, § 10, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n° 20/98.

7 Parecerista a Dra. Dora Maria Vendramini Barreto, sendo interessada a Procuradora do Estado Dra. Kristina Yassuko Iha Kian Wandalsen; o parecer, devidamente acolhido pela então Procuradora-Geral do Estado, opinou, dentre outros pontos, pelo deferimento da contagem de tempo de período de advocacia, para fins de vantagens, mas pelo indeferimento da contagem desse tempo para fins de aposentadoria, em face da regra do art. 40, § 10, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n. 20/98.

8 Parecerista a Dra. Marisa Fátima Gaieski, sendo interessado o Procurador do Estado Dr. Thiago Luis Santos Sombra; a situação em análise não se referia a tempo de estágio prestado junto ao Ministério Público estadual; assim, o parecer, devidamente acolhido pela Chefia da Instituição, analisou situação em que teria havido estágios no Ministério Público do Distrito Federal e no Ministério Público Federal, além de cumulação de estágios em diferentes órgãos públicos federais e do Distrito Federal e opinou pelo indeferimento do pedido por falta de amparo legal.

do Estado (fls. 410); e) houve tentativa de se alçar a matéria à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, mas tal recurso teve seu seguimento negado (fls. 408); f) em face das mencionadas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, seria possível a alteração da posição do Estado para reconhecer a contagem de tempo de estágio prestado ao Ministério Público estadual exclusivamente para efeito de disponibilidade, quinquênio, sexta parte, licença-prêmio e antiguidade na carreira, na esteira do que já entende a Procuradoria Geral do Estado no que se refere a estágio prestado na Ordem dos Advogados do Brasil, devendo, todavia, ser feita análise quanto a eventual prescrição do direito dos possíveis beneficiários (fls. 410); g) no que se refere a contagem desse mesmo tempo para fins de aposentadoria, entende incabível, também na esteira do que defende a Instituição, eis que a contagem para fins de aposentadoria, sem a devida contribuição previdenciária, é vedada pelo art. 40, § 10, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n° 20/98[9] (fls. 410/411) .

12. Por determinação do Senhor Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria, os autos vieram a esta Especializada (fls. 412).

13. É o breve relatório. Passo a opinar.

14. Como se depreende das precedentes manifestações, os autos vieram a esta Especializada para fins de ser analisada a possibilidade da revisão do posicionamento da Instituição que entendeu, de há muito, incabível a contagem, para os servidores estaduais, de tempo de estágio realizado no Ministério Público do Estado de São Paulo. Tal medida - a revisão do posicionamento da Instituição - seria justificada, na opinião do ilustre antigo Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Judicial e do eminente Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral, em razão de a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ter se consolidado no sentido oposto ao defendido pela Instituição, ou seja, ter esposado entendimento de que esse tempo deve ser contado, pelo menos para alguns efeitos.

15. Antes de analisar a questão proposta, ou seja, a possibilidade de revisão da posição atual da Procuradoria Geral do Estado sobre o tema, parece ser conveniente traçar breve escorço histórico sobre o tema, com vistas a colher os elementos indispensáveis à análise da consulta.

---

9 Constituição Federal - art. 40 (...) "§ 10. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício."

16. Do exame dos pareceres desta Especializada sobre a questão específica da possibilidade de contagem do tempo de estágio no Ministério Público do Estado de São Paulo, pode-se constatar que, não obstante a posição assumida pela Procuradoria Geral do Estado, a questão chegou a trazer uma dose de controvérsia.

17. Com efeito, sob a égide da anterior Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, a Lei Complementar na 304/82, a possibilidade de contagem, aos servidores, de tempo de estágio naquela Instituição foi analisada pelo Parecer PA-3 nº 82/94[10], o qual, devidamente aprovado pelo Procurador-Geral do Estado, fixou orientação no sentido da impossibilidade dessa contagem, por falta de amparo legal.

18. Todavia, a manifestação do, então, Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria, quando da apreciação daquele parecer, já indicava que não seria de todo desarrazoado outro entendimento. Nesse sentido, confira-se: "Forçoso observar, entretanto, que tal conclusão gera algumas disparidades. Os estagiários da OAB podem contar seu tempo, mas não assim os da Polícia. Os do Ministério Público contam seu tempo de estágio, se prestado antes de 16.05.1966 ou se depois de 26.11.1993. No interregno, têm seu tempo computado se ingressam no Ministério Público, mas não em outro setor da Administração. Daí por que, embora concordando com as conclusões dos Pareceres aqui exarados, submetemos novamente ao Senhor Procurador-Geral do Estado o exame da conveniência de sugerir-se revisão, nesse particular, do Despacho Normativo de l973."

19. Em 1992, ainda sob a égide da anterior Lei Orgânica do Ministério Público, foi promulgada a Lei Complementar n° 686/92 que trazia disposições sobre o estágio no Ministério Público e dava outras providências. O art. 15 dessa lei assim dispunha: "*Art. 15 - O período de exercício na função de estagiário será considerado tempo de serviço público para todos os fins*".

20. Em 1993, foi promulgada a Lei Complementar n° 734, atual Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, cujo art. 90 possui redação idêntica à do já mencionado art. 15 da Lei Complementar n° 686/92. Nesse sentido, confira-se: "*Art. 90 - O período de exercício na função de estagiário será considerado tempo de serviço público para todos os fins*".

---

10 Não obstante o Parecer em questão tenha tratado de situação onde se discutia tempo de estágio no Ministério Público do Estado de São Paulo em período anterior à atual Lei Orgânica daquela Instituição, ele enfocou, além da aplicação da Lei Complementar nº. 304/82, o alcance do art. 90 da Lei Complementar nº. 734/93.

21. Instada a analisar se esse dispositivo aplicar-se-ia para o caso dos Procuradores do Estado, esta Especializada não alterou o anterior posicionamento. Nesse sentido, os Pareceres PA-3 nº. 77/98[11] e 152/2001. sobre o tema:

22. O Parecer PA-3 nº 152/2001 assim discorreu sobre o tema: "O tema já foi objeto de apreciação desta Procuradoria Administrativa e a orientação firmada pela Procuradoria Geral do Estado é no sentido de que o período de estágio feito junto ao Ministério Público não pode ser considerado como tempo de serviço público. As razões são diversas e foram detalhadamente demonstradas nos pareceres juntados nos autos (fls. 19/47), quais sejam: não existe legislação (e o princípio da legalidade estrita a impõe) a autorizar a Administração Pública Estadual a computar o período de estágio como tempo de serviço; a Lei Complementar 734/93 tem aplicação restrita às situações configuradas perante o Ministério Público, não se estendendo além dos limites daquele órgão; existe o Despacho Normativo de 20.09.73 que prevê tal impedimento ao dispor que o tempo de serviço gratuito somente poderá ser contado se a lei emprestar-lhe caráter relevante. Embora algumas propostas de alteração tenham sido encaminhadas em face de modificações na regulamentação daquele estágio, este despacho normativo continua em vigor de forma intacta. Ainda que se sustente que o interessado desenvolveu seu estágio sob a égide da Lei nº. 734/93 e, portanto, em situação diversa da dos demais servidores tratados nos pareceres mencionados no parecer PA-3 nº. 82/94 (fls. 27/43), ainda assim o indeferimento de sua pretensão se impõe. É que mesmo nestas situações mais recentes, nas quais o estágio foi alcançado pelo art. 90 da Lei em referência, a orientação da PGE não se modificou. O parecer PA-3 nº. 77/98 (fls. 19/25, com aprovações das chefias e do Procurador-Geral a fls. 26 e 44/47) considerou o tema já sob a égide da Lei nº. 734/93. Nesta oportunidade a possibilidade de cômputo do período de estágio junto ao Ministério Público foi mais uma vez negada, *verbis*: '12. Ressaltamos que a contagem de tempo de serviço é matéria de estrita legalidade e não existe, para a Administração estadual, legislação que autorize o cômputo do período de estágio como tempo de serviço público. Ainda que, conforme anota a manifestação de fls. 30, seja o mesmo período considerado para todos os efeitos no âmbito do Ministério Público, seu aproveitamento fica obstado na esfera da Administração, posto que com o término do estágio extinguiu-se eventual vínculo com o Ministério Público e novo vínculo estabeleceu-se com o ingresso do requerente na Procuradoria Geral do Estado, regendo-se a nova relação pela legislação aqui vigente. A Lei Complementar nº. 734/93 tem aplicação restrita às situações configuradas perante o Ministério Pú-

11 Não obstante o Parecer em questão tenha tratado de situação onde se discutia tempo de estágio no Ministério Público do Estado de São Paulo em período anterior à atual Lei Orgânica daquela Instituição, ele enfocou o alcance do art. 90 da Lei Complementar nº 734/93.

blico, não se estendendo além dos limites daquele órgão. Tem-se, nesse precedente, uma inequívoca tomada de posição da Procuradoria Geral do Estado quanto à aplicação da LC nº. 734/93. Portanto, não tem pertinência a invocação de trecho da manifestação do Subprocurador Geral do Estado – Consultoria quando da aprovação do Parecer PA-3 nº 82/94 para sustentar outro ponto de vista. Para que não restem dúvidas, faz-se necessário tecer uma consideração acerca das decisões judiciais anexadas e utilizadas como precedente para a decisão da Procuradoria Regional de Santos. Naquele Mandado de Segurança a r. sentença, confirmada pelo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, concedeu a segurança para que se computasse o período em que o impetrante prestou estágio junto ao Ministério Público. No entanto, os argumentos lá levantados não têm o condão de abalar o entendimento desta Procuradoria, eis que não enfrentaram as razões que o sustentam. Com efeito, apenas aduziram a literalidade da Lei nº. 734/93, bem como ressaltaram a relevância da instituição. Este último raciocínio, diga-se apenas para esclarecer, nunca foi utilizado em nenhum dos pareceres acima citados. Por último, não se pode perder de vista que, no tocante ao cômputo do tempo de estágio para fins de aposentadoria, o disposto na LC nº. 734/93 foi superado pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98, que introduziu o § 10 no art. 40 da Constituição Federal para dizer que 'A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício'. Assim é que, a partir desta data, ficou expressamente proibida qualquer contagem de tempo que não corresponda ao tempo de efetiva contribuição à previdência de que trata aquele artigo."

23. Esse posicionamento da Instituição perdura até hoje. Como bem sintetizado pelo referido parecer, os fundamentos que sempre embasaram o entendimento da Procuradoria Geral do Estado no sentido de ser correto o indeferimento, para servidores do Estado, da contagem de tempo de estágio no Ministério Público podem ser assim sintetizados: i) não existe legislação a autorizar a Administração Pública a computar o período de estágio como tempo de serviço, o que seria de rigor, em face do princípio da legalidade estrita; ii) a Lei Complementar nº 734/93 tem aplicação restrita ao Ministério Público Estadual, não se estendendo para outras carreiras; iii) nos termos do Despacho Normativo do Governador de 20.09.1973 apenas pode ser feita contagem de tempo de serviço gratuito se a lei lhe emprestar caráter relevante; iv) há impossibilidade de contagem de tempo de contribuição ficta, para fins de aposentadoria, nos termos do art. 40, § 10, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 20, de 15-12-1998.

24. O caso analisado no citado Parecer PA-3 nº 152/2001 é importante para o deslinde da questão, eis que o Procurador do Estado, cuja situação foi analisada (Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira), ao não se conformar com o entendimento esposado, ingressou com medida judicial, tendo obtido no âm-

bito do Poder Judiciário o reconhecimento de seu pleito, com análise do caso inclusive pelo Colendo Supremo Tribunal Federal[12].

25. De acordo com as manifestações que instruem esses autos, constata-se que essa não é uma decisão isolada do Poder Judiciário de São Paulo, eis que foram anexadas diversas decisões, todas no sentido da possibilidade da contagem, aos servidores estaduais, de tempo de estágio no Ministério Público do Estado de São Paulo.

26. Feito esse escorço histórico, passa-se a analisar a questão proposta, ou seja, se, em face dessas decisões, seria o caso de a Procuradoria Geral do Estado rever seu posicionamento.

27. Analisando caso em que se discutia a possibilidade de se rever posição adotada pela Administração, em face de reiteradas decisões judiciais em sentido contrário, assim se manifestou recentemente esta Especializada[13]: "15. A constatação de que não há qualquer possibilidade de reversão da jurisprudência contra a tese antifazendária não pode ser feita apenas a partir do exame de algumas poucas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. 16. Assim, para que se possa encontrar uma solução para dirimir o problema que exsurge dos autos, faz-se necessária a suficiente instrução do feito, com manifestação do setor contencioso da Procuradoria Geral do Estado acerca da tese posta em juízo, de forma a que se possa aferir se o Poder Judiciário em derradeira instância, já consolidou a jurisprudência no sentido de que o prêmio de incentivo dos servidores da Saúde deve também ser pago aos inativos. 17. Em síntese, o que precisaria constar dos autos para embasar eventual proposta de extensão administrativa do pedido é se há decisão de mérito em última instância contra a tese fazendária e/ou se há dispensa de interposição de recursos às instâncias

12 Os principais documentos estão anexados por cópia: petição inicial do mandado de segurança - fls. 62/69; informações da Sra. Procuradora-Geral do Estado - fls. 70/75; sentença de 1° grau - fls. 76/79; acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo - fls. 80/86; recurso extraordinário interposto pela Fazenda do Estado - fls. 87/93; despacho de não admissão do recurso extraordinário - fls. 94/95; agravo de despacho denegatório do recurso extraordinário, interposto pela Fazenda do Estado - fls. 97/108; extrato de andamento de autos constante do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, dando conta da entrada do agravo de despacho denegatório do recurso extraordinário - fls. 278; decisão monocrática do Ministro Carlos Ayres Britto dando provimento ao agravo interposto pela Fazenda do Estado para fins de convertê-lo em recurso extraordinário fls. 282; decisão monocrática do Ministro Carlos Ayres Britto negando seguimento ao recurso extraordinário da Fazenda do Estado - fls. 356.

13 Parecer PA nº 89/2010, parecerista a Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos, devidamente aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto.

superiores, e que essas decisões de mérito representam 100% da jurisprudência, de forma a deixar documentado nos autos que o Estado não tem qualquer perspectiva de fazer reverter a tendência jurisprudencial."

28. Da análise dos autos, constata-se que, além da juntada de diversas decisões judiciais, há as já referidas manifestações do então Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Judicial e do atual Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral, afirmando, ambas, com plena convicção, de que o entendimento do Poder Judiciário paulista se cristalizou de forma a permitir a contagem de tempo de estágio no Ministério Público para os servidores estaduais[14]. Além disso, de se constatar que, não obstante requerimento expresso da Procuradoria Judicial (fls. 90 e 103), o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a questão como de repercussão geral.

29. Nessas condições, havendo diversas decisões judiciais sobre o tema e manifestações fundamentadas do então Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Judicial e do atual Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral sobre a questão, entendo que a proposta formulada merece ser analisada no âmbito desta Especializada.

30. Inicialmente, convém recordar que o trabalho desempenhado por estagiário não constitui, por si, tempo de serviço público. Nesse sentido, conforme asseverado pelo Parecer PA nº 114/2010, acima mencionado, "tempo de serviço público, segundo o Parecer PA-3 nº 302/1992, 'é aquele prestado por pessoa física junto à Administração Direta ou Indireta, mediante vínculo funcional, decorrente de cargo, função ou emprego público, agasalhado por regime estatutário, trabalhista ou de outra modalidade previamente estabelecida em lei' (destaque do original)."

31. A legislação federal atinente a estágio sempre foi bastante clara no sentido de que inexiste vínculo profissional ou funcional do estagiário com quem o contrata. Nesse sentido, confira-se o art. 4º da Lei Federal nº 6.494, de 07-12-77, *verbis*: "*Art. 4º O estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza e o estagiário poderá receber bolsa, ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada,*

14 A manifestação do ilustre Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral deixa clara a inviabilidade de a matéria ser alçada ao Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, confira-se: "Como havia recurso extraordinário pendente de julgamento sobre a matéria, o expediente ficou sobrestado no aguardo do referido julgamento" (fls. 405) e "É certo que se tentou alçar a matéria à apreciação do E. Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, ao qual o E. STF negou seguimento" (fls. 408).

ressalvado o que dispuser a legislação previdenciária, devendo o estudante, em qualquer hipótese, estar segurado contra acidentes pessoais".

32. A matéria, neste particular, foi minuciosamente tratada no Parecer PA-3 nº 65/2000, também acima mencionado. Nesse sentido, confira-se: "6. A inexistência de vínculo empregatício, ou de qualquer outra natureza, justifica-se plenamente. Com efeito, o estudante não busca através do estágio prestar, a quem quer que seja, serviços profissionais remunerados. Também o ente público ou privado, ao aceitá-lo para fins de estágio, não tem por escopo apropriar-se de sua força de trabalho mediante remuneração. Juridicamente, o estágio, que apenas 'poderá verificar-se em unidades que tenham condições de proporcionar experiência prática na linha de formação do estagiário', tem por finalidade 'propiciar a complementação do ensino e da aprendizagem' (Lei Federal nº. 6.494/77, art. 1º, §§ 2º e 3º, na redação dada pela Lei Federal nº. 8.859, de 23.3.94). 8. Destarte, por não emergir do estágio qualquer vínculo funcional entre o estudante e o Estado, o estagiário não é servidor público, não desempenha cargo, emprego ou função pública. Por consequência, não é o período de estágio computável como tempo de serviço. Nesse sentido, os precedentes Pareceres PA-3 nº 213/96 e nº 322/93, aprovados pelo Sr. Procurador-Geral"[15]

33. Esse mesmo entendimento foi reiterado pelo Parecer PA nº 199/200[16]. Nesse sentido, confira-se: "3 - No precedente parecer PA-3 nº 160/2002, restou consignado que o estágio tem por finalidade propiciar a complementação do ensino e da aprendizagem, não se destinando à prestação de serviços profissionais remunerados pelo estudante, nem à apropriação da força de trabalho pelo ente público ou privado. Inexistente vínculo profissional ou funcional, o estagiário não é servidor público, não desempenha cargo, emprego ou função pública, não se havendo de cogitar eventual acumulação vedada conforme art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal. Nesse sentido, o citado PA-3 nº 160/2002 e o parecer PA-3 nº 357/1993, tendo sido aprovada, neste último, orientação no sentido de que a natureza jurídica do estágio é diversa da natureza do serviço público, tratando-se de forma de contribuição do Estado ao processo educativo, e que o exercício concomitante de cargo público (tratava-se de servidor ocupante de cargo público) e de estágio deve submeter-se à compatibilidade de horários."

---

15 Transcrição do Parecer sem as notas de rodapé.

16 Parecerista a Dra. Ana Maria de Oliveira Rinaldi; Parecer devidamente aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto. Transcrição do Parecer sem as notas de rodapé.

34. A Lei nº 6.494/77 foi revogada pela Lei nº 11.788/2008. No entanto, no que se refere à inexistência de vínculo profissional ou funcional do estagiário com quem o contrata, não houve qualquer modificação pela nova legislação, conforme se infere da redação do art. 3º, *verbis*: "*Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º. do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:*".

35. Os impactos da nova legislação atinente ao estágio para os estagiários da Procuradoria Geral do Estado foram objeto do Parecer PA nº 84/2009[17].

36. Não obstante não exista vínculo funcional entre o estagiário e a Administração, restou consignado, no já mencionado Parecer PA-3 nº 65/2000, que "em razão da autonomia estadual, podem as entidades federativas computar tempo prestado a outros entes e atribuir-lhe outros efeitos jurídicos". Mas somente a lei poderá fazê-lo.

37. Nesse sentido, estipula o art. 76, da Lei nº 10.261/68, que "*o tempo de serviço público, assim considerado o exclusivamente prestado ao Estado e suas Autarquias, será contado singelamente para todos os fins*". A reforçar este argumento, asseverou o Parecer PA nº 136/2005[18] que "*é fora de dúvida que ao Estado cabe estabelecer as regras atinentes ao regime de seus servidores, se não por outra razão, ao menos pela competência residual que lhe é deferida pelo art. 25, § 1º da Constituição Federal, obedecidas sempre as restrições fixadas na Carta Magna. E no que diz respeito às vantagens de que todos ou alguns servidores possam fazer jus, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 128, dispõe que as mesmas, seja qual for a sua natureza, 'só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço'. É com essa ótica que temos de analisar as concessões de vantagens aos servidores: devem estar claramente previstas pela legislação de regência, instituída pelo Ente Público a que pertençam os beneficiados, e nos exatos limites em que outorgadas, vedada qualquer aplicação analógica dos favores, e observado apenas o tratamento isonômico previsto na Constituição Federal em seus arts. 37, XII, e 40, § 8º, os quais, por tratarem de vencimentos, são impertinentes à análise ora em curso*".

38. No que se refere ao reconhecimento para os Procuradores do Estado do direito à contagem, para certas vantagens, de tempo de serviço de advo-

17 Parecerista a Dra. Marisa Fatima Gaieski, devidamente aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto.

18 Parecerista o Dr. Mauro de Medeiros Keller, devidamente aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria.

cacia, incluído o de estagiário no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil, existe a previsão legal contida no art. 93 da Lei Complementar nº 486/86[19].

Analisando especificamente essa situação, assim asseverou o já mencionado Parecer PA-3 nº 65/2000: "É admissível, entretanto, que, nos termos da legislação vigente, o tempo de efetivo exercício da advocacia possa ser contado para obtenção de vantagens".

39. No mesmo sentido, o Parecer PA-3 nº 36/2001: "Entendemos, contudo, que o tempo de exercício de advocacia é computável para os demais efeitos, amparados pela legislação vigente e que não encontram óbice no ordenamento constitucional. Assim, pode ser considerado na obtenção de vantagens: licença-prêmio, adicionais quinquenais e sexta-parte".

40. Assim, fixada a premissa de que lei estadual pode reconhecer tempo de serviço de estagiário, tem-se que no âmbito do Estado de São Paulo está em vigor o art. 90 da Lei Complementar nº 734/93.

41. Coloca-se, pois, a questão objeto da consulta. Em face da interpretação que lhe tem dado o Tribunal de Justiça de São Paulo, é o caso de a Procuradoria Geral do Estado rever sua interpretação sobre o tema, de sorte a permitir a contagem desse tempo para todos os servidores estaduais?

42. Antes de se perquirir sobre essa questão, cumpre salientar que, de nenhuma forma, a interpretação dada a esse tema pela Procuradoria Geral do Estado pode ser tida como incorreta ou indevida. Ao contrário, em face do princípio da legalidade, e como bem ressaltado pelo já mencionado Parecer PA-3 nº 152/2001, a melhor interpretação indicava que essa norma apenas se aplicava aos integrantes do Ministério Público do Estado de São Paulo.

43. Tal entendimento era - ainda o é - extremamente razoável, pois se interpretava a norma dentro dos parâmetros da abrangência da lei. Nesse sentido, se lei estadual pode fixar regra reconhecendo, em alguns casos, a possibilidade de contagem de tempo de estágio, a atual Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, dentro do critério

19 Lei Complementar Estadual nº 478/86 - Art. 93 - Computar-se-á, como tempo de serviço, para todos os efeitos, o de efetivo exercício de advocacia devidamente comprovado, até o máximo de 5 (cinco) anos, desde que não desempenhado cumulativamente com qualquer função pública, sem prejuízo da aplicação da legislação estadual atinente à contagem recíproca de tempo de serviço. Parágrafo único. O cômputo do tempo a que se refere este artigo e o art. 3º da Lei Complementar nº 308, de 7 de fevereiro de 1983, desempenhado em períodos não contínuos, será considerado como de exercício ininterrupto para todos os efeitos legais".

de conveniência do legislador, optou por reconhecer que o tempo de estágio prestado junto àquela Instituição deveria ser contado para as pessoas sujeitas àquela legislação.

44. Tal conclusão derivava da seguinte regra de hermenêutica: sendo aquela lei destinada apenas aos Membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, suas disposições, inclusive a do art. 90, apenas a eles poderiam abranger. Em outras palavras, como os direitos, obrigações e prerrogativas previstos na Lei Complementar n° 734/93 apenas eram aplicáveis aos membros do Ministério Público Estadual, a regra do art. 90 seguia essa mesma premissa, e, assim, apenas a eles deveria ser aplicada.

45. Nessa linha de interpretação, os diversos pareceres, prolatados no âmbito da PGE, enfatizaram que para que outros servidores, inclusive os Procuradores do Estado, pudessem ter esse mesmo direito, necessária seria alteração legislativa de modo a contemplar essa hipótese.

46. Nessas condições, sendo os Procuradores do Estado regidos por Lei Orgânica própria, diversa da do Ministério Público, seria de rigor que se se entendesse deveriam ter direito à contagem de tempo de estágio prestado na outra Instituição, seria o caso de previsão na própria Lei Orgânica da PGE.

47. A corroborar com esse entendimento, socorria-se do Despacho Normativo de 1973 que, mesmo sob a égide da Constituição anterior, já indicava a necessidade de só se contar como tempo de serviço aquele que lei considerasse relevante.

48. Cabe, todavia, reconhecer que, em diversas situações, sempre será possível haver mais de uma interpretação.

49. Assim, passados mais de dez anos da prolação do Parecer PA-3 n° 152/2001, constata-se que a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme atestado pelo então Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Judicial e pelo atual Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral, consolidou-se no sentido oposto ao da tese sustentada pelos citados pareceres, devidamente defendida em juízo pelo Estado de São Paulo.

50. Em que pese todo o esforço da Procuradoria Judicial em levar a questão ao Supremo Tribunal Federal e suscitar a repercussão geral do caso (conforme comprovam fls. 90, 103 e 279), percebe-se que o eminente Relator não só não entendeu de submeter o caso ao sistema da repercussão geral, como, em decisão monocrática, negou seguimento ao recurso, sob o fundamento de que a questão era eminentemente infraconstitucional, tendo reconhecido in-

clusive tratar-se de questão atinente a legislação estadual e aplicado a Súmula 280 daquela Corte[20].

51. Em face dessa decisão, nos termos da abalizada manifestação do Senhor Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral (especialmente fls. 408/410), é de se concluir ser improvável que caso semelhante venha a ser reconhecido como passível de ser enquadrado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no sistema de repercussão geral.

52. Tratando-se de matéria regida por lei estadual, incabível sua análise pelo Supremo Tribunal Federal, a teor da Súmula 280 daquela Corte. A própria Corte, como se constatou, também rejeitou analisar o tema sob o sistema de repercussão geral, decisão que parece se coadunar com sua jurisprudência. Com efeito, recentemente, o Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu, também em caso suscitado pelo Estado de São Paulo que "não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a incidência do adicional de 'sexta parte' sobre a integralidade dos vencimentos de servidor público estadual celetista, versa sobre tema infraconstitucional"[21]. Em consequência, estando a discussão circunscrita ao critério de interpretação da norma estadual, parece estar obstaculizada, como acima se demonstrou, a possibilidade de se discutir, em sede de recurso extremo, suposta violação do princípio da legalidade.

53. Assim, salvo hipótese de alteração de entendimento das Câmaras de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, as medidas judiciais, interpostas por servidores do Estado de São Paulo em face de suas Chefias ou do próprio Estado de São Paulo, que versem sobre esse assunto tenderão a ter pleno sucesso[22].

---

20 Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal - "Por ofensa a direito local não cabe recurso Extraordinário.

21 Agravo de Instrumento nº 839.496-SP, relator o Ministro Cesar Peluso, com a seguinte ementa: "RECURSO. Agravo de instrumento convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. Adicional de 'sexta parte'. Integralidade dos vencimentos. Incidência. Servidor público estadual celetista. Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a incidência do adicional de 'sexta parte' sobre a integralidade dos vencimentos de servidor público estadual celetista, versa sobre tema infraconstitucional". Decisão: "O Tribunal, por unanimidade, recusou o recurso ante a ausência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional".

22 Nesse sentido, no DOE de 04/02/2012 consta o cumprimento de decisão liminar pela Senhora Diretora do Centro de Recursos Humanos da PGE, concedida nos autos do mandado de segurança interposto por Procurador do Estado perante a 7ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo para fins de ser computado tempo de estágio no Ministério Público para fins de desempate em concurso de promoção (DOE de 04/02/2012- Poder Executivo- Seção II, p. 90).

54. Assim, a questão, s.m.j., deve ser analisada dentro do contexto de diminuição da litigiosidade a que todos os operadores do direito devem se ocupar.

55. Entendo que no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, essa diminuição de litigiosidade está a significar a possibilidade de a Instituição, sem abandonar a intransigente defesa do interesse público que a caracteriza, estudar, caso a caso, alterar seu anterior entendimento, em situações nas quais percebe, com clareza, a inviabilidade de mantê-lo[23].

56. Com efeito, como já ressaltado, embora a interpretação desta Especializada sobre a questão, devidamente chancelada pela Chefia da Instituição, tenha sido a mais correta possível, cabe destacar que, s.m.j., a interpretação dada pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo não pode ser considerada absurda ou incorreta.

57. Nesse ponto, importante destacar a posição do eminente Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral, em sua manifestação: "Como já dito, a Área do Contencioso Geral não desconhece os fundamentos dos Pareceres da D. Procuradoria Administrativa, que sustentam a impossibilidade do cômputo de estágio no Ministério Público, para todos os fins, e tampouco regra de hermenêutica no sentido de que se deve interpretar, restritivamente, as regras sobre cômputo do tempo de trabalho para os servidores públicos. Ocorre que, neste expediente restaram demonstradas, à exaustão, as dificuldades enfrentadas pela área do contencioso geral em fazer prevalecer, em juízo, a tese de que não deve ser computado este tempo, eis que invariavelmente a FESP tem restado sucumbente nas demandas. Embora a questão mereça melhor análise pela D. Subprocuradoria da Área da Consultoria Jurídica, eis que o assunto é de interesse de toda a Administração Pública, entendo como alternativa possível, curvando-se ao posicionamento jurisprudencial, eventual revisão do posicionamento da Administração a respeito do tema, com vistas à diminuição da litigiosidade. Veja-se que o Poder Judiciário paulista entende que o tempo de estágio no Ministério Público Estadual enquadra-se no disposto no art. 76 do Estatuto dos Funcionários Públicos,

23 Como exemplo dessa situação, convém ressaltar que recentemente o Governador do Estado de São Paulo, acolhendo proposta da PGE, editou Despachos que autorizaram "a extensão, aos servidores admitidos com assento na Lei nº. 500/74, dos efeitos das decisões judiciais que reconheceram a tais agentes o direito à sexta-parte, vedado o pagamento de parcelas remuneratórias vencidas em data anterior à da publicação deste despacho", bem como a "extensão, aos servidores admitidos com assento na Lei nº. 500/74, dos efeitos das decisões judiciais que reconheceram a tais agentes o direito à licença-prêmio, admitido o cômputo de períodos aquisitivos desde o respectivo ingresso e retroagindo a averbação ao preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 209 e 210 da Lei nº. 10.261/68" (Despachos de 22 de novembro de 2011, DOE de 23 de novembro de 2011).

eis que se trata de serviço prestado a órgão que, *lato sensu*, integra a estrutura do Estado. Adotada esta ótica, não haveria que se falar em ofensa ao princípio da legalidade" (fls. 409/410[24]).

58. Nesse contexto, forçoso reconhecer as seguintes situações: a) nos termos dos citados Pareceres PA-3 nº. 65/2000 e 36/2001 é possível norma estadual considerar tempo de estágio como tempo de serviço; b) o art. 15 da LC nº 686/92 e o art. 90 da LC nº. 734/93 são normas estaduais e consideraram o estágio no Ministério Público do Estado de São Paulo tempo de serviço público, para todos os fins.

59. Assim, a divergência de entendimentos entre os pareceres desta Especializada e as decisões judiciais sobre o tema estaria na interpretação do alcance da norma em questão: esta Especializada sustentando ser norma destinada apenas aos membros do Ministério Público estadual e as decisões judiciais entendendo que o tempo de serviço nela disciplinado deve ser considerado como tempo de serviço público para todos os servidores estaduais.

60. Diante desse quadro, parece haver duas possibilidades: a) a manutenção da posição atual da Procuradoria Geral do Estado sobre o tema; b) o acolhimento da proposta formulada pelo antigo Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Judicial e endossada pelo atual Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral.

61. Segundo indicam os documentos juntados e a opinião das autoridades pré-opinantes, a manutenção da posição atual da Procuradoria Geral do Estado apenas aumentará a litigiosidade, eis que não há chances de reverter a jurisprudência hoje consolidada.

62. Em consequência, parece de bom alvitre reconhecer como possível e razoável a interpretação dada sobre a questão pelo Egrégio Tribunal de Justiça, com vistas à diminuição da litigiosidade.

63. Nessas condições, entendo possível e conveniente que, com vistas à diminuição da litigiosidade, a Procuradoria Geral do Estado altere seu atual entendimento no sentido da impossibilidade de contagem, para os servidores estaduais, de tempo de estágio realizado no Ministério Público estadual após a edição da LC nº 686/92, conforme asseveraram os Pareceres PA-3 n. 82/94, 77/98 e 152/2001, para que passe a entender como possível a contagem desse tempo.

24 Transcrição da manifestação sem as notas de rodapé.

64. Cabe, todavia, analisar o alcance dessa alteração no entendimento que ora se propõe.

65. Como já frisado, a possibilidade da contagem de tempo de estágio no Ministério Público Estadual foi regulada pelo art. 15 da Lei Complementar nº 686/92. Assim, parece claro que, em caso de alteração da posição atual da Procuradoria Geral do Estado, dúvida não há no sentido de que o tempo de estágio prestado desde a vigência dessa lei pode vir a ser contado.

66. Sobre a possibilidade da contagem de tempo de estágio no Ministério Público estadual, prestado em período anterior à vigência dessa lei, entendo que pode ser aplicada a solução dada pelo Parecer PA nº 30/2009[25].

67. Com efeito, o referido Parecer, ao analisar a possibilidade prevista por Lei Nova (Lei Complementar nº 1082/2008), que possibilitou a contagem de tempo de licença-saúde para fins de perfazimento do interstício para a promoção dos Procuradores do Estado, abranger períodos dessa licença anteriores à sua vigência, assim asseverou: "30. Ainda em termos de considerações gerais, cabe fixar, com precisão, em que sentido pode-se vislumbrar no dispositivo legal *sub examine* alguma dose de retroatividade. 31. Não resta a menor dúvida de que a Lei Complementar nº 1.082/08, relativamente à matéria em foco, não estatuiu de forma retroativa, aplicando-se a nova regra sobre contagem de tempo de licença-saúde somente para os concursos de promoção relativos a exercícios subsequentes à sua entrada em vigor (cf. a cláusula de vigência constante do *caput* de seu art. 5º). 32. Entretanto, ao requalificar, para efeito das promoções futuras, períodos de afastamento para tratamento de saúde ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor, permitindo, limitadamente, o cômputo no tempo de serviço no nível, na carreira e no serviço público estadual, a LC nº 1.082/08 apresenta alguma dose daquilo que, em sede doutrinária, se costuma alcunhar de retroatividade na hipótese fática (e não na estatuição). 33. Essa modalidade de efeito retroativo, como qualquer outra, se submete à cláusula limitativa, do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que impõe o resguardo de situações consubstanciadoras de direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada. 34. Na espécie, nenhuma dessas situações é afetada pela novel prescrição legal, já que não se pode falar em prejuízo ao direito dos demais candidatos, por se tratar de norma incidente apenas em relação a certames futuros, inexistindo, como se sabe, direito adquirido a determinado regime jurídico. Quanto aos beneficiários dessa discreta retroatividade eficacial da nova

25 Parecerista o Dr. Elival da Silva Ramos, integralmente aprovado pela então Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria Geral e pelo então Procurador-Geral do Estado.

regra, tampouco há que se falar em prejuízo à respectiva esfera jurídico-subjetiva, que, ao contrário, se vê robustecida" (grifos nossos).

68. De se ressaltar que esse entendimento não é novo no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, tendo prevalecido também no Parecer PA-3 nº 113/83[26].

69. Nestas condições, entendo que a Lei Complementar nº 686/92, ao permitir a contagem de tempo de estágio no Ministério Público estadual como tempo de serviço público, para todos os fins, requalificou o tempo de estágio prestado naquela Instituição, mesmo àqueles que se deram em períodos anteriores à sua vigência, não se podendo falar em violação de quaisquer das situações previstas no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

70. Assim, em havendo alteração da posição atual da Procuradoria Geral do Estado, entendo que o novo entendimento deve contemplar também a possibilidade de contagem do tempo de estágio prestado junto ao Ministério Público estadual antes da vigência da Lei Complementar nº 686/92.

71. Há, todavia, que ser analisada a nova situação introduzida sobre o tema pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, pois sendo as normas constitucionais hierarquicamente superiores às demais, elas acabam por influenciar as interpretações acima indicadas. Nesse sentido, cabe trazer à colação lúcido alerta dado pelo ilustre Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral: "É certo que esta eventual revisão de posicionamento não deverá se afastar das atuais regras constitucionais sobre a contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria, que vedam a contagem de tempo fictício. Partindo-se dessa premissa e também de outros r. pareceres exarados pela D. Procuradoria Administrativa, a respeito do cômputo de período de estágio como tempo de serviço, salvo melhor juízo, entendo que eventual revisão do posicionamento poderá tomar como paradigma as regras sobre contagem do tempo na advocacia pública (inclusive estágio na OAB)" (fls. 410[27]).

72. Com efeito, como acima destacado, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, em 1998, que, dentre outras coisas, introduziu o § 10 ao art. 40 da Constituição Federal, a Procuradoria Geral do Estado firmou entendimento no sentido da impossibilidade de contagem de tempo de advocacia, inclusive de estágio, para fins de aposentadoria. Nesse sentido, confira-se: "A

26 Parecerista o Dr. Elival da Silva Ramos, devidamente aprovado pelas Chefias da Instituição.

27 Transcrição da manifestação sem as notas de rodapé.

contagem de tempo de serviço ficto previsto no preceito transcrito vinha sendo admitida no âmbito estadual para todos os efeitos, ou seja, aposentadoria e vantagens (licença-prêmio, quinquênios e sexta-parte). A Emenda Constitucional (EC) n. 20, de 16.12.98, modificando o sistema de previdência social, estabeleceu para os servidores titulares de cargos efetivos, 'regime de previdência de caráter contributivo' (CF, art. 40) e vedou à lei 'estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício' (CF, art. 40, § 10). A partir de 16.12.98, não subsiste, para fins de cômputo de tempo de aposentadoria, o contido no art. 93 da Lei Complementar estadual nº. 478/86, que, até então, amparava a contagem de tempo sem vínculo jurídico com a administração. Após a reforma, introduzida pela citada emenda, a regra geral, para fins de aposentadoria, é a contagem do tempo de contribuição, que pressupõe a existência de vínculo jurídico entre o servidor e a Administração, ..." (Parecer PA-3 nº 65/2000[28]).

73. No mesmo sentido, confira-se: "A partir da publicação da Emenda nº. 20/98, portanto, estabelecida a vedação, não mais se admite a contagem de tempo ficto para efeito de aposentadoria. Desse modo, a norma do art. 93, da Lei Complementar nº 478/86 não mais abarca, a contar de 16 de dezembro de 1998 o tempo sem vínculo com a Administração, para efeito de inatividade" (Parecer PA-3 nº 36/2001).

74. Assim, entendo que o período de estágio prestado no Ministério Público do Estado de São Paulo, cuja contagem como de tempo de serviço público para todos os fins foi prevista pelas citadas Leis Complementares n. 686/92 e 734/93, pode ser contado - para todos os fins - até a data da promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998. Tal se dá, como já frisado, pelo fato de essa possibilidade ter sido expressamente regulada em Leis Estaduais.

75. Todavia, em face da promulgação da citada Emenda Constitucional que veio a proibir, para fins de aposentadoria, a contagem de tempo de contribuição fictício, a Procuradoria Geral do Estado, analisando as situações acima descritas, firmou, nos termos dos mencionados pareceres, entendimento no sentido da impossibilidade de contagem de tempo de advocacia, inclusive de estágio, para fins de aposentadoria, eis que não acompanhado da devida contribuição.

76. Não obstante a situação ora discutida - tempo de estágio no Ministério Público estadual - não possa ser caracterizada como absolutamente idêntica à do tempo de estágio em estabelecimentos particulares, sem qualquer vínculo com a

28 Transcrição da manifestação sem as notas de rodapé.

Administração, entendo que, para fins de aplicação da norma introduzida pelo § 10 do art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela mencionada Emenda Constitucional, elas são semelhantes.

77. Com efeito, como acima explanado, nos casos de estágios prestados junto a órgãos da Administração, não há vínculo funcional entre os estagiários e esses órgãos, não havendo obrigação de a Administração efetuar o pagamento de qualquer contribuição de natureza previdenciária sobre o serviço por eles desenvolvido, nem de reter, da respectiva bolsa, qualquer valor, a título dessa contribuição. Assim, sob o ponto de vista do regime contributivo instituído pela referida Emenda Constitucional, tem-se que, após sua promulgação, o tempo de estágio não pode mais ser contado para fins de aposentadoria.

78. Com efeito, o sentido do § 10 do art. 40 da Constituição Federal, introduzido pela referida Emenda Constitucional, foi o de vedar que a lei (federal, estadual ou municipal) que viesse a dispor sobre o respectivo regime contributivo dos servidores titulares de cargos efetivos contivesse normas que, por qualquer forma, admitissem, para efeito de aposentadoria, a contagem de tempo à qual não correspondesse efetiva contribuição do beneficiário.

79. O tempo de serviço pode ser real ou não. Há várias hipóteses de afastamento que a legislação expressamente equipara a efetivo exercício e que constituem tempo de serviço ficto. É o caso das férias, licenças e casamentos. São tempos fictos, eis que a não correspondem a prestação de serviço, pois o servidor não o presta enquanto afastado.

80. Esses afastamentos, todavia, são computados como tempo de contribuição, para fins de aposentadoria, pois neles há o pagamento da respectiva contribuição previdenciária.

81. Situação inteiramente diversa é o período de estágio junto ao Ministério Público estadual. O serviço foi prestado, mas não na qualidade de servidor e, sim, na de estagiário, sem incidência de contribuição previdenciária nesse período de estagio.

82. Logo, para fins de aposentadoria, as mencionadas Leis Complementares n. 686/92 e 734/93 não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional.

83. Não obstante a menção feita pela decisão monocrática que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pela Fazenda do Estado (conf. fls. 291), não me parece possível se aplicar, para a situação ora em discussão - tempo de estágio no Ministério Público estadual prestado após 16.12.1998 -, a regra pre-

vista no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98 que assim dispõe, *verbis*: "*Art. 4º Observado o disposto no art. 40, § 10 da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição*".

84. Primeiramente, cabe mencionar que o estágio discutido naquela medida judicial foi prestado em período anterior à data da vigência da Emenda Constitucional nº 20/1998, conforme atestam os documentos juntados (especialmente o de fls. 63), pelo que não foi por ela regido.

85. Todavia, ainda que assim não fosse, a norma em questão não agasalha a contagem, para efeitos de aposentadoria, de tempo de estágio no Ministério Público estadual prestado após 16.12.1998.

86. Nesse sentido, mister recordar que a correta exegese do art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98 já foi fixada em diversos pareceres desta Especializada, cabendo trazer à colação os Pareceres PA n. 28/2000[29], 48/2000[30], 58/2003[31] e 66/2003[32].

87. Analisando essa questão, assim asseverou o Parecer PA-3 nº 48/2000. Como se vê, essa norma permite que, até a edição de lei própria, o tempo de serviço seja considerado como tempo de contribuição. Se não fosse a ressalva inicial, que remete ao art. 40, § 10, da CF ("A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício"), poder-se-ia entender que nesse tempo de serviço, a que será dada a natureza de contribuição, seria possível incluir tempo ficto, computado de acordo com a legislação anterior. Isto é, que até a edição da lei que regulará a previdência as normas relativas ao cômputo de tempo ficto seriam válidas. Não é isso o que ocorre, no entanto. A remissão à vedação de contagem de tempo ficto deixa claro que não se poderá, após 16 de dezembro de 1998 (data limite a ser considerada, conforme orientação do Senhor Procurador-Geral do Estado ao, nesse ponto, desaprovar o Parecer PA- 3 n. 162/99), continuar computando tempo de serviço ficto, além daquele já admitido pelo próprio art. 4º

29 Parecerista a Dra. Dora Maria Vendramini Barreto, aprovado parcialmente pela então Procuradora-Geral do Estado Adjunta.

30 Parecerista a Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos, devidamente aprovado pela então Procuradora-Geral do Estado Adjunta.

31 Parecerista a Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos, devidamente aprovado pelo Procurador-Geral do Estado.

32 Parecerista o Dr. Mauro de Medeiros Keller, devidamente aprovado pelo Procurador-Geral do Estado.

da Emenda (tempo de serviço do servidor ainda não obrigado a contribuir). Assim, após 16 de dezembro de 1998 não se averba mais tempo ficto, porque a legislação anteriormente autorizativa desse cômputo, para fins de aposentadoria, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional. A remissão da parte inicial do art. 4º da Emenda, no entanto, não poderia significar a desconstituição de efeitos passados de atos de averbação. Se esse tivesse sido o intento da norma, a retroatividade do comando constitucional deveria estar expressa" (grifos nossos).

88. Assim, a correta interpretação da norma em questão é a de que a contagem de tempo de contribuição ficta aos servidores que ingressaram no serviço público após a data de vigência da Emenda Constitucional nº 20/98 foi por ela vedada.

89. Esse entendimento foi expressamente reiterado nos Pareceres PA nº. 58/2003 e 66/2003.

90. Nesse sentido, o Parecer PA nº 58/2003, dentre outras coisas, assim asseverou: "22. A EC n. 20/98, ao acrescentar o § 10 ao art. 40 da Constituição Federal, proibiu o estabelecimento de qualquer forma de contagem de tempo fictício. O art. 4º do texto da Emenda, no entanto, preservou o tempo de serviço daqueles servidores que então já integravam os quadros da Administração Pública. A remissão feita ao art. 40, § 10, da Constituição Federal tem o sentido de vedar para o futuro a continuidade da contagem do tempo de serviço ficto para os novos servidores. Não atingiu, no entanto, os efeitos dos atos administrativos que validamente reconheceram a contagem do tempo de serviço já averbado pelos então Procuradores" (grifos nossos).

91. No mesmo sentido, o Parecer PA nº 66/2003: "9 - Da leitura conjugada desta norma com a do art. 4º da Emenda n. 20/98, pode-se chegar a duas conclusões imediatas. A primeira: enquanto não for editada a legislação que estabeleça com plena eficácia o sistema previdenciário contributivo, os que tiverem ingressado no serviço público após a data de vigência da Emenda (16-12-98) não poderão se beneficiar das anteriores regras permissivas da contagem de tempo ficto (tempo de não exercício efetivo), porquanto tal normativa se revela totalmente incompatível com o novel comando constitucional inserto no § 10 do art. 40. A segunda: o tempo de exercício efetivo de todos os que ingressaram no serviço público, antes ou após a entrada em vigor da citada Emenda, será considerado como tempo de contribuição até a edição de nova lei; ou seja, este será o único tempo ficto doravante admitido" (grifos nossos).

92. Como bem ressaltado nesses pareceres, a norma do art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98, quando autorizou a contagem de tempo de serviço

como tempo de contribuição, foi destinada aos servidores que ingressaram no serviço público antes ou após a data da vigência dessa Emenda para quem não se tinha ainda sido instituída contribuição específica para fins de aposentadoria.

93. Assim, no âmbito do Estado de São Paulo, onde os servidores não tinham, na data da vigência da referida Emenda Constitucional, contribuição específica para aposentadoria, em obediência à norma do art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98, o tempo de serviço foi contado como tempo de contribuição até a promulgação da Lei Complementar nº 943/2003[33] , que veio a instituí-la.

94. Em suma, o sentido do mencionado art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98 foi o de possibilitar a contagem, como tempo de contribuição, de tempo de serviço dos servidores cujos entes ainda não haviam instituído contribuição específica para fins de aposentadoria. Em consequência, tal norma não está a autorizar que tempo de serviço sem contribuição, prestado por estagiário do Ministério Público estadual, possa vir a ser contado, para fins de aposentadoria.

95. Tendo em vista a preocupação do ilustre Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral, manifestada às fls. 410, cabe uma observação sobre a possível incidência da prescrição.

96. Analisando essa questão, assim, asseverou o Parecer PA nº 126/2006[34]: "8. A contagem de tempo de serviço é considerada pelas nossas Cortes de Justiça como direito imprescritível do funcionário (*RJTJESP*, ed. LEX, 60/127-128, 51/98-100, 40/89-90 e 17/159-160, *RTJ* 54/119, *RDA* 95/72-73). Nesse sentido, destaca-se trecho de acórdão inserto no volume 87/94, da *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, que consigna:

(...)

A contagem constitui direito adquirido do funcionário, que poderá ser invocado em qualquer tempo. Apenas os efeitos patrimoniais são limitados pela prescrição quinquenal. É de jurisprudência: 'A contagem do tempo de serviço não está sujeita a qualquer restrição, podendo ser feita a todo tempo' (RJTJESP, ed. LEX, 17/159, 40/89-90). Aliás, o Col. Supremo Tribunal Federal julgou: 'Servidor Público Estadual. Caracterização de tempo de serviço público. Direito adquirido. Estabelecido, na lei, que determinado serviço público, para os efeitos nele previstos, do fato inteiramente realizado nasce o direito, que se incorpora imediatamen-

33 Institui contribuição previdenciária para custeio de aposentadoria dos servidores públicos e de reforma dos militares do Estado de São Paulo, e dá outras providências correlatas.

34 Parecerista a Dra. Maria Lucia Pereira Moioli; parecer devidamente aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado.

te no patrimônio do servidor' (RE nº 82.881, Plenário, ac. 5/5/76, RTJ, 79/268). Rejeitada fica a prescrição'. 9. Cabe afirmar, portanto, que não prescreve o direito à contagem do tempo de serviço; prescreve tão somente o direito às parcelas devidas em decorrência da respectiva contagem, consoante disposição do Decreto nº 20.910, de 06/01/32, a seguir transcrita: 'Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem'.

97. Assim, conforme entendimento já fixado pela Instituição, não há qualquer prescrição quanto ao direito dos servidores à contagem de tempo de estágio prestado junto ao Ministério Público Estadual, dentro dos parâmetros acima consignados. Em consequência, tal contagem poderá ser requerida a qualquer tempo.

98. Todavia, conforme o mesmo entendimento já fixado pela Instituição, deverá ser observada a prescrição quinquenal das parcelas remuneratórias que se tornarem devidas, com a contagem desse tempo.

99. Nessas condições, entendo possível e conveniente que, com vistas à diminuição da litigiosidade, a Procuradoria Geral do Estado altere seu atual entendimento no sentido da impossibilidade de contagem, para os servidores estaduais, de tempo de estágio realizado no Ministério Público estadual, nos termos do art. 15 da LC nº. 686/92 e do art. 90 da LC nº. 734/93, conforme asseveraram os Pareceres PA-3 nº. 82/94, 77/98 e 152/2001, para que passe a entender que a contagem desse tempo, mesmo os prestados antes da vigência dessas leis, é possível, para esses servidores, incluídos os Procuradores do Estado, para todos os fins, se prestados até a data da vigência da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

100. No mesmo sentido, também entendo possível e conveniente que, com vistas à diminuição da litigiosidade, a Procuradoria Geral do Estado altere seu atual entendimento no sentido da impossibilidade de contagem, para os servidores estaduais, de tempo de estágio realizado no Ministério Público estadual, nos termos do art. 15 da LC nº. 686/92 e do art. 90 da LC nº 734/93, conforme asseveraram os Pareceres PA-3 nº. 82/94, 77/98 e 152/2001, para que passe a entender que a contagem desse tempo, mesmo os prestados antes da vigência dessas leis, é possível, para esses servidores, incluídos os Procuradores do Estado, para todos os fins, salvo o de aposentadoria, se prestados após a data da vigência da Emenda Constitucional nº 20, de 1998. Tal ressalva parece-me fundamental, pois, como já frisado, referida Emenda Constitucional não mais veio a permitir contagem de tempo para fins de aposentadoria sem a devida contribuição, o que impossibilita a contagem desse tempo para fins de aposentadoria.

101. Tal entendimento é proposto unicamente para fins de se reconhecer a interpretação dada pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo no tocante à possibilidade da contagem do tempo de estágio no Ministério Público estadual, para os fins acima indicados, conforme previsão dos arts. 15 da LC nº 686/92 e 90 da LC nº 734/93. No entanto, como exposto no item precedente, esse tempo de estágio, se desenvolvido após 16/12/1998, não pode ser contado para fins de aposentadoria, consoante já decidido quando da aprovação dos citados Pareceres PA-3 nº. 28/2000, 48/2000, 65/2000, 36/2001, 58/2003 e 66/2003.

102. Em qualquer das hipóteses, deverá ser observada a prescrição quinquenal das parcelas remuneratórias que se tornarem devidas, com as contagens dos tempos de estágio que vierem a ser feitas nas formas acima consignadas.

103. Esclarece-se, por oportuno, que a presente proposta de alteração de entendimento fixado pela Instituição, nos termos dos citados Pareceres PA-3 nº. 82/94, 77/98 e 152/2001, é válida unicamente para os estágios feitos com base nos arts. 15 da Lei Complementar nº 686/92 e 90 da Lei Complementar nº 734/93, ou seja, em estágios cumpridos no Ministério Público do Estado de São Paulo.

104. Assim, eventuais tempos de estágios cumpridos em Ministérios Públicos de outras Unidades da federação não podem ser reconhecidos como tempo de serviço público no âmbito do Estado de São Paulo, em razão de as normas contidas nos citados dispositivos legais serem específicas para os estágios nela disciplinados, não abrangendo outras situações.

105. Por último, ressalte-se que o entendimento aqui esposado em nada altera as conclusões do já mencionado Parecer PA nº 114/2010, uma vez que a situação nele discutida (estágio cumprido perante outros Ministérios Públicos e cumulação de estágios em vários órgãos) não guarda qualquer similitude com a da presente análise. À consideração superior. São Paulo, 28 de fevereiro de 2012.

MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO
Procurador do Estado
OAB/SP n. 80.017

PROCESSO: PGE 18591-778039/2008 (PJ 24026/2008)
INTERESSADO: PROCURADORIA JUDICIAL - GPG
PARECER: PA nº 9/2012

De acordo com o Parecer PA nº 9/2012, esclarecendo o que segue. Com relação ao cômputo do tempo de estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo para fins de aposentadoria, bem observou o parecer que o tempo de serviço prestado até 16 de dezembro de 1998 (data da EC nº 20/1998) pode ser considerado para todos os fins. O tempo posterior a essa data não poderá ser considerado para aposentadoria. Para essa finalidade é indiferente a data em que o servidor, terminado o estágio, ingresse no serviço público em cargo efetivo. A solução, nesse ponto, é diversa da adotada para o tempo de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, previsto na Lei Complementar Estadual nº 478, de 18 de julho de 1986, e na Lei Estadual nº 4.651, de 12 de agosto de 1985. Nesses casos, considera-se a data do ingresso nas carreiras que qualificam o tempo de OAB como serviço público: se o ingresso foi anterior a 16.12.1998, o tempo é contado para todos os efeitos; se posterior, exclui-se o efeito da aposentadoria (Pareceres PA nº. 58/2003 e 66/2003). A razão para essa distinção é simples: o tempo de inscrição na OAB, em princípio, gera efeitos apenas na esfera privada de cada profissional. Esse tempo só passa a ser qualificado como público após o ingresso do servidor nas carreiras funcionais regidas pelas leis mencionadas. Daí por que a data do ingresso no serviço público é fundamental para avaliar os direitos conferidos. Se, ao ingressar no serviço público, não pode o tempo ficto ser computado por força da norma constitucional, não subsiste o direito à sua inclusão para fins de aposentadoria. No caso do tempo de estagiário perante o Ministério Público, a situação é diversa, porque, ao estagiar no Ministério Público em época anterior à EC nº. 20/1998, o interessado já integrava a estrutura administrativa do Estado, prestando serviço qualificado como público para todos os fins. No momento em que o serviço é prestado, já tem ele essa qualificação. Ainda que o ingresso em cargo efetivo venha a se dar posteriormente a 1998, essa circunstância não altera a qualificação do tempo anterior, nos limites permitidos pelo ordenamento jurídico. Com essas considerações, encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado - Consultoria. São Paulo, 19 de março de 2012.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS –
Procuradora do Estado Chefe - Procuradoria Administrativa
OAB/SP 78.260

Processo: PGE/PJ n° 24026/2008 - GDOC 18591-778039/2008
Interessada: Procuradoria Judicial- GPJ
Assunto: Estágio no Ministério Público - Contagem de tempo de serviço para todos os fins.

Acolho as conclusões do Parecer PA nº 09/2012 (fls. 413/455) e os esclarecimentos da i. Chefia da Procuradoria Administrativa (fls. 456/457). Remetam-se os autos ao Procurador-Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça sobredita. São Paulo, 24 de maio de 2012.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado

Processo: PGE/PJ n° 24026/2008 - GDOC 18591-778039/2008
Interessada: Procuradoria Judicial- GPJ
Assunto: Estágio no Ministério Público - Contagem de tempo de serviço para todos os fins.

Com os esclarecimento da Chefia da Procuradoria Administrativa aprovo o Parecer PA n°. 09/2012. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, para divulgação do parecer em questão aos órgãos de execução a ela jungidos e encaminhamento de cópias ao Centro de Recursos Humanos da PGE e à Unidade Central de Recursos Humanos - UCRH, da Secretaria de Gestão Pública. GPG, 25 de maio de 2012.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador-Geral do Estado

Ementas Consultoria

88) LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO. Apuração realizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo sobre possíveis fraudes em licitações e contratos de serviços de segurança, vigilância e limpeza. Empresas suspensas ou declaradas inidôneas para contratar com a Administração por municípios paulistas e pelo Estado do Tocantins. Alcance da punição. Proposta da origem para que seja instaurado procedimento, estendendo a penalidade para o âmbito estadual. Impossibilidade. Precedente: Parecer GPG nº 008/2004. (Parecer PA nº 01/2012 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 17.05.2012)

89) ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. Policial civil que sofreu acidente em serviço, o qual lhe ensejou problemas de saúde gravíssimos e crônicos, que vêm acarretando necessidade de tratamento continuado, passados mais de dez anos do infortúnio. (Parecer PA nº 11/2012 – Aprovado parcialmente pelo Procurador-Geral do Estado em 22.05.2012)

90) CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE IMÓVEL, COM ENCARGOS, POR MUNICÍPIO AO ESTADO DE SÃO PAULO. Necessidade de autorização legislativa para que o Estado possa receber esse imóvel. Interpretação do art. 19, IV, da Constituição Estadual. Precedente: Parecer PA-3 nº 280/99. (Parecer PA nº 12/2012 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 24.05.2012)

91) CREDENCIAMENTO. Seleção de profissionais para elaboração e conferência de cálculos em - ou para – ações judiciais de interesse da Fazenda Pública. Resolução PGE nº 17/2005. Necessidade de sua revisão, para garantia do princípio da isonomia. Anulação do processo seletivo. Precedente: Parecer PA nº 60/2009. Inscrição de profissionais não habilitados em aritmética, matemática e ciências contábeis. Impossibilidade. Precedente: Parecer Sub-G nº 03/2001. Inscrição de servidores do Poder Judiciário. Impossibilidade. Violação ao art. 124, VIII e IX, da Lei nº 10.261/68. (Parecer PA nº 18/2011 – Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado em 18. 05.2012)

92) SERVIDOR PÚBLICO. Contribuição Sindical. Ausência de base legal para cobrança em relação aos servidores públicos, salvo dos regidos pela CLT. Proposta de indeferimento da pretensão de celebração do acordo apresentado pela confederação requerente, se conhecido o pedido. Precedentes: Pareceres PA n. 445/1989, 449/1989, 139/1994,

173/1994, 160/1997,7/2004, 173/2006 e 222/2008. (Parecer PA nº 35/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 04.05.2012)

93) EXECUÇÃO FISCAL - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - Parcelamento de créditos tributários - Normas aplicáveis. A União e o Estado de São Paulo não editaram normas específicas, dispondo sobre o parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial. Aplicam-se aos contribuintes nessa situação as leis gerais de parcelamento do Estado de São Paulo, conforme prevê o § 4º do art. 155-A do Código Tributário Nacional. Prevalência do Princípio da Legalidade. (Parecer PA nº 41/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 22.05.2012)

94) COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. BANCO NOSSA CAIXA S/A. ECONOMUS. Pedido de ressarcimento de valores pagos a título de imposto de renda recolhido diretamente à União em cumprimento à determinação judicial exarada na reclamação trabalhista em que restou afastada a ilegitimidade de parte do Economus. Efetuado reembolso da quantia atinente ao principal da demanda. Inconformismo do órgão fazendário quanto à responsabilidade do erário no que se refere ao imposto de renda pago diretamente à União. Art. 157, I, da Constituição Federal. Solução que prescinde da análise do momento em que ocorre o pagamento do tributo. Necessária verificação do sujeito que deverá reter o imposto. Coisa julgada que traz como único devedor o Economus, pessoa jurídica não inclusa no rol indicado no art. 157, I, da Constituição Federal. Ressarcimento devido apenas do principal do tributo, excluídos os acréscimos relativos à multa e Juros. (Parecer PA nº 44/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 25.05.2012)

95) SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO. CORPO CLÍNICO DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - IAMSPE. Paciente testemunha de Jeová. Transfusão de sangue. Conduta médica. Disciplina traçada pelos Conselhos Federal e Regional de Medicina. Obediência aos princípios e normas da deontologia médica traçada por estes órgãos de classe. (Parecer PA nº 108/2011 – Aprovado parcialmente pelo Procurador-Geral do Estado em 03.05.2012)

96) SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO. CORPO CLÍNICO DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - IAMSPE. Conduta médica. Paciente Testemunha de Jeová. Recusa a receber transfusão de sangue. Possibilidade. Conflito de Direitos Fundamentais. Direito à vida em confronto com a liberdade religiosa. Necessidade de interpretação da Constituição Federal. (Parecer PA nº 128/2011 – Aprovado parcialmente pelo Procurador-Geral do Estado em 03.05.2012)

97) SERVIDOR PÚBLICO. Procurador do Estado. Remuneração. Vantagem. Gratificação de representação. Arts. 135, III, da Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, e 3º, XII, da

Lei Complementar Estadual nº 724, de 15 de julho de 1993. Caráter pro labore faciendo (Precedente: Pareceres PA nº 113/1982 e n. 421/2004). Arbitramento do valor pela autoridade competente, imbuída de poder discricionário (Precedente: Parecer PA n. 418/1988). Ato administrativo cujo conteúdo não se prende ao de atos precedentes que fixaram para outros servidores o valor da vantagem em patamar diverso. Inexistência de ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Alteração, no tempo, dos fundamentos de conveniência e de oportunidade. Proposta de indeferimento do pedido de revisão do valor do incentivo. (Parecer PA nº 162/2010 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 22.05.2012)

98) COMPETÊNCIA - Designação de policiais para compor Equipes Corregedoras. Classificação. Arts. 31, 92 e 95 da Lei Complementar estadual n. 207, de 05.01.1979 - Lei Orgânica da Polícia (LOP), com a redação dada pela Lei Complementar n. 922, de 02.07.2002; Portaria DGP - 26, de 13.08.1987. Corregedoria Geral da Polícia Civil - CORREGEDORIA: Decreto n. 47.236, de 18.10.2002, e alterações posteriores por força da edição dos Decretos n. 48.666, de 18.05.2004, 51.039, de 09.08.2006, 54.710, de 25.08.2009, e 55.902, de 09.06.2010. Diligência. (Parecer PA nº 193/2010 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 18.07.2011)

99) SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. Pedido de retificação da Certidão de Contagem de Tempo de Serviço para exclusão do tempo de serviço prestado à iniciativa privada, constante de Certidão de Tempo de Serviço expedida pelo antigo Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, atual Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, não utilizado para a concessão da aposentadoria ou obtenção de qualquer vantagem pelo servidor. A certidão e o ato concessivo de aposentadoria não são inválidos, não sendo caso de sua anulação. Inaplicabilidade do disposto no art. 10, I, da Lei nº 10.177/98. Retenção da CTS nos autos, expedindo-se declaração sobre os fatos. Precedente: Parecer PA nº 31/2008. (Parecer PA nº 03/2012 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 12.06.2012)

100) SERVIDOR PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA. Pedido de Revisão de Decisão Administrativa que indeferiu contagem de tempo de estágio prestado junto ao Ministério Público do Estado de São Paulo, no período de 30.09.1988 a 16.01.1990, para todos os fins. Possibilidade em face da proposta formulada no Parecer PA nº 9/2012, ainda pendente de aprovação, no qual se postulou nova exegese dos arts. 15 da Lei Complementar nº 686/92 e 90 da Lei Complementar nº 734/93. (Parecer PA nº 10/2012 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 31.05.2012)

101) SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. Ação Penal. Determinação judicial de suspensão do exercício da função pública do acusado, nos termos do art. 319, VI,

do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403, de 04/05/2011. Mantença dos vencimentos. Possibilidade. Precedente: Parecer PA nº 112/2011. (Parecer PA nº 017/2012 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 31.05.2012)

102) SERVIDOR TRABALHISTA. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. Conforme orientação aprovada no âmbito da PGE (Parecer PA nº 265/2002), o art. 37, V, da Constituição Federal veda o exercício de função de confiança por servidor submetido ao regime jurídico da CLT. (Parecer PA nº 18/2012 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 30.05.2012)

103) SERVIDOR TRABALHISTA. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. Conforme orientação aprovada no âmbito da PGE (Parecer PA nº 265/2002), o art. 37, V, da Constituição Federal veda o exercício de função de confiança por servidor submetido ao regime jurídico da CLT. Parecer PA nº 19/2012 – (Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 30.05.2012)

104) REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES PREVISTO NO CAPUT DO ART. 39 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19, DE 1998. Norma que está em vigor, em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na medida cautelar na ADIN 2.135-4, mas não é autoaplicável. Enquanto não instituído, no Estado de São Paulo, o regime jurídico único dos servidores, é possível a criação, por lei, de empregos públicos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Análise da situação, em tese, e dos efeitos das Leis Complementares estaduais n. 1.010/2007 e 1.058/2008. Precedentes: Pareceres PA n. 220/89 e 113/2011. (Parecer PA nº 20/2012 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 31.05.2012)

105) CONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL QUE DISPÕE SOBRE SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS, MAS POSSUI DISPOSITIVO QUE TRATA DE ATRIBUIÇÃO DO INSTITUTO MÉDICO LEGAL. Art. 5º, § 5º, da Lei Federal nº 6.194/74, com redação dada pela Medida Provisória nº. 451/2008, posteriormente convertida na Lei Federal nº 11.945/2009. A matéria sobre a qual dispôs a Lei em questão está enquadrada dentro da competência da União, a teor do Art. 22, VII, da Constituição Federal, mas seu art. 5º § 5º, ao dispor sobre atribuição do Instituto Médico Legal, viola os arts. 25 e 144, § 4º, da mesma Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o STF. Necessidade de esclarecimentos pela Secretaria da Segurança Pública, antes de qualquer decisão sobre o assunto. (Parecer PA nº 32/2012 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 21.06.2012)

106) VANTAGEM PECUNIÁRIA. DIÁRIAS. Deslocamento de Delegado de Polícia a São Paulo com a finalidade de se submeter a prova de seleção para frequentar Curso Específico de Aperfeiçoamento para Delegado de Polícia de 3ª classe (CEA-DP 1/2011). Vários precedentes sobre diárias encontram-se disponíveis para consulta dos Procuradores do Estado no site da PGE. Parecer PA nº. 214/2003 apreciou fato semelhante ao caso presente. Ausência de manifestação de órgão técnico. Imprescindibilidade. Precedente: Parecer PA nº. 272/2004. Proposta de manifestação do órgão de pessoal da Secretaria da Segurança Pública. (Parecer PA nº 92/2011 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 20.06.2012)

107) SERVIDOR PÚBLICO. Ocupante exclusivamente de cargo em comissão. Aposentadoria voluntária pelo regime próprio da previdência social. Dúvida sobre os efeitos da aposentadoria sobre o vínculo mantido com o Estado. Necessidade de complementação da instrução dos autos, para que se possa instaurar sobre a matéria fundada discussão. Inconveniência de responder a dúvidas jurídicas puramente teóricas. Proposta de diligência para que, retornados à origem, os autos sejam instruídos com as justificativas e os documentos atinentes à situação concreta da qual deriva o interesse afirmado pelo órgão consulente, bem como com informações sobre outros casos de que se tenha notícia, envolvendo aposentadoria pelo regime geral de servidor ocupante exclusivamente de cargo de livre provimento e de exoneração, com o esclarecimento sobre as providências quiçá já tomadas pela Administração. (Parecer PA nº 107/2011 – Aprovado pelo Subprocurador Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 30.05.2012)

108) AGENTE PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTAGEM DE TEMPO. Acumulação remunerada atual de dois cargos de professor, nos serviços públicos estadual e municipal. Obtenção, por força de decisão judicial, de certidão de tempo de serviço prestado ao Estado para averbação no Município. Desincorporação do tempo certificado do patrimônio funcional do servidor estadual, sob pena de duplo ganho vedado pela lei. Inteligência do parágrafo único do art. 84 do Estatuto dos Funcionários Públicos - Lei nº. 10.261, de 28 de outubro de 1968. Cessação dos efeitos, inclusive econômicos, advindos do tempo de serviço em questão, a partir da data em que o servidor obteve a certidão. Invalidação das relações jurídicas que, nessa data, perduravam entre o Estado e o servidor com base nesse tempo de serviço. Adequação da situação funcional à nova contagem de tempo de serviço, sem efeitos retroativos. Dever do servidor de ressarcir o Estado por eventuais quantias recebidas a maior, relativas ao período posterior à data de obtenção da certidão. Inaplicabilidade da determinação veiculada pelo Despacho Normativo do Governador de 31 de janeiro de 1986 (precedente: Parecer PA-3 nº. 8912001). (Parecer PA nº 134/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 25 .06. 2012)

Contencioso Geral

109) RECURSO - Embargos de declaração - Alegação de omissão no acórdão embargado envolvendo tese de prescrição - Admissibilidade - Decisão que não se manifestou a respeito da matéria - Questão levantada que, ademais, poderia ser alegada a qualquer tempo - Embargos acolhidos para reconhecer a prescrição com relação à embargante. (Embargos de Declaração n. 0172229-59.2006.8.26.0000/50000 - São Paulo - 4ª Câmara de Direito Público - Relator: Fernando Antonio Ferreira Rodrigues - 21/05/2012 - 21000 - Unânime)

110) LITISPENDÊNCIA - Requisitos - Ação indenizatória - Dano ambiental - Redução da piscosidade de rio em face da construção de usina - Ajuizamento por pescadores profissionais - Identidade de causa de pedir e pedidos com relação a lide provida junto a outro Estado da Federação - Reconhecimento com relação a parte dos autores - Extinção do feito total declarada com relação a um autor e apenas parcial a outros dois no tocante ao pedido de dano material por lucros cessantes - Recurso parcialmente provido para julgar o pedido procedente apenas em relação a um autor. (Apelação n. 0101629-88.2004.8.26.0515 - Rosana - 5ª Câmara de Direito Público - Relator: Maria Laura de Assis Moura Tavares - 14/05/2012 - 7320 - Unânime)

111) ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM" - Legitimidade ativa - Mandado de segurança - Impetração por sublocatária visando a obtenção da ordem para reabertura de *shopping* para continuar exercendo suas atividades em estabelecimento comercial - Interesse jurídico na tutela jurisdicional - Ausência, entretanto, de legitimidade ativa para a causa - Sentença de extinção mantida - Recurso não provido. (Apelação n. 0009671-05.2011.8.26.0053 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: João Batista Morato Rebouças de Carvalho - 16/05/2012 - 8171 - Unânime)

112) LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - Mandado de segurança - Licitação - Pregão eletrônico - Alegação de irregularidades em procedimento licitatório - Insurgência contra a determinação de emenda da inicial, para inclusão da vencedora da licitação no polo passivo - Alegação de impossibilidade - Desacolhimento - Inegável interesse econômico da vencedora da licitação, que terá seu patrimônio atingido pela sentença a ser proferida - Decisão, neste aspecto, mantida - Recurso desprovido quanto ao tema. (Agravo de Instrumento n. 0052010-07.2012.8.26.0000 - São Paulo - 12ª Câmara de Direito Público - Relator: José Manoel Ribeiro de Paula - 23/05/2012 - 10238 - Unânime)

113) RECURSO - Prazo - Agravo de Instrumento - Retirada dos autos por advogada regularmente constituída em carga rápida antes da publicação da decisão agravada - Ciência inequívoca da decisão - Prazo recursal que se inicia no dia útil seguinte - Intempestividade constatada - Artigo 522 do Código de Processo Civil - Desa-

propriação - Laudo pericial prévio que apresenta inconsistências - Poder geral de cautela - Artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil - Necessidade de complementação do valor depositado, com restrição ao levantamento - Recurso não conhecido, com observação. (Agravo de Instrumento n. 0021715-84.2012.8.26.0000 - Piracicaba - 1ª Câmara de Direito Público - Relator: Vicente de Abreu Amadei - 12/06/2012 - 2592 - Unânime)

114) PROVA - Produção - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Ocorrência - Ação civil pública - Improbidade administrativa - Questão que não é eminentemente de direito - Inquérito civil que possui valor probatório relativo, pois peça de natureza inquisitória - Direito dos réus de produzirem provas em juízo, sob o crivo do contraditório - Sentença anulada - Recurso provido. (Apelação n. 0002364-03.2008.8.26.0474 - Potirendaba - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Ronaldo Alves de Andrade - 29/05/2012 - 977 - Unânime)

115) AÇÃO - Condições - Ação civil pública - Improbidade administrativa - Desvio de dinheiro público tendo como base esquema fraudulento de licitações - Ajuizamento da ação contra agentes políticos (ex-prefeito)- Validade - Caso em que o artigo 2º da Lei nº 8429/92 se refere a agente público como gênero, que compreende como espécies os agentes políticos, agentes autônomos, servidores públicos e particulares em colaboração com o Poder Público - Submissão destes ao dispositivo jurídico no caso de configuração de atos de improbidade administrativa - Preliminar de inaplicabilidade da Lei nº 8429/92 aos agentes políticos afastada. (Apelação n. 0938506.5/2-00 - Pirapozinho - 11ª Câmara de Direito Público - Relator: Oscild de Lima Júnior - 14/05/2012 - 9031 - Unânime)

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Boletim Informativo da Seção de Direito Público, Maio e Junho de 2012.

Contencioso Tributário-Fiscal

116) CRÉDITO TRIBUTÁRIO - Lançamento - Contribuição social - SENAI e SENAC - Atividades de indústria e comércio - Pretensão ao direito de recolher as contribuições individual e separadamente ao SENAI e SENAC, conforme o tipo de estabelecimento, industrial ou comercial - Inadmissibilidade - Novo conceito do Direito Empresarial, antigo Direito Comercial - Estabelecimento que abrange as diferentes atividades do empresário - Consideração, para fins de recolhimento da contribuição geral e adicional ao SENAI, da totalidade dos funcionários da empresa, ainda que nem todos os empregados estejam diretamente ligados à atividade industrial - Caso, ademais, em que a empresa tem enquadramento sindical industrial, reforçando a necessidade da contribuição adicional de 20% - Exação devida - Improcedência da ação declaratória, anulatória e de restituição - Recurso do SENAI provido para este fim. (Apelação n. 0210845-60.2007.8.26.0100 - São Paulo - 5ª Câmara de Direito Público - Relator: Francisco Antonio Bianco Neto - 28/05/2012 - 5402 - Unânime)

117) CRÉDITO TRIBUTÁRIO - Débito fiscal - Contribuinte que ajuizou demanda judicial com o objetivo de impugnar antecipação do prazo de recolhimento do ICMS determinado por um Decreto estadual - Deferida liminar para o pagamento do ICMS nas datas de vencimento iniciais, afastando a exegese desse decreto e tornando inexigíveis os acessórios legais pela ausência da inadimplência da recorrente e em virtude desse amparo judicial - Inobservando essa situação, a fiscalização fazendária apurou o débito tributário e o inscreveu diretamente na dívida ativa, sem que notificasse o contribuinte, o que ofendeu os arts. 103 da Lei Estadual n. 6374/89 e 5º, LV, da Constituição Federal e ensejou nulidade de todos os atos posteriores, inclusive a certidão da dívida ativa - Recursos oficial e voluntário improvidos. (Apelação / Reexame Necessário n. 9000072-16.2005.8.26.0014 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Sérgio Jacintho Guerrieri Rezende - 28/05/2012 - 35338 - Unânime)

118) EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - Execução fiscal - Rejeição - Pretensão de reunião entre a execução e as ações anulatória de débito fiscal e consignatória - Impossibilidade de arguição de conexão ou continência em exceção - Inexistência de conexão ou continência - Decisão mantida - Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n. 0067983-02.2012.8.26.0000 - São Paulo - 11ª Câmara de Direito Público - Relator: Luis Antonio Ganzerla - 14/05/2012 - 20354 - Unânime)

119) EXECUÇÃO FISCAL - Requerimento do executado de suspensão da exigibilidade do crédito, sem o depósito do montante integral do débito - Inexistência de garantia integral do juízo

- Impossibilidade - Possível a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em execução fiscal, somente se o executado garante o juízo com o depósito do montante integral do débito, na forma do art. 151, do Código Tributário Nacional e da Súmula 112 do Superior Tribunal de Justiça - Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n. 0067983-02.2012.8.26.0000 - São Paulo - 11ª Câmara de Direito Público - Relator: Luis Antonio Ganzerla - 14/05/2012 - 20354 - Unânime)

120) EMBARGOS DE TERCEIRO - Execução fiscal - Penhora de imóvel pertencente aos filhos de sócio executado, com usufruto vitalício para ex-esposa, por força de acordo homologado em ação de separação consensual - Bem que não mais pertencia ao executado à data da citação editalícia na ação executiva fiscal - Inexistência de fraude à execução - Demonstração de tratar-se de bem de família - Ausência de registro da averbação do formal de partilha que não tem o condão de afastar a legitimidade para a defesa da posse - Sentença de procedência mantida - Recursos improvidos. (Apelação / Reexame Necessário n. 0013264-87.2010.8.26.0405 - Osasco - 13ª Câmara de Direito Público - Relator: Augusto Francisco Mota Ferraz de Arruda - 16/05/2012 - 24765 - Unânime)

121) IMPOSTO - Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS - Declaratória de inexigibilidade - Incidência sobre transporte terrestre de passageiros - Cabimento - Inexistência de ofensa ao princípio da não cumulatividade - Legalidade e constitucionalidade da cobrança do tributo - Declaratória improcedente - Recurso não provido. (Apelação n. 0856406.5/9-00 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Décio de Moura Notarangeli - 20/06/2012 - 11348 - Unânime)

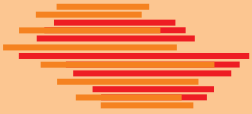
122) MULTA FISCAL - Imposto - Imposição de multa a contribuinte por ausência de aposição de visto pelo Posto Fiscal quando de transferência - Descabimento por não se tratar de operação indevida envolvendo ICMS, tendo o próprio Fisco admitido como legítimo - Recurso provido para reformar a decisão que denegou a segurança. (Apelação n. 0773279.5/3-00 - Sorocaba - 12ª Câmara de Direito Público - Relator: José Manoel Ribeiro de Paula - 09/05/2012 - 10138 - Unânime)

123) PRESCRIÇÃO - Execução fiscal - IPTU e taxas - Contagem da prescrição quinquenal a partir da constituição definitiva do crédito tributário - Aplicação, na época dos fatos, do art. 174 do Código Tributário Nacional (recepcionado pela Constituição Federal como lei complementar) em sua redação original, o qual prevalece sobre o disposto no art. 8º, § 2º, da Lei Federal n. 6.830/80 (que foi recepcionada como lei ordinária), uma vez que, para as execuções cujo despacho que ordena a citação ocorreu antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/05, o prazo prescricional se interrompe somente com a citação válida que, no caso, não ocorreu - Prescrição reconhecida - Execução fiscal julgada extinta,

nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil - Recursos improvidos. (Apelação / Reexame Necessário n. 9000031-64.1995.8.26.0090 - São Paulo - 14ª Câmara de Direito Público - Relator: José Jarbas de Aguiar Gomes - 01/06/2012 - 3320/2012 - Unânime)

124) PENHORA - Modalidade on line - Execução fiscal - Insurgência contra indeferimento da constrição judicial nesta forma sobre bens da executada - Oferecimento de carta de fiança bancária - Admissibilidade - Idoneidade da fiança bancária para garantia do executivo fiscal - Arts. 9º, II, 15, I, e 16 da Lei n. 6.830/80 - Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n. 0018056-67.2012.8.26.0000 - Itaquaquecetuba - 18ª Câmara de Direito Público - Relator: Roberto Martins de Souza - 10/05/2012 - 12975 - Unânime)

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Boletim Informativo da Seção de Direito Público, Maio e Junho de 2012.



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515