



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas

Revista Jurídica

Ministério Público do Estado do Amazonas

Daniela Teixeira Antony - Edgard Maia de Albuquerque Rocha - Edna Lima de Souza
Farid Mendonça Júnior - Fernanda Cavalcante da Costa - Ivana Mussi Gabriel
João Gaspar Rodrigues - Karla Keyla Fonseca Bastos - Kátia Maria Araújo de Oliveira
Larissa Vianez Figueira - Marcelo Pires Soares - Márcio André Lopes Cavalcante
Maria José da Silva Nazaré - Mirtil Fernandes do Vale - Neyde Regina Demosthenes Trindade
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

Revista Jurídica do Ministério Público
do Estado do Amazonas



Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas

RJMPAM	Manaus	v. 10	n. 1/2	2009	jan/dez	p. 1 à 425
--------	--------	-------	--------	------	---------	------------

©2009 Ministério Público do Estado do Amazonas

Coordenador-Geral: Edgard Maia de Albuquerque Rocha

Comissão Editorial: Darlan Benevides de Queiroz, Edgard Maia de Albuquerque Rocha, João Gaspar Rodrigues, Maria José Silva de Aquino e Mauro Roberto Veras Bezerra

Revisores-Gerais: Darlan Benevides de Queiroz e João Gaspar Rodrigues

Revisão e Normalização: Lourinéia Reis de Sant'Anna e Wanderléia Lima da S. Borges

Diagramação : Juliano Gonçalves de Vasconcelos

2009

Procuradoria-Geral de Justiça

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF

Avenida Coronel Teixeira, n. 7995 – Nova Esperança

CEP: 69030-480 Manaus – AM

Fone: (92) 3655 0753 / 3655 0754 / 3655 0755

e-mail: ceaf@mp.am.gov.br

<http://www.mp.am.gov.br>

As ideias e opiniões nos trabalhos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas./ Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF. v. 10. (Janeiro/Dezembro – 2009). Manaus: PGJ/CEAF, 2009.

425p.

Semestral

ISSN 1982-6982

Continuação de: Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas (2000-2005) – ISSN 1679-6233

1.Ministério Público 2. Direito - Periódico I. Título

CDD 340.5

CDU 34 (05)

Pede-se permuta

We ask for exchange

On demande exchange



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Otávio de Souza Gomes

**SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONAIS**

Pedro Bezerra Filho

**SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Edilson Queiroz Martins

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Nicolau Libório dos Santos Filho

OUVIDOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Evandro Paes de Farias

SECRETÁRIO-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Reinaldo Alberto Nery de Lima

**CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

Edgard Maia de Albuquerque Rocha

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA: José Jorge Souza de Carvalho - Leôncio Salignac e Souza - Amadeu Soares Botelho - Elphego Jorge de Souza - José Augusto Teles de Borborema - Adriano Alves de Queiroz - Domingos Alves Pereira de Queiroz - Vicente de Mendonça Júnior - Geraldo de Macedo Pinheiro - João Ricardo de Araújo Lima - Newton de Menezes Vieira Alves - José Catanhede de Mattos Filho - David Alves de Mello - Mário Jorge do Couto Lopes - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - João dos Santos Pereira Braga - Moacir de Souza Alves - Adalberto Andrade de Menezes - Aderson Pereira Dutra - Pedro da Silva Costa - Gebes de Mello Medeiros - Aguielo Balbi - Orlando dos Santos Santiago - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Evandro Paes de Farias - Mauro Luiz Campbell Marques - Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Vicente Augusto Cruz Oliveira - Otávio de Souza Gomes.

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Adalberto Ribeiro de Souza - Alberto Nunes Lopes - Antonina Maria de Castro do Couto Valle - Carlos Antônio Ferreira Coelho - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Evandro Paes de Farias - Flávio Ferreira Lopes - Francisco das Chagas Santiago Cruz - João Bosco Sá Valente - José Roque Nunes Marques - Jussara Maria Pordeus e Silva - Maria José da Silva Nazaré - Maria José Silva de Aquino - Nicolau Libório dos Santos Filho - Noeme Tobias de Souza - Pedro Bezerra Filho - Públio Caio Bessa Cyrino - Rita Augusta de Vasconcelos Dias - Sandra Cal Oliveira - Silvana Maria Mendonça Pereira dos Santos - Suzete Maria dos Santos -.

PROCURADORES DE JUSTIÇA INATIVOS: Aguielo Balbi - Ana Maria Duarte Esteves - Antonio Guedes da Silva - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Áurea Márcia Bittencourt Karan - Carlos Alberto Barbosa da Silva - Edilson dos Santos Oliveira - Fernando Florêncio da Silva - Flávio de Azevedo Tribuzy - Francisco Assis Nogueira - Frederico Monteiro Barroso - Jaime Tourinho Fernandez - Jorge Abdon Karim - José Agostinho Nunes Balbi - José Maria Lopes - Luiz Félix Conceição Santos - Lupercino de Sá Nogueira Filho - Manuel Braga dos Santos - Maria Helena Monassa Abinader - Merita Azulay - Mithridates Corrêa Filho - Nestor da Costa Ferreira - Orlando dos Santos Santiago - Orlando Moreira de Souza - Pedro da Silva Costa - Salvador Conte - Telma Martins Maciel - Vicente Augusto Cruz Oliveira (em disponibilidade) - Yano René Pinheiro Monteiro.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE ENTRÂNCIA ESPECIAL: Adelson Albuquerque Matos - Aguinaldo Concy de Souza - Aguielo Balbi Júnior - Alberto Rodrigues do Nascimento Júnior - Ana Cláudia Abboud Daou - Anabel Vitória Pereira Mendonça de Souza - Antônio José Mancilha - Cândido Honório Ferreira Filho - Carlos Fábio Braga Monteiro - Carlos Lélío Lauria Ferreira - Cláudia Maria Raposo da Câmara Coelho - Cleucy Maria de Souza - David Evandro Costa Carramanho - Delisa Olívia Vieira Alves Ferreira - Edgard Maia de Albuquerque Rocha - Edilson Queiroz Martins - Edna Lima de Souza - Elvys de Paula Freitas - Francilene Barroso da Silva - Francisco de Assis Aires Argüelles - Francisco Lázaro de Moraes Campos - Guiomar Felícia dos Santos Castro - Izabel Cristina Chrisóstomo - Jéferson Neves de Carvalho - João de Holanda Farias - João Lúcio de Almeida Ferreira - Jorge Alberto Gomes Damasceno - Jorge Alberto Veloso Pereira - Jorge Michel Ayres Martins - Jorge Wilson Lopes Cavalcante - José Bernardo Ferreira Júnior - José Hamilton Saraiva dos Santos - José Herivelto Pereira de Oliveira - Karla Fregapani Leite - Kátia Maria Araújo de Oliveira - Leda Mara Nascimento Albuquerque - Liani Mônica Guedes de Freitas Rodrigues - Lílian Maria Pires Stone - Lorena de Verçosa Oliva - Luciana Toledo Martinho - Lucíola Honório de Valois Coêlho da Silva - Luissandra Chíxaro de Menezes - Mara Nóbila Albuquerque da Cunha - Marco Aurélio Lisciotto - Maria Cristina Vieira da Rocha - Maria da Conceição Silva Santiago - Maria das Graças Gaspar de Melo - Maria Eunice Lopes de Lucena Bitencourt - Maria Piedade Queiroz Nogueira Belasque - Marlene Franco da Silva - Marlianda Maria Cunha Dutra - Mauro Roberto Veras Bezerra - Mirtil Fernandes do Vale - Nasser Abraham Nasser Neto - Neyde Regina Demósthene Trindade - Nilda Silva de Sousa - Paulo Stélio Sabbá Guimarães - Raimundo David Jerônimo - Rogeanne Oliveira Gomes da Silva - Rogério Marques Santos - Ronaldo Andrade - Ruy Malveira Guimarães - Sarah Pirangy de Souza - Sheila Andrade dos Santos - Silvana Nobre de Lima Cabral - Silvana Ramos Cavalcanti - Sílvia Abdala Tuma - Simone Braga Lunière da Costa - Solange da Silva Guedes Moura - Tereza Cristina Coêlho da Silva - Vicente Augusto Borges Oliveira - Walber Luiz Silva do Nascimento - Wandete de Oliveira Netto.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE 1ª ENTRÂNCIA: Adriano Alecrim Marinho - Álvaro Granja Pereira de Souza - André Alecrim Marinho - André Luiz Medeiros Figueira - André Virgílio Belota Sefair - Aurely Pereira de Freitas - Carla Santos Guedes - Carlos José Alves de Araújo - Carlos Sérgio Edwards

de Freitas - Christianne Corrêa Bento da Silva - Clarissa Moraes Brito - Cláudio Sergio Tanajura Sampaio - Daniel Leite Brito - Darlan Benevides de Queiroz - Davi Santana da Câmara - Edinaldo Aquino Medeiros - Elis Helena de Souza Nóbile - Elizandra Leite Guedes de Lira - Evandro da Silva Isolino - Géber Mafra Rocha - George Pestana Vieira - Gerson de Castro Coelho - Hilton Serra Vianna - Ítalo Klínger Rodrigues do Nascimento - João Gaspar Rodrigues - João Ribeiro Guimarães Netto - Laís Rejane de Carvalho Freitas - Lauro Tavares da Silva - Leonardo Abinader Nobre - Lincoln Alencar Queiroz - Marcelo Pinto Ribeiro - Márcio Fernando Nogueira Borges de Campos - Maria Betusa da Silva Araújo - Mário Ypiranga Monteiro Neto - Raimundo do Nascimento Oliveira - Reinaldo Alberto Nery de Lima - Renata Cintrão Simões de Oliveira - Renilce Helen Queiroz de Sousa - Rodrigo Miranda Leão Júnior Romina Carmem Brito Carvalho - Sandra Maria Cabral Miranda - Sheyla Dantas Frota de Carvalho - Simone Martins Lima - Válber Diniz da Silva - Valderclei Martins Castilho - Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho - Vivaldo Castro de Souza.

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS: Alessandro Samartin de Gouveia - Carolina Monteiro Chagas Maia - Cláudio Roberto Barbosa de Araújo - Daniel Silva Chaves Amazonas de Menezes - Edmara de Abreu Leão - Igor Starling Peixoto - José Felipe da Cunha Fish - Luiz Alberto Dantas de Vasconcelos - Marcelo Augusto Silva de Almeida - Márcio André Lopes Cavalcante - Roberto Nogueira - Sissi Marlene Dietrich Schwantes - Vítor Moreira Fonseca - Yara Rebeca Albuquerque Marinho

PROMOTORES DE JUSTIÇA INATIVOS: Alfredo da Silva Santana - Aloísio Rodrigues de Oliveira - Aluísio Pereira de Lima - Antônio Alves Santana - Antônio Raimundo Barros de Carvalho - Bernardo José Antunes - Carlos Alberto de Moraes Ramos - Carlos Alberto Loureiro Pinagé - Clodualdo de Souza Pinheiro - Colmar Rabelo de Medeiros - Dário Alves da Cruz - Edilson Freire - Elias de Oliveira Chaves - Felipe Antônio de Carvalho - Fernando Antônio Ferreira Lopes - Flávio Queiroz de Paula - Francisco Gomes da Silva - Francisco José de Menezes - Gilberto Ramos da Silva - Jessé Soares Ferreira - João Batista dos Santos - João Valente de Azevedo - João Florêncio de Menezes - Jonas Neto Camêlo - Jones Karrer de Castro Monteiro - Joquebede de Oliveira Souza - José Bento Cosme - Léa Regina Pereira Mattos - Luiz Tadeu Calderoni - Manuel Edmundo Mariano da Silva - Maria Nazareth da Penha Vasque Mota - Maria Neide de Andrade Bezerra - Nicolau Silva de Oliveira - Nilza Rodrigues de Almeida - Paulo Cardoso de Carvalho - Raimundo Andrade Bentes - Teófilo Narciso de Mesquita Neto - Waldir Rosas dos Santos.

PROMOTORES-ADJUNTOS INATIVOS: Carlos Augusto de A. Marques - Eutichio Haidem Vieira.

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS INATIVOS: José Cruz da Silva - Mário Diogo de Melo.

In memoriam:

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Tabira Rodrigues Fortes - Roberto de Aquino Valle - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Ivan Coelho Cintra - Marflia Marques de Oliveira - Marcus Vinícius Guedes de Lima - Geraldo de Macedo Pinheiro - Antonio Alexandre Pereira Trindade - Osmar Rodrigues Bento - Pedro de Souza Lira - Silis Campello Mosley - Mário de Mello Bittencourt - Raimundo Nonato Coelho - Gebes de Mello Medeiros - José Ribamar Prazeres Coelho - Carlos Alberto Bandeira de Araújo.

PROMOTORES DE JUSTIÇA: Altair Ferreira Thury - Amadeu Soares Botelho - América Amorim Antony - Arary Campos C. Lima - Ariosto Lopes Braga - Ary Tapajós Cahn - Blás Torres Filho - Danilo do Silvan - Eduardo Bentes Guerreiro - Fernando B. V. Gonçalves - Francisco Jorge Noronha - Frederico A. R. da Câmara - Giovanni Figliuolo - Hugo Coelho Cintra - José Lúcio Paiva - Juarez Tavares Bandeira - Lúcia Cistina C. Barros - Rafael Barbosa Amorim - Raimundo Carlos Sampaio - Renato Ribeiro da Rocha - Roger Oliveira Gama da Silva - Sebastião José M. de Paiva - Afonso Acampora - Francisco Sá P. Passos - Isaac Marcus Pinto - José de Araújo Mendes - Lauro Barbosa da Costa - Luiz Cartas Cáffaro - Sebastião Norões - Cássio de Gouvêa D. Cavalcante.

Sumário

Apresentação	11
<i>Otávio de Souza Gomes</i>	
Homenagem a Evandro Lins e Silva	15
<i>Maria José Silva de Aquino</i> <i>João Gaspar Rodrigues</i>	
Doutrina	
A discricionariedade administrativa decorrente de conceitos jurídicos indeterminados no direito pátrio	23
<i>Marcelo Pires Soares</i>	
A eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro	37
<i>Fernanda Cavalcante da Costa</i>	
A legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas em defesa dos necessitados de assistência jurídica	69
<i>Daniela Teixeira Antony</i>	
A Lei n.º 11.705/08 (lei seca) e as penalidades para a embriaguez: administrativa e criminal	83
<i>Edna Lima de Souza</i> <i>Karla Keyla Fonseca Bastos</i>	
Delação premiada: conceito, legislação e cautelas na utilização do benefício legal	111
<i>Kátia Maria Araújo de Oliveira</i>	
Estudo sobre os aspectos formais/substanciais da Denúncia e temas correlatos	123
<i>João Gaspar Rodrigues</i>	
Famílias Reconstituídas: desdobramentos jurídicos de um recomeço de vida	161
<i>Márcio André Lopes Cavalcante</i>	

Ministério público de resultados: a atual missão institucional	193
<i>João Gaspar Rodrigues</i>	
O exercício de atividades econômicas pelas fundações de direito privado e a aplicação do instituto da falência a estas entidades	229
<i>Kátia Maria Araújo de Oliveira</i>	
Poder regulamentar no sistema jurídico brasileiro	241
<i>Ivana Mussi Gabriel</i>	
Uma perspectiva constitucional acerca do §7º do art. 273 do Código de Processo Civil	269
<i>Larissa Vianez Figueira</i>	
Trabalho Forense	
Agravo de Instrumento	291
<i>Maria José da Silva Nazaré</i>	
Ação civil pública com pedido de tutela antecipada	301
<i>Mirtil Fernandes do Vale</i>	
Ação de improbidade administrativa	357
<i>Edgard Maia de Albuquerque Rocha</i>	
<i>Neyde Regina Demosthenes Trindade</i>	
<i>Farid Mendonça Júnior</i>	
Apelação Cível	401
<i>Maria José da Silva Nazaré</i>	
Financiamento público do terceiro setor: Parecer	407
<i>Kátia Maria Araújo de Oliveira</i>	

Apresentação

O tamanho desta Revista Jurídica, desde a sua publicação inicial, é proporcional à grandeza do Ministério Público do Estado do Amazonas, e o produto que veicula, produção técnico-científica e jurisprudencial, trata de questões não apenas afetas a essa portentosa e importante Instituição mas também aos conflitos e interesses inerentes à sociedade.

A cada edição deste veículo de informação científica, procura-se trazer o enfoque da atual realidade das relações jurídicas verificadas no território nacional, e o Ministério Público, cuja bandeira maior que ostenta é a defesa dos direitos sociais, tem procurado constantemente repensar sua existência e adequar os instrumentos disponíveis para a execução de sua nobre missão, cabendo, aqui, as seguintes palavras do Excelentíssimo Senhor Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, Dr. José Carlos Cosenzo, no texto de apresentação do Livro de Teses do XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: “... *em permanente construção. Pode ser paradoxal, mas em permanente construção e aperfeiçoamento, pois, quando imaginamos estar na fase de acabamento, de retoques finais, novos desafios surgem e nos obrigam a começar a construir novos caminhos. E depois aperfeiçoá-los*”.

O Ministério Público do Amazonas, a exemplo do que ocorre em outros Estados da Federação, também encontra-se imbuído nesse espírito de construção e atualização, o que se reflete em suas publicações informativas e jurídicas, assim como nos eventos que promove para aperfeiçoamento de suas classes de Membros e Servidores, e nas demais ações voltadas para a aproximação dessa Instituição com a comunidade amazonense.

Um exemplo dessa preocupação do *Parquet* amazonense está refletido na recente realização do II Congresso do Ministério

Público Estadual, cuja Carta desse peço licença para transcrever: *“Os integrantes do 2º Congresso do Ministério Público do Estado do Amazonas, por seu presidente, Procurador-Geral de Justiça Dr. Otávio de Souza Gomes, reunidos na cidade de Manaus nos dias 23, 24 e 25 de junho de 2009, ao fim dos trabalhos desenvolvidos e das reflexões em torno do tema “O MINISTÉRIO PÚBLICO QUE QUEREMOS: OTIMIZANDO RESPOSTAS PARA A SOCIEDADE”, PROCLAMAM as seguintes conclusões e propósitos:*

1- O Ministério Público para alcançar resultados em sua atividade-fim deve adotar algumas medidas: a) uma nova cultura organizativa que realce a busca por resultados; b) introdução de um parâmetro analítico apto a rever o desempenho dos objetivos estratégicos e a forma de sua execução; c) inserção de uma nova mentalidade onde o promotor possa perceber que entre as atribuições constitucionais e a lei tem um significativo espaço para definir suas prioridades e criar novos métodos de trabalho; d) estabelecimento de um diálogo institucional interno entre os diversos órgãos (de execução e de administração) com o fim de otimizar a cooperação e os círculos de inovação; e) criação de um núcleo de estudos e pesquisas em eficiência funcional.

2- O processo de definição das prioridades institucionais não pode prescindir da participação da sociedade. O Ministério Público antes de estabelecer as metas prioritárias, precisa auscultar os anseios sociais através dos mecanismos disponíveis.

3- A independência funcional como princípio constitucional de vital importância para a saúde institucional do Ministério Público não pode se converter em irracional atitude corporativa e isolacionista em relação ao contexto sócio-político em que os intercâmbios democráticos se estabelecem entre os diversos órgãos públicos; deve ter como política institucional a busca constante de uma coordenação entre os diversos órgãos públicos para viabilizar e otimizar sua atividade-fim.

4- O Ministério Público amazonense deve assumir

definitivamente um perfil motivador, estimulando seus membros a produzir com eficiência e ativamente. A instituição deve nutrir entre os membros uma série de convicções, sobressaindo-se a certeza de que, quando das movimentações na carreira, o merecimento será reconhecido dentro de critérios objetivos e transparentes.

5- A realização periódica de Congressos, Seminários e Encontros de Debates deve ser integrada na agenda do Ministério Público do Amazonas para viabilizar um contínuo diálogo institucional.

Aos colaboradores desta edição, Vol. 10 - Nº. 1 / 2, 2009, externo a minha gratidão pelo espírito de comprometimento com a nossa evolução institucional, assim como parabenizo pelos excelentes trabalhos apresentados, verdadeiras fontes de consultas auxiliares da promoção e prestação da justiça.

Otávio de Souza Gomes

Procurador-Geral de Justiça do Amazonas



Evandro Lins e Silva

18/01/1912 - 17/12/2002

Homenagem a Evandro Lins e Silva

Maria José Silva de Aquino*

João Gaspar Rodrigues**

Na galeria de homens públicos brasileiros ao longo do século XX, destaca-se a figura de Evandro Lins e Silva: advogado, jurista, jornalista, político, professor, membro do Ministério Público e magistrado da corte suprema. Um autêntico polímata cujas atividades e conhecimentos espalharam-se por uma gama de funções, fazendo dele o merecedor de inúmeras homenagens ao longo de sua vida, bem como póstumas, às quais se acrescenta este singelo encômio.

Nascido no município de Parnaíba, interior do Piauí, no dia 18 de janeiro de 1912, era filho de um magistrado, tendo, desde cedo, bebido das letras jurídicas. Ingressou na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro no início de 1929, tendo concluído o curso quatro anos depois, no final de 1932.

O governo Getúlio Vargas já houvera iniciado em 1930, a princípio com a promessa de uma nova Constituição, mas adiada pelas tendências autocráticas de Vargas, o que foi percebido pelos paulistas que deflagraram a Revolução Constitucionalista de 1932, fortemente reprimida. A Assembléia Constituinte finalmente veio em 1934, mas apenas para ter sua carta rasgada pelo Estado Novo de 1937 e a Constituição “polaca”, de cunho marcadamente autoritário.

O resultado foi a repressão aos dissidentes numa ampla escala. A criação do Tribunal de Segurança Nacional foi o mecanismo de “legitimação” judicial das punições políticas. Lins e Silva, já advogado militante, atuou em defesa de adversários do regime, processados e julgados perante a famigerada Corte. Distinguiu-se pela competência técnica, oratória empolgante e total indistinção na escolha de clientes, os quais tanto podiam ser

* Procuradora de Justiça do Estado do Amazonas.

** Promotor de Justiça do Estado do Amazonas.

comunistas como militantes integralistas (movimento brasileiro criado por Plínio Salgado e inspirado no fascismo italiano).

Sua defesa da democracia e do Estado de Direito não se restringiu aos recintos legais, tendo também se estendido à atividade jornalística (quando a censura permitia) que desempenhou em vários periódicos, como *Diário de Notícias*, *A Batalha*, *A Nação* e *O Jornal*, entre outros.

O fim da ditadura em 1945 foi seguido da Constituição populista de 1946. Na esteira da redemocratização, diversas agremiações políticas foram fundadas. Entre elas, o Partido Socialista Brasileiro, estando Lins e Silva entre seus fundadores no ano de 1947. O PSB foi concebido como uma alternativa ao trabalhismo getulista do PTB (marcado pelo culto de personalidade a Vargas) e o comunismo do PCB (considerado excessivamente autoritário e ideológico). Lins e Silva deixava claro seu compromisso político em prol da esquerda democrática.

Na década de 50, já consagrado, tornou-se professor de História do Direito Penal e Ciência Penitenciária no curso de doutorado da Faculdade de Direito do Estado da Guanabara, tendo assumido a cadeira em 1956 e mantido-a até 1961. Neste meio tempo foi correspondente da Organização das Nações Unidas no Brasil para matéria penal e penitenciária.

Em setembro de 1961, assumiu a função de Procurador-Geral da República, comandando o Ministério Público Federal até janeiro de 1963, quando foi convidado a assumir a chefia da Casa Civil da Presidência sob a presidência de Jânio da Silva Quadros, que pouco tempo depois (junho) o convidou para assumir o posto de Ministro das Relações Exteriores, durante o qual ocorreu o tenso episódio da renúncia de Jânio no final de agosto. Lins e Silva continuaria como chanceler por menos de um mês, tendo, inclusive, representado o Brasil na coroação do Papa Paulo VI em setembro. Neste mesmo mês, já sob a égide de João Goulart, deixou o Ministério das Relações Exteriores para assumir como Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Uma vez dentro do Supremo Tribunal Federal, funcionou como relator e proferiu votos em mais de 5000 processos, tendo participado de dezenas de milhares de julgamentos, vários dos quais foram publicados na Revista Trimestral de Jurisprudência do STF.

Em 1964, com a derrubada de Goulart, instalava-se o governo militar no Brasil, seguindo-se uma onda de cassações e perseguições, tendo Lins e Silva se destacado em sua atuação corajosa no STF, deferindo *habeas corpus* com a prodigalidade e urgência que a situação reinante exigia. Isto, evidentemente, não agradou aos donos do poder, que providenciaram a sua aposentadoria compulsória quando do Ato Institucional nº 5 (o qual restringia severamente os direitos e garantias fundamentais) em dezembro de 1968, tendo Lins e Silva deixado o STF logo depois, em janeiro de 1969.

Voltou às lides advocatícias, participando de julgamentos polêmicos como a defesa de Doca Street e a acusação no processo de *impeachment* contra Fernando Collor de Melo. O caso Doca Street foi particularmente polêmico, pois este fora o assassino confesso de Angela Diniz, tendo Lins e Silva conseguido sua absolvição sob o argumento de legítima defesa da honra (embora Doca Street acabasse sendo condenado em novo júri), o que valeu ao causídico a ira dos movimentos feministas dos anos 70.

Dentre as honrarias recebidas, destaca-se a eleição para a Academia Brasileira de Letras em 1998, para a cadeira nº 1, de Machado de Assis. Além disso, também podemos acrescentar: O Prêmio Medalha Rui Barbosa, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; a Medalha Teixeira de Freitas, do Instituto dos Advogados Brasileiros; o Prêmio Helder Câmara, de Direitos Humanos, conferido pela seccional da Ordem dos Advogados de Pernambuco; e do Prêmio Clóvis Beviláqua, da Ordem dos Advogados do Ceará; a condecoração da Ordem *Equitem Ordinis Piani*, do Vaticano, na coroação do Papa Paulo VI, em 10 de setembro de 1963, quando chefou a delegação

brasileira naquele evento.

Autor de numerosos trabalhos de Direito Penal e Processual Penal, entre outros sobre Legítima Defesa, Culpa Penal, Crimes Políticos, A Liberdade Provisória no Processo Penal, Pena de Morte, Privatização das prisões, etc., publicados em revistas técnicas, jornais e memoriais, além de pareceres e inúmeros arrazoados forenses. Também foi autor dos livros *A Defesa tem a Palavra*, *Arca de Guardados* e *O Salão dos Passos Perdidos*, sua interessante autobiografia na qual declara que sua maior paixão intelectual não fora o Direito, mas sim a Matemática!

Evandro Lins e Silva faleceu no dia 17 de dezembro de 2002 na cidade do Rio de Janeiro.

Outras obras:

O caso do Pavilhão da Gameleira. Em defesa do Professor Joaquim Moreira Cardozo. Memorial apresentado pelo advogado Evandro Lins e Silva. Belo Horizonte, 1974. Rio de Janeiro, Instituto dos Arquitetos do Brasil, 1974.

Pena de morte. Separata da Revista Forense, vol. 314.

A liberdade provisória no Processo Penal. Rio de Janeiro, 1974.

O "habeas-corpus". Monografia publicada na Revista Jurídica LEMI, n.150, maio de 1980.

A defesa tem a palavra (O caso Doca Street e algumas considerações). 3ª edição, Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991.

De Beccaria a Filippo Gramática (Uma visão global da história da pena). 1991.

Arca de guardados. Vultos e momentos nos caminhos da vida. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1995.

O salão dos passos perdidos. Depoimento ao CPDOC. Entrevista e notas de Marly Mota, Verena Alberti e Dora Rocha. Rio de Janeiro: Nova Fronteira / Ed. FGV, 1997.

Em honra de Barbosa Lima Sobrinho. Comemoração de seu centenário, sessão especial de 26/01/1997. Discurso de Evandro Lins e Silva e outros. Rio de Janeiro, 1998.

Doutrina

A discricionariedade administrativa decorrente de conceitos jurídicos indeterminados no direito pátrio

Marcelo Pires Soares*

Sumário: 1 Introdução. 2 Discricionariedade e vinculação. 3 Conceitos indeterminados. 4 A celeuma da doutrina nacional. 4.1 Primeira corrente: a inexistência de discricionariedade em conceitos jurídicos indeterminados. 4.2 Segunda corrente: os conceitos jurídicos indeterminados como causa de discricionariedade. 5 A indeterminação dos conceitos jurídicos como causa da discricionariedade administrativa. 5.1 A imprecisão da linguagem. 5.2 Interpretação *versus* discricionariedade. 5.3 Técnica legislativa de abertura das normas jurídicas. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: Tece considerações acerca da existência de discricionariedade administrativa no âmbito de normas jurídicas imprecisas. Depois de breves notas sobre o Poder discricionário e a concepção humana, são desenvolvidas as duas correntes divergentes da doutrina nacional. A primeira, conduzida por Eros Roberto Grau, defende que a discricionariedade deriva somente de expressa atribuição legal. Já a segunda, proposta por Celso Antonio Bandeira de Mello, vai além e a reconhece também diante de conceitos indeterminados dispostos na lei. Realizadas as reflexões necessárias, impende aceitar tais incertezas como causas da manifestação discricionária do administrador público, mitigando o controle judicial.

Palavras-chave: Administração Pública. Discricionariedade. Conceitos indeterminados. Interpretação.

1 Introdução

A Administração Pública, ao aplicar a lei, não raro se defronta com palavras ou expressões que, em razão de

* Agente Técnico - Função Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela mesma Instituição

seus limites de cognição pouco precisos, revelam conceitos indeterminados¹, alvo de inúmeras dúvidas.

É natural a norma jurídica trazer em seu texto tais conceitos. O legislador não tem possibilidade de definir desde logo a sua inteira abrangência, pois, para fazê-lo, encontra dificuldades de ordem lógica, física e até jurídica. Cumpre à lei ser genérica, não podendo individualizar os seus destinatários, ora pela inviabilidade material em disciplinar todas as hipóteses concretas ou lógica de suprimi-las, ora sob pena de violar a separação dos Poderes.

Diante desse quadro normativo, a doutrina nacional tem questionado a possibilidade de o administrador público, no exercício de seu poder discricionário, apreciar e completar esses conceitos jurídicos indeterminados.

2 Discricionariedade e vinculação

A legalidade não se apresenta da mesma forma para o administrador e o administrado. O campo de atuação do particular é bem mais amplo do que o da Administração. Aquele pode fazer tudo o que a lei não proíbe, já esta, somente o que ela permite. Reduzindo isto a fórmulas, pode-se dizer que o particular deve cumprir apenas uma equação de não-contradição e a administração, além de não contrariar a lei, deve atender a uma relação de subsunção.

“A lei sempre e inexoravelmente cria um quadro dotado de objetividade dentro no qual se movem os sujeitos de direito” (MELLO, 2003b, p. 820) e, de acordo com o caso concreto, este quadro varia de intensidade.

Existem situações em que o legislador disciplinou todos os elementos do ato administrativo, não restando ao administrador qualquer margem de apreciação subjetiva. Diz-se, então, ser a

¹ Muitos são os sinônimos para a expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, dentre estes, destacam-se “normas jurídicas abertas”, “conceitos vagos”, “conceitos imprecisos” e “regras legais abertas”.

atuação administrativa vinculada. Em outras ocasiões somente alguns elementos foram disciplinados, cabendo ao subjetivismo do administrador preencher o campo de indeterminação da norma para satisfazer a sua finalidade. Trata-se da atuação discricionária.

A discricionariedade ocorre quando o regramento legal não define todos os aspectos da atuação administrativa, deixando margens de liberdade consoante o caso concreto, de modo que a autoridade poderá optar por uma dentre duas ou mais hipóteses razoáveis e válidas perante o Direito. Na discricionariedade, o legislador *concedeu* ao administrador espaços à formulação de juízos subjetivos.

Disso se extrai a seguinte linha de raciocínio: a discricionariedade localiza-se na própria lei, pois decorre de sua disciplina e não de sua ausência, logo, invariavelmente, depende dela e, por isso, considera-se relativa. O poder discricionário é, portanto, liberdade dentro de limites legais.

Entretanto, saliente-se que discricionariedade não é situação inversa à vinculação. Na verdade, são noções que se complementam. A discricionariedade não se mostra de maneira absoluta e única, pelo contrário, ela sempre aparece acompanhada da vinculação. Isso se justifica no fato de a discricionariedade e a vinculação não estarem ligadas à noção de ato e sim à de competência administrativa.

3 Conceitos indeterminados

O conceito resulta de operação intelectual humana de delimitação do campo de compreensão quanto a certo objeto, pessoa ou fato. Por meio dessa faculdade mental, o homem define os confins de seu pensamento e atribui uma noção a certa realidade. O conceito é o pensamento com *limites* fixados pela concepção, exteriorizado por palavras ou expressões (MORAES, 2004, p. 62).

De fato, em virtude da imprecisão que pode acometer esses limites, o conceito pode revestir-se de indeterminação ou ambigüidade e, por via de consequência, admitir várias soluções como corretas ao caso concreto.

Com base nos limites que venham a ser traçados ao pensamento humano, o conceito classifica-se em determinado ou indeterminado, de modo que a diferença entre eles decorre de grau de imprecisão com o qual se designa a realidade, levando-se em consideração um critério quantitativo.

A imprecisão tem origem na extensão ou conteúdo do conceito e não em sua qualidade. Caracteriza-se um conceito como indeterminado a partir do momento em que se desconhecem as fronteiras de seu campo de compreensão, ou melhor, quando restam dúvidas sobre qual solução é a mais adequada.

Certo conceito não é determinado ou indeterminado porque assim se quis *a priori* com uma simples tipologia, mas em razão do exame do caso concreto diante das soluções propostas. Somente o caso concreto é capaz de firmar se há ou não imprecisão no conceito, bem como delimitar o seu campo de abrangência.

4 A celeuma da doutrina nacional

Pode a administração, frente a conceitos como “calamidade pública”, “caso fortuito”, “urgência” e “necessidade”, colmatá-los de forma discricionária? Na solução dessas incertezas, há de prevalecer a interpretação do juiz sobre a discricionariedade do administrador?

A doutrina nacional não é unânime ao responder essas indagações e se divide em duas correntes. A primeira defende a inexistência de discricionariedade, já a outra pugna pela sua presença em certos conceitos. A problemática ora proposta,

contudo, não se restringe a meros debates doutrinários. Eminentes Cortes do País já se posicionaram contrários à manifestação discricionária do administrador na apreciação e complemento dessas normas jurídicas abertas.

4.1 Primeira corrente: A inexistência de discricionariedade em conceitos jurídicos indeterminados

Defende essa corrente, cujo principal expoente é Eros Roberto Grau, que o Poder discricionário não decorre como consequência natural de conceitos plurissignificativos, mas somente de expressa previsão legal. É a atuação discricionária restrita aos comandos taxativos da norma, que concede ao administrador a faculdade de escolher entre duas medidas jurídicas. Os conceitos jurídicos indeterminados, vinculados à interpretação do órgão judicial, e a discricionariedade são tratados como realidades opostas.

Sob o argumento da necessidade de restauração da legalidade, que se encontra fragilizada no Direito Administrativo pátrio pela introdução de “autêntico cavalo de Tróia”, a discricionariedade, Eros Grau (2005, p. 195) fundamenta a sua posição na diferença entre os juízos de legalidade e de oportunidade.

A complementação dos conceitos jurídicos indeterminados importa um juízo de legalidade, controlável de forma plena pelo Poder Judiciário, não restando espaço algum ao administrador. Já a discricionariedade deriva da formulação de um juízo de oportunidade, expressamente atribuído pelo legislador e parcialmente revisável. Desse modo, salvo as hipóteses *explícitas* de atribuição discricionária, a Administração Pública sempre estará subordinada à interpretação judicial e à estrita legalidade, ainda que diante de normas imprecisas².

² Saliente-se que Eros Grau não ignora a existência do Poder Discricionário. Na verdade, ele restringe o seu campo de atuação aos comandos da norma, de modo que não se possa identificá-lo na apreciação de conceitos vagos.

A interpretação, desprovida de qualquer margem de liberdade ao administrador e fundada num juízo de legalidade, encontra-se em situação diametralmente oposta à discricionariedade, de verdadeira vinculação. Tratam-se de mecanismos inconciliáveis. Ao administrador compete apenas extrair o sentido da lei tal como faria o magistrado, adotando a mesma solução ao caso concreto.

Isso se justifica na circunstância de ser a interpretação capaz de sinalizar a única resposta correta. A discricionariedade conduz o aplicador a várias soluções legítimas, enquanto a interpretação procura e só aceita uma. Esta parte de dados objetivos e concretos, enquanto aquela surge diante da ausência destes elementos. O processo interpretativo tem capacidade de precisar a solução mais adequada à norma abstrata, de forma a eliminar todas as dúvidas possíveis.

Assim, se a interpretação judicial pode dizer qual a melhor solução ao caso, remanesce ao administrador apenas acatá-la, afastando sua apreciação subjetiva.

De mais a mais, cabe destacar que, sob direção de Eros Grau, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n. 24.699-9/Distrito Federal³, posicionou-se favorável a essa corrente. Por sua vez, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão em Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 4.053/Rio Grande do Sul⁴, também admitiu a inexistência de manifestação discricionária no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados.

Essa corrente, com o propósito de separar a discricionariedade administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, circunscreve-a às hipóteses taxativamente previstas na lei. Fora dessas, sobra ao administrador apenas uma atuação vinculada, na qual se inserem os conceitos jurídicos

3 Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Recurso em Mandado de Segurança n. 24699-9/Distrito Federal, relator Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 30 nov. 2004 e publicado no Diário da Justiça de 01 jul. 2005, p. 56.

4 Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar n. 4053/Rio Grande do Sul, relator Ministro Paulo Medina, julgado em 28 ago. 2001 e publicado no Diário da Justiça de 12 nov. 2001, p. 130.

indeterminados, plenamente sindicáveis pelo juiz por meio de processo interpretativo, simples intelecção, sem qualquer elemento volitivo.

4.2 Segunda Corrente: Os conceitos jurídicos indeterminados como causa de discricionariedade

Em postura contrária, fração da doutrina nacional admite a discricionariedade administrativa na apreciação e aplicação de conceitos imprecisos existentes na norma jurídica.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello (2003a, p.18-20), insigne expoente desse pensamento, a discricionariedade pode *decorrer* de conceitos vagos contidos na hipótese (motivos do ato) e na finalidade da norma jurídica, além de seu comando. Em outros termos, a imprecisão dos conceitos jurídicos configura causa principal da manifestação discricionária da administração.

Argumenta o ilustre professor que mesmo submetidos a um criterioso processo interpretativo, muitas vezes, restam nesses conceitos campos de incerteza, que somente serão preenchidos pela vontade do administrador. A interpretação não prejudica a discricionariedade, pois apenas lhe reconhece os limites. Ela não invade o mérito administrativo, pelo contrário, estabelece eventuais significações possíveis diante do contexto da norma, aprofundando-se até onde as dúvidas não podem mais ser vencidas.

A discricionariedade restringe-se aos campos em que os questionamentos quanto à extensão do conceito ou sobre a vontade legal são insolúveis, visto a interpretação não elidir todas as dúvidas que porventura possam surgir, cabendo à administração, mediante juízo valorativo, concretizar a norma positiva. Assim, segundo Gonçalves Pereira (apud MELLO, 2003b, p. 830), “a discricionariedade começa onde acaba a interpretação”.

Ademais, ainda que a interpretação e a discricionariedade sejam compreendidas como institutos diversos, as suas conseqüências para o mundo jurídico são idênticas. As duas viabilizam a aplicação da lei ao completarem conceitos jurídicos indeterminados. Se elas dispõem dos mesmos efeitos, não sobra razão para impedir a atuação de uma só. Para essa corrente, a distinção entre discricionariedade e interpretação não tem suporte lógico. Por terem efeitos iguais, separá-las é criar diferenças onde não existe.

No entanto, nem todos os conceitos indeterminados admitem a manifestação discricionária. Por esta razão, Celso Bandeira de Mello (2003b, p. 825) passa a dividir os conceitos indeterminados em duas categorias: os derivados do plano das ciências, que, por comporem-se de valores teóricos, são unissignificativos e os atinentes ao mundo da razão prática, da sensibilidade, que são plurissignificativos, dotados de certa fluidez ou incerteza. Nestes últimos haveria discricionariedade, naqueles, mera vinculação.

Nesse ponto, saliente-se que o referido autor não se apresenta sozinho. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 132), perfilhando entendimento semelhante, argumenta que, ao contrário dos conceitos de experiência, há discricionariedade nos de valor ou de sensibilidade. Embora não se trate de uma liberdade total, sem quaisquer limites, estes últimos admitem mais de uma solução correta, isenta de apreciação pelo Judiciário.

Tal corrente objetiva conciliar a autonomia do administrador público com a garantia da inafastabilidade da tutela judicial. Sua posição busca examinar a realidade fática do ordenamento legal, na medida em que nem todos os conceitos estão sob o jugo da vinculação. Para ela, alguns conceitos indeterminados admitem a manifestação discricionária administrativa e obstaculizam o controle judicial.

5 A indeterminação dos conceitos jurídicos como causa da discricionariedade administrativa

Não há como tolerar uma rígida separação entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados. Segundo os argumentos a seguir alinhavados, o poder discricionário pode *decorrer* de concepções fluidas constantes da lei, e não somente de hipóteses de expressa atribuição.

De início, frente ao quadro evolutivo do Direito germânico, não se pode sustentar que a doutrina nacional defensora da distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade seja de vanguarda. Pelo contrário, esse entendimento, com o fim de rechaçar a legítima atividade discricionária da Administração Pública no âmbito de normas jurídicas abertas, utiliza-se de argumentos equivocados e já superados pelos autores alemães.

A teoria da “univocidade”, desenvolvida por Friedrich Tezner, não mais prevalece na Alemanha⁵. Hoje as teorias da “margem de livre apreciação” e da “sustentabilidade”, elaboradas, respectivamente, por Otto Bachof⁶ e Carl Hermann Ule⁷, comprovam diante da realidade fática a impossibilidade de se separarem esses dois fenômenos em planos estanques.

5 Tezner (apud MORAES, 2004, p. 71), em sentido contrário à teoria da “multivalência” de Edmund Bernatizik, entendia que os conceitos imprecisos utilizados pelo legislador não significavam outorga de discricionariedade, mas verdadeiro campo de vinculação da administração pública, visto que apenas o Poder Judiciário, com sua imparcialidade e conhecimentos técnicos, tinha condições de encontrar a única solução certa ao caso concreto. Para Tezner, qualquer comportamento da administração representaria a atuação de uma norma precisa ou precisável e, por esta razão, controlável judicialmente.

6 Para Otto Bachof (apud MORAES, 2004, p. 73), a “margem de apreciação” trata-se de uma área dentro da qual se reserva à administração a liberdade na compreensão e aplicação dos pressupostos de sua conduta. Indica Bachof haver um juízo de prognose concedido ao administrador na apreciação de alguns conceitos indeterminados, tal como se mostra nas decisões acerca de planejamento administrativo e critérios de avaliação de desempenho de seus subordinados.

7 Consoante Mauer (2001, p. 57), Carl Hermann Ule, com sua doutrina “da sustentabilidade”, proclama que os conceitos jurídicos indeterminados comportam uma série de decisões “sustentáveis”, em virtude de admitirem diversas avaliações. Fundamenta-se tal pensamento na existência de “um âmbito de pluridimensionalidade entre a discricionariedade e a vinculação, ou seja, um terceiro espaço de relativa vinculação e relativa liberdade” (TOURINHO, 2004, p. 42).

5.1 A imprecisão da linguagem

O Direito, como ciência da conduta humana, expressa-se por meio de uma linguagem natural, inteligível a todos os seus destinatários, e não somente aos técnicos jurídicos. As normas devem atingir as relações privadas, a esfera íntima de cada particular pertencente a certa ordem jurídica, o qual deve apreender-lhe o conteúdo para que seja possível o seu cumprimento. Por esse motivo, as normas jurídicas acabam por incorporar toda imprecisão e ambigüidade dos conceitos existentes na linguagem do dia-a-dia.

Estas dificuldades da linguagem humana acabam por influenciar a densidade das normas jurídicas. O modo como o indivíduo compreende a realidade, muitas vezes, ocasiona a maior ou menor intensidade do regramento legal no qual está inserido. Conforme o conceito enquadre-se numa zona de certeza ou de penumbra, há diferentes graus de vinculação e, por conseguinte, resta alguma margem de apreciação subjetiva ao administrador público.

5.2 Interpretação *versus* discricionariedade

Para aqueles que defendem a inexistência de discricionariedade em conceitos jurídicos indeterminados, a interpretação mostra-se como único mecanismo hábil para solver toda incerteza da norma jurídica. Todavia, essa teoria extremada deve ser afastada. É evidente a existência de discricionariedade administrativa em certos conceitos, os quais somente por meio da vontade do administrador terão o seu alcance realmente definidos.

A interpretação não se restringe a um simples processo “intelectivo”, plenamente controlável. Diante de dados conceitos indeterminados, é impossível uma atitude meramente cognitiva,

de simples extração de significados; o que ocorre é uma integração ou “complementação”. Há a necessidade de uma capacidade criativa do intérprete, expressa em seus elementos volitivos.

“Todo ato de interpretação jurídica possui características construtivas e criativas, não havendo somente uma subsunção lógica mecânica” (KRELL, 2004b, p. 203). A interpretação cognoscitiva combina-se, necessariamente, com um ato volitivo. Ao interpretar a lei, em dado limite, pode-se dispor de vontade e, por conseguinte, de discricionariedade.

5.3 Técnica legislativa de abertura das normas jurídicas

Se o legislador não quis ou deixou de disciplinar em sua plenitude a atuação do administrador público, é porque a este atribuiu a possibilidade de complementar a norma legal. O emprego de conceitos indeterminados não é simples acaso, tampouco erro do legislador, mas sim sua intenção acertada de ver a lei preenchida pelo administrador. A omissão da lei é proposital e não falha de seu elaborador.

Mais adequado, portanto, mostra-se ter os conceitos jurídicos indeterminados como “técnica legislativa de abertura das normas jurídicas” (KRELL, 2004a, p. 35), carecedoras de complementação, de modo que o Poder Judiciário, ao apreciá-las, não pode substituir a administração pública sob a alegação de equívoco legislativo.

Certo é que a separação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade ceifa a autonomia da administração pública, pois de forma evidente faz substituir a sua atividade pela do magistrado. Essa rigidez é incompatível com a realidade prática, na qual sempre se deve garantir uma margem de flexibilidade ao poder decisório do administrador, a custo de enrijecer e impedir a sua ação.

6 Conclusão

Fixar a linha divisória entre discricionariedade administrativa e vinculação sempre foi tarefa difícil. Os reflexos constitucionais no regime tripartido de poder e na infastabilidade da tutela jurisdicional revelam a sutileza da questão, bem como a cautela de que o aplicador da lei deve se revestir na hora de estudar o tema. Nesse campo minado, insere-se justamente a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados que, responsável por desenvolver uma nova perspectiva de análise da discricionariedade, instaurou um grande debate no Direito pátrio.

Em que pesem os argumentos da corrente contrária ao Poder discricionário na apreciação de conceitos indeterminados, não se pode sustentar tamanho rigorismo. Não há como se circunscrever a discricionariedade às previsões taxativas do legislador. A sua atuação vai além e configura mecanismo de preenchimento de incertezas jurídicas. Em suma, a discricionariedade é campo de liberdade decisória remanescente ao administrador público em razão de *conceitos imprecisos contidos na lei* ou de expressa atribuição de seus comandos.

Abstract: It discusses the existence of administrative discretionarity under imprecise juridical rules. After some brief notes on the Discretionary Power and human conception, two opposite views about National Doctrine are developed. The first one, driven by Eros Roberto Grau, defends that discretionarity derives only from the express legal attribution, whereas the second one, proposed by Celso Antonio Bandeira de Mello, goes beyond it and recognizes it before the undetermined concepts of Law. Once the necessary reflections are made it is imminent to accept such uncertainties as causes of discretionary manifestation by the public administrator, thus mitigating judicial review.

Keywords: Public Administration. Discretionarity. Undetermined concepts. Interpretation.

Referências

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.
- KRELL, Andréa J. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- _____. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5.ª Região*. Recife, n. 8, p. 177-224, 2004.
- MAURER, Hartmut; HECK, Luís Afonso (trad.). *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAES, Germana de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- POLTRONIERI, Renato. *Discricionariedade dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa. Ação de improbidade e controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004.

A eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro

*Fernanda Cavalcante da Costa**

Sumário: 1 Introdução. 2 Eutanásia – a evolução do conceito. 2.1 Eutanásia ritualizada. 2.2 Eutanásia medicalizada. 2.3 Eutanásia autônoma. 3 Espécies de eutanásia. 3.1 Eutanásia quanto ao modo de atuação do agente. 3.2 Eutanásia quanto à intenção do agente: a eutanásia de duplo efeito. 3.3 Eutanásia quanto à vontade do doente. 3.4 Eutanásia quanto à finalidade do agente: a classificação de Jimenes de Asúa. 4 Conceitos relacionados. 4.1 Suicídio assistido. 5 Eutanásia no Direito Penal brasileiro. 5.1 Eutanásia como homicídio privilegiado. 5.2 Distinção entre homicídio por omissão, eutanásia passiva, ortotanásia e omissão de socorro. 5.3 O consentimento do ofendido na eutanásia. 5.4 Argumentos jurídico-penais para a eutanásia. 5.5 A Resolução 1.806/06 do Conselho Federal de Medicina. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: A problemática envolvendo a eutanásia abarca, a toda evidência, valores éticos, morais, religiosos e jurídicos. Analisando-a apenas sob o ponto de vista jurídico, seria a eutanásia, para o ordenamento jurídico brasileiro, um crime, tipificado no nosso Código Penal como homicídio privilegiado pelo relevante valor moral. Verifica-se, entretanto, que em alguns países a prática da eutanásia já foi legalizada, abrindo possibilidade para que o paciente decida sobre sua própria morte. Sendo certo que a sociedade está em constante mutação, também as legislações deveriam ser modernizadas, a fim de melhor se adequarem à realidade dos casos concretos, o que acabaria por tornar as soluções mais justas.

Palavras-chave: Descriminalização. Eutanásia. Legalização.

1 Introdução

Apesar de o homem ser um ser para a morte, ele é também um ser contra ela. Ele se rebela por completo contra a perspectiva

*Agente de Apoio Administrativo do Quadro de Pessoal Efetivo do Ministério Público do Estado do Amazonas; Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM; Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.

de seu próprio desaparecimento. As sociedades dedicam a esse fim significativos recursos, se esforçando, sobretudo, para adiar a morte por meio da ciência e da técnica.

Sem dúvida, chegamos a aumentar a duração da vida humana, a preservá-la e a curá-la de muitas doenças, entretanto, na Medicina, existem quadros clínicos irreversíveis em que o paciente, muitas vezes, passando por terríveis dores e sofrimentos, almeja a antecipação da morte como forma de se livrar do padecimento que se torna viver. Afinal, a vida não pode se transformar em dever de sofrimento. A antecipação da morte não só atende aos interesses do paciente de morrer com dignidade, como dá efetividade ao princípio da autodeterminação da pessoa em decidir sobre sua própria morte. A essa antecipação da morte dá-se o nome de “eutanásia”.

Todos os dias pessoas em perfeito estado de consciência mental imploram que lhes seja permitido morrer. Muitas vezes, pedem para que outros lhes proporcionem a morte.

Os debates atuais sobre a eutanásia se vinculam com a preocupação de evitar uma morte ruim. A eutanásia, em nossa época, assumiu um sentido mais restrito, evocando algumas intervenções destinadas a interromper uma vida.

Não obstante a prática da eutanásia seja milenar, nunca se encontrou fórmula interpretativa conciliatória sobre o tema, tanto no campo jurídico, quanto no ético e no religioso. Junto com o aumento do debate, inúmeros conceitos ligados ao tema vêm à tona: fala-se em eutanásia ativa, eutanásia passiva, ortotanásia, distanásia, mistanásia, suicídio assistido, dentre outros, cada qual com suas especificidades, como será abordado no trabalho.

No Brasil, a eutanásia é conduta típica, jurídica e culpável; constitui homicídio, embora privilegiado. No Direito Brasileiro é indiferente, para qualificação jurídica da conduta, que o paciente tenha dado seu consentimento ou mesmo implorado pela medida, posto que não é propriamente o consentimento da vítima o importante, mas sim o relevante valor moral, a piedade,

o impulso altruístico, que justificam a atenuação da pena.

Ademais, a eutanásia difere da vontade de abreviar a existência por meio de suicídio pelo fato de que o ato mortal é cometido por outra pessoa. Distingue-se igualmente de outras formas de homicídio em virtude de a decisão de privar alguém da vida justificar-se pela intenção de lhe proporcionar uma boa morte, encarada como uma morte pontual e sem sofrimentos.

Acreditamos que os exemplos estrangeiros de descriminalização são instrutivos. Contribuem para esclarecer os termos de um debate paradoxal em vários aspectos, razão pela qual a prática eutanásica de alguns países também foi abordada.

O que se pretende neste ensaio acadêmico, sem evidentemente exaurir o tema e sem nenhuma intenção docente, é discutir questão ainda obscura em nossa sociedade, com seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

Também, de forma proposital, não se fez nenhuma incursão sobre questões de cunho religioso, éticos e ideológicos acerca do tema, preferindo-se imprimir no desenvolvimento do trabalho o enfoque meramente jurídico.

Não se tem, aqui, como já se disse, a pretensão de trazer respostas últimas sobre a questão, a qual se destina à atividade dos tribunais, mas mostrar como o direito de morrer vem sendo analisado. Tem-se, ainda, a esperança de que o indivíduo possa, um dia, alcançar o direito de morrer a própria morte, como aspecto inarredável dos mais elementares fundamentos dos direitos humanos. Acredita-se que a vida só deve prevalecer como direito fundamental oponível *erga omnes*, enquanto for possível se viver bem.

2 Eutanásia – a evolução do conceito

A ligação do ser humano com a morte tem se mostrado extremamente mutável ao longo da história humana.

Reflexamente, altera-se também a interpretação moral, social e jurídica conferida à situação em que o indivíduo, geralmente o médico, vem a interferir no momento da morte, em nome do bem-estar do paciente, a fim de libertá-lo de um estado de dor e sofrimento. A essa prática se chama, genericamente, eutanásia.

Diego Gracia¹ distingue três épocas ao longo da história da eutanásia: a eutanásia ritualizada, a medicalizada e a autônoma.

2.1 Eutanásia ritualizada

No contexto medieval, a morte era cercada de sacralidade. A vontade divina e a sorte governavam os destinos humanos. Não havia técnicas para intervir sobre esses fatores.

Dá-se à palavra “eutanásia” seu sentido originário, sugerindo uma morte suave, sem maiores dores ou padecimentos, não fundamentalmente provocada, e por todos desejada como ideal de encerrar a vida.

Leo Pessini² afirma que existia uma ritualização do fato da morte. Os grandes acontecimentos da existência humana – nascimento, puberdade, matrimônio e morte – são fatos que vão além do seu mero significado biológico; são acontecimentos culturais ritualizados pela sociedade.

2.2 Eutanásia medicalizada

A partir do séc. XVI, inicia-se uma mudança: o homem e seus processos fisiológicos passam a ser submetidos à investigação da ciência, dando a ele a capacidade de manipular a natureza, alterando o fluxo natural das coisas de acordo com sua vontade. Nasce, então, a eutanásia medicalizada, que se estende desde a Grécia Antiga até a Segunda Guerra Mundial³.

Francis Bacon é o primeiro a falar do dever da medicina

1 GRACIA, Diego. História de la eutanásia. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1990, p. 13-20.

2 PESSINI, Leo. Eutanásia. Por que abreviar a vida? São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 104.

3 Bacon apud PESSINI, Leo. op. cit., p.43.

de prolongar a vida como o novo dever dos médicos, ao lado das funções de preservação da saúde e cura das doenças. Segundo o autor, a eutanásia é a mais nobre das funções médicas, posto que alivia o sofrimento, colocando nas mãos do médico apressar ou não a morte ⁴.

O termo eutanásia foi criado pelo filósofo inglês supracitado em 1623 no bojo da obra de sua autoria intitulada *Historia vitae et mortis* ⁵. Deriva do grego *eu* (boa), *thanatos* (morte), podendo ser traduzido como boa morte, morte apropriada, morte piedosa, morte benéfica. ⁶

A partir de F. Bacon, portanto, a palavra “eutanásia” adquire um novo sentido: já não se relaciona somente ao sentido etimológico grego, mas possui também o sentido de “prestar atenção em como o moribundo pode deixar a vida mais fácil e silenciosamente”.

Percebe-se, portanto, que o conceito de morte do princípio da Idade Moderna pressupõe a capacidade do homem de intervir sobre as leis da natureza; consistia numa morte acompanhada de medicamentos, sem sofrimento.

Nos séculos XVII e XVIII, os médicos passam a substituir os padres, o que revela o embrião da morte laica do século XX. No fim do século XVIII, o interesse do médico se desloca do doente para a doença. A separação do corpo e da alma transforma o corpo em objeto isolado de conhecimento, passível de ser observado de maneira fria, razão pela qual os conhecimentos de anatomia se desenvolveram especialmente nessa época. A dessacralização da morte é, sobretudo, sentida no corpo, que, deixando de ser algo sagrado e, portanto, intocável, tornando-se objeto de pesquisa e estudo ⁷.

Nos dizeres de Maria Freire de Sá⁸: “A eutanásia é a conduta,

4 Bacon apud PESSINI, Leo. op. cit., p. 105.

5 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19.

6 SÁ, Maria de Fátima Freire de. Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 38.

7 PESSINI, Leo. op. cit., p. 44-46.

8 SÁ, Maria de Fátima Freire de. op. cit., p. 39.

por meio da ação ou omissão do médico, que emprega ou omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.”

É aquele ato em virtude do qual uma pessoa dá morte a outra, enferma e parecendo incurável, ou a seres acidentados que padecem dores cruéis, a seu rogo ou requerimento e sob impulsos de exacerbado sentimento de piedade e humanidade.⁹

Dando um salto na história, em 1902, Nobel teria proposto a um ministro italiano a criação e estabelecimentos onde seriam asfixiados sem dor, por meio de um gás de sua invenção, os enfermos que manifestassem o desejo de morrer, após avaliado seu prognóstico por um médico local.¹⁰ Cita-se também, o “programa de eutanásia nazista”, ato final que se iniciou em 1933 com a promulgação da Lei para a Prevenção das Enfermidades Hereditárias, que, apesar dessa nomenclatura, consistia em franca arbitrariedade ao promover a morte indiscriminada de portadores de deficiência físicas ou mentais. Em 1939 foram esterilizadas 375.000 pessoas.

2.3 Eutanásia autônoma

De acordo com Diego Gracia, o que marca a eutanásia autônoma é o protagonismo do enfermo e sua capacidade de decisão sobre o seu destino, posto que, anteriormente, eram outros que decidiam por ele: no início da história os pais e os responsáveis sociais, e, mais tarde, o médico passou a deliberar sobre o assunto.

Atualmente, a discussão se centra nos direitos dos enfermos de decidirem sobre o seu morrer. É a consubstanciação do princípio da autonomia, o direito de cada um à própria morte.

Nesse sentido, ganha monta a valorização do princípio

9 PINAN Y MALVAR apud BIZATTO, José Idelfonso. Eutanásia e responsabilidade médica. Porto Alegre: Sagra, 1990, p. 10.

10 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Transplante de Órgãos e Eutanásia: liberdade e responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 217.

da dignidade da pessoa, de que está imbuída relevante maioria dos textos constitucionais ocidentais contemporâneos, realimentando discussões acerca dos limites das decisões envolvendo vida e morte de pessoas enfermas e ensejando o redimensionamento da tutela jurídica aos direitos desses indivíduos. A eutanásia ganhou diferentes nuances que o Direito deve bem compreender e avaliar, a fim de lidar adequadamente com as novas demandas sociais relacionadas ao importante fato jurídico que é a morte.

3 Espécies de eutanásia

A generalização da aceitação da eutanásia é algo arriscado, posto que pode dar margem a abusos, a pressões sociais sobre o moribundo, a interesses outros, camuflados sob a piedade. Daí a importância de se distinguirem as espécies de eutanásia e de condutas paralelas à eutanásia, para saber quais delas devem ser acolhidas pelo Direito e quais devem continuar sendo reprimidas.

A classificação da eutanásia é relevante na medida em que auxilia no esclarecimento da conduta do agente, razão pela qual se torna imprescindível conhecê-las.

3.1 Eutanásia quanto ao modo de atuação do agente

Essa classificação diz respeito à forma de atuação do agente (ou ao modo de execução) e divide a eutanásia em ativa, quando decorrente de uma conduta positiva, comissiva; e passiva, quando o resultado da morte é obtido a partir de uma conduta omissiva.

Ressalte-se que as condutas médicas restritivas não devem ser confundidas com a eutanásia passiva. Esta tem por objetivo promover a morte, pondo fim aos sofrimentos; nas condutas médicas restritivas, o desejo não é o de matar, mas de não

prolongar indevidamente a situação de esgotamento físico, o que caracteriza a ortotanásia.

Observa-se, entretanto, que alguns autores, dentre eles Maria de Fátima Freire de Sá e Euclides Antônio dos Santos Filho, que tratam as expressões “eutanásia passiva” e “ortotanásia” como sinônimos, o que, a nosso ver, consubstancia um grande equívoco ante as conseqüências disso decorrentes.

Tal distinção tem relevância na medida em que responde pela diferença de tratamento jurídico proposto: a licitude a ortotanásia e a ilicitude da eutanásia. É comum que, todavia, com a intenção de defender a discriminação da ortotanásia, termine-se por defender que a eutanásia passiva seja considerada lícita. Decisões de não-tratamento, de omissão ou de suspensão de suporte vital fútil não são nem devem ser considerados atos de eutanásia, mas de exercício médico regular. Daí a preferência pela expressão condutas médicas restritivas para indicar atos de ortotanásia, em vez de equipará-los à chamada eutanásia passiva, negativa ou por omissão, que, juntamente com a forma ativa, abreviam propositadamente a vida do paciente.

A ortotanásia consiste na morte a seu tempo, sem abreviação do período vital; é a morte correta, mediante abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário e desproporcional, ante a iminência da morte do paciente, morte esta que não se busca, nem se provoca. Nesses termos as condutas ortotanásicas diferem amplamente da eutanásia passiva, pois nesta ocorre a provocação da morte do doente terminal por meio da omissão quanto aos cuidados “paliativos ordinários e proporcionais” que evitariam seu passamento.¹¹

Na lição de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos a única hipótese que justifica da denominação de ortotanásia é aquela em que o enfermo já se acha inserido num processo marcado pela irreversibilidade da chegada da morte. Nesse caso, em seu

¹¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 27-28.

entendimento “o auxílio médico à morte será lícito sempre que operado sem encurtamento o período natural de vida”.¹²

Por fim, vale ressaltar que há quem subdivida a eutanásia ativa em direta e indireta, de acordo com o fim almejado pelo agente. A eutanásia ativa direta seria aquela que tem em mira a diminuição do lapso temporal de vida do enfermo por meio de “atos positivos” que o auxiliam a morrer. Enquanto que a eutanásia passiva indireta destina-se a diminuir o sofrimento do paciente, mas sem ter em foco a eliminação da vida, a qual decorre como consequência inevitável.¹³ Fala-se aqui da chamada “Doutrina de Duplo Efeito”, estudada no próximo tópico.

3.2 Eutanásia quanto à intenção do agente. A eutanásia de duplo efeito

Há casos em que o paciente sofre dores lancinantes, somente controláveis com elevadas doses de analgésicos e sedativos. Nesses pacientes, a dose terapêutica, isto é, a dose necessária para a redução da dor, aproxima-se cada vez mais da dose que leva à morte (por paralisação do aparelho respiratório, por exemplo). Acrescente-se a esse risco o fato de que o uso freqüente dessas medicações enfraquece o organismo, além de reduzir a consciência do paciente durante o tratamento.

Fala-se em eutanásia de duplo efeito quando a dose utilizada com o fito de dar conforto ao paciente termina por apressar-lhe a morte, embora a intenção fosse apenas minorar o sofrimento. Note-se que a intenção do agente é livrar o doente da dor, sem tirar-lhe a vida. Ocorre, entretanto, que, por se tratar de altas doses de medicação analgésica, esta vem a provocar a morte mais precocemente do que o curso natural da patologia o faria.

Necessário destacar que o consentimento do paciente ou,

¹² ALVES, Ricardo Barbosa. *Eutanásia, Bioética e Vidas Sucessivas*. Sorocaba: Brazilian Books, 2001, p. 32.

¹³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. op. cit., p. 23.

em ele não podendo, o de sua família é imprescindível, já que a sedação da dor é direito do paciente.

A eutanásia de duplo efeito é também chamada de eutanásia indireta, pois a morte é efeito indireto da conduta, resultado não querido. Distingue-se, então, da eutanásia direta, praticada sob a forma de ministração de drogas letais, quando intenção imediata do agente é a promoção da morte daquele que sofre, como maneira definitiva de acabar com a dor.

Em que pese o fato de uma primeira análise jurídico-penal conduzir à impressão de que a eutanásia de duplo efeito encerra uma conduta de dolo eventual (assume-se o risco da morte, a fim de praticar o ato visado de reduzir a dor) ou, ao menos, de culpa consciente ou com representação (afasta-se mentalmente a idéia de que o evento indesejado possa ocorrer, embora se o saiba possível), a eutanásia de duplo efeito é aceita com relativa tranqüilidade, haja vista que toda medicação traz em si algum efeito colateral, não parece devido impor a dor sem controle ao ser humano no final da vida.

No caso em tela, há um conflito de interesses entre o risco da antecipação de morte indesejada e o dever de aliviar a dor, optando-se pelo bem estar do doente em seus momentos finais.¹⁴ Assim, em regra, verificada a ausência de *animus necandi* na prescrição da droga, que se destinava tão somente a aliviar a dor – direito do paciente e dever do médico – a conduta se mostra não delituosa.

3.3 Eutanásia quanto à vontade do doente

Nessa classificação, a conduta eutanásica pode ser voluntária, quando solicitada pelo paciente, em pleno gozo da sua capacidade; ou involuntária, quando realizada por decisão de outra que não o próprio interessado, o qual possivelmente

14 ANJOS FILHO, Robério Nunes Dos. Anotações sobre a existência de uma excludente constitucional de antijuridicidade. Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA, Salvador, n.9, p.367-378, jan./dez. 2001.

não se encontra em posição de decidir.

Difere, esta hipótese, portanto, da conduta médica restritiva, em que a omissão ou a suspensão do tratamento fútil é decisão eminentemente médica, tomada na esfera da autonomia do profissional, embora sempre deva existir a comunicação prévia à família.

Não se deve conceber a eutanásia realizada contra a vontade do paciente, caso que foge à definição de eutanásia para configurar ato de homicídio simples ou qualificado, a depender de sua motivação e modo de execução, ou agravado pelo fato de se tratar de pessoa enferma (artigo 61, II, “h”, do Código Penal).

3.4 Eutanásia quanto à finalidade do agente: a classificação de Jimenes de Asúa

Trata-se de uma das mais conhecidas classificações, advinda da década de 40 com a obra clássica de Luis Jimenez de Asúa, *Libertad de Amar y Derecho a Morrir*.¹⁵ Nesse texto, o autor defende que só existiriam três formas de eutanásia: libertadora, eliminadora e econômica, conforme o objetivo almejado pelo agente.

A eutanásia libertadora – também chamada terapêutica – tem por objetivo livrar o doente de um sofrimento insuportável, que de outro modo não pode ser contido. O autor atribui a função libertadora também à morte dada a pacientes inconscientes em virtude de acidentes, por exemplo, quando se presume que, ao despertarem, sofrerão enormemente com sua situação. Observa-se em ambas as hipóteses a presença importante do móvel humanitário na conduta do agente.

A eutanásia dita eliminadora, também chamada de eugênica ou selecionadora, objetiva a supressão de portadores de anomalias genéticas de expressão física ou mental, de vítimas de doenças contagiosas e mesmo de criminosos, intentando-se o

¹⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. op. cit., p. 155.

“melhoramento” da espécie e do grupo social.

Leciona Eduardo Cabette¹⁶:

(...) a eutanásia eugênica ou selecionadora tem por fim a eliminação indolor de pessoas deformadas, com doenças incuráveis e contagiosas e de neonatos em degeneração com o fito de perseguir o aprimoramento da espécie humana. Objetiva-se obstar a procriação de sujeitos possuidores de anomalias genéticas, doenças mentais ou com tendências criminosas ou anti-sociais, de forma a evitar que se propaguem tais males pela sociedade. Busca-se a chamada pureza racial, eliminando-se todos aqueles desprovidos de valor social ou que sejam um ônus para a família ou sociedade. A morte de tais pessoas, ao reverso de ser lamentada, é apresentada como um “bem” para a humanidade. Também não há nesse caso nenhuma relação de piedade ou compaixão para com as pessoas, podendo ser “objeto” de eliminação indivíduos que sequer estejam absolutamente inválidos ou moribundos, nem mesmo padecendo física ou psiquicamente.

A eutanásia econômica se aproxima muitas vezes da eugênica, ao promover a morte de doentes mentais, idosos, inválidos, indivíduos em coma ou em estado vegetativo; em suma, daqueles que representem uma carga social, um ônus para a sociedade. O objetivo aqui é disponibilizar, com a morte desses pacientes, os recursos materiais e humanos que eles vinham consumindo. Se a motivação do agente na conduta é eminentemente utilitarista, descaracteriza-se, assim, o intuito misericordioso que deu à eutanásia a sinonímia de homicídio piedoso.

É mister distinguir, ainda, a eutanásia da eugenia. Em 1883, Francis Galton definiu eugenia como sendo o estudo dos meios que, sob o controle social, podem melhorar ou deteriorar, física ou intelectualmente, a qualidade da raça nas gerações

¹⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. op. cit., p. 21-22.

futuras.¹⁷ A eugenia funciona como uma tentativa humana de interferir na evolução da espécie, em prol de características mais valorizadas pela sociedade atual. Assim é que a morte dada ao um paciente portador de esclerose lateral amiotrófica¹⁸ pode ser considerada libertadora, quando movida pela compaixão diante da angustia e dos apelos do acometido; como pode revelar-se eugênica, quando é realizada até sem o conhecimento do doente, visando a eliminar um portador de genes “inadequados”. Ou pode ser caracterizada como eutanásia econômica, se objetiva a desocupação do leito ou dos aparelhos para serem utilizados em outros paciente, liberando a família da carga financeira que representa manter aquele enfermo.

Pelo conceito até então adotado para eutanásia, não se pode considerar que as formas eliminadora e econômica sejam efetivamente formas de eutanásia, posto que não se vislumbra nelas qualquer motivação nobre que as situe penalmente como delitos privilegiados, posto que têm motivação torpe e repreensível.

Nesse sentido, somente a eutanásia libertadora ou terapêutica pode ser considerada própria e genuinamente uma espécie de eutanásia. As chamadas eutanásia eugênica ou selecionadora e a eutanásia econômica ostentam a denominação de “eutanásia” de forma imprópria e até mesmo espúria, pois que inexistem nelas qualquer móvel piedoso ou humanitário, antes refletem absoluta frieza, crueldade e desumanidade. Portanto, se a eutanásia libertadora ou terapêutica comporta potencial para discussão de seu valor ou desvalor ético e jurídico, não há qualquer dúvida em rechaçar totalmente como imoral e criminosa a conduta orientada pela eugenia ou pela sobreposição valorativa de interesses econômicos frente à vida de pessoas humanas.¹⁹

17 MENEZES, Evandro Córrea de. *Direito de Matar: Eutanásia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 35.

18 Doença neuromuscular progressiva. De natureza genética, em que o doente termina por perder totalmente a capacidade de automobilização, tornando-se absolutamente inválido, embora com lucidez preservada, dependendo de aparelhos para respirar e podendo ocorrer que, na fase final, comunique-se apenas pelo piscar de olhos.

19 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Op. Cit.*, p. 22.

Na seara criminal, as chamadas eutanásia eugênicas e econômica configurariam homicídios qualificados pelo motivo torpe (CP, art. 121, §2º, I)²⁰. A depender do contexto, tais condutas poderiam, inclusive, configurar crimes contra a humanidade subsumíveis a regras de jurisdição internacional (v.g. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, art. 5º, 1, “b” c/c art. 7º, 1, “a”, “b”, “h” e “k”).

A eutanásia eugênica e a econômica fere os direitos mais básicos do ser humano, dentre os quais se destacam:²¹ a vida, a liberdade e a igualdade – segundo a qual todos os seres humanos devem ser tratados de maneira equânime, e o enfermo, mesmo grave e incurável, tem tanto direito a cuidados como todos os demais. Assim, qualquer cidadão concernente a ele somente pode ser tomada em seu melhor interesse, qual deve ser por ele mesmo indicado ou por quem tenha autoridade legal para, na sua impossibilidade, falar em seu nome.

4 Conceitos relacionados

Paralelamente à definição de eutanásia, outros conceitos relativos à intervenção humana no momento da morte são deveras importantes para uma tomada de posição coerente, no que tange às condutas médicas no final da vida. Se, de um modo geral, pode-se dizer que a eutanásia é a morte antes de seu tempo, a distanásia é, por sua vez, a morte depois do tempo; e a ambas se contrapõe a ortotanásia: a morte no tempo certo.

Ortotanásia tem seu nome proveniente dos radicais gregos: *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte). Indica, então, a morte a seu tempo. Na ortotanásia, o médico não interfere no momento do desfecho letal. Não há encurtamento do período vital, uma vez que este já se encontra em inevitável esgotamento. Tampouco se recorrem a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo

²⁰ CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 22.

²¹ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, Preâmbulo, artigos 1º e 5º e declarações internacionais.

de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos.

Como já salientado antes, em razão da não interferência médica, é comum existir a confusão entre ortotanásia e eutanásia passiva. Eutanásia passiva é a eutanásia (antecipação, portanto) praticada sob a forma de omissão; consiste na suspensão ou omissão deliberada de medidas indicadas naquele caso, enquanto na ortotanásia há omissão ou suspensão de medidas que perderam sua indicação, por resultarem inúteis para aquele indivíduo, no grau de doença em que se encontra.

Na dicção de Guilherme Nucci²², tem-se ortotanásia quando “deixa o médico de ministrar remédios que prolonguem artificialmente a vida da vítima, portadora de enfermidade incurável, em estado terminal e irremediável, já desenganada pela medicina”. Por isso, Verspieren²³ critica firmemente a confusão entre os termos, posto que colocaria no mesmo plano uma conduta direcionada para matar e a interrupção ou abstenção de um tratamento de manutenção da vida que se mostra desproporcionado.

A prática da ortotanásia visa a evitar a distanásia que é, por sua vez, a morte prolongada, distanciada pelos recursos médicos, à revelia do conforto e da vontade do indivíduo que morre. A etimologia revela que a palavra deriva do grego *dis* (afastamento) e *thanatos* (morte), consistindo no prolongamento, ao máximo, da quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo.²⁴

Decorre de um abuso na utilização desses recursos, mesmo quando flagrantemente infrutíferos. O direito à vida não inclui o dever de adiar indefinidamente a morte natural pelo uso de todos os recursos protelatórios existentes, menos ainda quando sumamente cruentos e contra-indicados.

22 NUCCI, Guilherme. Código Penal Comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 370-372.

23 VERSPIEREN, Patrick. L'Assistance Médicale au Suicide. In: *Tempo de Vida e Tempo de Morte*: Actas do VII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 2001, p. 93-106.

24 SÁ, Maria de Fátima Freire de. op. cit., p. 39.

A distanásia corresponde à obstinação terapêutica. Suspender tratamentos fúteis não é encurtar o tempo de vida, é deixar de alongá-lo artificial e indevidamente, maltratando o paciente, sem lhe gerar benefício com isso.

Em artigo publicado na Revista do Conselho Federal de Medicina, Leonard M. Martin tece profundas considerações ao termo distanásia, ensinando que:

A distanásia erra por outro lado, não conseguindo discernir quando intervenções terapêuticas são inúteis e quando se deve deixar a pessoa abraçar em paz a morte como desfecho natural de sua vida (...). A distanásia, que também é caracterizada como encarniçamento terapêutico ou obstinação ou futilidade terapêutica, é uma postura ligada especialmente aos paradigmas tecnocientífico e comercial-empresarial da medicina (...). Os avanços tecnológicos e científicos e os sucessos no tratamento de tantas doenças e deficiências humanas levaram a medicina a se preocupar cada vez mais com a cura de patologias e a colocar em segundo plano as preocupações mais tradicionais com o cuidado do portador das patologias.²⁵

O terceiro conceito diferencial diz respeito à mistanásia, a qual, etimologicamente, significa “morrer como um rato”. O termo remete a uma morte miserável, que atinge aqueles que nem têm um atendimento médico-adequado, por carência social, por falta de condições, que se reflete na deficiente proteção aos direitos fundamentais a que fazem jus todos os seres humanos. É a morte comum dos países subdesenvolvidos, traduz o abandono social, econômico, sanitário, higiênico, educacional, de saúde e segurança a que se encontram submetidas grandes parcelas das populações do mundo.²⁶

Para alguns autores, a mistanásia equivale a uma eutanásia social; não equivale à antecipação proposital da morte que ocorre

²⁵ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia: iniciação à bioética. Revista do Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 171-192.

²⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. op. cit., p. 31.

na eutanásia, nem chega a conhecer a distanásia dos recursos excessivos nos hospitais. Ela não deixa espaço para a ortotanásia, pois a morte virá sempre fora do tempo. O Direito Penal passa ao largo da maioria dos casos de mistanásia. No máximo, poder-se-ia vislumbrar uma vaga tentativa de prevenção, ao se vedar a omissão de socorro²⁷, mas, em verdade, a mistanásia é questão muito mais de políticas públicas do que propriamente de tipos penais.

4.1 Suicídio assistido

O suicídio medicamente assistido pode ter por substrato uma situação bastante similar àquela a que se dirigiria a eutanásia, qual seja, a do paciente em grande sofrimento, por conta de uma doença incurável.

A distinção é que, no suicídio assistido, a morte seria provocada pelo próprio indivíduo enfermo, cabendo ao terceiro – geralmente o médico – apenas ajudá-lo materialmente em seu intento, comovido com a situação desesperada em que se encontra o doente.

Para Ten Have,²⁸ essa distinção responde precisamente pela justificação moral do suicídio assistido, com fulcro no princípio da autonomia, já que, se o médico apenas receita o necessário para pôr termo à vida, e o doente mesmo o faz, em última análise, a responsabilidade moral estaria nas mãos do próprio doente, tornando mais segura a aferição da voluntariedade da decisão.

A noção de assistir o suicida advém da idéia de auxílio, de ajuda material, de provisão dos meios ou dos conhecimentos necessários para que o suicida chegue a cabo em seu propósito. A indução ou a instigação feriam, *in casu*, a voluntariedade

27 Artigo 135, Código Penal: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte. 28 HAVE, Henk A. M. J. Ten. Euthanasia: Moral Paradoxus. In: Tempo de Vida e Tempo de Morte: Actas do VII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 2001, p. 63-76.

da conduta, descaracterizando a autonomia da decisão, por configurarem uma influência a alguém que já se encontra em situação difícil, física e psicologicamente.

É possível conceber que, por compaixão, ajude-se alguém que deseja matar-se em face dos motivos citados, mas pensamos ser duvidoso vislumbrar boa intenção em quem instiga o indeciso ou induz à idéia o enfermo que não pretendia morrer, revelando-se tais condutas como absolutamente indesculpáveis. É o doente que conhece a intolerabilidade de seu estado, não sendo cabível que outro o encoraje a pôr termo em sofrimentos que ele mesmo não está convencido de que não possa suportar.

O artigo 122 do Código Penal tipifica a conduta de induzir, instigar ou auxiliar o suicídio. Note-se que, em nosso ordenamento, não existe, quanto ao suicídio assistido, sequer o privilégio do relevante valor moral existente no homicídio. A conduta de auxiliar o suicida revela-se indiscutivelmente ilícita em nosso sistema.

A dificuldade maior no âmbito do suicídio assistido está em distinguir casos de auxílio a um indivíduo autônomo e consciente de casos de induzimento e instigação, perpetrados contra pessoas fragilizadas e possivelmente deprimidas.

Entretanto, convêm registrar que a assistência ao suicídio está voltada exatamente para os pacientes que, após todo o amparo médico e psicológico adequado, ainda persistem na crença de que a sobrevivência em tais condições não condiz com a dignidade por ele pretendida para o final de sua existência. Nessas ocasiões, a morte passa a lhes parecer não uma opção a mais, mas, no dizer de Evandro Côrrea de Menezes,²⁹ “o remédio último” possível.

5 Eutanásia no direito penal brasileiro

Na história legislativa brasileira vigeram três codificações penais. A primeira, em 1830, ainda na fase imperial; a segunda,

29 MENEZES, Evandro Côrrea de. Direito de Matar: Eutanásia. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 132.

em 1890, logo após a Proclamação da República, e a atual, de 1940.

É de se registrar que os Códigos Penais de 1830 e de 1890 não trataram da eutanásia.

Quando o Código Penal de 1940 surgiu, não havia como antever a revolução tecnológica que se seguiria no campo da Medicina e das ciências em geral, razão pela qual manteve-se ainda distante de uma abordagem direta e objetiva acerca da eutanásia. Segundo orientação verificada na própria Exposição de Motivos, aplica-se à conduta eutanásica o disposto no artigo 121, parágrafo 1º, apresentando-a como forma de homicídio privilegiado pelo relevante valor moral e cominando-lhe pena reduzida de um sexto a um terço em relação ao tipo simples, cuja pena varia de seis a vinte anos³⁰. Não se distingue, nessa ocasião, a ação da omissão tampouco há qualquer remissão à ortotanásia (a morte no tempo certo, sem se abreviar sua chegada nem se prolongar inutilmente a existência que não se pode salvar).

É de se ressaltar que um dos primeiros exemplos que deu margem a tentativas de mudança da legislação específica foi absolutamente inapropriado: tratava-se da hipótese da suspensão ou da obrigatoriedade de manutenção das medidas de suporte vital em pacientes com diagnóstico de morte encefálica.

Dentre os ramos do Direito, o Direito Penal é provavelmente o que mais interage com os conhecimentos médico-legais. Não é de se estranhar seu interesse na uniformização da ciência médica quanto aos critérios relativos ao término da existência humana, pois disso depende a existência ou não de delito contra a vida.

Uma vez definido que a morte encefálica equivale a morte clínica, inclusive para fins legais, já não cogita falar de eutanásia contra o morto encefálico. Seria crime impossível tentar tirar a vida de quem já não a detém. As situações limítrofes, contudo,

30 A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940 cita expressamente, quanto ao homicídio privilegiado "por motivo de relevante valor social ou moral", o motivo que, "em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico)". Verifica-se que o elemento destacado *in casu* foi a compaixão ante o sofrimento da vítima, não se exigindo a condição de terminabilidade, nem que seja a conduta perpetrada por médico, nem se cogita do consentimento do enfermo.

continuam suscitando dúvidas. É o caso, por exemplo, dos pacientes em vida vegetativa, que hoje são mantidos quase que indefinidamente, embora sem melhora, forcejando a discussão da chamada eutanásia passiva ou da hipótese de desligamento de aparelhos diante de pacientes terminais. Tais controvérsias deixam clara a dificuldade atual de adequar às novas realidades e conceitos que circundam o tema da eutanásia aos tipos penais tradicionais.

5.1 Eutanásia como homicídio privilegiado

No ordenamento jurídico vigente, como já dito alhures, a eutanásia se insere na disciplina do homicídio, sob a forma privilegiada, razão por que Mirabete³¹ a define como sendo um “homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam”.

O desligamento de aparelhos que mantém os movimentos respiratórios de paciente em morte encefálica ou a suspensão das demais medidas que conservam artificialmente os batimentos cardíacos e o equilíbrio iônico, por exemplo, não podem ser considerados perpetração de homicídio, restando configurado, na hipótese, crime impossível.

No caso do indivíduo em estado vegetativo persistente ou em coma, não existe óbice a que eles sejam sujeitos passivos de homicídio, uma vez que estão vivos pelos critérios atuais. Dessa forma, tem-se por sujeitos passivos clássicos do delito o paciente terminal, o enfermo grave ou crônico, não exigindo o Código que seu sofrimento seja físico para ver preenchido o privilégio legal.

Quanto ao sujeito ativo do delito, nos termos da legislação atual, a eutanásia – homicídio privilegiado – assim como o tipo simples, não exige agente próprio, não exigindo que seja praticada por médico para se considerar o delito como privilegiado.

A motivação do agente é a característica mais importante

³¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. v. 2. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 67.

para distinguir o homicídio simples da forma privilegiada. O legislador pátrio entendeu por bem apenar menos rigorosamente o agente que atua movido por relevante valor social ou moral, o que, no caso da eutanásia, identificou-se como sendo a compaixão pelo sofrimento irremediável da vítima. O nosso Código não previu a possibilidade de perdão judicial em face dessa motivação humanitária, de modo que o perdão judicial só é admissível no nosso país para o homicídio culposo, nos termos do art. 121, parágrafo 5º do Código Penal.

Trata-se, em síntese, de um delito de forma livre, material e de lesão, admitida a tentativa, como ocorre nas demais hipóteses de homicídio doloso (e, para a eutanásia, por sua própria motivação, há de existir o *animus necandi* no elemento subjetivo). Cumpre destacar, afinal que há quem considere que o artigo 121, parágrafo 1º é, na verdade, causa de diminuição de pena – e não propriamente um delito privilegiado – pois não tem parâmetros autônomos de pena.

5.2 Distinções entre homicídio por omissão, eutanásia passiva, ortotanásia e omissão de socorro

A disposição legal do artigo 121, parágrafo 1º, embora não fale expressamente na conduta eutanásica, dirige-se claramente a ela. As discussões se avolumam quando se ingressa no campo da omissão, da eutanásia passiva.

Faz-se mister, antes de mais nada, distinguir duas categorias de omissão: a omissão própria – de que é exemplo a omissão de socorro – e a omissão imprópria, que será exemplificada pelo homicídio por omissão. A omissão própria de que trata o artigo 135 do Código Penal brasileiro (omissão de socorro) ocorre quando o agente, podendo prestar assistência, sem risco pessoal à criança abandonada ou extraviada, à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo, deixa de fazê-lo ou,

não sendo possível realizá-lo sem risco, deixa de pedir socorro à autoridade pública que o possa prestar. O delito em questão é apenado com detenção de um a seis meses, pena que pode ser aumentada de metade, “se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta morte”.

Observe-se que a omissão de socorro não exige que o agente seja dotado de nenhuma obrigação de agir específica, trata-se de um dever geral de solidariedade. Essa circunstância é o elemento de distinção entre a omissão própria e a omissão imprópria. Nos crimes omissivos impróprios, impuros, espúrios, promíscuos ou comissivos por omissão, o agente responde não só pela conduta de se omitir, mas também pelo resultado, “salvo se este não lhe puder ser atribuído por dolo ou culpa”.³² Nesse caso, o nexa e conseqüentemente a responsabilidade decorrem da lei, quando o agente está por ela obrigado a tentar impedir o resultado (artigo 13, parágrafo 2º, Código Penal brasileiro).

Damáσιο de Jesus³³ sublinha que o fundamento da omissão criminosa no homicídio está no mandamento legal, na posição de garantidor. Frágoso³⁴ reitera essa posição, ao asseverar que os crimes omissivos impróprios seriam puníveis “não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque não o evitou”, violando o dever jurídico de impedi-lo. Os dois autores citam como exemplo a hipótese de médico ou enfermeiro que deixa de ministrar remédio vital ao paciente, deixando de impedir-lhe a morte. Frágoso³⁵ observa, entretanto, que, uma vez provado que o resultado se operaria de qualquer modo, mesmo se usado os meios habituais, afasta-se a tipicidade do evento. Abre-se espaço, então, para fulcral discussão: persiste o dever jurídico de agir quando o resultado é de ocorrência inevitável?

Paulo Daher Rodrigues³⁶ entende que “quando o médico interrompe cuidados terapêuticos por serem já inúteis, falta-lhe

32 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, v. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 127.

33 JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, vol. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21-22.

34 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 285.

35 *Ibid.*, p. 293.

36 RODRIGUES, Paulo Daher. Eutanásia. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 132.

o dever jurídico para agir, não se motivando aí qualquer punição”. No mesmo sentido, posiciona-se Elisa Sá³⁷ – “sua omissão (do médico) não caracteriza ato delituoso face à ausência de dever jurídico, se a saúde era objeto inalcançável”.

Veja-se que esses casos divergem da mera negligência (caso do médico que, chamado, deixa de atender paciente em apuros) ou da motivação econômica de quem deixa de atender o paciente por ser ele carente de recursos, *exempli gratia*. Ao contrário da maior parte da doutrina, que acredita tratar-se do delito de omissão de socorro, acreditamos que, nesses casos, está presente a posição de garantidor (artigo 13, §2º do Código Penal), devendo ser apenado de forma mais grave, ante a ocorrência do resultado, devendo o médico, portanto, responder por homicídio por omissão, uma vez que se tratava de paciente viável. Se o elemento subjetivo foi a culpa – a negligência na avaliação do doente – ter-se-á o delito de homicídio culposo.

Na hipótese do médico que, apiedado com a falta de qualidade de vida do doente, deixa de prover-lhe cuidados vitais indicados, tem-se situação de eutanásia passiva, um homicídio por omissão privilegiado pela motivação compassiva do agente.

Teria omissão de socorro, por exemplo, no caso do visitante de paciente do leito vizinho, que, assistindo o mal-estar súbito do paciente ao lado, deixa de pedir auxílio em prol do doente agonizante.

Por fim, no caso do médico que deixa de reanimar paciente terminal, após discutida com a equipe, a família e o paciente a ausência de perspectivas da medida, verifica-se típica hipótese de ortotanásia, que, segundo entendemos, não configura omissão própria nem imprópria, mas um atuar dentro da boa prática profissional³⁸. Entendemos que, mesmo na legislação atual, a ortotanásia não é crime, e sim decisão de indicação ou não indicação médica de tratamento.

37 SÁ, Elida. Biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 140.

38 FIRMO, Aníbal Bruno. Direito Penal. v. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 124.

5.3 O consentimento do ofendido na eutanásia

A expressiva maioria dos autores entende que o consentimento não legitima a eutanásia nem é requisito imprescindível, pois dizer o inverso seria reconhecer a disponibilidade ao bem da vida, o que representaria um passo temerário no panorama jurídico-social³⁹. O Código Penal pátrio exigiu apenas, para o abrandamento da pena em relação ao tipo simples, que o agente houvesse agido atendendo a relevante valor social ou moral.

Conquanto não haja expressa previsão legal quanto ao consentimento, Dotti⁴⁰ observa, acerca da possibilidade de justificação extralegal, que os princípios gerais do Direito podem ser fontes de excludentes não constantes da lei, mas juridicamente válidas. Não se admite seu uso no Direito para fins de declarar a existência da infração penal, mas, segundo o autor, o artigo 66 do Código Penal brasileiro permite dizer que “as causas de exclusão de ilicitude (Código Penal, art. 23) não são exaustivas. A omissão legal não impede o reconhecimento das causas supra legais de justificação”.

5.4 Argumentos jurídico-penais para a ortotanásia

A atual redação do Código Penal brasileiro nada refere quanto à ortotanásia e às condutas médicas restritivas. Defendemos que tais condutas não configuram o tipo do homicídio, sequer o privilegiado, pois se trata de decisão do âmbito profissional, acerca da conveniência e da indicação de certo tratamento, faltando-lhe, no caso, o dever de agir. Não há obrigatoriedade de se fazer uso de todos os recursos tecnológicos e farmacológicos disponíveis, se o próprio doente, no exercício de sua autonomia, não deseja prolongar sua existência além dos

39 BITENCOURT, Cezar R. Manual de Direito Penal: Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28.

40 DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 233.

limites naturais. Ele não pede que se lhe antecipe a morte, mas que não se a protele artificialmente.

Para os seguidores de Welzel, então, a conduta ora analisada seria atípica pela ausência do elemento subjetivo, é dizer, pela falta de *animus necandi*, já que, na escola finalista, o dolo faz parte do tipo. Tal entendimento justifica não apenas a ortotanásia, mas a licitude dos demais atos médicos, regularmente praticados, sob a ótica dessa corrente teórica.

Limitando-se ao direito positivado, é possível alegar em favor da licitude da ortotanásia que, tomando-se as causas de exclusão de ilicitude constantes do Código Penal brasileiro, ainda que considerada típica, a conduta médica restritiva seria penalmente justificada com fulcro numa das excludentes arroladas no artigo 23 desse Diploma Penal, quais sejam: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. Dentre essas, entendeu-se como mais aplicável, *in casu*, o exercício regular de direito, uma vez que se defende tratar-se aqui de avaliação eminentemente médica a que constata a futilidade terapêutica. O Direito então exercido seria o da prática da Medicina.

Além das causas legais de justificação, aventa-se a possibilidade de uma causa supra legal excludente de culpabilidade, a saber: a inexigibilidade de conduta diversa. Esse fundamento já foi admitido em julgados de direito alienígena, isentando de pena parentes próximos que provocaram a morte de entes queridos em grande sofrimento, alegando-se, então, que não se podia exigir dos agentes assistirem apáticos ao dantesco quadro, insensíveis aos apelos desesperados para que pusessem termo à angustia daquelas existências terminais.⁴¹

É possível alegar, afinal, os princípios do Direito Penal que justificam a tipificação de uma conduta, dentre os quais se destaca o binômio composto pela relevância e pela adequação social. As condutas médicas restritivas tendem a ter ampla

41 MENEZES, Evandro Corrêa. op. cit., p. 59-67.

aceitação por parte da sociedade, que não deseja ver seus membros submetidos a tratamentos compulsórios e cruentos no final da vida. Não se trata de defender um “direito de matar” ou um “direito de morrer”, como se usa quanto à eutanásia, mas um direito de recusa à terapêutica fútil que afronta a dignidade do ser humano em fim de vida.

Em favor da idéia de que a ortotanásia já é legal em nosso sistema, tem-se o fato de que a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo publicou, no fim da década de 90, uma “Cartilha dos Direitos do Paciente”,⁴² cujo item 32 determina que o enfermo

[...] tem direito a uma morte digna e serena, podendo optar ele próprio (desde que lúcido), a família ou responsável, por local ou acompanhamento e, ainda, se quer ou não o uso de tratamentos dolorosos e extraordinários para prolongar a vida.

Também em São Paulo, a Lei 10.245, de 17 de março de 1999, prevê no artigo 20, que são direito dos usuários dos serviços de saúde do Estado de São Paulo:

[...] VII – Consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados.
[...] XXIII – Recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida. XXXIV – Optar pelo local de morte.

Presumindo-se a constitucionalidade de ambas as normas, à luz da norma constitucional segundo a qual somente a União pode legislar sobre matéria penal, é de se deduzir que se refiram, portanto, a matérias extra-penais. Em sentido semelhante, o “Código de Ética do Hospital Brasileiro”,⁴³ em seu artigo 8º orienta:

42 PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. op. cit., p. 417.

43 Ibid., p. 420.

O direito do paciente à esperança pela própria vida torna ilícita – independente de eventuais sanções legais aplicáveis – a interrupção de terapias que a sustentem. Excetua-se, apenas, os casos suportados por parecer médico, subscritos por comissão especialmente designada para determinar a irreversibilidade do caso, em doenças terminais [...].

5.5 A resolução 1.806/06 do Conselho Federal de Medicina

Foi amplamente divulgada na mídia a aprovação, por unanimidade, pelo Conselho Federal de Medicina, da Resolução 1.805/06, que passa a permitir aos médicos, nos seus termos, a interrupção de tratamentos que prolongam a vida de pacientes terminais sem chances de cura.

A Resolução entrou em vigor no dia 28 de novembro de 2006 estabelecendo e regulamentando, no âmbito disciplinar, a chamada “limitação do esforço terapêutico”. A Resolução determina em seu artigo 1º, caput, que “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.

Estabelece, dessa forma, tanto a possibilidade de que seja o próprio paciente quem se recuse a se submeter a um determinado tratamento médico, quanto a de que sejam seus representantes legais que optem pela interrupção da terapia vital, quando o enfermo já não esteja em condições vitais de manifestar a negativa por si próprio.⁴⁴

O Presidente do Conselho Federal de Medicina, Edson de Oliveira Andrade, destaca que não se está autorizando a eutanásia, mas apenas externando a afirmação de que os médicos devem respeitar a vida, tendo consciência de que a medicina

44 CARVALHO, Gisele Mendes de. Ortotanásia é eutanásia, mas não é crime (Considerações a respeito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e sua compatibilidade com o Código Penal). Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008, p. 1.

pode e deve ajudar os seres humanos. Mas, “a medicina não pode ser algo arrogante que acha que pode superar os limites da natureza”.⁴⁵

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar aponta, como precedente legal da Resolução 1.805/06 do CFM, a já mencionada Lei Estadual 10.241/99, do Estado de São Paulo, que regula os direitos dos usuários do sistema de saúde. Segundo o autor, o próprio governador Mário Covas, eu sancionou a lei, o fez “como político e paciente”, uma vez ciente do diagnóstico de seu câncer. Efetivamente, Mário Covas teria sido um dos pacientes terminais que se utilizou da legislação para afastar o prolongamento artificial da vida⁴⁶.

A Resolução, enquanto mero diploma administrativo deontológico, não tem o poder de alterar, por si só, o ordenamento jurídico-penal brasileiro, de forma que sua opção pela legitimidade da ortotanásia não é o que fará com que tal conduta não tenha contornos criminais.

Ocorre que a Justiça Federal do Distrito Federal suspendeu, por meio de liminar, a Resolução do CFM⁴⁷. Para o juiz Roberto Luis Luchi Demo, da 14^a Vara da Justiça Federal no Distrito Federal, que concedeu liminar a pedido do Ministério Público Federal, a ortotanásia, assim como a eutanásia parece caracterizar crime de homicídio, nos termos do artigo 121, do atual Código Penal. Segundo ele, a liberação da ortotanásia não pode ser feita por uma Resolução do CFM, mas somente por meio de uma lei federal.

Assim sendo, é de se concluir que, embora a Resolução 1.805/06 CFM não possa dar solução, sozinha, à questão da legalização da ortotanásia no Brasil, deve-se considerar sua utilidade no debate que se agiganta com sua edição. Volta-se a atenção para uma necessária humanização da medicina, seja sob o ponto de vista do reconhecimento de seus limites, seja

45 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. op. cit., p. 36.

46 MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes, A ortotanásia e a Resolução CFM nº 1.805/06. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 09 jul 2009, p. 2.

47 CARVALHO, Gisele Mendes de. op. cit. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008, p. 2.

sob o aspecto de priorizar o ser humano e não a técnica ou o tratamento.

6 Conclusão

O assunto abordado neste trabalho apresentou-se a nós com destaque, haja vista, por um lado, para a necessidade de compreensão das dificuldades enfrentadas pelo grande número de pacientes gravemente doentes que almejam a morte, e por outro lado, as limitações impostas pelo Estado ao afirmar o princípio da indisponibilidade da vida.

Propusemo-nos a mostrar que os avanços tecnológicos se por um lado trazem melhorias consideráveis a tratamentos de doenças, de outro lado têm características desumanas, porque buscam, a todo custo, o prolongamento de vidas de pacientes por meio do emprego de medidas heróicas. Diante disso, vimos a necessidade de estudar as diversas formas de manifestação da eutanásia, como a ativa e passiva, mistanásia, distanásia, além de proceder a uma abordagem sobre a conceituação do que vem a ser o suicídio assistido.

Demonstrou-se, ademais, que a regra do artigo 121 do Código Penal permaneceria inalterada. Tal preceito continuaria por tipificar condutas de parentes e/ou amigos da vítima que, por motivo piedoso, tenham, porventura, dado cabo à vida desta

Sendo assim, acredita-se ser possível uma reflexão a respeito da prática da eutanásia, a depender do caso concreto, acredita-se, nem menor espaço de tempo, na possibilidade de legalização da ortotanásia, como legítimo exercício da medicina, a qual, já foi, inclusive, objeto de Resolução por parte do Conselho Federal de Medicina.

Diante da complexidade do tema, intencionalmente, discorreremos sobre como o assunto é tratado na Holanda e Bélgica, países que já legalizaram a conduta. Quisemos mostrar que o direito de morrer precisa ser visto como viável àquelas

pessoas que só vêem a vida como dever de sofrimento, sem a mínima perspectiva de melhora de suas dores físicas e/ou psíquicas.

Abstract: The issue involving euthanasia encompasses the entire evidence, ethical, moral, religious and legal. Looking at it solely from the legal point of view, it would be euthanasia, to the Brazilian legal system, a crime, typified in our Penal Code as murder by the privileged with moral value. There is, however, that in some countries the practice of euthanasia has been legalized, opening the possibility for the patient to decide about his own death. While it is true that society is constantly changing, so the laws should be modernized to better fit the reality of individual cases which would eventually make fairer solutions.

Keywords: Euthanasia. Crime. Legalized.

Referências

ALVES, Ricardo Barbosa. *Eutanásia, Bioética e Vidas Sucessivas*. Sorocaba: Brazilian Books, 2001.

ANJOS FILHO, Robério Nunes Dos. Anotações sobre a existência de uma excludente constitucional de antijuridicidade. *Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA*, Salvador, n.9, jan./dez. 2001.

ASÚA, L. Jimenez de. *Libertad de Amar y Derecho a Morrir: Ensayos de um Criminalista sobre Eugenia y Eutanásia*. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1992.

BITENCOURT, Cezar R. *Manual de Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção Saraiva de Legislação).

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCrim, 2001.

- _____. *Ortotanásia é eutanásia, mas não é crime* (Considerações a respeito da Resolução nº 1.805/2006 do CFM e sua compatibilidade com o Código Penal). Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008. Curso de Especialização Televirtual em Ciências Penais – UNISUL – IPAN – REDE LFG.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- COSTA, José de Faria. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FERNANDES, Florestan. *Organização Social dos Tupinambás*. 2.ed. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1963.
- FIRMO, Aníbal Bruno. *Direito Penal*. v. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRACIA, Diego. *História de la eutanásia*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1990.
- HAVE, Henk A. M. J. Ten. Euthanasia: Moral Paradoxus. In: Tempo de Vida e Tempo de Morte: *Actas do VII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 2001.
- HINTERMEYER, Pascal. *Eutanásia*. A dignidade em questão. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da Bioética*. Trad. Maria de Carvalho. Lisboa: Piaget, 1988.
- JAKOBS, Gunther. *Suicídio, Eutanásia e Direito Penal*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Parte Geral, v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- LEPARGNEUR, Hubert. *Bioética da Eutanásia: Argumentos Éticos em Torno da Eutanásia*. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org/revista/bio1v7/bioeutanasia.htm>>. Acesso em: 20 de jul. 2009.
- MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia: iniciação à bioética. *Revista do Conselho Federal de Medicina*, [S.l.], 1998.

- MENEZES, Evandro Côrrea de. *Direito de Matar: eutanásia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. v. 2. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *A ortotanásia e a Resolução CFM n° 1.805/06*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3373/A-ortotanasia-e-a-Resolucao-CFM-1805-2006>>. Acesso em: 09 jul. 2009.
- NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PESSINI, Leo. *Eutanásia. Por que abreviar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.
- _____; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- PINAN Y MALVAR apud BIZATTO, José Idelfonso. *Eutanásia e responsabilidade médica*. Porto Alegre: Sagra, 1990.
- RAMOS, Artur. *Introdução à Antropologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Casa do Estudante, 1943.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. *Viver bem não é viver muito*. *Revista Jurídica Consulex*. v. 1, n. 29, ano III, maio, 1999.
- RODRIGUES, Paulo Daher. *Eutanásia*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- SÁ, Elida. *Biodireito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- _____, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de Órgãos e Eutanásia: liberdade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- VERSPIEREN, Patrick. *L'Assistance Médicale au Suicide*. In: *Tempo de Vida e Tempo de Mortes: Actas do VII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 2001.

A legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas em defesa dos necessitados de assistência jurídica

*Daniela Teixeira Antony**

Sumário: 1 Introdução. 2 A Defensoria Pública: origem e evolução legislativa. 3 A Defensoria Pública na Constituição de 1988. 4 Conceito de assistência jurídica. 5 A jurisdição coletiva e o acesso à Justiça. 6 A Defensoria como instrumento de efetivação de justiça social. 7 Os necessitados, a clientela da Defensoria Pública 8 A legitimidade concorrente para propor ações coletivas. 9 Conclusões. Referências.

Resumo: A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, pois, por meio dela, este defere assistência jurídica aos necessitados, na forma dos artigos 5º, LXXIV, e 134, da Constituição de 1988. Em consonância com os princípios constitucionais, a referida assistência deve abranger todos os meios de acesso à Justiça, inclusive, os instrumentos de jurisdição coletiva. Por meio das ações coletivas, o Estado realiza mais eficientemente a satisfação de interesses comuns daqueles que carecem de assistência jurídica. Mesmo quando o interesse é difuso, a Defensoria Pública deve ter legitimidade para atuar, porque a satisfação desse tipo de interesse também constitui objeto da assistência jurídica do Estado.

Palavras-chave: Assistência jurídica aos necessitados. Defensoria Pública. Atuação. Ações coletivas.

1 Introdução

Com a propositura da ação direta de inconstitucionalidade ADI n. 3943, em agosto de 2007, tem se intensificado o debate acerca da extensão da competência institucional da Defensoria Pública.

Por meio desse processo objetivo, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP submeteu ao controle concentrado de constitucionalidade a Lei nº. 11.448, de

* Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

15 de janeiro 2007, que incluiu a Defensoria Pública no rol de legitimados para propor ação civil pública, no inciso II do artigo 5º da Lei n. 7.347/85.

A questão consiste em saber se é legítima a atuação da Defensoria Pública por meio da ação civil pública e, de conseguinte, das ações coletivas em geral, no desempenho de sua missão constitucional, de prestar, em nome do Estado, assistência jurídica aos necessitados, sem com isso usurpar competência reservada ao Ministério Público pela Constituição de 1988.

Segundo a CONAMP, a atuação da Defensoria Pública, por meio de ação civil pública, implica violação do comando constitucional de assistência jurídica aos necessitados; pois, segundo argumenta, o uso desse tipo de ação não permitiria a verificação do pressuposto de atuação do órgão, consistente na identificação individual dos carecedores do serviço de assistência jurídica do Estado.

Assim, este artigo tem o objetivo de definir, sob interpretação adequada do Texto Constitucional e, a partir de pesquisa bibliográfica e histórica, se é juridicamente possível a Defensoria Pública realizar a defesa dos necessitados por instrumentos de jurisdição coletiva, sem que com isso esteja agindo em favor de não-necessitados ou mesmo invadindo competência do Ministério Público.

Ante os desafios atuais que a sociedade brasileira enfrenta, no sentido de maximizar a garantia de acesso ao Judiciário e de outorgar efetividade da tutela jurisdicional, a pesquisa, além de inovadora, faz-se prioritária. O discernimento das possibilidades da atuação, nas demandas de massa, da Defensoria Pública, enquanto órgão essencial à Jurisdição, constitui prioridade a fim de que o povo mais carente e marginalizado possa resgatar a cidadania inerente aos preceitos de consolidação de uma sociedade que pretende ser pelo Direito Constitucional, mais justa, fraterna e solidária.

2 A Defensoria Pública: origem e evolução legislativa

A assistência do Estado a pessoas sem condições de patrocinar sua defesa é função cuja raiz remonta ao Direito Romano. O imperador Constantino fez inserir no Digesto o preceito normativo expresso de defesa dos menos favorecidos por advogado (Do Livro I, Título XVI, de *Officio Provensulis et Legati*).

No Brasil, embora o princípio da defesa venha das Ordenações Filipinas, foi com a Constituição de 1934 que se estabeleceu a previsão de criação de órgãos especiais que deveriam prestar assistência judiciária aos necessitados, conforme texto de seu art. 113, inciso 32: A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

A Carta de 1937 foi silente, enunciando apenas o direito de defesa. Mas o Código de Processo Civil de 1939 garantia a assistência judiciária.

A Constituição de 1946 tornou a prescrever expressamente, em seu art. 141, § 35, que “o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.

Em 1950, adveio a Lei de Assistência Judiciária (Lei n. 1.060, de 5.2.50), estabelecendo normas gerais de concessão dessa assistência pela União e estados.

Também a Constituição de 1967 previu a assistência judiciária em seu art. 150, § 32, repetido no art. 153 da Emenda Constitucional de 1969.

A Constituição de 1988 manteve o direito em favor dos comprovadamente necessitados de assistência jurídica, cometendo essa função ao órgão por ela consagrado, a Defensoria Pública.

3 A Defensoria Pública na Constituição de 1988

A Defensoria Pública foi alçada pela Constituição de 1988 à condição de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, por meio da qual se defere assistência jurídica aos necessitados.

Segundo o artigo 134, incumbe à Defensoria Pública a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do artigo 5º, LXXIV, que, na qualidade de direito fundamental, obriga o Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Atendendo ao preceito constitucional institutivo, a Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, organizou a Defensoria Pública da União e estabeleceu normas gerais para organização nos Estados.

Destaca-se que, de modo inovador, a Constituição de 1988 empregou a expressão assistência jurídica em vez de assistência judiciária, com o que ampliou o conceito para denotar a integralidade dos meios e serviço de acesso à Justiça.

Consoante Dirley da Cunha Junior, nesse contexto, a Defensoria Pública revela-se como um dos mais importantes e fundamentais instrumentos de afirmação judicial dos direitos humanos e de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, porque se investe da condição de veículo das reivindicações das camadas mais carentes da sociedade perante o Poder Judiciário, na efetivação dos direitos fundamentais (2008, p. 979).

Ademais, o constituinte originário colocou a Defensoria Pública como um dos órgãos essenciais à administração da justiça, alargando seu campo de atuação que, a partir do novo texto constitucional, deixa de ser apenas de patrocínio judicial para atuar também na esfera jurídica de proteção aos necessitados, no campo administrativo e privado.

A Emenda n. 45/04 reforçou esse *status* ao proclamar a autonomia funcional, administrativa e financeira das Defensorias, assim como a prerrogativa de iniciativa de sua proposta orçamentária dentro de limites fixados na lei de diretrizes orçamentárias.

4 Conceito de assistência jurídica integral

A legitimidade de atuação da Defensoria para propositura de ações coletivas deve ser investigada com base na regra de competência orgânica definida pela Constituição de 1988. O conceito nuclear a perscrutar é o de assistência jurídica aos necessitados, utilizado pela Carta com tal propósito.

Assistência jurídica é termo conceitual inédito, que sucede ao de assistência judiciária, empregado até então pelas Constituições brasileiras para delimitar o papel do Estado na garantia de acesso dos necessitados ao Judiciário.

A assistência judiciária assinalava apenas o direito à isenção de custas processuais e ao serviço gratuito de advogado para patrocínio de causas individuais privadas, sob o pressuposto da hipossuficiência econômica para o processo. Nesse sentido, era a Lei n. 1.060, de 1950.

O âmbito de atuação era adstrito ao Poder Judiciário, na esfera da condução técnica de processos individuais, com vistas a garantir a paridade de armas entre os litigantes, conforme os princípios da Igualdade e do Devido Processo Legal. Defensor público deveria agir necessariamente, mediante provocação individual dos necessitados, na propositura de ações ou na promoção de defesa dos demandados.

Conforme Nery, o termo assistência jurídica é mais amplo do que assistência judiciária e abrange a consultoria e a atividade jurídica extrajudicial em geral (2006, p. 1185).

A mudança trazida pela Constituição de 1988, por meio da substituição conceitual, não representa mera ampliação

quantitativa dos serviços a serem prestados gratuitamente pelo Estado. Denota o imperativo de ajustar a natureza e extensão do referido serviço aos princípios derivados da evolução do compromisso do Estado na ordem social, em conformidade com os objetivos fundamentais declarados no artigo 3º da Carta Política.

Conforme Watanabe, na acepção ampla, tem o sentido de assistência jurídica a atuação em juízo ou fora dele, com ou sem conflito específico, abrangendo serviço de informação e orientação, e até mesmo de estudo crítico do ordenamento jurídico existente, buscando sua aplicação para soluções mais justa (1984, p. 87).

Assim, a assistência jurídica passa a ser elemento instrumental de efetivo acesso à Justiça Social. Segundo Souza, “a assistência jurídica [...] é, acima de tudo, um serviço consultivo ao hipossuficiente, com ampla orientação, assegurando a cidadania, a dignidade, o respeito à pessoa humana, bem como garantindo que a desigualdade social não seja fator de opressão. [...] O Estado ao garantir a assistência jurídica, propõe, acima de tudo, a promoção da proteção social do necessitado. Não se trata apenas de uma assistência judiciária, que tem por objeto somente a isenção das despesas oriundas do processo” (2003, p.56).

O conceito de assistência jurídica não guarda vinculação com ausência de recursos financeiros. Pelo contrário, conforme Marcacini, “a palavra *assistência* tem o sentido de auxílio, ajuda. *Assistir* significa auxiliar, acompanhar, estar presente. *Assistência* nos traz a idéia de uma atividade que está sendo desempenhada, de uma prestação positiva. E, nesse sentido, por assistência judiciária deve ser entendida a atividade de patrocínio da causa, em juízo, por profissional habilitado. A gratuidade processual é uma concessão do Estado, mediante a qual este deixa de exigir o recolhimento das custas e despesas, tanto as que lhe são devidas como as que constituem crédito de terceiros. A isenção

de custas não pode ser incluída no conceito de *assistência*, pois não há a prestação de um serviço, nem desempenho de qualquer atividade; trata-se de uma pessoa assumida pelo Estado” (1999, p. 33).

Para Pontes de Miranda, “assistência judiciária envolveria os recursos e os instrumentos necessários para o acesso aos órgãos jurisdicionais, quer mediante benefício da” justiça gratuita “(isenção de despesas processuais), quer pelo patrocínio de profissional habilitado (também se dispensando o pagamento de honorários respectivos). De outra parte, a” assistência jurídica “, é bem mais ampla, aliás, como convenientemente preconizado na atual Carta Magna brasileira, abrangendo a orientação e consultoria jurídica e ainda a conscientização dos direitos da cidadania” (1958 *apud* ALVES, 2004, p.39).

Nesse sentido, a assistência judiciária surge como instrumento de promoção irrestrita da dignidade da pessoa humana, garantindo que o Estado cumpra com seus deveres sociais, dando impulso à implementação da autêntica democracia.

5 A jurisdição coletiva e o acesso à Justiça

A jurisdição coletiva vincula-se a um processo histórico de consolidação do estado democrático de direito e dos direitos humanos em face das correlatas feições sócio-econômicas subjacentes.

A dinâmica massificadora das relações sociais intensificou situações conflituosas comuns a um número cada vez mais significativo de indivíduos, demandando a expressão jurídica de novos direitos, hábeis a assegurar dignidade de vida à pessoa humana. Em razão disso, no plano do direito material, foram consagrados os direitos de segunda e terceira dimensões, correspondentes à proteção jurídica do homem, enquanto

ser coletivo. Paralelamente, no campo processual, nascem os mecanismos de jurisdição coletiva, como forma de efetivar a tutela daqueles novos direitos, por meio de instrumentos solucionadores das demandas de massa.

A sociedade brasileira é permeada por várias injustiças sociais e com significativo quantitativo de pessoas em situação de marginalidade e risco. Para viabilizar a eficácia e efetividade do Poder Judiciário em face das numerosas demandas de inclusão social é que surgem as ações coletivas.

Da concepção jurídica da instrumentalidade do processo como meio de efetividade dos direitos, adveio a superação do processo civil individual voltado exclusivamente à tutela de direitos subjetivos a partir de ações privadas. As ações coletivas surgem, então, como instrumento legítimo de efetivação da justiça social.

Nesse toar, considerando que a competência constitucional reservada à Defensoria Pública guarda estreita relação com a busca pela máxima efetividade da tutela dos necessitados, não há óbice para que a instituição se utilize desse instrumento.

A ação coletiva é para dar vazão a um número significativo de pedidos individuais de assistência jurídica sobre um mesmo caso, sendo que a Defensoria Pública não seria procurada por pessoas não necessitadas, e, mesmo que fosse, simplesmente não lhes deferiria assistência jurídica (Vieira, p. 46).

Para Pedro Lenza, “não há qualquer vício de inconstitucionalidade, especialmente em razão da tutela “molecularizada” do processo coletivo e da indisponibilidade do objeto. Assim, em razão da natureza do objeto da ação civil pública, não se tem como partir o interesse transindividual ”(2008, p.559).

Ora, se não é possível, em uma ação civil pública, apartar os pobres dos não pobres, deve-se possibilitar que se efetive por esse meio adequado a missão institucional da Defensoria Pública ainda que, acidentalmente, tenha que favorecer quem

não seja necessitado, em face do objetivo fundamental da Republica Brasileira, de erradicar a pobreza e a marginalização (Vieira, p. 52).

Ademais, não se pode olvidar que, vivendo em um país como o nosso, onde grande parte da população tem renda inferior a um salário mínimo, a tutela de um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo implica a tutela do direito de um hipossuficiente.

6 A Defensoria como instrumento de efetivação de justiça social

Não menos importante à adequada compreensão da função institucional da Defensoria Pública em sua vertente coletiva é ter em vista os valores e princípios constitucionais que dão sentido às competências que titulariza.

O acesso à justiça que a Defensoria propicia não é um fim em si mesmo. Conforme Horácio Wanderlei Rodrigues (1994, p.75), o escopo vai além do simples acesso formal ao Judiciário, abarcando a efetiva apropriação de uma ordem jurídica justa e digna, e os respectivos meios de atuação. Enquanto garantidora do acesso à justiça, a Defensoria Pública objetiva, em última análise, à concretização dos direitos fundamentais.

De igual forma, a criação de uma justiça acessível constitui verdadeiro repto de inclusão social. O Estado Democrático de Direito só poderá ser assim concebido quando conseguir equilibrar as inúmeras desigualdades e possibilitar a inclusão dos que vivem à margem da sociedade.

Nesse contexto, Bottini e Vitto afirmam que o papel do defensor público transcende o de mero advogado de hipossuficientes; pois, representa verdadeiro personagem catalisador de um processo de transformação social, atuando como distribuidor de cidadania (2007 *apud* BRITTO, 2008, p.10).

Em consequência disso, pela teoria dos poderes implícitos,

todos os meios processuais adequados à efetivação dos direitos fundamentais podem ser manejados pela Defensoria Pública.

Daí dizer que a propositura de ações civis públicas constitui dever da Defensoria Pública, na busca pela efetivação de sua função maior, qual seja, a promoção da justiça social.

7 Os necessitados, a clientela da Defensoria Pública

A mutação constitucional da competência da Defensoria Pública, voltada agora à promoção da assistência jurídica integral, reflete-se na intelecção do destinatário de sua atividade; isto é, provoca a alteração de definição do seu público-alvo.

Por não guardar pertinência com os fins inerentes à nova concepção constitucional da Defensoria Pública, resta superada a visão do necessitado como indivíduo economicamente hipossuficiente. A assistência jurídica integral no contexto da concretização dos direitos fundamentais traz a concepção inovadora da hipossuficiência jurídica.

A carência sobre a qual opera a Defensoria Pública passa a abarcar toda e qualquer hipótese de vulnerabilidade sócio-jurídica. Grinover cita, como exemplo de carência jurídica, a situação do revel no processo penal, a quem se deve deferir assistência jurídica integral, independentemente de sua capacidade econômica, ante o reconhecimento de sua posição frágil na relação processual, inviabilizadora do exercício pleno do direito de defesa. A referida autora também destaca a carência organizacional para apontar a possibilidade de a Defensoria Pública patrocinar ações coletivas em favor de grupos sem poder de mobilização na busca de acesso à justiça.

A questão está indissociavelmente ligada à proteção das minorias em situação de risco social. É preciso entender que existem riscos que não se relacionam à condição financeira, mas à posição marginal de determinados grupos e classes. Nesse contexto, serão considerados, ao lado dos economicamente

vulneráveis, a mulher vítima de violência ou discriminação familiar, o idoso, a criança e o adolescente, o deficiente físico e mental, o consumidor.

Assim, na tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos, a Defensoria Pública deve aferir a hipossuficiência a partir da análise de indicadores de miserabilidade ou da contemplação da própria realidade social em que vive o grupo de beneficiários da ação civil pública (Vieira, p. 72).

8 A legitimidade concorrente para propor ação civil pública

A Constituição atribui legitimidade ao Ministério Público para promover a ação civil pública (artigo 129); contudo, não o faz de modo exclusivo. O aludido artigo, em seu parágrafo 1, declara que a legitimidade concedida ao Ministério Público não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição e na lei. Disso resulta não haver qualquer incompatibilidade entre a Constituição e a Lei n. 11.447/2007, que defere legitimidade concorrente à Defensoria Pública. Ocorre que a legitimação da Defensoria Pública deve ser limitada à verificação da pertinência com os casos de necessidade jurídica, de modo a legitimar a função institucional do órgão; ou seja, deve haver identidade entre a lesão jurídica objeto da ação civil pública e os indivíduos vitimados, possibilitando a comprovação de sua vulnerabilidade.

Em sendo a Defensoria um órgão instituído pela Constituição Brasileira para prestar assistência jurídica aos necessitados, cabe a ela própria avaliar a situação de hipossuficiência de seus assistidos. Assim, caberá à própria Defensoria Pública constatar a situação de vulnerabilidade dos indivíduos, de modo a decidir sobre a propositura ou não da ação coletiva.

Por outro prisma, cumpre esclarecer que a Constituição Federal incumbiu à Defensoria Pública a defesa dos necessitados. Portanto, mais que uma autorização legal, é dever da instituição

utilizar-se da ação civil pública para o cumprimento de sua função constitucional, tendo em vista ser a ação civil pública um dos instrumentos mais eficazes na proteção de direitos metaindividuais, sendo enquadrada, inclusive, no conceito de garantia fundamental.

Nesse sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho assevera que “em geral, as normas definidoras de direitos e garantias individuais devem ser interpretadas de forma extensiva... Caberá ao Defensor, no caso concreto, aferir se aquela situação demanda a atuação da Defensoria Pública, levando em conta todas as circunstâncias que puder examinar, sobretudo as econômicas, sociais, culturais e jurídicas. Em ato fundamentado, deverá, ou propor a ação, ou arquivar o material que tiver recebido, dando notícia à Chefia da Instituição, e remetendo os autos, de ofício, ao Ministério Público, legitimado prioritário das ações civis públicas”(2008, p. 186).

9 Conclusão

A competência constitucional da Defensoria Pública confere legitimidade para propositura de ação coletiva na defesa dos necessitados de assistência jurídica, desde que em benefício de grupos em situação de marginalidade social.

A competência constitucional reservada à Defensoria pública guarda estreita relação com a busca da máxima efetividade da tutela dos necessitados de assistência jurídica porque propiciam, por meio de uma única ação, a satisfação de um grupo de indivíduos ligados por interesses comuns.

Essa concessão não invade a competência do Ministério Público nem lhe causa prejuízo, já que, acima de tudo, como órgãos estatais criados para a defesa de direitos, ambos trabalham em prol da satisfação do interesse público, devendo concentrar esforços, não para disputar exclusividade de competência, mas

para buscar a afirmação judicial dos direitos humanos e vencer a incansável batalha pela efetivação da justiça social. Ademais, considerando que a ação coletiva é o instrumento mais eficaz concebido pela atual ordem jurídica na proteção de direitos metaindividuais, sendo enquadrada, inclusive, no conceito de garantia fundamental, não se pode privar um órgão tão atuante e essencial como a Defensoria, da busca pelo reconhecimento de direitos que já não podem ser desconsiderados. Na essência, o que vale é a busca por procedimentos que sejam conducentes à tutela expedita dos direitos dos hipossuficientes.

Seja como for, tramita, no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda Constitucional n. 487/2005, que modifica a redação do artigo 134 para inserir expressamente a tutela dos direitos e interesses coletivos dos necessitados, o que constitui medida que mais se afina com o desiderato constitucional de propiciar os meios de acesso à Justiça e de efetividade dos direitos sociais.

Abstract: The Public Legal Defense is an essential institution to the State jurisdictional system, for it defers jurisdictional assistance to the needy, under the articles 5th, LXXIV, and 134, of the Constitution of 1988. In accordance with the constitutional rights, the above mentioned assistance should provide all means of access to justice including the collective jurisdictional instruments. Through collective actions, the State is able to more efficiently resolve issues of common interest to those who need jurisdictional assistance. Even when such interest is dispersed, the Public Legal Defense must have legitimacy to act, for the attainment of this kind of interest also constitutes a subject of jurisdictional assistance by the State.

Keywords: Jurisdictional assistance to the needy. Public Legal Defense. Modes of Action. Collective actions.

Referências

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- BOTTINI, Pierpaolo e VITTO, Renato Campos Pinto de. *Defensoria Pública e a Reforma do Sistema de Justiça Brasileiro*. Disponível em <<http://www.iaj.org.br/html/modules.php?name=News&file=article&sid=109>>. Acesso em: 24 mar. 2007.
- CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. 3. ed. Chapecó: Argos, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NEDER, Suely Pletz. *Defensoria Pública: instituição essencial ao exercício da função jurisdicional pelo estado e à justiça*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2002.
- NERY JUNIOR, NELSON. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina. A Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ações Civis Públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Acesso à justiça no direito processual*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – o social e o político na pós modernidade*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Assistência jurídica*. São Paulo: Método, 2003.

A Lei n.º 11.705/08 (lei seca) e as penalidades para a embriaguez: administrativa e criminal

*Edna Lima de Souza**

*Karla Keyla Fonseca Bastos***

Sumário: 1 Introdução. 2 Infração administrativa. 3 Outros meios de prova. 4 Infração penal. 5 Verificação do índice de álcool no organismo. 6 Teste do “bafômetro”. 7 Análise dos aspectos processuais. 8 Posicionamento dos tribunais brasileiros. 9 Sugestões de mudança. 10 Conclusões. Referências.

Resumo: Este artigo registra um estudo da infração embriaguez ao volante, de acordo com a modificação do Código de Trânsito Brasileiro, pela Lei n.º 11.705, de 19 de junho de 2008 (denominada “Lei seca”), que estabeleceu alcoolemia 0 (zero) e impôs penalidades mais severas para o condutor embriagado, alterando a redação do artigo 306, para incluir um elemento do tipo penal (concentração de 6,0 dg/l (seis decigramas por litro de sangue), e do artigo 165, para substituir expressão substância entorpecente por substância psicoativa e aumentar o prazo de suspensão do direito de dirigir, com a finalidade de evitar que motoristas alcoolizados continuem a provocar acidentes de trânsito.

Palavras-chave: “Bafômetro”. Embriaguez. “Lei seca”.

1 Introdução

A direção, sob a influência do álcool, reduz a capacidade de concentração e de domínio do veículo, dentre vários outros efeitos, levando o legislador a tratar com severidade o motorista embriagado.

Constitui uma das mais graves causas de acidentes

* Promotora de Justiça do Estado do Amazonas. Titular da 20ª Promotoria Especializada em Crimes de Trânsito. Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes - RJ (UCAM) e Direito Ambiental pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

** Assessora Jurídica do Juiz de Direito da 1ª Vara Especializada em Crimes de Trânsito da Comarca de Manaus/AM. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal.

de trânsito a bebida alcoólica, sendo incontáveis as mortes provocadas por motoristas alcoolizados. Retratam os anais das delegacias de trânsito ocorrências de acidentes insólitos, como veículos precipitando-se sobre pedestres postados em paradas de ônibus, ou que caminham nas calçadas e em locais a eles destinados.

A embriaguez ao volante vem disciplinada na Lei n. 9.503/97, que trata sobre o Código de Trânsito Brasileiro, como infrações administrativa e penal.

O professor Arnaldo Rizzardo destaca em sua obra Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro (2007, p. 390) que, “o efeito catastrófico do álcool vem forçando os países a reduzir continuamente os limites de alcoolemia na condução de veículos, como na Inglaterra e Estados Unidos, onde é zero o nível tolerado”.

O advento da Lei n. 11.705/08, a chamada Lei Seca, em vigor desde 20 de junho de 2008, teve como finalidade precípua justamente estabelecer alcoolemia zero, além de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência de álcool, reduzir os acidentes de trânsito ocasionados por condutores sob o efeito de álcool ou qualquer substância psicoativa; e proibir a venda de bebida alcoólica na zona rural, sob pena de multa.

A embriaguez na direção de veículo automotor sofreu alterações relevantes tanto na seara administrativa como na criminal, modificações estas que serão objeto da presente análise.

2 Infração administrativa

A Lei n. 11.705/08 alterou o art. 165, do Código de Trânsito Brasileiro, contido no capítulo XV, que trata “DAS INFRAÇÕES”. Com a devida vênia, impõe-se transcrever, *ipsis literis*, a redação antiga e a atual do mencionado artigo.

Redação antiga:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica:

Infração – gravíssima;

Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir;

Medida administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.

Redação atual:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração – gravíssima;

Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.

Com efeito, vejamos as medidas pontuais feitas pelo Poder Legislativo ao mencionado artigo:

a) por termo genérico com a expressão “ou de qualquer outra substância psicoativa”, significando dizer aquela que muda o comportamento e desempenho do ser humano, abrangendo, com isso, as expressões utilizadas pela redação anterior, qual seja, “ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” e abrangendo outras. Assim, temos que o Legislador foi muito feliz ao realizar tal mudança.

b) o prazo para a suspensão do direito de dirigir será pelo período de 12 (doze) meses. Uma vez constatada a situação caracterizadora da infração, lavrado o autorrespetivo, lançada a penalidade e decorrido, administrativamente, o trânsito em

julgado, inicia-se o cumprimento da suspensão, que, pela redação anterior, poderia prolongar-se pelo espaço de tempo de quatro a doze meses, ou de doze a vinte e quatro meses, se constatada a reincidência nos últimos doze meses, segundo art. 261, do CTB c/c a Resolução do CONTRAN n. 182, de 24-10-2005.

Dessa maneira, unicamente após o julgamento é que se aplica a suspensão pelo prazo inicial e improrrogável de doze meses ou, se reincidente específico, pelo prazo inicial de doze a vinte e quatro meses, apreendendo-se a habilitação, na linha da jurisprudência pronunciada pelo TRF da 4ª Região:

A lei prevê, em caso de embriaguez, a apreensão da CNH, pela autoridade de trânsito, como medida administrativa. Tal medida não substitui, porém, o necessário procedimento administrativo, com vistas à imposição da penalidade de suspensão do direito de dirigir. Nesse procedimento, é necessário que se assegure, antes que tenha efeito a penalidade, o necessário direito de defesa, não sendo legítima a manutenção da CNH apreendida até o julgamento da consistência do auto de infração e enquanto perdurar o procedimento administrativo, pois tal procedimento configura imposição da própria penalidade, sem o devido processo legal (TRF-4ªR., 3ª T, MS 2000.04.01.0330148-3-RS (remessa *ex officio*), DJ 21.11.2001, Boletim de Jurisprudência ADCOAS n. 13, p. 197, 1-5 abr. 2002).

Por oportuno, insta salientar que a medida administrativa de recolhimento do documento de habilitação, tão logo superado o estado de embriaguez, restitui-se a habilitação e somente depois da aplicação da pena e da coisa julgada recolhe-se novamente o documento, agora para o cumprimento da sanção, em obediência ao devido processo legal, insculpido no art. 5º, LV, da Magna Carta, como dito acima.

Uma vez aplicada a suspensão, é obrigatório o curso de reciclagem, conforme dispõe o art. 268, II, do CTB. Aliás, a Carteira Nacional de Habilitação somente será devolvida a seu

titular imediatamente após cumprida a penalidade, se o infrator fizer o curso de reciclagem, segundo depreende-se do art. 261, §2º, do CTB.

O grande alvoroço com a entrada em vigor da Lei Seca, em verdade, gira em torno do que dispõem os arts. 276 e 277, do CTB.

A antiga redação dos artigos referidos dizia:

Art. 276. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O CONTRAN estipulará os índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia.

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.

§ 2º No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no caput deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor.

Dessa maneira, conjugando os arts. 165, 276 e 277, todos do CTB e partindo de uma interpretação sistemática, chegava-se à ilação de que o condutor apenas era responsabilizado no âmbito administrativo, com as penalidades previstas no art. 165, do CTB, caso fosse constatado que estava dirigindo com a concentração de álcool em seu organismo igual ou superior a

seis decigramas por litro, quantidade esta que equivalia a zero vírgula três miligramas por litro no teste do bafômetro (art. 276, do CTB).

A verificação da concentração do álcool no organismo do condutor era obtida, comumente, por meio do teste alveolar (bafômetro) e, mais raramente, por meio do exame de sangue ou exame médico, como andar em linha reta, realizar gestos, etc. Ocorre que a jurisprudência ainda hoje e, com razão, vem decidindo que não se pode obrigar o motorista a qualquer dos exames, pois fere sua liberdade, além de impor a realização de prova contra si:

Não se tratando, na espécie, de declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 277 da Lei 9.503/1997 – CTB, é de se lhe restringir uma das interpretações possíveis para afastar aquela que implique a sujeição compulsória de condutor de veículos automotores a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que permita a certificação de seu estado, em seu prejuízo. Ninguém, à luz das normas e princípios constitucionais está obrigado a produzir prova contra si mesmo, pois o direito de punir, judicial e administrativamente, no direito brasileiro, rege-se pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, que faculta ao indiciado/autuado adotar ou não a conduta que produzirá a prova que lhe será desfavorável (TRF-5ª. R., 1ª. T., AC 2000.05.00.038575-1-CE, DJU 07.04.2003, ADCOAS 39, p. 612).

3 Outros meios de provas

O § 2º do art. 277, no mínimo enfraquecendo a disposição do *caput*, introduziu a possibilidade de a infração poder ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, feitas pelo agente de trânsito, que declarará acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação, torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecente.

Com este ditame, surge uma alternativa para suprir a

negativa do condutor em realizar os exames, conduta esta, conforme visto acima, sufragada pelo Judiciário. De grande relevo a regra, vindo a ser uma forma de não deixar impunes os infratores, administrativamente.

Nesse diapasão, o exame clínico servia apenas para indicar sinais de embriaguez e era, geralmente, obtido por meio do preenchimento do termo de recusa em se submeter ao teste do bafômetro, onde os agentes faziam constar os sintomas da influência do álcool no organismo humano consubstanciados em excitação, torpor, desequilíbrio, vestes descompostas, marcha, hálito alcoólico, comportamento agressivo, sonolento ou falante, atitudes eufóricas, atento ou deprimido, noção de tempo e de espaço, pupilas dilatadas, olhos avermelhados, apresentação de soluço, sentindo náuseas com vômitos.

Outras provas admitidas em direito seriam as provas testemunhal e a própria confissão em juízo.

Com efeito, o condutor que se envolvesse em acidente de trânsito (não se exigindo vítima) ou que fosse alvo de fiscalização de trânsito, e houvesse suspeitas de que ingerira bebida alcoólica, era submetido ao teste do bafômetro. Caso recusasse à submeter-se à realização do exame, preenchia-se o termo de recusa e, de qualquer maneira, estava sujeito às penalidades previstas no art. 165, do CTB.

Por conta disto, várias pessoas se insurgiram, porque eram penalizadas sem ter a quantificação do teor alcoólico no organismo, baseando-se a autoridade administrativa apenas nas outras provas admitidas em direito, apenas nos sinais de embriaguez.

A Lei n. 11.705/08, conhecida por Lei Seca, alterou a redação do art. 276, do CTB e, ao disciplinar a matéria prevista no art. 277, apenas modificou o §2º e inseriu o §3º, apresentando a seguinte redação:

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.

Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos.

Art. 277. (omissis)

§1º. (omissis)

§2º. A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

§3º. Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

Com tais alterações, está claro que, para o condutor ser penalizado na esfera administrativa, basta que ele tenha ingerido bebida alcoólica, não importando o teor, a quantificação.

Os meios de prova de constatação da influência do álcool no motorista continuam sendo os mesmos, quais sejam, teste do bafômetro, exame de sangue, exame clínico e demais provas admitidas em direito.

Ocorre que, da maneira como o §3º, do art. 277, do CTB se apresenta, numa primeira leitura, e vendo o dispositivo de forma isolada, pode-se levar a uma interpretação equivocada de que somente àquele condutor que se recusar a submeter-se a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícias ou outro exame que permita certificar seu estado de embriaguez, é que serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165, do Código de Trânsito; e o motorista que se submeter ao exame de alcoolemia não ficará sujeito às sanções administrativas.

Em verdade, o condutor, sujeitando-se ou não ao teste do etilômetro, estando sob a influência de álcool ou com sinais visíveis de embriaguez, será multado (cinco vezes o valor de 180 UFIR's), receberá sete pontos em sua carteira de habilitação (infração gravíssima), terá suspenso o direito de dirigir por doze meses (se reincidente, de doze a vinte e quatro meses), será retido o veículo até a apresentação de condutor habilitado e em

condições de dirigir bem como será recolhido o documento de habilitação (até a sobriedade do condutor).

Antes da Lei Seca, até se admitia a discussão em torno da constitucionalidade da aplicação das penalidades administrativas sem haver a constatação do teor de álcool no organismo do indivíduo, tendo em vista o art. 276, do CTB, o qual, para efeito de impedimento para dirigir, estabeleceu a concentração desde seis decigramas de álcool por litro de sangue.

No entanto, por conta da atual redação do art. 276, da Lei Seca, isto não mais merece prosperar.

Não há que se discutir sobre a constitucionalidade ou não da obrigatoriedade da submissão do condutor suspeito de dirigir alcoolizado ao teste de alcoolemia, *para incidir nas penas administrativas*, porque, mesmo diante da recusa, a infração pode ser constatada por outros meios, tais como: termo de recusa de acordo com o modelo estabelecido pela Resolução do CONTRAN nº 206/2006; depoimento de testemunhas, fotografias, filmagem etc.

Não se discorda do fato de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si nem a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*), logo ninguém pode ser compelido a realizar o teste do bafômetro, ou exame de sangue ou, ainda, a não colaborar com eventual exame médico, como, *verbi gratia*, fazer posições corporais para demonstrar equilíbrio.

Isto se extrai do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York (PIDCP, art. 14,3, *g*) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, art. 8º, 2, *g*), também denominada Pacto de San José da Costa Rica, dos quais a República Federativa Brasileira é signatária, e ambos estabelecem o direito de a pessoa “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada”.

Admitir o contrário é estar sob a égide de um Estado de Exceção, autoritário, em que autoridades poderiam lançar mão de meios obscuros e ilegítimos para obter provas que, por sua

própria diligência, não conseguiram.

Ninguém poderá ser punido, ainda que administrativamente, por estar exercendo este direito.

O que se discorda, *data maxima venia*, de autores como Roberto Delmanto (As inconstitucionalidades da lei seca, 2008), Rafael de Oliveira Lage (A inconstitucionalidade da reforma do Código de Trânsito Brasileiro e seus aspectos sociais e morais, 2008), Adel El Tasse (Cuidado com o sagu. Inconstitucionalidades da “Lei Seca”, 2008), entre outros, é a afirmação de que o §3º, do art. 277, do CTB, fere o princípio constitucional da presunção de inocência, porque há a imposição de pena “automática”, em caso de recusa do condutor a se submeter a exames de alcoolemia.

Como dito alhures, existirá a cominação da penalidade na esfera administrativa por estar cabalmente comprovado, através das outras provas em direito admitidas, que não o teste de alcoolemia (por ter havido a recusa), que o condutor dirigia veículo sob a influência de álcool.

O teste do bafômetro ou o exame de sangue, com efeito, terá maior repercussão para a tipificação do delito de embriaguez ao volante, previsto no art. 306, do CTB, como veremos a seguir.

4 Infração penal

No capítulo XIX – DOS CRIMES DE TRÂNSITO, Seção I – Disposições Gerais, do Código de Trânsito Brasileiro, o parágrafo único, e o *caput*, do art. 291, rezavam que, aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos no Código de Trânsito, aplicava-se a Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) bem como se aplicava ao crime de embriaguez ao volante o disposto no art. 76, da mencionada Lei, que se refere à transação penal.

A Lei 11.705/08, Lei Seca, permanecendo com a redação do *caput* do art. 291, alterou o seu parágrafo único, introduzindo, em seu lugar, o parágrafo primeiro, contendo três incisos e o

parágrafo segundo, de modo que, ao crime de embriaguez ao volante, não mais se propõe ao indiciado o benefício da transação penal.

Sendo assim, verificada a tipicidade da conduta do motorista, nos termos do art. 306, do CTB, ao oferecer a denúncia, o Órgão do Ministério Público, poderá tão-somente formular a proposta de suspensão condicional do processo, desde que preenchidos todos os requisitos do art. 89, da Lei 9.099/95.

Cumprido ressaltar, antes de analisar o crime autônomo de embriaguez ao volante, insculpido no art. 306, do CTB e suas alterações, que, de acordo com o art. 9º, da Lei 11.705/08, a causa de aumento prevista no inciso V, do parágrafo único, do art. 302, do CTB, na qual a pena era aumentada de um terço à metade se o agente estivesse sob a influência de álcool, foi expressamente revogada.

O motivo da revogação, segundo André Abreu de Oliveira (Lei n. 11.705/08: novidades no combate à embriaguez ao volante, 2008), em texto de artigo publicado no site Jus Navigandi, foi facilitar o enquadramento desses casos em homicídio doloso. Caso continuasse aquela circunstância, em tese, teriam que ser tipificados ali todos os homicídios em direção de veículo automotor quando o condutor estivesse embriagado. No sentido da tipificação como homicídio doloso, existem recentes decisões judiciais, como a do Superior Tribunal de Justiça, o qual negou um pedido de *habeas corpus* feito por um acusado que, estando sob influência de álcool, envolveu-se em um acidente de trânsito com vítima fatal, sendo condenado por homicídio doloso (HC 82.427-PR, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/12/2007, DJ 18/02/2008). Continua o autor, “provavelmente, estes novos julgados influenciaram a retirada da causa de aumento de pena do art. 302, do CTB”.

Com isso, retorna-se àquela antiga discussão a respeito do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art.302, do CTB), crime de dano, absorver o crime de embriaguez

ao volante (art. 306), crime de perigo.

Em que pese as doughtas opiniões em contrário, que, aliás, é a grande maioria, entende-se que, neste caso, haverá concurso de crimes (art. 69, do Código Penal), por duas razões: quando ocorre o crime de dano, o crime de embriaguez já havia se consumado, e o bem jurídico tutelado por ambos os crimes são diferentes, a saber, a vida e a incolumidade pública.

Entretanto, para aqueles que pensam o contrário e perfilham a tese de que o autor deve responder apenas pelo crime de dano (homicídio culposo ou lesão corporal culposa, ambos na direção de veículo automotor, certamente a embriaguez deverá ser levada em consideração pelo juiz na fixação da pena-base (art. 59, do Código Penal), isto é, nas circunstâncias judiciais, onde, quanto maior o teor alcoólico, maior será a exasperação da pena.

Todavia, pode acontecer de o agente não ter se submetido ao teste de alcoolemia. Nesse caso, também, dada a impossibilidade de se ignorar os visíveis sinais de embriaguez relatados por meio de prova oral, deverá, de igual forma, ser levada em consideração pelo juiz na fixação da pena-base.

Nos casos em que houve a denúncia de homicídio culposo ou lesão corporal culposa, ambos na direção de veículo automotor, com a causa de aumento prevista no inc. V, do parágrafo único, do art. 302, do CTB, podem ocorrer duas situações:

Na primeira hipótese, o denunciado não se submeteu ao teste do bafômetro, logo o Ministério Público comprovaria a embriaguez com base nas outras provas admitidas em direito. Nesse caso, como o referido inciso V foi expressamente revogado, há que se aplicar o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, restando ao juiz considerar a embriaguez nas circunstâncias judiciais.

Numa segunda hipótese, o denunciado foi submetido ao teste de alcoolemia, resultando positivo. Dessa maneira, a causa de aumento de pena passa a ser crime autônomo, devendo, se

for o caso, ser formulada a proposta de suspensão condicional do processo ao acusado, com base nos arts. 89, da Lei 9.099/95 c/c art. 492, §1º, do CPP.

Entretanto, e se o réu não fizer jus à benesse da suspensão condicional do processo? Deveria ele responder pelo crime autônomo do art. 306, do CTB, com pena de detenção que varia de seis meses a três anos, em concurso material? Deveria responder com a causa de aumento de pena (*tempus regit actum*)? Ou, ainda, deveria a embriaguez ser levada em consideração apenas para a fixação da pena-base?

A depender do caso concreto, nem sempre é possível saber com exatidão qual é a lei penal mais benéfica. A melhor alternativa para essas indagações é aquela em que o juiz mentalmente faz a aplicação das duas leis que conflitam – a nova e a antiga –, verificando, *in concreto*, qual terá o resultado mais favorável ao réu.

Feitas estas considerações, analisar-se-á, por ora, o tipo penal previsto no art. 306, da Lei n. 9.503/96.

Cotejando a redação antiga com a atual, dada pela Lei 11.705/08, são patentes as diferenças, senão vejamos:

Antiga redação, segundo a Lei n. 11.275/06:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Redação atual com vigência a partir de 20.06.08:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos,

multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Ao regulamentar a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de crime de trânsito, o Poder Executivo Federal fez publicar o Decreto n. 6.488/08, que, em seu art. 2º, determina que:

Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei n. 9.503, de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte: I – exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou II – teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Assim, para ocorrer a incidência do crime de embriaguez ao volante, basta que se comprove que o motorista, na via pública, esteja conduzindo veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas ou com concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões igual ou superior a 0,3 (zero vírgula três) miligramas.

Apenas a título de ilustração, seis decigramas equivalem aproximadamente a dois copos médios de cerveja ou a uma dose de bebida destilada para uma pessoa que pesa setenta quilogramas.

O tipo penal não exige mais que o condutor esteja dirigindo de forma anormal pela via pública, como: ultrapassando o semáforo vermelho, fazendo zigue-zague, dirigindo pela contramão, desenvolvendo velocidade excessiva ou incompatível para o local e momento, subindo nas calçadas etc.

Todavia, há que se alvitrar que autores, como Damásio E. de Jesus (Embriaguez ao volante: notas à Lei n. 11.705/2008, 2008), Luiz Flávio Gomes (Embriaguez ao volante (Lei n. 11.705/2008). Diferença entre a infração administrativa e a penal, 2008), entendem que o fato típico não se perfaz somente com a direção do motorista embriagado, sendo imprescindível que o faça “sob a influência” de álcool. Não há, dessa forma, crime quando o motorista, embora provada a presença de mais de seis decigramas de álcool por litro de sangue, dirige *normalmente* o veículo. A justificativa desse pensamento reside na interpretação sistemática do CTB, no espírito da norma considerada em face do todo, mormente no que tange aos arts. 4º-A, 165, 291 e 306, todos do CTB, nos quais sempre se encontra a expressão “sob a influência”.

Com a devida *venia*, impõe-se discordar, tendo em vista o princípio da legalidade penal e o princípio da taxatividade sobre o legislador, que, deve descrever o tipo penal incriminador de forma clara, inequívoca e exaustiva para que todos possam conhecer com certeza e segurança necessárias o conteúdo da proibição e seus precisos contornos e não ter que depender, ainda, de inúmeras interpretações possíveis e imagináveis.

Autores como Roberto Delmanto (As inconstitucionalidades da lei seca, 2008), Rafael de Oliveira Lage (A inconstitucionalidade da reforma do Código de Trânsito Brasileiro e seus aspectos sociais e morais, 2008) e Adel El Tasse (Cuidado com o sagu. Inconstitucionalidades da “Lei Seca”, 2008) perfilham a tese de que o caput, do art. 306, do CTB é inconstitucional, uma vez que fere o princípio da ofensividade, o qual só permite penalizar criminalmente a conduta de quem, ao menos, exponha a incolumidade de outra pessoa a um dano *potencial*. Afirmam que não se admite em Direito Penal a punição de alguém por um perigo abstrato, presumido, hipotético, exigindo-se seja o perigo *concreto, real e efetivo*, como dirigir em ziguezague, na contramão

de direção, avançar sinal vermelho, enfim, anormalidade na direção.

Mais uma vez ousa-se discordar de tal posicionamento, pois aquele que trafega em via pública com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas, certamente já está *gerando perigo de dano potencial* para si e para terceiros, estando na iminência de causar um dano real, como na maioria das vezes acontece.

Assim como o motorista embriagado, também aquele que ingeriu bebida etílica sem atingir a embriaguez, não se encontra apto a conduzir veículo motorizado pelas vias públicas, constituindo uma das mais graves infrações que se pode cometer em matéria de trânsito automobilístico, pelos perigos que apresenta à incolumidade pública.

Em tema de direção perigosa de veículo na via pública, o argumento de que o álcool atua diferentemente de pessoa a pessoa não é aceitável, pois a embriaguez, como regra, inabilita o motorista a dirigir, sabido que o simples estado de euforia é suficiente para um declínio da segurança necessária à movimentação de automotor.

A primeira fase, em que o estado etílico não é tão perceptível, já é capaz de identificar a direção perigosa de veículo. O motorista está, aparentemente, em condições físicas aptas a dirigir veículo, mas seu estado acarreta perigo à segurança alheia, justamente pela diminuição da atenção, supressão da prudência e da firmeza, causa de muitos desastres.

São por demais conhecidos os efeitos do álcool no organismo humano, ainda que ingerido em pequenas doses, pois afeta de modo indiscutível a coordenação motossensorial, a atenção difusa, a inteligência e as funções visuais do indivíduo, daí porque fica caracterizada a imprudência de quem dirige sob o efeito de álcool.

5 Verificação do índice de álcool no organismo

Existem duas maneiras de se quantificar o teor alcoólico no organismo: teste de alcoolemia pelo “bafômetro” e exame de sangue, sendo que, para a realização de ambos, necessária é a aceitação e autorização da pessoa suspeita de dirigir sob o efeito de álcool. O exame clínico serve apenas para indicar os sinais de embriaguez.

Quando houver justificada suspeita de que o condutor tenha ingerido bebida alcoólica, a primeira iniciativa do agente de trânsito é a de submetê-lo ao teste de alcoolemia pelo bafômetro, aparelho de maior funcionalidade e menos invasivo.

Em relação ao exame de sangue, podemos afirmar com segurança, por conta da prática laborativa na área judiciária de crimes de trânsito, que é inexistente. É certo dizer que nunca se viu um exame de sangue em um processo criminal realizado em um condutor embriagado e os motivos são simples: a recusa do motorista, assim como o faz diante do “bafômetro” e a falta de recursos estatais destinados a esse fim, como médicos e reagentes.

Nesse diapasão, diante da recusa do motorista em se submeter a qualquer dos dois exames, será impossível a realização de prova material e, como corolário, a configuração do crime autônomo de embriaguez ao volante. Nesse sentido:

Processo penal. Delito de trânsito. Ausência de comprovação de quantidade de álcool no sangue. Absolvição. *Delito de trânsito. Dirigir veículo automotor sob influência de álcool. Sentença condenatória. Apelação* – “Não estando comprovada a presença quantitativa de álcool no sangue do motorista, como exigido na Lei 11.705/2008, acolhe-se o apelo defensivo para absolver o acusado” (TJRS – 3ª. C. – AP 70025734534 – rel. **Valdimir Giacomuzzi** – j. 27.11.2008 – *DOE* 09.12.2008).

Processo penal. Embriaguez ao volante. Atipicidade. “A Lei 11.705/08, além de descriminalizar a conduta de dirigir veículo automotor com concentração inferior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, passou a exigir a comprovação material da concentração de álcool por litro de sangue do motorista. Não existindo provas acerca da quantidade de álcool por litro de sangue, ainda que o exame clínico aponte a embriaguez do acusado, inviável a condenação do motorista pela prática do delito do art. 306 da Lei 9.503/97. negaram provimento” (TJRS – 3ª. C. – AP 70028177814 – rel. **Elba Aparecida Nicolli Bastos** – j. 02.04.2009 – *DOE* 14.04.2009).

Não obstante, o indício da presença de álcool, decorrente da recusa do motorista em se submeter ao exame pericial capaz de comprovar o seu estado de sobriedade, o relato do agente de trânsito acerca dos sinais objetivos ou evidentes do estado de embriaguez, bem como o exame clínico ensejam a responsabilização do condutor na área administrativa, como exaustivamente já se afirmou em linhas atrás, por conta do permissivo art. 277, do CTB.

6 Teste do “bafômetro”

O laudo de exame de alcoolemia tornou-se essencial para caracterizar o crime de embriaguez ao volante. Isso porque o exame clínico de embriaguez e a prova testemunhal não têm mais valor probante, na esfera penal, devido à exigência legal de seis decigramas de concentração alcoólica por litro de sangue, que poderá ser aferida pelo teste do etilômetro (ar alveolar pulmonar) ou pelo exame de sangue (alcoolemia), aos quais, como é cediço, o infrator poderá recusar-se a fazer, diante da garantia constitucional prevista no art. 5º, LXIII, segundo a qual ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo.

A recusa jamais configurará crime de desobediência (CP, art. 330), vez que não há dever jurídico de obedecer.

O professor Vinicius de Toledo Piza Peluso, em seu artigo *O crime de embriaguez ao volante e o “bafômetro: algumas observações*, publicado no Boletim IBCCRIM – ano 16 – n 189 – agosto de 2008, expôs que o popularmente conhecido “bafômetro” não é meio penalmente idôneo a comprovar o crime de embriaguez ao volante, em vista do princípio da legalidade e da taxatividade, que, em última instância, visa a impedir a segurança jurídica e a arbitrariedade estatal.

De fato, a lei é clara em seu preceito primário quando impõe a concentração do álcool por litro no sangue. Porém, há o parágrafo único, do art. 306, do CTB, prevendo as taxas equivalentes. No mais, até que se julgue a ADI n. 4103, a lei é válida, portanto, constitucional.

7 Análise dos aspectos processuais

O condutor que se recusa a realizar o teste de alcoolemia não pode ser preso em flagrante delito pelo simples fato de que nenhuma autoridade policial nem ninguém será competente para quantificar a dosagem etílica existente no organismo do agente, a não ser que o agente colabore realizando testes ou exames, visto que o crime de embriaguez ao volante exige a prova da materialidade, para que se perfaça.

Mesmo ante a colaboração do suspeito, no caso de coleta de sangue, é sabido que o exame químico-toxicológico demanda procedimentos de pesquisa laboratorial, cujos resultados não são imediatos. Por vezes passam-se meses para o retorno de um laudo. Dessa forma, não será possível a prisão em flagrante, visto que, nessas circunstâncias, a autoridade policial não terá condições de formar seu convencimento seguro para lavratura de um flagrante e, caso o faça, será facilmente relaxado por ser desprovido de um mínimo de lastro probatório ou indiciário.

Se não há que se falar em prisão em flagrante, tampouco se deve arbitrar fiança ao flagrado para solto se defender.

Os inquéritos policiais instaurados antes da entrada em vigor da Lei Seca que não contêm a prova da materialidade devem ser arquivados, a denúncia não deve ser recebida, o réu deve ser absolvido e os condenados que estiverem cumprindo pena restritiva de direito devem deixar de cumprir, em vista do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da CF e art. 2º, parágrafo único, do CP.

8 Posicionamento dos tribunais brasileiros

A intensa polêmica causada pela nova lei já é alvo nos tribunais.

No HC n. 2008.041165-4 e HC 2008.040712-9, ambos julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tiveram suas liminares deferidas para garantir o direito do impetrante de recusar-se a se submeter ao teste do bafômetro.

No primeiro caso, entendeu o desembargador que a ilegalidade da exigência do teste de alcoolemia somente “é verificada em casos em que o condutor do veículo *não aparenta estar sob a influência de álcool*”. No entanto, admite o magistrado que a penalidade pela infração de trânsito em exame poderá ser aplicada quando “os motoristas forem flagrados em aparente estado de embriaguez, exteriorizado, por exemplo, a partir de andar cambaleante ou direção em zigue-zague”.

No segundo *habeas corpus*, o desembargador concedeu a ordem para que a impetrante não fosse tolhida da liberdade de ir, de vir, de ficar, de permanecer, por recusar-se ao teste de alcoolemia em diligência policial. E proibiu a aplicação das penalidades previstas na lei, pela *simples* recusa ao teste do bafômetro, observada a ressalva da direção anormal e perigosa, que coloque em risco a segurança viária.

Já no HC n. 2008.043055-1, também de Santa Catarina, o pedido de liminar foi negado por entender o relator que o “habeas

corpus não é o instrumento adequado para tal finalidade, uma vez que as penalidades previstas para quem se nega ao teste de alcoolemia não incluem nenhuma ameaça ou violência concreta ao direito de locomoção física dos motoristas – mas tão somente ao uso do automóvel”. Ressaltou o desembargador-relator que “seria extremamente constrangedor que alguém cometesse um homicídio em acidente de circulação, com o salvo-conduto da Justiça debaixo do braço”. No mesmo sentido: HC n. 2008.040688-0 e HC n. 2008.041150-6; TRF-2ª. R. – HC 2008.02.01.012184-0 – 4ª S. Esp – Rel. Juíza Fed. Conv. Márcia Helena Nunes – DJE 01.10.2008 – p. 18.

O Tribunal de Justiça do Amazonas, no HC n. 2008.003374-2, indeferiu a liminar e denegou a ordem, com o julgamento do mérito, em consonância com o parecer do Ministério Público, porquanto deve ser respeitado um dos princípios basilares do direito e da administração pública que é a supremacia do interesse público sobre o privado.

Com efeito, o caso remonta à antiga discussão sobre a necessidade de a sociedade organizar-se sob um manto de princípios, que coordenem as relações entre as pessoas. A partir do momento que o homem sai do seu estado primitivo e passa a viver em sociedade, passa a existir a necessidade de limitações à ação individual, bem como surge o interesse público e a finalidade pública. Compreende-se, desse modo, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado – um dos princípios basilares do direito -, a ensejar um conjunto de prerrogativas à administração pública para que persiga aquele interesse (público). Diante desse dever-poder, conforme lição de Celso Bandeira de Mello, só resta à administração agir de acordo com o preceituado na lei (princípio da legalidade).

A prerrogativa, no caso, de submeter o condutor de um veículo ao exame de alcoolemia justifica-se na medida em que o bem que se procura proteger é o maior de todos, qual seja, a vida.

Ademais, a proteção não reside apenas quanto à preservação da incolumidade do condutor, mas também de terceiros, que aquele, sob o efeito de álcool, pode colocar em perigo.

Assim, havendo antinomia entre princípios, a razoabilidade e a proporcionalidade devem preponderar e, sendo a vida um bem maior, o procedimento administrativo utilizado no caso (submissão aos testes de alcoolemia sob pena de incidir em sanções administrativas), para garanti-la, deve prosperar.

Não há óbice de natureza constitucional com relação à mencionada lei. O seu fim social é elevado, porquanto busca proteger o bem jurídico de maior importância: a própria vida do condutor e a de terceiros contra eventuais sinistros que possam ocorrer, não pela mínima quantidade de álcool acaso detectada por ocasião de eventual teste de bafômetro, mas por ulterior adição a esse teor etílico de outras doses capazes de metabolizar no organismo o efeito da substância já ingerida, o que não me parece de remota plausibilidade.

Oportuna a seguinte transcrição de Hélio Tornaghi (*in* Instituições de Processo Penal, vol. 3, Ed. Saraiva, 2ª edição, p. 177):

(...) tem o Estado de exigir dos indivíduos certos sacrifícios para o bem comum, como foi mostrado no capítulo anterior. Podem eles recair sobre o patrimônio (impostos) podem consistir na prestação de serviços (jurados, testemunhas, soldados), podem até exigir o holocausto da própria vida (como no caso do militar que morre na defesa da Pátria). Ninguém diria que há injustiça em tudo isso, porque todos compreendem que esta abnegação é o preço da vida em sociedade e o homem somente na sociedade pode viver. Para o bem comum cada qual entra com uma parcela de si mesmo.

É, portanto, de saudável prevenção que se cuida em nome da preservação da vida - bem de imensa carga valorativa, cuja defesa é consagrada e exigida em prol do bem comum de uma

sociedade civilizada e do Estado Democrático de Direito. Entre o desconforto de submeter-se a esse teste e o alcance que o justifica, parece afastada a alegação de inconstitucionalidade da norma, diante da perspectiva do fim social ao qual ela se dirige incidindo, também, a inteligência do art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil.

A colisão de princípios constitucionais se resolve na ponderação de valores, do que se conclui, portanto, pela inquestionável supremacia da proteção da vida, da solidariedade e da cidadania sobre o princípio da liberdade de conduzir veículo, o que faz prevalecer a exigência do teste do bafômetro.

A propósito, tramita no Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade – ADI n. 4103, ajuizada pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes – ABRASEL, em 04.07.08, contra a “Lei Seca”. Assim, esta tem validade até a apreciação da mencionada ADI.

9 Sugestões de mudança

Como visto no decorrer do artigo, o problema está na funcionalidade do novo art. 306, do CTB, quanto à prisão em flagrante e à comprovação da taxa de alcoolemia que se tornou elemento típico. O melhor caminho, diante disto, seria manter a fórmula da “influência” de álcool com exigência, para configuração do tipo criminal, de provocação de perigo concreto, o que seria dispensável para a infração administrativa, evitando-se, assim, a impunidade e a injustiça, sentimentos intensos vividos atualmente pela sociedade.

O sistema de taxas legais implica em transferir ao perito os poderes do juiz, que é o único capaz de apreciar o grau de culpabilidade, considerando todos os elementos do fato. O problema fundamental não é propriamente o do conteúdo do álcool no sangue, mas o dos efeitos que este produz, o

que depende da constituição da pessoa e de seus hábitos. A quantificação também fere os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Como não é possível fazer uma lei para cada pessoa e para evitar injustiças, melhor a fórmula anterior e a análise concreta caso-a-caso.

Cumprе salientar que a mudança desse quadro urge, uma vez que se tem a notícia bárbara e sórdida de que fiscalizadores têm se utilizado da própria lei para extorquir motoristas embriagados ou sob a influência de álcool ou para serem corrompidos por estes. O que é lamentável.

Outro caminho seria, o Poder Legiferante, assim como fez nos arts. 231 e 232, ambos do Código Civil, presumindo a paternidade nos casos em que há recusa em se submeter ao exame de DNA, de igual modo, prevê a *presunção de embriaguez* para aqueles que se recusam em se submeter ao teste de alcoolemia, mormente nos casos em que o motorista se envolve em acidente de trânsito. Afinal, é fato notório que grande parte dos acidentes de trânsito é causada por motoristas alcoolizados.

A presunção da embriaguez é justificada pelo interesse público e, também, das partes envolvidas, de se produzir um elemento probatório seguro do estado de sobriedade etílica ou de embriaguez de cada um dos motoristas, a fim de se instruir eventual processo judicial criminal ou cível.

Ademais, dirigir não é um direito, mas uma permissão do poder público concedida apenas a quem se habilita e segue determinadas regras.

Noutro giro, mister ainda, o aparelhamento dos IML's para a feitura de exames imediatos e, principalmente, para a divulgação imediata dos respectivos resultados, ainda que seja por meio de laudo provisório, quando se tratar de exame de sangue; bem como a disponibilização de etilômetros em todas as unidades policiais operacionais da Polícia Civil, Militar Rodoviária etc., ainda que a produção da prova fique a critério da boa vontade do suspeito.

A fiscalização intensa da polícia nos primeiros meses da entrada em vigor da Lei Seca veio comprovar que ela é fundamental na prevenção de acidentes. É um equívoco imaginar que leis mais duras são suficientes. A fiscalização é decisiva, ao lado da educação, conscientização e punição.

Importante salientar que a intenção deste estudo é colaborar modestamente com o aperfeiçoamento da nova lei, uma vez que, do jeito que está, assiste-se à desmoralização do Direito Penal.

10 Conclusões

É importante perceber que a questão do motorista sob efeito de álcool tem distinto tratamento no âmbito administrativo e no penal.

No âmbito administrativo, o legislador é mais rigoroso, dispondo que qualquer concentração de álcool enseja a infração ao art. 165, CTB pelo motorista, sendo que, provisoriamente, acata-se uma margem de tolerância para todos os casos da ordem de dois decigramas por litro de sangue ou de um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões (vide art. 1º, §§ 1º ao 3º, do Decreto 6.488/08).

Já no campo penal somente configura crime a conduta daquele que dirige sob efeito de álcool, mas com concentração de 6 dg/L de sangue ou mais.

É interessante notar que o discurso de rigor do legislador, embora bem aplicado na seara administrativa, não seguiu a mesma senda no âmbito criminal. Afinal de contas, a partir da alteração legal, na verdade, por direção sob efeito de álcool, só é preso em flagrante e, principalmente condenado, quem quiser!

Quando o suspeito se negar a realizar o exame químico-toxicológico de sangue e/ou o teste por aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), a prova será impossível, já que ninguém,

nem mesmo um médico ou policial mais experiente, é capaz de determinar taxas de alcoolemia por meio de um mero exame clínico ou de uma simples passada de olhos sobre o suposto infrator.

Alvitre-se que os meios variados de comprovação da infração previstos nos arts. 276 e 277, do CTB, referem-se tão-somente à infração administrativa do art. 165, do CTB.

Não há outra conclusão a não ser a de que o legislador foi muito infeliz ao substituir a velha fórmula da “influência de álcool” pela dosagem de 6dg/L de álcool no sangue ou mais, tornando o outrora utilíssimo exame clínico praticamente inútil para as situações de suposta embriaguez etílica.

O legislador bem poderia ter poupado a todos do triste dilema que se descortina, qual seja, preservar a legalidade e desproteger em muitos casos concretos o interesse público na segurança do tráfego viário; ou infringir o Princípio da Legalidade para evitar a desproteção do interesse social.

Acredita-se que o dilema é insolúvel, posto que o princípio da legalidade é um dos mais relevantes interesses sociais, uma conquista da humanidade que jamais pode ser desprezada ou contornada, de forma que sua distorção para tentar retificar equívocos legislativos pode ser um precedente extremamente perigoso.

A decisão de arquivamento de inquéritos por falta de prova do teor alcoólico por ser legal, porém não se pode deixar de reconhecer que é também injusta. A conhecida expressão latina *dura lex, sed lex*, nunca foi tão apropriada.

Abstract: This article registers a study of the delict drunkenness to the projection, in accordance with the modification of the Code of Brazilian Transit, for the Law nº 11.705, of 19 of June of 2008 (called “dry Law”), that it established alcoolemia 0 (zero) and imposed more severe penalties for the drunk conductors, modifying the writing of article 306, to include an element of the criminal type (concentration 6,0

dg/l (six decigrams for liter of blood), and of article 165, to substitute the expression narcotic substance for psychoactive substance and to increase the period of suspension of the right of driving, with the purpose to prevent that drunk drivers continue to provoke traffic accidents.

Keywords: “Breathlyzer”. Drunkenness. “Dry law”.

Referências

CALLEGARI, André Luís. Delitos de perigo abstrato – um retrocesso no código de trânsito brasileiro. *Boletim IBCCRIM*. v. 16, n. 189, ago. 2008.

DELMANTO, Roberto. As inconstitucionalidades da lei seca. *Boletim IBCCRIM*. v. 16, n. 189, ago. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Embriaguez ao volante (Lei n. 11.705/2008: diferença entre a infração administrativa e a penal. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11495>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

JESUS, Damásio E. de. Embriaguez ao volante: notas à Lei n. 11.705/2008. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1846, 21 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11510>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

LAGE, Rafael de Oliveira. A inconstitucionalidade da reforma do Código de Trânsito Brasileiro e seus aspectos sociais e morais. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1828, 3 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11462>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

LATOCHESKI, Luiz Gustavo. Álcool e direção: alguns breves apontamentos sobre as últimas alterações do Código de Trânsito Brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11456>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

LIMA, Antônio Carlos de. A embriaguez ao volante é um crime voluntário. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1936, 19 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11795>>. Acesso em 11 mar. 2009.

MARCÃO, Renato. Embriaguez ao volante, exames de alcoolemia e teste do bafômetro. Uma análise do novo art. 306, caput, da Lei n.

9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11454>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

OLIVEIRA, André Abreu de. Lei n. 11.705/08: novidades no combate à embriaguez ao volante. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11497>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao código de trânsito brasileiro*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TASSE, Adel El. Cuidado com o sagu. Inconstitucionalidades da “Lei Seca”. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 12, n. 1835, 10 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11473>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Delação premiada: conceito, legislação e cautelas na utilização do benefício legal

*Kátia Maria Araújo de Oliveira**

Sumário: 1 Introdução. 2 Delação premiada: Conceito. 3 A delação premiada nas leis brasileiras. 4 Delação premiada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. 5 Cautelas na utilização da delação premiada. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: O artigo em tela aborda o instituto da delação premiada do ponto de vista das legislações brasileiras, italiana e estadunidense. Alerta para os cuidados que o Promotor de Justiça deve ter ao utilizar o instituto, pois criminosos colaboradores não são regidos por princípios legais, e sim movidos por interesses recíprocos. Assim disponibiliza orientações para lidar com o problema.

Palavras-chave: Acusação, Testemunha, Defesa, Mente criminosa.

1 Introdução

No Brasil, tendo em vista os inúmeros escândalos, para não falar crimes, praticados nas diversas esferas de Poder, é comum a menção a “delação premiada” como instituto que contribuiria para a elucidação dos fatos.

Portanto, muito se tem falado a respeito da “delação premiada”, mas, partindo do noticiado, atesta-se uma falta de compreensão deste instituto, já que, ao contrário do divulgado, a delação premiada disciplinada pela sistema jurídico brasileiro, não tem a mesma dimensão da utilizada em outros países.

Nas leis estrangeiras, o instituto é bem mais amplo, e decorre de uma discricionariedade do membro do Ministério Público, ante a possibilidade de seus integrantes realizarem

* Promotora de Justiça titular da Promotoria de Fundações e Massas Falidas. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, e em Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas. Membro titular do Conselho Fiscal da Associação Nacional de Procuradores e Promotores de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social.

acordos com investigados, acusados e até condenados, bem diferente da realidade brasileira.

Nos Estados Unidos, exemplificando, os acordos entre acusação e acusado (plea bargaining) encontram-se incorporados ao mundo jurídico, o que facilita a obtenção desta “colaboração”. No direito italiano, a adoção da chamada “delação premiada” foi importante na década de 70, atingindo seu ápice nos anos 80, quando demonstrou sua eficácia no combate a criminalidade mafiosa, e ao terrorismo.¹

No entanto, a distância cultural que separa a realidade do Brasil da realidade dos países acima citados, aliada à timidez das providências do Estado brasileiro com relação ao combate ao crime organizado, justificam o insucesso das medidas até agora apresentadas, cópias apagadas das legislações de outros países.

Delação premiada é o benefício dado ao criminoso que aceita colaborar na investigação ou entrega de seus companheiros, porém, alerte-se que um delinquente “colaborador” é muito perigoso pois tem uma mente própria, que não apresenta os valores e princípios que animam qualquer sistema legal.

Um “informante” é motivado por interesses próprios, que não correspondem aos da Autoridade com quem pretende “colaborar”. Mudará suas intenções no momento em que perceber que conseguirá maiores benefícios seguindo outro caminho.

Com base nas premissas acima, este trabalho procura conceituar a delação premiada, destacar as previsões legais e ainda demonstrar o perigo de insucesso para uma acusação baseada em depoimento de pessoas que se utilizam do benefício legal, sem o preparo adequado da Autoridade que a emprega.

¹ Na Itália, em sede de crime de terrorismo, é privilegiada a figura do “colaborador”. Só que se construiu todo um sistema de combate ao crime organizado, notadamente em quatro frentes: o antiterrorismo, a legislação anti-sequestro, as medidas de proteção aos colaboradores da justiça e a legislação anti-máfia.

2 Delação premiada - Conceito

A delação premiada foi instituída no século 19, pelo jurista Rudolf Von Ihering, pois percebeu, com sensibilidade de jurista que, nos séculos vindouros, a escalada da criminalidade organizada e as dificuldades para alcançar os chefões seria imensa.

No ensino de Damásio de Jesus a origem da delação premiada no direito brasileiro remonta às ordenações filipinas cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830.

O Título VI do Código Filipino, que definia o crime de Lesa Majestade, tratava da “delação premiada” no ítem 12. O Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica “*como se perdoará os malfeitores que derem outros à prisão*”, e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de direitos alheios.²

Em função de sua questionável ética, acabou sendo abandonada em nosso Direito, retornando em tempos recentes com o aumento da criminalidade e a dificuldade de punir os “chefões”.

É definida como a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, durante a instrução processual. O instituto premia o delator, concedendo-lhe benefícios.

A delação premiada pode beneficiar o acusado com :

- a) diminuição da pena de 1/3 a 2/3;
- b) cumprimento da pena em regime semi-aberto;
- c) extinção da pena;
- d) perdão judicial.

² JESUS, Damásio de. Estágio atual da delação premiada no Direito brasileiro. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>.

3 A delação premiada nas leis brasileiras

Previsão legal

A delação premiada é benefício previsto em várias leis brasileiras, vejamos:

DECRETO-LEI Nº 2.848 DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940 (CÓDIGO PENAL)

ARTIGO 159 – Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço de resgate (redação da Lei nº 8.072 de 25.07.90)

Parágrafo 4º – Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços (redação da Lei nº 9.269 de 02.04.96).

LEI Nº 8.072 DE 25 DE JULHO DE 1990

Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal e determina outras providências.

ARTIGO 8º – Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no artigo 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo Único – O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

LEI Nº 9.034 DE 03 DE MAIO DE 1995

Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas

ARTIGO 6º – Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

LEI Nº 9.613 DE 03 DE MARÇO DE 1998

Dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras-COAF, e dá outras providências.

ARTIGO 1º – Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime;

PARÁGRAFO 5º – A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

LEI Nº 9.807 DE 13 DE JULHO DE 1999

Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o programa federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

ARTIGO 14- O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto

do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

LEI Nº 10.409 DE 11 DE JANEIRO DE 2002.

Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico de ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.

ARTIGO 32- VETADO

Parágrafo 2º – O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da justiça.

A Lei 10.409/02 acima citada foi revogada pela Lei 11.343/2006, que não renovou a previsão de acordo entre o indiciado e o Ministério Público para o sobrestamento do processo ou a redução da pena quando a colaboração espontânea revelasse a existência de organização criminosa.

Portanto a única autorização legal para a celebração de acordo entre acusação e acusado desapareceu do mundo jurídico brasileiro, permanecendo por inteiro os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público.

Essas são as previsões legais do direito brasileiro referentes ao instituto da delação premiada, cabendo a observação de Juiz de Corte Federal Americana:

(...) alguns dos maiores sucessos em nossas cortes criminais poderiam não ter sido alcançados sem

a utilização experiente e habilidosa desse tipo de testemunha(...) Como a Suprema Corte disse em Kastigar x United States, nossas leis de imunidade a testemunha refletem a importância da prova testemunhal e o fato de que muitos crimes são do tipo que as únicas pessoas aptas a dar depoimentos úteis são aquelas neles implicadas.³

4 Delação premiada após o trânsito em julgado da sentença condenatória

Examinando todos os dispositivos da delação premiada no direito brasileiro, afirma-se que o benefício somente poderia ser aplicado até a fase da sentença. No entanto, segundo Damásio de Jesus, não se pode afastar a possibilidade de concessão do prêmio após o trânsito em julgado, mediante revisão criminal.

Atente-se, um dos requisitos para a revisão criminal é a descoberta de nova prova de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena, portanto este dispositivo autoriza a utilização do instituto. Certamente será exigido o preenchimento de todos os requisitos legais, inclusive o de que o ato se refira à delação dos co-autores ou partícipes do crime, ou dos crimes, objeto da sentença rescindenda.⁴

Aqui a Autoridade vai se defrontar, ou “negociar”, com pessoas que já se encontram cumprindo pena, justificando-se uma maior cautela na utilização do benefício.

5 Cautelas na utilização da delação premiada

Enormes progresso foram alcançados nos tempos atuais no que pertine a investigação criminal. Análise de DNA, exames médicos, computadores, conservação de provas,

³ Neste caso, resumidamente, prevê o direito americano que pessoa alguma poderá ser obrigado a auto-incriminar-se, e que a maneira de conseguir esta prova testemunhal, essencial para a elucidação do delito, seria concessão de imunidades a este “colaborador”.

⁴ A delação exige que o sujeito ativo seja participante do delito questionado, pois no sistema brasileiro não é possível a utilização para colaboração em elucidação de outro crime.

desenvolvimento do laser, psicologia moderna, criação de perfil, técnicas de interrogatório, são apenas alguns dos exemplos destes avanços.

Apesar destas novas técnicas de investigação, muitas vezes, para elucidação de um crime, é necessário o uso do informante, ou do chamado “delator”. No entanto, a utilização de criminosos como testemunhas deve ser coberta dos maiores cuidados, caso contrário, o que se alcança é a absolvição daquele cuja condenação era a meta principal.

Stephen S. Trott, Juiz Senior da Corte de Apelações do Nono Circuito Federal dos EUA⁵ escreve que existem razões para estes tipos de testemunhas não serem confiáveis, bem como enumera os cuidados que a Autoridade deve adotar:

1- Criminosos estão dispostos a dizer e fazer qualquer coisa para obterem o que querem, especialmente quando o que eles desejam é livrar-se de seu problema com a lei. Este desejo de fazer qualquer coisa inclui não-somente espalhar os segredos dos amigos e parentes, mas também mentir, cometer perjúrio, fabricar provas, solicitar a outros que corroborem com suas mentiras e trair qualquer um que tiver contato com eles, incluindo o Promotor.(...) Criminosos são notadamente manipuladores e mentirosos habilidosos, muitos são verdadeiros sociopatas sem consciência para os quais a “verdade” é um conceito sem sentido.⁶

5 Nos Estados Unidos, o sistema judicial federal é dividido em noventa e quatro (94) cortes federais distritais, o que equivale a nossa Justiça Federal de primeira instância, e estão organizadas em doze (12) circuitos regionais, incluindo a Corte de Apelação Federal do Distrito de Columbia (capital) Além delas, existe a United States Court of Appeal for the Federal Circuit cuja competência é definida por matéria e não por território.

6 Larry W. Eyler, serial killer americano, sentenciado a morte, em novembro de 1990, fez uma negociação para salvar-se da execução. Concordou em ajudar as autoridades do Estado de Indiana a resolver uma série de seus crimes, se pudessem interferir para retirá-lo do corredor da morte. Ele confessou a tortura e assassinato de determinada vítima e surpreendeu as autoridades designando um cúmplice. De acordo com Eyler este cúmplice tirou fotos e masturbou-se enquanto ele estripava a vítima. Com base nesta confissão, sua pena de morte foi reduzida para 60 anos de prisão e o suposto cúmplice foi preso e levado a julgamento por homicídio. Neste julgamento foi o cúmplice absolvido de todas as acusações, por falta de provas aptas a sustentar as afirmações de Eyler que, no entanto, alcançou o benefício que pretendia.

Cite-se, também, o caso de Frank James, irmão do lendário Jesse James, que estava sendo processado por homicídio. O promotor do caso, procurou um membro da gangue para depor. Este era um ladrão de cavalo condenado, acusado de homicídio, que estava tentando escapar da punição de seu delitos. Com este passado do “delator”, a defesa atacou sua credibilidade e caráter, bem como o Estado, por fazer acordo com tal pessoa. Relata a história que Frank James foi absolvido, pois a única prova ligando-o ao crime veio do depoimento do dito “delator”, sem outros indícios que o ligassem ao crime.

(...)

2- Nas mãos de um defensor habilidoso e estrategista, todas as responsabilidades e a bagagem inseparável que a testemunha traz para o seu caso, junto com a confissão, ou revelações, tornam-se os elementos de uma dúvida razoável que a defesa estará procurando e a tinta pela qual o resto de seu caso será então manchado. Pode ter o efeito de desviar o processo do assunto principal, o tema da culpa do acusado, passando o Promotor a ter de tentar defender sua testemunha e a si mesmo.

(...)

3- A Autoridade deve fazer acordo com “peixes pequenos” para pegar “peixes grandes”. Um juiz ou um júri irá compreender essa estratégia, mas poderá rejeitar qualquer coisa que pareça a concessão de um acordo generoso com um “peixe grande” para pegar um “peixe pequeno”. Isso vai ofender a noção deles de justiça e vai ser explorado nas mãos da defesa.

(...)

4- Não abra mão de mais do que precisa para fazer um acordo. Essa é uma tentação a qual muitos promotores sucumbem. Se você tiver que desistir de alguma coisa, ofereça, em troca de uma confissão, um número menor de acusações ou uma redução do grau de severidade de um crime ou do número de anos que um cúmplice irá servir. Isso será frequentemente suficiente para induzir um cúmplice a testemunhar. Soa melhor para o julgador quando ele descobre que ambos os peixes ainda estão na rede. Imunidade total de acusações deve ser usada somente como último recurso.

(...)

5- A Autoridade é quem deve estar no controle e não a testemunha. No momento em que sentir que a testemunha está ditando termos e ganhando controle da situação o Promotor estará com sérios problemas e deverá reverter o ocorrido.(...) A testemunha vai tentar manipulá-lo, se ela quiser, pensando que a justiça precisa dela e não vice-versa. Esteja preparado para dizer “não” a pedidos bizarros e deixe-a saber, todo o tempo, quem está no controle.

(...)

6- O cuidado deve ser maior quando se tratar de um delator da cadeia, ou seja, já preso. Algumas vezes

esses delatores dizem a verdade, mais, frequentemente, inventam o depoimento e erram detalhes.

(...)

7-Nunca se esqueça de que a defesa pode tentar provar que a sua testemunha fez o que ela diz ter sido feito pelo acusado.⁷

(...)

8- Coloque o acordo inteiro por escrito, evite oferecer pagamentos ou recompensas, e ainda que, em último caso, esta recompensa seja oferecida, o julgador, ou júri, deve ser avisado deste “arranjo”.

(...)

9- Um promotor nunca deve conduzir uma entrevista sem a presença de outra pessoa (investigador, por exemplo), e nunca deve dizer a um criminoso-colaborador o que não quer que seja repetido em juízo. Ele pode estar gravando a conversa.

(...)

10- Ao criminoso-colaborador não deve ser fornecida qualquer informação-chave, e sim ser permitido que ele conte a história toda por sua conta, ao fim da qual serão feitas perguntas para preencher lacunas, fazendo com que a verdade seja alcançada.

(...)

11- Finalmente, para casos do Tribunal do Júri, lembre-se que pessoas comuns e decentes estão predispostas a não gostar, a não confiar e frequentemente desprezar criminosos que se vendem e se tornam testemunhas de acusação. Os jurados suspeitam de seus motivos desde o primeiro momento em que ouvem sobre eles no caso e frequentemente consideram seus depoimentos como um todo como sendo altamente não confiáveis e não verdadeiros, abertamente expressando seu desgosto com a acusação por fazer acordos com essa “escória”.⁸

7 O julgador ou os jurados podem argumentar que é claro que ele tem conhecimento profundo dos fatos do crime. Ele é a pessoa que o cometeu, esse é o motivo. Ele está mentindo para salvar sua própria pele.

8 Estes cuidados devem ser aplicados pelo profissional brasileiro com adaptação a realidade local, pois não é possível cogitar-se, no Brasil, de acordo para fins de delação entre representante do Ministério Público e *arrepentidos*, é que as leis brasileiras que tratam do assunto (8.072/90, 8.137/90, 9.269/96, 9.034/95 e 9.807/99) disciplinam apenas a possibilidade de o juiz, ao término da ação penal, diminuir a pena do acusado delator ou conceder-lhe perdão judicial, sem participação de membros do Ministério Público. Ao contrário, o instituto da colaboração premiada, previsto em leis estrangeiras, é bem mais amplo e decorre de uma discricionariedade do membro do Ministério Público, ante a possibilidade de seus integrantes realizarem acordos com os investigados, acusados e até condenados, o que é praticamente impossível na realidade jurídica brasileira. Aliás, a Lei 10.409/02, já revogada, foi a primeira e única tentativa de disciplina da colaboração processual com sua verdadeira dimensão no direito brasileiro, mais apenas previa a possibilidade de sobrestamento do processo- inquérito policial, ou a redução da pena, após acordo entre o Ministério Público e o indiciado.

Estes são alguns cuidados que as Autoridades devem ter ao lidar com estas pessoas, é lógico que a estes cuidados junta-se a vivência na profissão, a capacidade técnica e a sensibilidade necessária a solução de crimes de grande repercussão.

6 Conclusão

O Estado, tem como dever a proteção dos direitos fundamentais de seus cidadãos, entre eles a segurança na vida cotidiana. A proteção destes direitos fundamentais é efetivada através de políticas públicas, que partem dos Poderes Executivo e Legislativo, entrando em cena o Judiciário em situações “agudas”, pois as normas penais e processuais penais devem ser o último recurso a ser aplicado em uma sociedade.

No momento da elucidação de um delito, o Promotor deve utilizar-se de todas as possibilidades legais, uma delas, a delação premiada. Assim como um remédio inovador ou uma nova técnica cirúrgica produzem resultados indispensáveis para a cura de um paciente, desde que adequadamente usados, o instituto da delação premiada se aplicado com todos os cuidados, pode conduzir a solução de crimes de grande repercussão social.

Não se pode esquecer, no entanto, que a delação premiada presente em nosso sistema jurídico, é instituto completamente diferente daquela dos países mencionados neste trabalho (Itália e EUA). No Brasil, o legislador, apegado a conceitos originados, talvez, da Inconfidência Mineira (trauma da traição), ainda não teve coragem para criar um instituto apto a ajudar no combate a criminalidade dos dias atuais, extremamente sofisticada.

O único diploma legal que se aproximava da “delação premiada” prevista no sistema anglo-saxão ou mesmo italiano era a Lei 10.409 /02, revogada, que seria aplicada apenas aos crimes relacionados com entorpecentes.

Com o avanço do crime organizado em nosso país, seria este momento do legislador ampliar a “delação premiada” a outros

delitos, concedendo ao Ministério Público a discricionariedade para fazer os “acordos” necessários” ao enfraquecimento desta criminalidade.

Abstract: The article comments the use of a criminal as a witness, in Brazil, the United States and Italy. The article, also, says that criminal informants are dangerous, by than minds almost lack law-abiding principals, besides the fact that they are motivated by self interests. The article provides guidelines by helping the cope with the problem.

Keywords: accusation, witness, defense, criminal mind.

Referências

JESUS, Damásio de. *Estágio atual da “delação premiada” no direito penal brasileiro*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2005. Disponível em : <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em 31 jul. 2009.

TROTT, Stephen. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. *Revista CEJ*, Brasília, v.11, n. 37, abr./jun. 2007.

Estudo sobre os aspectos formais/substanciais da denúncia e temas correlatos

*João Gaspar Rodrigues**

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito e requisitos formais da denúncia. 2.1 Exposição (descrição) do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias: imputação. 2.2 Qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo. 2.3 Classificação do crime. 2.4 Rol de testemunhas. 2.5 Endereçamento. 3 Requisitos substanciais ou materiais da denúncia: suporte probatório mínimo. 4 Princípios informativos da denúncia. 4.1 Princípio da objetividade. 4.2 Princípio da concisão. 4.3 Princípio da precisão. 5 Denúncia ou imputação alternativa. 6 Teoria da dupla imputação. 7 Elaboração técnica da denúncia nas diversas modalidades criminais. 7.1 Concurso de agentes. 7.2 Crime societário. 7.3 Crime multitudinário ou coletivo. 7.4 Crime tentado. 7.5 Crime culposo. 8 Inépcia. 8.1 Denúncia genérica. 8.2 Falta de assinatura da peça acusatória. 8.3 Descrição sucinta do fato criminoso. 8.4 Erro no endereçamento. 8.5 Pedido de condenação e citação. 8.6 Não indicação da data do fato delituoso. 8.7 Momento processual para alegação de inépcia da denúncia. 9 “Emendatio libelli” e “mutatio libelli”. 10 Considerações finais. Referências.

Resumo: O estudo tem como objetivo enfrentar a problemática teórica sobre a imputação e temas correlatos. Desenvolve-se a partir da constatação, na prática diária, de denúncias ineptas, mal elaboradas e prejudiciais à ampla defesa, ao contraditório e à própria dignidade humana, que ao fim acabam se voltando contra a própria acusação oficial. A denúncia, sob pena de inépcia, deve necessariamente atender certos requisitos formais e substanciais, consistentes na objetividade, concisão e precisão narrativa, pois dela saem os contornos que darão vida ao debate contraditório, à ampla defesa e ao julgamento.

* Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas. Autor dos livros: “O Ministério Público e um novo modelo de Estado”, Manaus:Valer, 1999; “Tóxicos...”, Campinas:Bookseller, 2001; “O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro”, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2007; “Segurança pública e comunidade: alternativas à crise”, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2009.

Imputações indeterminadas, vagas, omissas ou ambíguas, violam a garantia constitucional da plena defesa e são absolutamente nulas. Temas relacionados com a matéria também são abordados como a teoria da dupla imputação, a imputação alternativa, a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli*.

Palavras-chave: Denúncia. Modalidades. Conceito. Princípios. Requisitos formais e substanciais. Dupla imputação. Imputação alternativa. Inépcia.

1 Introdução

O Promotor de Justiça ao receber os autos do inquérito policial ou peças de informação deve tomar uma das seguintes providências: requerer o arquivamento em casos de autoria desconhecida, atipicidade, falta absoluta de provas etc. (MARQUES, 1965, p. 171); requerer a devolução dos autos à polícia para novas diligências imprescindíveis à formação da *opinio delicti* (art. 16, CPP); requerer a extinção da punibilidade (prescrição, decadência etc.); em caso de crime de ação penal privada, manifestar-se no sentido de que os autos permaneçam em cartório aguardando a iniciativa da vítima; se entender que o juízo é incompetente, requerer a remessa dos autos ao juízo que o for; e oferecer a denúncia.

O oferecimento da denúncia pressupõe o atendimento de requisitos substanciais (prova da materialidade e indícios de autoria) e formais (art. 41, CPP). A elaboração da peça acusatória em si prende-se a certos requisitos legais que inobservados podem levar à inépcia e nulidade do ato. Mas a importância de uma denúncia bem elaborada supera, em muito, o aspecto meramente formal. Ao traçar os lindes da ação penal, a acusação se apresenta ao mundo jurídico como uma proposta ou projeto de sentença, e embora possua, em relação a esta, natureza jurídica diversa, deve conter semelhante estrutura lógica (PRATES, 2000, p. 03), numa espécie de juízo preliminar tendente a determinar um futuro juízo definitivo.

Como ato jurídico processual emitido por um órgão público, a denúncia, assim como a sentença, deve ser precisa, certa e completa, pois justamente dela saem os contornos que darão vida ao debate contraditório, à ampla defesa, ao julgamento e até à própria coisa julgada. Dado isso, a denúncia tem inegável preponderância sobre o acusado, podendo restringir-lhe alguns direitos¹ como afiançabilidade, liberdade provisória, suspensão condicional do processo, reconhecimento da prescrição etc.

A denúncia, de certa forma, é uma sentença antecipada, menos densa e menos fundamentada, embora a afirmativa do Ministério Público na denúncia difira da afirmação do juiz na sentença, não só pelo aspecto jurídico, mas também pelo prisma lógico: o juiz afirma a responsabilidade do réu de maneira apodítica, o Ministério Público o faz de maneira assertória ou mesmo problemática. A conclusão do juiz é categórica, a do MP é hipotética (TORNAGHI, 1981, p. 46). Além disso, cabe ao juiz, por ocasião do julgamento, fixar o *quantum debeat* da pena e dar a classificação legal definitiva ao crime, embora esteja atrelado aos fatos descritos (imputação), sendo-lhe vedado proferir sentença *extra* ou *ultra petita*.

Do mesmo modo que sucede no processo civil, ocorre no processo penal. A peça inicial acusatória, seja denúncia, seja queixa-crime, deve descrever perfeitamente a espécie delituosa que constitui a *causa petendi*, a razão do pedido. No que se refere à qualidade e à quantidade da pena, o pedido é sempre genérico, pois, conforme os critérios adotados pelo Código Penal, compete exclusivamente ao juiz, dosá-la (SHIMURA, 1991, p. 34; MARQUES, 1961, p. 152).

Vista por qualquer ângulo, a denúncia assume um papel fundamental na deflagração e desenvolvimento do processo penal, razão pela qual seus requisitos formais/substanciais

¹ A função de justiça penal põe nas mãos dos governos um instrumento de compressão das liberdades dos indivíduos, não só pelas consequências condenatórias como, já no procedimento, pelas medidas preventivas a que sujeita os imputados. Estes não teriam meio de evitá-las, quando, obra de erro, faccionismo, despotismo, tirania, maldade, não lhes fossem dadas garantias de defesa. São garantias não de defesa do interesse estritamente penal, mas dos direitos individuais contra os possíveis abusos de poder (ALMEIDA, 1937, p. 135).

e suas variáveis exigem um estudo constante e atualizado². Estudo tanto mais necessário na medida em que nos deparamos constantemente com denúncias ineptas, mal elaboradas e definitivamente prejudiciais à ampla defesa, ao contraditório, à lealdade processual e à própria dignidade humana³, que ao fim acabam também se voltando contra a própria acusação oficial, pelo viés pragmático, pois em grau de recurso muitos processos criminais são anulados, desde o início, por conta de inépcia acusatória.

2 Conceito e requisitos formais da denúncia

A denúncia é um ato processual, escrito ou oral, privativo do Ministério Público (*dominis litis*), que a maneja nos crimes de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, através da qual a pretensão punitiva do Estado é deduzida perante o Estado-juiz. Segundo classificação de Paulo Lúcio Nogueira (1991, p. 55), pode ser *própria* ou *genuína* quando o promotor pede aplicação da pena ao acusado penalmente imputável; *imprópria*, em que o promotor oferece denúncia contra o louco já declarado desde a fase policial, quando ele está isento de pena (CP, art. 26), e deveria ter pedido apenas a aplicação de medida de segurança; *cumulativa*, quando a denúncia engloba vários crimes praticados pelo denunciado; *alternativa*, aquela que imputa fatos certos e determinados, mas onde a classificação é alternativa, já que cabe ao julgador capitular devidamente o fato descrito⁴. Há também a chamada *denúncia vazia*, quando a peça inicial, embora narrando fato delituoso, apresenta-se

2 Em 1948, Carnelutti (1961, p. 135) emitiu uma advertência, que guarda uma constrangedora atualidade, sobre a "negligencia en torno al concepto de la imputación", pois, ainda hoje, a doutrina mostra uma profunda indiferença no estudo teórico da imputação (como categoria genérica) no processo criminal e os aplicadores jurídicos, na prática diária do foro, produzem peças acusatórias de forma artesanal e pouco científica.

3 Uma imputação injusta e ilegítima, que não atende aos requisitos formais ou substanciais, fere, efetivamente, o princípio da dignidade do ser humano, sujeitando o acusado a toda sorte de humilhações e ofensas, pois como dizia Roberto Lyra (1989, p. 141), "a ação penal é, pelo menos, constrangimento, banco dos réus, publicidade, rol dos culpados, prevenção pública, identificação, prisão preventiva, permanência no distrito da culpa, cerceamento da liberdade, suspensão do conceito profissional, reserva, desconfiança, 'capitis diminutio', enfim". Vide STF, RT 411/407.

4 Sobre a denúncia alternativa, vide tópico 5.

em descompasso com os elementos probatórios constantes do inquérito policial ou resulta de pura criação mental da acusação (HAMILTON, 1998, p. 12).

O art. 41 do Código de Processo Penal traz as diretrizes básicas para a confecção de uma peça acusatória formal:

A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

O Código de Processo Penal Militar é mais minudente quanto às exigências dos requisitos formais da denúncia. Dispõe o art. 77 do referido estatuto:

A denúncia conterà: a) a designação do juiz a que se dirigir; b) o nome, idade, profissão e residência do acusado, ou esclarecimentos pelos quais possa ser qualificado; c) o tempo e o lugar do crime; d) a qualificação do ofendido e a designação da pessoa jurídica ou instituição prejudicada ou atingida, sempre que possível; e) a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias; f) as razões de convicção ou presunção da delinqüência; g) a classificação do crime; h) o rol das testemunhas, em número não superior a seis, com a indicação da sua profissão e residência; e o das informantes com a mesma indicação.

A denúncia, no dizer de João Mendes de Almeida Júnior (1959, p. 183), é uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*)... Demonstrativa, porque

deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes.

A peça acusatória deve ser elaborada de tal forma que responda às seguintes perguntas: Como? Quando? Quem é o culpado? Qual o crime? Onde foi cometido? Com que cúmplices? Por que motivo?

Abaixo analisamos, um a um, os requisitos formais previstos em lei para que a peça acusatória seja apta e válida.

2.1 Exposição (descrição) do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias: imputação

O acusador descreve acontecimentos naturais que servem de base empírica à pretensão punitiva, e, nos quais, o elemento fundamental está na conduta comissiva ou omissiva do indiciado e não de terceiro (SHIMURA, 1991, p. 36; TAVARES, 2002, p. 252). O réu não se defende deste ou daquele crime definido ou tipificado no Código Penal ou em qualquer outra lei penal, mas do fato criminoso imputado na denúncia ou queixa. Não basta que o denunciante repita as palavras da lei ou apresente uma descrição nebulosa, vaga e imprecisa.

A descrição do fato criminoso é uma espécie de núcleo intangível da peça acusatória, pois sequer o juiz pode modificá-lo, como ressaltado no art. 383, *caput*, com a nova redação conferida pela Lei n. 11.719, de 20.06.2008, ao tratar da *emendatio libelli*: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa...”.

A acusação determina a amplitude e conteúdo da prestação jurisdicional, motivo pelo qual o juiz criminal não pode decidir além e fora do pedido em que o órgão da acusação deduz a pretensão punitiva (*quod non est in libello, non est in mundo*). Os fatos descritos na denúncia ou queixa delimitam o campo de atuação do poder jurisdicional (MIRABETE, 2000, p. 164;

FRAGOSO, 1982, p. 426). Mas por outro lado também, o teor da acusação com a descrição precisa e determinada dos fatos criminosos fornece ao acusado a possibilidade de manejar uma ampla defesa, pois proporciona ao defensor a oportunidade de orientar o denunciado para o interrogatório, na produção de provas e na condução estratégica de seu aparato defensivo. A imputação regular garante, em suma, a paridade de armas no evoluir do processo e evita que o acusado faça prova negativa sobre a prática do crime (inversão inconstitucional do ônus da prova).

A acusação deve-se apresentar de forma clara e completa, formulada de maneira que o réu possa contrapor-se a seus termos. É essencial, portanto, a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias. A imputação, vale repetir, centra-se no fato histórico que deve ser, necessariamente, localizado no tempo e no espaço, sendo descrito, com pormenores, em relação às circunstâncias que cercaram sua concreta realização⁵. Uma descrição incompleta, dúbia ou de um fato atípico gera a inépcia da denúncia e nulidade do processo, com a possibilidade de trancamento através de *habeas corpus*, se o juiz não rejeitar desde logo a inicial. Para alguém preparar e realizar sua defesa com plenitude é preciso que esteja claramente descrito o fato do qual irá defender-se (GREGO FILHO, 1991, p. 64). A defesa não pode ser prejudicada pelos defeitos da acusação.

2.2 Qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo

É necessário vir exposta na denúncia a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo. Qualificar é apontar o conjunto de qualidades que individualizam

⁵ TACRIM-SP-AP, Rel. Silva Franco, RT 549/332. No mesmo sentido, STJ, Recurso em Habeas-Corpus nº 4.132-3- BA, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 03 abr. 1995, p. 8148: "A denúncia revela-se apta, uma vez evidenciado que a imputação descreveu o fato com todas as suas características, isto é, identificável, no tempo e no espaço, definido como infração penal. Com isso, é ensejado o exercício do direito de defesa".

a pessoa, nele incluindo-se o nome, o cognome, nome de família ou apelido, pseudônimo, estado civil, filiação, cidadania, idade, sexo e estado físico. Não impede o oferecimento da denúncia a ignorância a respeito de algumas dessas qualidades e mesmo do nome do imputado se é possível reproduzir na peça vestibular elementos que possam individualizar a pessoa do imputado (idade, sexo, características físicas, dados particulares, sinais de nascença, alcunha etc) (MIRABETE, 2000, p. 124).

A lei exige que sejam fornecidos dados capazes de identificar e individualizar o acusado. Assim, além da qualificação comum (nome completo, nacionalidade, estado civil, profissão, nº. do RG e do CPF e endereço completo), é necessário indicar a filiação, naturalidade, características físicas como deformidades, apelidos etc.

Não dispondo de meios para qualificar ou não tendo informações suficientes para individualizar o acusado, o MP deve ou pedir o arquivamento ou requisitar diligências diretamente da polícia (art. 47, CPP), objetivando arrecadar mais dados para lograr individualizar o eventual acusado.

Denúncia oferecida sem a qualificação do acusado ou com dados insuficientes para o identificar é inepta, podendo ser rejeitada pelo juiz ou ensejar o trancamento da ação proposta, desde que seja impossível obter os dados necessários à identificação. Todavia, a impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não obstará o recebimento da denúncia, desde que certa a sua identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes⁶.

6 STJ, 6ª T., HC 17.621, Rel. Hamilton Carvalhido, j. 13.11.2001, DJU 25 fev. 2002, p. 450.

2.3 Classificação do crime

A classificação ou definição jurídica do crime não é elemento fundamental da peça acusatória, chega a ser irrelevante para a sua higidez jurídica. O perfeito enquadramento do fato criminoso descrito às normas legais é tarefa do juiz (*iura novit curia* ou *narra mihi factum dabo tibi jus*). Esse dogma insere-se na teoria geral do processo, aplicando-se tanto ao processo civil quanto ao processo penal. O *nomen iuris* que se dê a uma categoria jurídica ou o dispositivo de lei que se invoque para caracterizá-la são irrelevantes, se acaso equivocadamente indicados. O que o juiz necessita são os fatos, pois o direito ele conhece. A subsunção do fato à norma é dever do juiz; a categorização jurídica do fato é tarefa do julgador (PASSOS, 1975, p. 219).

A correlação ou congruência se verifica entre a sentença e o fato criminoso descrito (*causa petendi*), e não entre a sentença e a classificação jurídica dada (OLIVEIRA, 2008, p. 507). A defesa deve concentrar suas energias nos fatos narrados e não na capitulação legal contida na peça inicial. A jurisprudência é pacífica neste sentido:

Eventual erro na capitulação legal pode ser corrigido no momento da sentença, *ex vi* do art. 383 do CPP, sem causar prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, porquanto o réu se defende dos fatos a ele imputados, e não da classificação do crime feita na denúncia⁷.

A classificação oferecida pela denúncia não passa de um esboço, de uma proposta, até porque o Ministério Público ainda não possui todas as informações sobre o fato, mas apenas o suficiente para propor a ação penal, podendo definir conduta que ao longo da instrução penal, com os dados complementares trazidos aos autos, possa se descaracterizar. A classificação provisória não vincula o juiz, que pode alterá-la (*emendatio*

7 STJ, HC 25810/SC, 5ª. T. Rel. Min. Félix Fisher, julg. em 06.03.2003, publ. no DJU de 14 abr. 2003, p. 239. Vide STF, HC 79535/MS, 2ª. T. Rel. Min. Maurício Correa, julg. Em 16 nov. 1999, publ. no DJU de 10 dez. 1999, p. 03.

libelli). O limite do julgamento que decide sobre a acusação está no fato descrito atribuído ao acusado.

Portanto, sendo provisória a classificação da denúncia, o erro ou omissão na capitulação do delito não a contamina, não ocorrendo inépcia. O essencial é que o fato atribuído ao acusado esteja descrito corretamente na inicial, pois ele se defende desse fato e não da capitulação provisória constante da inicial (FRANCO/STOCO, 2004, p. 339).

Embora irrelevante para a admissibilidade da denúncia, a errônea classificação legal do crime pode gerar sérios prejuízos para a defesa como não ter direito *ab initio* à fiança, à liberdade provisória, à suspensão condicional do processo etc.

2.4 Rol de testemunhas

O rol de testemunhas é facultativo. A obrigatoriedade, que vincula o órgão acusatório, é o oferecimento do rol na denúncia, razão pela qual, não o fazendo, preclui a oportunidade de requerer a produção de prova testemunhal (NUCCI, 2007, p. 145-146). Portanto, denúncia sem rol de testemunhas não é inepta nem nula, pois não há qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa. Não existindo prejuízo para o réu, não se pode falar em nulidade, em face do princípio do *pas de nullité sans grief*⁸, acolhido no art. 563 do Código de Processo Penal (“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”).

A própria redação da norma legal (“A denúncia ou queixa conterá... *quando necessário*, o rol das testemunhas”) confirma o caráter facultativo do rol de testemunhas. É isso se dá porque em muitas ocasiões, inexistem testemunhas sobre o fato ou, no caso concreto, o fato não exige prova testemunhal para a sua comprovação.

8 Cf. jurisprudência: STJ, HC 12116/CE, 5ª. T., Rel. Min. Edson Vidigal, publ. DJU de 01 ago. 2000, p. 287; STJ, 5ª Turma, REsp 236176/ES, Rel. Min. Edson Vidigal, v.u., j. 15 mar. 2001; in DJU de 23 abr. 2001, p. 177; STJ, 6ª Turma, HC 15523/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., j. 07Ago. 2001; in DJU de 29 out. 2001, p. 271.

2.5 Endereçamento

Embora a lei não contenha expressamente a exigência, a peça acusatória deve indicar o órgão jurisdicional ao qual é dirigida, obedecendo às regras processuais que fixam a competência (art. 69 e ss., CPP). O erro do endereçamento não gera nulidade, nem inépcia da denúncia (cf. tópico 8.4).

3 Requisitos substanciais ou materiais da denúncia: suporte probatório mínimo

Além dos requisitos formais previstos no art. 41 do CPP, a denúncia deve obedecer a requisitos substanciais indicativos da autoria e materialidade⁹. O Estado, através do Ministério Público, não pode destravar a persecução penal sem ter um suporte mínimo indiciário apto para definir a autoria e precisar a materialidade. A peça acusatória, portanto, não pode ser elaborada sobre suspeitas e suposições. Diante da ausência de suporte probatório mínimo, temos o que a doutrina chama de ausência de justa causa, podendo a inicial acusatória ser rejeitada ou trancada a ação proposta.

Entende-se por justa causa a presença de um substrato probatório mínimo capaz de justificar o desencadeamento do exercício da pretensão acusatória, ou seja: indícios razoáveis de autoria e prova da materialidade de um fato típico e ilícito, que legitimem a possibilidade de incidência do direito de punir do Estado.

Denúncia amparada em mera suposição da vítima, que, no entanto, não restou corroborada pelo restante da prova carreada aos autos. A simples constatação de que o acusado é propenso à prática de delitos não tem o condão de, isoladamente, pressupor sua autoria em um delito sobre o qual não lhe recaiam quaisquer

⁹ O Código de Processo Penal Militar, no art. 30, expressamente prevê que "a denúncia deve ser apresentada sempre que houver: a) prova de fato que, em tese, constitua crime; b) indícios de autoria".

outros indícios de participação. E sem tais elementos não há justa causa para instauração da ação penal, pois do contrário estaríamos a admitir a propositura de processos criminais contra qualquer pessoa, com base apenas em suspeitas e suposições. Mesmo que se possa dizer que a alegação da denúncia poderia eventualmente ser comprovada em juízo, deve haver um rastro inicial mínimo, que faça com que nisso possamos acreditar. Caso contrário, bastaria que se denunciasse para que depois se buscassem aqueles elementos que minimamente já deviam estar presentes como condição de procedibilidade. Ausência de *fumus boni iuris* para que a ação penal tenha condições de viabilidade¹⁰.

O Ministério Público, para acusar formalmente alguém, deve estar respaldado por um suporte probatório idôneo, a fim de evitar constranger alguém sem justa causa. A mera descrição, na denúncia, da figura típica imputada ao acusado mostra-se insuficiente, leviana e caracteriza constrangimento ilegal a seu *status libertatis*. Para evitar que o acusado sofra o tormento de enfrentar uma ação penal, necessário se faz que ela venha embasada num mínimo de provas a determinar a idoneidade *ictu oculi* da acusação (FRANCO/STOCO, 2004, p. 339-340).

A denúncia não pode ser uma mera criação mental do Ministério Público e não pode decorrer de simples suposição ou conjectura. O homem responde penalmente pelo que faz ou deixa de fazer. Repele-se, nesse âmbito, a simples suposição.

Meras conjecturas sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação estatal. É que, sem base probatória consistente, dados conjecturais não se revestem, em sede penal, de idoneidade jurídica, quer para efeito de formulação de imputação penal, quer para fins de prolação de juízo condenatório¹¹.

10 TJRS, Apelação Crime nº 70010948438, 8ª. Câm. Crim., Rel. Des. Lúcia de Fátima Cerqueira, julg. Em 16 ago. 2006; in: Marcelo Colombelli Mezzomo, "Elaborando a denúncia criminal", Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1241, 24 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9196>>. Acesso em: 14 nov. 2009.

11 Voto do Ministro Celso de Mello no HC n. 86879/SP. No mesmo sentido: TJSP, RT 462/336; STJ, RT 699/376.

Para se chegar à imputação, é forçoso obedecer a uma ordem natural e legal do procedimento acusatório: primeiro a obtenção de indícios idôneos sobre o fato e a autoria, depois a formulação da acusação. O que não se pode é inverter o princípio e a regra, construídos com tanto sacrifício na longa história da civilização, qual seja, o de que o Estado só pode ter autoridade para impor constrangimento a seus súditos se esse constrangimento for efetivamente legal, com observância das regras jurídicas, principalmente as de índole constitucional¹².

O que acontece se a denúncia não atender aos requisitos formais previstos no art. 41, do CPP, embora presentes os requisitos materiais (indícios de autoria e prova da materialidade)? Neste caso, deve a denúncia ser julgada apenas inepta, de forma a permitir o oferecimento de outra inicial acusatória, não se justificando o trancamento da ação penal por falta de justa causa.

Abaixo apresentamos, passo a passo, o modelo padrão de uma denúncia (atendendo às sete circunstâncias: quem?, quando?, onde?, por que meios?, que?, por quê?, de que modo?):

Endereçamento (indicação do órgão judicial-competência, art. 69 e ss, CPP)
 ⇄
Legitimado ativo (Ministério Público - art. 129, I, CF)
 ⇄
Qualificação (art. 41, CPP) → **“Quis”**
 (quem?=denunciado+ação transitiva)
 ↓
“Quando” (Quando? = caracterização da ação no tempo)
 ⇄
“Ubi” (Onde? = lugar onde praticou; caracterização da ação no espaço)
 ↓
“Quibus auxiliis” (Por que meios?= meios empregados)
 ⇄
“Quid” (O quê? = malefício que produziu)

12 TACRIM-SP, 5ª. C, HC 424.066/2, Rel. Cláudio Caldeira, j. 11.11.2002, Bol. IBCCRIM 124/688, 2003.

↘

“**Cur**” (Por quê? = motivo do crime, intenção)

↙

“**Quomodo**” (De que modo? = maneira como praticou o crime)

↪

Classificação legal do crime (art. 41, CPP) → **pedido de recebimento da denúncia, citação e condenação***
→ **proposta de suspensão condicional do processo** (quando cabível)

↘

Rol de testemunhas (art. 41, CPP) → **Assinatura do promotor**

4 Princípios informativos da denúncia

4.1 Princípio da objetividade

A denúncia é uma peça de acusação com objetivos bem definidos, por isso, deve ser objetiva e concisa, abordando diretamente a exposição do conteúdo penalmente relevante. Sua âncora são os fatos e o comportamento do acusado. Não precisa prender-se a minúcias e fatos irrelevantes. Por exemplo, num crime formal como extorsão, é irrelevante à denúncia mencionar eventual consumação. A imputação deve ficar restrita ao indispensável à configuração da figura delitiva e às circunstâncias fáticas que cercam o fato principal e que possam servir para esclarecê-lo.

Fatos irrelevantes ou meramente ilustrativos nada acrescentam ao conteúdo da imputação e, portanto, é recomendável que sejam evitados. A denúncia não se presta a contar estórias prolixas sobre o crime, mas para expor, direta e objetivamente, a conduta típica do denunciado e, eventualmente, o comportamento da vítima ou de terceiros, se considerado relevante para a configuração do crime. O núcleo vital da denúncia, todavia, é o comportamento do acusado e seus desdobramentos típicos.

4.2 Princípio da concisão

Ligado ao princípio da objetividade está o da concisão. Além de ser objetiva e ir direto ao conteúdo penalmente relevante, a denúncia deve ser concisa, vale dizer, deve buscar referir-se ao fato em apuração de forma direta e simples, sem estender-se em demasia em explicações, até porque não é uma peça de convencimento. Isto não impede que existam denúncias extensas. É possível denúncias com centenas de fatos, mas o princípio da concisão aplicado em tais circunstâncias exige que na menção a cada um deles, a abordagem seja simples, direta, objetiva e clara. Devem ser evitadas a linguagem prolixa, as palavras inúteis ou excessivas, frases truncadas e ambivalentes (MEZZOMO, 2006).

Como decorrência desse princípio, a denúncia não deve dar vazão a uma discussão jurídica dos fatos narrados e descritos, nem fazer referência a elementos doutrinários ou jurisprudenciais a sustentá-la. Tampouco é necessário que se constitua numa peça literária, polida e repolida. Também não deve a peça acusatória conter menção às alegações do indiciado, vítima ou testemunhas, pois isso constitui-se em simples exteriorização dos elementos colhidos no procedimento investigatório ou contidos nas peças de informações.

4.3 Princípio da precisão

A denúncia deve delinear e historiar fatos certos, descrevendo, de maneira precisa e logicamente sequenciada, como regra geral, a conduta de cada acusado, sem esquecer todas as circunstâncias relevantes para o caso. O objetivo desse princípio é garantir a mais ampla defesa e o contraditório.

* Atenção: nos crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, na denúncia o promotor não deve pedir a condenação, mas a pronúncia do acusado. É uma impropriedade técnica que deve ser evitada!

5 Denúncia ou imputação alternativa

Fala-se em denúncia alternativa quando há dúvida sobre a qualificação jurídica de determinado fato, quando não se consegue identificar qual o tipo de delito cometido ou quando o fato concreto mostra-se equívoco, apresentando elementos definidores comuns a duas figuras típicas autônomas, sem que possa indicar o infrator, desde logo, como incurso em um ou outro tipo. Por exemplo, se o denunciado foi surpreendido na posse de coisa alheia móvel sem que se tenha condições de estabelecer, de pronto, se a subtraiu ou se a recebeu, sabendo sua origem, do autor da subtração, admite-se uma imputação alternativa de furto e receptação¹³.

A peça acusatória, portanto, poderá atribuir ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, asseverando que apenas uma efetivamente terá sido praticada pelo imputado, embora todas se apresentem como prováveis, em face da prova do inquérito¹⁴.

O STF¹⁵, apreciando arguição preliminar de inépcia da denúncia por alternatividade da imputação, já decidiu que

a alternatividade na classificação jurídica do fato não torna inepta a denúncia, porque não somente uma exata e certa adequação é irrelevante, como, também, porque não vincula o julgador. A este é que cabe capitular corretamente o fato nela descrito.

A alternatividade na imputação não implica em prejuízo ao direito de defesa. O acusado, como já dito várias vezes, defende-se do fato descrito e não da classificação dada pelo acusador, seja esta unitária ou alternativa. O réu é citado para se defender dos fatos, mesmo que sejam passíveis de admitir definições jurídicas diversas. De qualquer forma, tendo o acusado cabal

¹³ JUTACrim, 81/34. Também admitindo a imputação alternativa JUTACrim 54/144, 81/534, 85/540, 87/420.

¹⁴ Afrânio da Silva Jardim, Imputação Alternativa no Processo Penal. Revista Brasileira de Direito Processual, 49/18.

¹⁵ RT 528/361.

conhecimento dos fatos alternativamente imputados, destes terá oportunidade de se defender, razão pela qual a decisão que eventualmente lhe impingir uma condenação não o terá pegado de surpresa.

6 Teoria da dupla imputação

A teoria da dupla imputação consiste na responsabilização penal não só da pessoa física que agiu em nome e em benefício da pessoa jurídica, mas também da própria pessoa jurídica. É a possibilidade de responsabilização simultânea do ente coletivo e da pessoa física.

Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio¹⁶.

A dupla imputação é adotada entre nós pela Lei n. 9.605, de 12.02.1998, que trata dos crimes contra o meio ambiente. Atribui-se, nessa lei, responsabilidade penal às pessoas jurídicas desde que reunidos os seguintes requisitos:

a) que o crime tenha sido cometido por decisão de seus representantes legais ou contratuais ou, ainda, de seus órgãos diretores colegiados;

b) que o delito tenha sido cometido no interesse ou em benefício da entidade (art. 3º., *caput*).

Além disso, de acordo com o parágrafo único do art. 3º. da referida lei, a responsabilização penal das pessoas jurídicas não afasta a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato. Tal disposição consagra definitivamente, em nosso ordenamento jurídico, o sistema da dupla imputação.

¹⁶ STJ, REsp nº 889528 – SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 17 abr. 2007. No mesmo sentido: STJ, 6ª Turma, REsp nº 847.476/SC, Rel. Min. Paulo Galotti, j. 08 abr. 2008.

7 Elaboração técnica da denúncia nas diversas modalidades criminais

7.1 Concurso de agentes

Apesar do entendimento sobre o tema estar longe de ser pacífico, nos casos de concurso de agentes é indispensável que a denúncia descreva, ainda que resumidamente, a conduta delituosa de cada agente ou partícipe, de modo a garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa. Uma denúncia penal válida, independentemente de ter um ou vários agentes, deve, além de narrar a participação individual do agente, estabelecer seu liame com as condutas do evento delituoso, não só em atenção à norma infralegal (art. 41, CPP), como também aos princípios constitucionais.

Discriminar a participação de cada co-réu é de todo necessária (...), porque, se, em certos casos, a simples associação pode constituir um delito per si, na maioria deles a natureza da participação de cada um, na produção do evento criminoso, é que determina a sua responsabilidade, porque alguém pode pertencer ao mesmo grupo, sem concorrer para o delito, praticando, por exemplo, atos penalmente irrelevante, ou nenhum. Aliás, a necessidade de se definir a participação de cada um resulta da própria Constituição, porque a responsabilidade criminal é pessoal, não transcende da pessoa do delinqüente (...). É preciso, portanto, que se comprove que alguém concorreu com ato seu para o crime¹⁷.

O STJ, em julgados recentes, vem entendendo que

a denúncia deve descrever os elementos constitutivos do crime e suas circunstâncias. Importante é a narração do fato. A capitulação normativa é inócua. A imputação, além disso, precisa individualizar a conduta de cada autor. A regra é válida também para o caso de concurso

17 STF, RTJ 35/517-534.

de agentes. Decorrencia da imprescindibilidade dos princípios do contraditório e defesa plena. O aditamento à denúncia não supre, no Estado de Direito democrático, a deficiência da acusação. A Constituição da República consagra o princípio da personalidade. Rejeita, pois, a responsabilidade pelo fato de outrem¹⁸.

7.2 Crime societário

O chamado crime societário é aquele delito praticado por pessoas que agem em nome e em proveito de pessoas jurídicas, donde resulta a criminalidade econômica perpetrada no âmbito das organizações empresariais. Uma das maiores dificuldades em lidar com essa categoria de criminalidade refere-se ao esquadramento da intimidade da vida empresarial e dos órgãos de administração societária com o fim de identificar e individualizar a origem dos atos de vontade que resultam no crime.

O concurso de agentes não é imprescindível para a caracterização do crime societário, porque, embora para se constituir a sociedade haja, necessariamente, a convergência da vontade de várias pessoas, somente o indivíduo, de forma isolada, pode praticar atos criminosos em seu nome (PRATES, 2000, p. 03).

Diante de um direito penal construído sobre os postulados da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, assume relevo a discussão sobre a denúncia genérica nos crimes societários.

O STF tem o entendimento, reiterado em inúmeras decisões¹⁹, de que no caso de crimes societários, a exigência

18 STJ, Habeas-corpus n. 3.766-PR (95.0037497-8), 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Cernichiaro, DJU 27 maio 1996, Lex Jurisprudência do STJ e TRFs, v.86, p. 280. No mesmo sentido: RHC 19.764/PR. Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. J. 25 set. 2006; HC 40005/DF. Sexta Turma. Relator Ministro Paulo Gallotti. J. 07 nov. 2006; HC 57.622/SP. Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. J. 04 set. 2006; HC 54.868/DF. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. J. 27 fev. 2007; RHC 19.734/RO. Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. J. 23 out. 2006; HC 58.372/PA. Sexta Turma. Relator Ministro Paulo Medina. J. 07 nov. 2006; HC 23.819/SP. Sexta Turma. Relator Ministro Paulo Gallotti. J. 06 set. 2004; HC 57.213/SP. Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. J. 14 nov. 2006; Resp 783.292/RJ. Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. J. 03 out. 2006; Apn 404/AC. Corte Especial. Relator Ministro Gilson Dipp. J. 05 out. 2005; RHC 16.135/AM. Sexta Turma. Relator Ministro Nilson Naves. J. 24 jun. 2004.

19 RTJ 125:1.063, 101:563, 114:226, 100:556 e 118:149. A doutrina mostra-se dividida sobre o tema, mas pela inad-

de descrição individualizada da conduta dos denunciados é atenuada e diferida para a instrução, onde a conduta e a participação de cada um será esclarecida.

Não parece possível, entretanto, que se inicie uma ação penal sem se imputar, individualmente, a cada um dos acusados, a prática de fato definido como crime. Não se pode, por outro lado, responsabilizar criminalmente alguém pelo simples fato de ser sócio, diretor ou gerente de empresa. Tampouco se pode, automaticamente, sem perquirir, no caso concreto, a culpabilidade do agente, atribuir-lhe o ilícito apurado em relação à pessoa jurídica. Diante de uma ordem constitucional que consagra os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da pessoalidade da pena e em face da previsão legal contida no art. 41 do Código de Processo Penal, é de se crer que, também em relação aos crimes societários não pode a denúncia ou a queixa cingir-se a descrever objetivamente o fato delituoso, sem que haja a imputação pessoal da conduta criminosa. E mais, é necessário que tal imputação encontre-se apoiada num mínimo de substrato probatório, sem o que não se constata a existência de justa causa para o desenvolvimento da ação penal (PRATES, 2000, p. 02).

Também não convence o argumento de que a participação de cada agente, exigida expressamente pelo art. 11 da Lei n. 8.137/1990, seja apurada durante a instrução criminal. A imputação deve ser prévia. Durante a instrução o que se há de fazer é simplesmente a prova dos fatos imputados aos acusados. Não a própria identificação desses fatos (MACHADO, 2002).

O próprio STF, em manifestações recentes, vem suavizando e revendo sua posição histórica:

missibilidade de denúncia genérica nos crimes societários podemos apontar alguns nomes importantes: Luiz Flávio Gomes, "Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributárias", São Paulo:Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1995, v. 11, p. 246-247; Damásio E. de Jesus, Código de Processo Penal Anotado. São Paulo:Saraiva, 22. edição, 2007, p. 56-57; Luiz Vicente Cernichiaro e Paulo José da Costa Jr., Direito Penal na Constituição. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1990, p. 84; Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Processo Penal, Ação e Jurisdição. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1975, p. 114; Manoel Pedro Pimentel, Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 174; Rogério Lauria Tucci, Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 214.

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA GENÉRICA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INÉPCIA. Nos crimes contra a ordem tributária a ação penal é pública. Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. É necessário que descreva, de forma direta e objetiva, a ação ou omissão da paciente. Do contrário, ofende os requisitos do CPP, art. 41 e os Tratados Internacionais sobre o tema. Igualmente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Denúncia que imputa co-responsabilidade e não descreve a responsabilidade de cada agente, é inepta. O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjeto). A autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar. Outra, é a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado. Habeas deferido²⁰.

De igual modo decidiu a 1ª. Turma do STF ao deferir *habeas corpus* para trancar a ação penal instaurada contra cotista e, após, acionista de sociedade, que jamais exercera cargo de gestão, gerência ou administração, para apuração da suposta prática dos crimes de gerência fraudulenta de instituição financeira e apropriação de bens de terceiros sem autorização (Lei 7.492/86, arts. 4º e 5). A Corte entendeu que, para enquadramento do paciente nos delitos acima descritos, próprios de administrador de instituição financeira, impunha-se a descrição minuciosa de sua conduta na denúncia, não sendo válida, na espécie, a mera imputação genérica²¹.

20 STF, HC 80.549-SP, 2.ª Turma, rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 20 mar. 2001.

21 HC 80.876-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 04 set. 2001.

E mais recentemente:

HC. CRIME SOCIETÁRIO. 1. Alegada inépcia da denúncia, por ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados. 2. Mudança de orientação jurisprudencial, que, nos crimes societários, entendia ser apta a denúncia que não individualizasse as condutas de cada indiciado, bastando a indicação de que os acusados fossem responsáveis pela condução da sociedade sob a qual foram praticados os delitos. 4. Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados. 5. Observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, contraditório e da dignidade da pessoa. 6. No caso concreto, a denúncia é inepta porque não informou, de modo adequado e suficiente, a conduta do paciente. 7. HC deferido²².

O STJ vem entendendo que:

Ser acionista ou membro do conselho consultivo da empresa não é crime. Logo, a invocação dessa condição, sem a descrição de condutas específicas que vinculem cada diretor ao evento criminoso, não basta para viabilizar a denúncia (RT 715/526, Relator Ministro Assis Toledo).

INÉPCIA. DENÚNCIA. CRIME. PATRIMÔNIO CULTURAL. O simples fato de o réu figurar no quadro associativo de pessoa jurídica que, na condição de locatária, ter-se-ia omitido em sua obrigação legal de impedir a deterioração de imóvel tombado, não autoriza a instauração de processo por crime contra o patrimônio cultural, se não estiver comprovado o vínculo entre a conduta e o agente, sob pena de reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva. A inexistência absoluta de elementos individualizados que apontem a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando, assim, inepta a denúncia. Precedentes citados: HC 79.376-RS, DJ 22/9/2008, e HC 73.747-SP, DJ 29/6/2007²³.

22 STF, 2ª Turma, HC 86.879/SP, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Julgamento: 21 fev. 2006. No mesmo sentido: STF, 2ª T., HC nº 85.327-7-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15 ago. 2006, DJU 20 out. 2006, p. 88.

23 STJ, RHC 19.488-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 7 nov. 2008.

A denúncia, portanto, nos crimes societários deve obedecer ao comando padrão inserto no art. 41 do Código de Processo Penal, ou seja, descrever minuciosa e individualizadamente a conduta de cada acusado na trama criminosa.

7.3 Crime multitudinário ou coletivo

O crime multitudinário é o delito cometido por multidão em tumulto. Ex.: linchagem de um estuprador, saques coletivos etc.

Nos delitos coletivos, a pormenorização dos comportamentos é essencial apenas para efeito de condenação²⁴. Dada a complexidade do *iter criminis* e a identificação da culpabilidade de cada agente no fato delituoso, admite-se certa atenuação do requisito formal da narração circunstanciada e individualizada de cada conduta.

Predomina na jurisprudência o entendimento de que a denúncia em crimes multitudinários deve descrever os fatos e dizer da participação de todos os acusados. A maior ou menor atuação de cada um, a intensidade do dolo e outros elementos podem ser apurados na instrução criminal, não sendo exigível vir expresso na denúncia. Basta que a denúncia narre a participação englobada dos denunciados, não se exigindo minudência do comportamento pessoal de cada um dos envolvidos²⁵.

Em caso de crime multitudinário admitir-se-á a narração genérica dos fatos, sem a discriminação específica de cada denunciado, devendo a atividade instrutória cuidar da individualização das condutas, com a aplicação do princípio do livre convencimento motivado²⁶.

24 STF, RTJ 80/822.

25 STJ, RHC 4668 SP 1995/0029329-3, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, Julg. 22 ago. 1995, 5ª. T., publ. DJ 25 set. 1995, p. 311117; RSTJ vol. 84 p. 299; RT vol. 724, p. 601.

26 TRF 1ª.R, HC 70801 DF, Rel. Cândido Ribeiro, Julg. 21 mar. 2006, 3ª. T., publ. 28 abr. 2006, DJ p.57.

7.4 Crime tentado

Diz-se que o crime é tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, CP). A denúncia deve fazer referência ao fato impeditivo de sua consumação, não bastando repetir as palavras da lei: “por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

7.5 Crime culposo

O crime é culposo quando o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, II, CP). A imputação não deve apenas declarar qual a modalidade da culpa (imprudência, negligência ou imperícia), mas em que ela consistiu faticamente; deve descrever o fato configurador da culpa.

8 Inépcia

A inépcia da denúncia tanto pode ser formal quanto material, ou ainda cumulativamente formal e material. Ou seja, pode ser verificada na insuficiente narração e demonstração dos fatos ou pode decorrer da ausência de suporte mínimo indiciário apto para definir a autoria e precisar a materialidade.

De acordo com o art. 569 do Código de Processo Penal, as omissões da denúncia poderão ser supridas a qualquer momento, antes da sentença final. O STF, em interpretação ao referido artigo legal, tem o entendimento sólido de que a denúncia, ainda com falhas ou vícios, se não forem substanciais, chegar até à sentença, não mais pode ser acoimada de inepta²⁷.

Os vícios da denúncia dividem-se em dois tipos: os supríveis

27 RJTJRS, 150/135. No mesmo sentido: STJ, HC 18952/PE, Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. j. 17 dez. 2002; RESP 168314/RJ, Sexta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. j. 10 dez. 1998; RESP 124035/DF, Sexta Turma. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. j. 17 maio 2001; RESP 238670/RJ, Relator Hamilton Carvalhido j. 03 abr. 2001 e RHC 6889/SP, Sexta Turma. Relator Ministro Anselmo Santiago j. 17 nov. 1997.

e os insupríveis. A regra de ouro para distinguir um vício do outro é simples: se acarretar prejuízo ao direito de defesa, temos vício substancial ou insuprível; se não ocasionar dito prejuízo, o vício é sanável até antes da sentença, conforme exposto no art. 569, do CPP, não podendo mais ser arguído em eventual recurso²⁸. São exemplos de vícios substanciais: a insuficiente descrição do fato criminoso, a falta de individualização do acusado etc.

8.1 Denúncia genérica

Tem-se denúncia genérica quando a acusação não promove a descrição da conduta ou comportamento do agente e não estabelece uma relação entre os comportamentos atribuídos ao acusado e os atos ilícitos supostamente praticados. Esse tipo de imputação é inepta e fere o art. 41 do Código de Processo Penal, além dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

A imputação genérica fere ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), de 22 jan. 1969, ratificado pelo Brasil em 25 set. 1992, onde no art. 8º, item 2, letra “b”, prescreve que o acusado tem direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada (GRINOVER *et alii*, 1995, p. 69). Bem como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, onde no art. 14, item 3, letra “a”, consagra como garantia da pessoa acusada de “ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada”.

O STF, em algumas espécies de crime (societários e coletivos), admite a denúncia genérica em que a exigência da descrição individualizada da conduta dos denunciados é atenuada e diferida para a instrução. Esse entendimento jurisprudencial, ainda dominante, funda-se no art. 569, do CPP, que autoriza que

²⁸ STF, RT 765/533.

as omissões da denúncia ou da queixa sejam supridas a todo tempo, antes da sentença final. Assim, seria possível postergar-se para a fase instrutória a delimitação da responsabilidade individual dos partícipes (PRATES, 2000, p. 07). Nem sempre, entretanto, esse entendimento foi pacífico (e, na verdade, vem paulatinamente cedendo às exigências constitucionais da ampla defesa e do contraditório). Em 1965, no HC 42.303-PR, o Min. Pedro Chaves expressava descontentamento:

Não posso admitir que prevaleça a tese sustentada no acórdão recorrido, no sentido de que a validade da denúncia pode ficar na dependência da prova a ser produzida. Não. A acusação da denúncia-libelo deve ser clara e precisa. O que dependerá de exame das provas é a procedência ou improcedência da ação penal, porque a denúncia não pode ser equiparada a uma promessa de acusação a ser concretizada *inopportuna tempore*.

E mais recentemente, através do Min. Celso de Mello:

O sistema jurídico vigente no Brasil – tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático – impõe ao Ministério Público a obrigação de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do *due process of law*, ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade da persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação. O ordenamento positivo brasileiro repudia as acusações genéricas e repele as sentenças indeterminadas²⁹.

29 STF, 1ª T, HC nº 73.590, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13 dez. 1996.

A jurisprudência do STJ, por outro lado, é sólida em não admitir a denúncia genérica:

A denúncia, articulada em termos extremamente genéricos e vagos, não descrevendo um mínimo necessário a indicar qualquer tipo de conduta, em tese, criminoso, ou mesmo a participação do agente em qualquer fato, salvo sua condição de empregado da empresa vítima de eventual ação delituosa, apresenta-se como insuficiente, não apenas para o exercício do direito de defesa, mas, também, para justificar o andamento da máquina punitiva estatal³⁰.

8.2 Falta de assinatura da peça acusatória

A falta de assinatura do promotor na denúncia é, em princípio, vício insuprível. Denúncia sem assinatura é tida como inexistente. Todavia, se fica evidenciado por elementos constantes dos autos (cota manuscrita e assinada de devolução do inquérito com denúncia em tantas laudas, por exemplo) que a assinatura deixou de ser lançada por esquecimento do Promotor, sanável é o ato. E isso é defensável principalmente se nenhum prejuízo é ocasionado ao exercício pleno da defesa³¹.

HC - PROCESSUAL PENAL - DENÚNCIA - FALTA DE ASSINATURA - A assinatura integra os elementos essenciais da denúncia. A falta implica inexistência do ato. A interpretação jurídica não pode, porém restringir-se ao aspecto formal. O vício só se proclama em sendo impossível manter-se o ato jurídico. Ausência de elemento essencial não se confunde com irregularidade, omissão formal. Em sendo assim, evidenciado que a denúncia foi apresentada pelo promotor que deixou de lançar sua assinatura, por esquecimento, evidenciado por elementos constantes dos autos, válida é a imputação. A interpretação teleológica supera falhas

30 STJ, RT 780/549. No mesmo sentido: RBCCRIM 19/351, BOL. IBCCRIM 72/302.

31 TACRIM-SP, RT 520/433. No mesmo sentido: TJPR - HC 2119164 PR, Rel. Renato Naves Barcellos, Julg. 22 out. 2002, 3ª. Câ. Criminal, Publ. 31 out. 2002, DJ 6241; STF, RCrim 77.915, DJU de 17 jun. 1974, p. 4.159; TJSP, RJTJESP 119/475, RT 693/392; TJSC, RT 520/433.

literais, notadamente quando se lembra que o processo é instrumento. A exposição de motivos do Código de Processo Penal chama a atenção para o trabalho do juiz não ser voltado para espiolhar nulidades³².

Também se não restar dúvida sobre a autenticidade da peça acusatória por circunstâncias presentes aos autos, não há que se falar em nulidade:

A falta de assinatura do Promotor de Justiça na denúncia, não havendo dúvida quanto a autenticidade da peça acusatória, constitui mera irregularidade, não acarretando, portanto, a sua nulidade (Precedentes do STF e do STJ). Recurso provido³³.

A falta de assinatura na denúncia constitui mera irregularidade, sanável com o retorno dos autos ao órgão do Ministério Público. No caso dos autos, o procurador da república assinou cota comunicando que oferecia a denúncia em separado, fato que confere autenticidade à peça acusatória³⁴.

8.3 Descrição sucinta do fato criminoso

O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensivas à garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado à ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta. A denúncia – enquanto instrumento formalmente

32 STJ, HC 1497-BA, 6ª. T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 24 nov. 1992, DJ 13 mar. 1995, p. 5314. No mesmo sentido: TACrimSP, RT 520/433; TJSP, ACrim 68.703, RJTJSP 119/475; RT 693/392.

33 STJ – 5ª T. – REsp. nº 814.600-RS – Rel. Min. Felix Fischer – j. 03 out. 2006 – vu. – DJU 20 nov. 2006, p. 357.

34 TRF3 - HC 43356 SP, Rel. Juiz Celio Benevides, j. 15 set. 1998, DJ 04 nov. 1998, p. 79.

consubstanciador da acusação penal – constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria *res in judicio deducta*. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que possa ser sucinta e breve, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta (FRANCO/STOCO, 2004, p. 339)³⁵.

A imputação, ainda que sucinta e breve, se permite ao acusado o conhecimento preciso do que lhe está sendo imputado, assegurando-lhe a ampla defesa e o contraditório, não é considerada inepta³⁶. Na verdade, a objetividade e a concisão são, por muitos, alçados como princípios que devem informar a denúncia. Fatos irrelevantes ou meramente ilustrativos nada acrescentam ao conteúdo da imputação e, portanto, é recomendável que sejam evitados. A denúncia não se presta a contar estórias prolixas sobre o crime, mas para expor, direta e objetivamente, a conduta típica do denunciado e, eventualmente, o comportamento da vítima ou de terceiros, se considerado relevante. O núcleo vital da denúncia é o comportamento do acusado e seus desdobramentos típicos.

Embora regida pelos princípios da objetividade e da concisão, a denúncia não pode ser excessivamente lacônica na descrição dos fatos, sob pena de inépcia. A concisão não deve exceder aos limites de razoabilidade, impedindo o exercício da ampla defesa³⁷.

35 STF, HC nº 70.763/DF, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23 set. 1994, p. 25.328.

36 Neste sentido: STF, RT 608/445, RTJ 92/630; STJ, JSTJ 100/225, RTJ 67/683, RJD 11/257; TRF 5ª.R., JSTJ 138/449; TACRIM, RT 753/611; TJSJ, RTJSJ, 58/299.

37 STF, RT 548/428, 534/444.

8.4 Erro no endereçamento

Embora a lei não contenha expressamente a exigência, a peça acusatória deve indicar o órgão jurisdicional ao qual é dirigida, mas o erro do endereçamento não gera nulidade, nem inépcia da denúncia³⁸.

8.5 Pedido de condenação e citação

Não é indispensável o pedido de condenação, implícito em toda denúncia quando mencionados os dispositivos penais em que está incurso o denunciado, nem se exige, como no processo civil, o pedido de citação do réu (MIRABETE, 1995, p. 92).

8.6 Não indicação da data do fato delituoso

A data do fato delituoso não é elemento essencial da denúncia. Logo, a ausência daquele dado na peça acusatória configura nulidade relativa, sanável se não arguida no momento oportuno³⁹.

8.7 Momento processual para alegação de inépcia da denúncia

A alegação de inépcia da denúncia deve ser feita até a prolação da sentença. Prolatada a sentença fica superado eventual vício, conforme amplo entendimento jurisprudencial.

STF:

É assente o entendimento pretoriano superior, segundo o qual, com o advento da sentença, não mais se pode argüir inépcia da denúncia, cujo defeito, se existente, teria se transferido para o ato do julgamento⁴⁰.

38 STF, RHC 60.216, DJU de 24 set. 1982, p. 9.444.

39 STJ, HC 8349 RJ, 5ª. T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 29 jun. 1999, DJ 23 ago. 1999, p. 136, JSTJ 9/333.

40 STF, HC nº 71.207, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 10 jun. 1994.

(...) A inépcia da denúncia deve ser argüida até as alegações finais, dado que, após esta fase, a impugnação deve ser dirigida contra a sentença ou acórdão, os quais absorvem eventuais vícios nela contidos (...) ⁴¹.

TRF da 1ª Região: “A alegação de inépcia da denúncia fica superada com o advento da sentença condenatória” ⁴².

9 “*Emendatio libelli*” e “*mutatio libelli*”

Como sucede na esfera cível, no campo penal não se admite julgamento *ultra, extra* ou *citra petitem*. Se o promotor denuncia por lesão corporal, o juiz não pode condenar o réu por furto, sob pena de estar decidindo *extra petitem*. Denunciado por dois crimes, a sentença não pode analisar somente um deles; seria julgamento *citra petitem*. Acusado de lesão corporal leve, o juiz não pode condená-lo por lesões graves, caso em que a sentença seria *ultra petitem* (SHIMURA, 1991, p. 35). É fundamental a existência de correlação entre a acusação e sentença, princípio que representa uma das garantias constitucionais do direito de defesa.

Mesmo existindo uma congruência entre a imputação e a sentença, o sistema prevê mecanismos em que a acusação pode ser alterada no curso do processo. Esses mecanismos são a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli*.

A *emendatio libelli* consiste na possibilidade de o juiz, por ocasião da sentença, conferir nova definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória ainda que resulte na aplicação de pena mais grave. Essa nova definição jurídica se dá em abstrato e não sobre qualquer elemento probatório constante nos autos. Essa análise em abstrato preserva o núcleo intangível dos fatos narrados, não podendo o juiz, como diz a lei, “modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa” (art. 383, *caput*, CPP).

41 STF, Habeas Corpus nº 73897/RJ, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 11 mar. 1997.

42 TRF da 1ª Região, Ap. Crim. n. 2004.34.00.006115-0/DF, 4ª T., j. 08 nov. 2005, rel. Hilton Queiroz, disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/51502857>>, acesso: 01 nov. 2009.

Acompanhando sólido entendimento jurisprudencial, a lei autoriza que, se em decorrência de *emendati libelli* houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, os autos serão encaminhados ao Ministério Público para proceder de acordo com a lei⁴³. Caso o Promotor de Justiça não ofereça a proposta, deve o Juiz remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para ele próprio fazê-lo ou designar outro membro da Instituição para tanto. O que não é possível, tal como já decidiu o STF⁴⁴, é a concessão *ex officio* da suspensão pelo Juiz. E se com a nova definição jurídica modificar-se a competência, os autos serão encaminhados ao juízo competente (§§1º. e 2º. do art. 383, CPP).

Então a *emendatio libelli* só pode dar-se na sentença? Na verdade, não há norma legal indicando ou impondo ser na sentença o único momento para uma redefinição jurídica dos fatos. O único motivo da *emendatio libelli* ser realizada por ocasião da sentença deve-se ao fato do art. 383 do Código de Processo Penal está inserido no Título XII – Da Sentença. Assim, é possível a redefinição judicial da classificação dos fatos por ocasião do recebimento da denúncia ou queixa, com vantagens estimáveis para o processo como a adoção do rito adequado e consolidação do juízo competente.

Mas a jurisprudência e a doutrina⁴⁵, majoritariamente, têm entendimento diverso, ou seja, de que não cabe ao juiz redefinir a classificação legal em outra ocasião diversa da sentença, sob pena de prejulgamento e de usurpar atribuição exclusiva do *dominus litis* (seja o Ministério Público ou o querelante).

Não é lícito ao juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça

43 "Uma vez operada a desclassificação do crime, a ponto de implicar o surgimento de quadro revelador da pertinência do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, cumpre ao Juízo a diligência no sentido de instar o Ministério Público a pronunciarse a respeito" (STF, HC 75894/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 01.04.1998, DJ 23 ago. 2002, p. 71).

44 STF, Habeas Corpus n. 75.343-4 – MG, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publ. DJ 18 jun. 2001.

45 Entre os doutrinadores podemos apontar NUCCI, 2008, p. 221; CAPEZ, 2003, p. 134. Jurisprudência: TRF 3Reg, RSE 20416-SP, Rel. André Nekatschalow, j. 06 nov. 2006, publ. DJU 05 dez. 2006. p. 574.

acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar⁴⁶.

Não tem poderes o juiz para, no despacho de recebimento da denúncia, considerar inconstitucional o decreto-lei em que se fundou, e dar nova definição jurídica do fato. Só o *dominus litis* tem poderes para alterar a classificação do delito, ao oferecer a denúncia. Habeas corpus denegado⁴⁷.

Não cabe ao juiz, ao receber a denúncia, classificar o crime nela transcrito. A definição jurídica do fato supostamente delituoso, constante na denúncia, cabe ao Ministério Público como titular que é da ação penal. A análise quanto à correta capitulação somente deve ser feita por ocasião da prolação da sentença, de acordo com o disposto no art. 383 do CPP⁴⁸.

Se ao cabo da instrução surgir elemento ou circunstância da infração penal não contida, nem explícita, nem implicitamente, na denúncia, é aberto o prazo de cinco (05) dias ao Ministério Público ou querelante para aditar a denúncia ou queixa. O princípio da correlação determina que o Juiz não pode condenar o acusado por fato não descrito na denúncia ou queixa sem as providências do art. 384 do Código Processo Penal, ou seja, sem proceder à *mutatio libelli*.

É possível haver *mutatio libelli* em grau recursal? Não é permitido ao tribunal, em grau de recurso, fazer nova instrução do fato, para classificação de outro crime. Tal providência só se admite ao juiz. Em segunda instância, onde já há sentença, não se pode renovar a instrução do feito. Por essa razão, o art. 617 menciona apenas o art. 383 (*emendatio libelli*), omitindo o art. 384 (*mutatio libelli*). A matéria já é pacífica e está incluída na Súmula 453, do STF (FRAGOSO, 1982, p. 427).

Assim, por exemplo, se nas alegações finais, o promotor

46 STF - HC 87.324/SP. Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª. T., DJ 18 maio 2007.

47 STF - HC 64966 / SP - 2ª T. Rel. Min. Carlos Madeira, julgado em 22 maio 1987- Pub. no DJ 12 jun.1987, p. 11859.

48 STJ - RHC 4977 / SP - 6ª T. Rel. Min. Vicente Leal - Pub. no DJU de 15 out. 1997, p. 6657.

adita e o juiz rejeita e profere decisão absolutória, em sendo acolhido o recurso da acusação, a solução juridicamente correta é anular a sentença monocrática, para que, em recebendo o aditamento, proceda-se nos termos do §2º, do art. 384, do CPP, até para não ser suprimido um grau de jurisdição (SHIMURA, 1991, p. 40).

À *mutatio libelli* aplicam-se as disposições dos §§1º. e 2º. do art. 383, CPP, ou seja, quando aplicada pode provocar a suspensão condicional do processo e o deslocamento da competência.

O aditamento da denúncia, por conta da *mutatio*, sujeita-se às mesmas regras que presidem o oferecimento da denúncia ou a sua rejeição (cf. §2º, do art. 384, CPP). Não aceito o aditamento, cabível é o recurso em sentido estrito, conforme disposição do art. 581, I, CPP.

Diferenças entre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli*:

<i>Emendatio libelli</i>	<i>Mutatio libelli</i>
☞ Ocorre por ocasião da sentença.	☞ Ocorre ao fim da instrução criminal.
☞ Apreciação abstrata dos fatos narrados na denúncia, sem adentrar no exame probatório.	☞ Requer análise de prova.
☞ O fato provado é o mesmo que foi narrado na peça acusatória.	☞ O fato provado é distinto do fato narrado.
☞ Emenda da classificação legal.	☞ Alteração da descrição fática
☞ O juiz não precisa ouvir as partes.	☞ As partes são ouvidas.
☞ Pode ser aplicada em instância recursal.	☞ Não é possível em instância recursal, salvo quando se tratar de processo de competência originária de tribunal (súmula 453, do STF ⁴⁹).
☞ Nada é acrescido, apenas há uma emenda legal.	☞ Exige aditamento da peça acusatória.

10 Considerações finais

A denúncia é um ato processual penal de extrema importância e com amplo reflexo no ordenamento jurídico e na vida dos cidadãos, podendo restringir-lhes certos direitos fundamentais. É a ponta de lança do *jus puniendi* do Estado, e como tal, deve observar certos limites e princípios, sob pena de gerar prejuízos inestimáveis ao patrimônio jurídico e moral das pessoas. E tendo essa visão em perspectiva, podemos alinhar algumas conclusões a propósito do estudo desenvolvido:

I- A acusação determina a extensão e o conteúdo da prestação jurisdicional, limitando o raio de ação do juiz criminal que não pode decidir além e fora do pedido onde o órgão oficial de acusação deduz a pretensão punitiva (*quod non est in libello, non est in mundo*). Mas por outro lado também, o teor da acusação com a descrição precisa e determinada dos fatos criminosos fornece ao acusado a possibilidade de manejar uma ampla defesa, pois proporciona ao defensor a oportunidade de orientar o denunciado para o interrogatório, para a produção de provas e para a condução estratégica de seu aparato defensivo. A imputação regular garante, em suma, a paridade de armas no transcorrer do processo e evita que o acusado faça prova negativa de que não praticou o crime (inversão inconstitucional do ônus da prova).

II- Uma imputação injusta e ilegítima, que não atende aos requisitos formais ou substanciais, fere, efetivamente, o princípio da dignidade do ser humano, vez que sujeita o acusado a toda sorte de humilhações e ofensas, pois a ação penal é, pelo menos, constrangimento, banco dos réus, publicidade, rol dos culpados, prevenção pública, identificação, prisão preventiva, permanência no distrito da culpa, cerceamento da liberdade, suspensão do conceito profissional, reserva, desconfiança, *capitis diminutio*, enfim (LYRA, 1989, p. 141).

III- Alguns princípios devem ser observados na elaboração técnica da imputação: objetividade, concisão e precisão. A denúncia, tecnicamente regular, deve ser objetiva, concisa e precisa na narrativa e demonstração do fato criminoso, sem se ater a fatos irrelevantes.

IV- A imputação genérica, embora jurisprudencialmente atenuada nos crimes societários e multitudinários, não é aceita em nosso ordenamento jurídico, e também é repudiada pelo direito internacional (pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22.01.1969, no art. 8º, item 2, letra “b”; e pelo Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, de 1966, no art. 14, item 3, letra “a”).

V- A teoria da dupla imputação foi acolhida pelo nosso ordenamento jurídico, possibilitando a responsabilização criminal da pessoa natural e jurídica pelo mesmo fato criminoso praticado, obedecidos alguns requisitos (art. 3º, Lei n. 9.605/98).

Abstract: The thesis aims to face the theoretical problem about imputation and correlative themes. The essay arose from the evidence, in daily practice, of inept and incomplete denunciations, that break the complete defense, right to a fair hearing and human dignity, many times come back against the oficial accusation. The denunciation, under the punishment of ineptness, should observe substantial and formal requirements, such as the objectivity, conciseness and narrative accuracy, because from there arise the discussion, full defense and judgment. Indeterminate, vacant, omitted and ambiguous imputations violate the constitutional guaranty of complete defense and are, for certain, nulls. Themes about subject also approached like double accusation theory, alternative imputation, *emendation libelli* and *mutation libelli*.

Keywords: Denunciation. Modalities. Concept. Principles. Substantial and formal requirements. Double accusation. Alternative imputation. Ineptness.

49 Súmula 453 do STF: “Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa”.

Referências

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: [s.n.], 1937.
- _____. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- _____. JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. v. 2. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Tradução de S. Sentis Melendo, Buenos Aires: E.J.E.A., 1961.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente.; COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- FRANCO, Alberto Silva.; STOCO, Rui (coords.). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributárias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, v. 11, 1995, p. 245-252.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo:Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de processo penal*. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 1998.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 22. ed. São Paulo:Saraiva, 2007.
- LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- MACHADO, Hugo de Brito. "Responsabilidade penal no âmbito das empresa". *Jus Navigandi*, Teresina, v. 6, n. 58, 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. 2.

ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Elaborando a denúncia criminal. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 11, n. 1241, 24 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9196>>. Acesso em: 14 nov. 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
_____. *Código de Processo Penal interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 3. 3. ed. Rio de Janeiro:Forense, [19-].

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PRATES, Renato Martins. A acusação genérica nos crimes societários. *Revista CEJ*, v. 4, n. 10, 2000. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article>>. Acesso em: 08 nov. 2009.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Breves considerações sobre a emendatio libelli e a mutatio libelli. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 53, n.153, 1991, p. 34-40.

SILVA JARDIM, Afrânio da. Imputação Alternativa no Processo Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, [S.l.], v. 49 n.18 [19-].

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Dey Rey, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Famílias Reconstituídas: desdobramentos jurídicos de um recomeço de vida

*Márcio André Lopes Cavalcante**

Sumário: 1 Introdução. 2 Famílias reconstituídas. 2.1 A revisão constitucional do conceito de família. 2.2 Definição de famílias reconstituídas. 2.3 As dificuldades inerentes às famílias reconstituídas. 3 O poder familiar. 4 Uso do nome. 5 Dever de alimentos. 6 Direito de visitas. 7 Direitos sucessórios. 8 Conclusão. Referências.

Resumo: O direito de família era idealizado tendo como referência um estereótipo de família tradicional. A Constituição Federal de 1988 passou a reconhecer que existem outros modelos de família. As famílias reconstituídas são entidades familiares nas quais pelo menos um dos consortes veio de um relacionamento anterior e trouxe para a nova relação a condição de já ter filho(s) ou de ainda manter alguma espécie de situação jurídica com a pessoa com quem tinha uma vida amorosa. As famílias reconstituídas têm apresentado uma maior incidência de conflitos entre seus membros, exigindo uma compreensão muito intensa dos participantes dessa entidade familiar. Como consequência do afeto o padrasto/madrasta possui a legitimidade para, em conjunto com a mãe/pai biológico exercer o poder familiar em relação ao menor. Existe a possibilidade de o enteado acrescer o patronímico de seu padrasto ou madrasta. O padrasto ou madrasta que desenvolver a paternidade socioafetiva possui o dever de sustento de seu enteado. Apesar da dissolução do vínculo do casal, é perfeitamente possível que o padrasto ou madrasta continuem a visitar e a comunicar-se com seus enteados. O enteado não possui direitos sucessórios em relação ao seu padrasto ou madrasta a não ser que tenha havido expresse reconhecimento, em vida, da paternidade socioafetiva ou ainda a elaboração de testamento. O vínculo de afeto revela-se tão ou mais importante que o vínculo genético e produz consequências jurídicas não apenas patrimoniais, como também para os chamados direitos de personalidade.

* Promotor de Justiça do Estado do Amazonas. Ex-Defensor Público. Especialista em Direito Civil pelo Centro de Ensino Superior da Amazônia - CIESA. Mestrando em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa - UAL.

Palavras-chave: Famílias reconstituídas. Paternidade/maternidade socioafetiva. Consequências jurídicas.

1 Introdução

A família é o fenômeno sociológico mais suscetível a transformações com o passar dos tempos, uma vez que alicerçada intrinsecamente no sentimento e comportamento das pessoas.

Nos últimos anos tem-se observado, de forma mais intensa, a redefinição do modelo tradicional de família e o surgimento de variadas e interessantes formas de entidades familiares que sempre eram tratadas à margem do direito, sem proteção ou legitimidade e que, atualmente, ocupam lugar de destaque nos debates acadêmicos, nas discussões legislativas e nas decisões pretorianas.

Dentre essas novas formas de família, merece atenção as chamadas “famílias reconstituídas”, modelo representativo da recomposição do núcleo familiar, com filhos de um ou de ambos os integrantes do novo casal e que são provenientes de um vínculo anterior (casamento ou outra forma de união), implicando a fusão de duas ou mais famílias com características e modos de relação diferentes.

O presente estudo busca justamente discorrer acerca das consequências jurídicas decorrentes das “famílias reconstituídas”, lançando luzes a um tema ainda pouco explorado na bibliografia nacional e que possui extremo interesse prático, considerando que as pesquisas demonstram que se trata de uma organização familiar em considerável crescimento e que vem reclamando soluções jurídicas para as questões que surgem no âmbito dessa entidade familiar.

No primeiro capítulo, haverá um estudo sobre as noções gerais das famílias reconstituídas, iniciando-se por uma análise da redefinição do conceito tradicional de família para, só então,

passarmos a examinar as características e as dificuldades relacionadas com as famílias recompostas.

No segundo capítulo, a pesquisa irá ser voltada para o estudo do poder familiar nas famílias reconstituídas, analisando-se principalmente o papel do padrasto ou da madrasta no exercício legítimo da autoridade parental.

Em seguida, será abordado o uso do patronímico do padrasto/madrasta pelos enteados, fazendo-se, para tanto, uma análise da possibilidade de ser acrescentado judicialmente o apelido de família, o que demandará o exame de decisões judiciais sobre o tema e de recente alteração legislativa que trata do assunto.

Na quarta parte, outra importante consequência será examinada. Trata-se do dever de sustento do enteado, que incumbe também ao padrasto ou madrasta. Buscar-se-á a fundamentação que autorizaria essa obrigação alimentícia e se ela continuaria persistindo mesmo após o término do relacionamento amoroso do casal.

O quinto capítulo versa acerca da existência ou não do direito de o ex-padrasto ou ex-madrasta visitar o enteado com o fim da relação entre o casal, demonstrando-se a opinião da doutrina que tratou do tema e a preocupação com os interesses do menor.

Como fecho, o sexto capítulo trará considerações acerca da inexistência de previsão legal para que sejam assegurados direitos sucessórios aos enteados quando da morte do padrasto/madrasta. Será examinada a legislação que rege o tema, sem perder de vista, na análise realizada, a crítica a ser feita ao legislador pela omissão no tratamento do assunto.

2 Famílias reconstituídas

2.1 A revisão constitucional do conceito de família

O direito de família, até bem pouco tempo, era idealizado tendo como referência um estereótipo de família tradicional. Essa concepção podia ser facilmente observável em diversos dispositivos do Código Civil de 1916.

Sucedeu que a família, enquanto fenômeno sociológico, foi-se alterando a despeito das leis formalmente vigentes e passou a não mais se enquadrar ao modelo fechado de família consagrado no Código passado. O problema é que muitas situações que existiam na prática não eram reconhecidas pelo ordenamento jurídico que punia, com a ausência de proteção e legitimidade, todos aqueles que decidissem viver à margem dos padrões convencionados para o que seria considerada família. Sílvio Rodrigues remonta essa história com as seguintes linhas:

O Código de 1916 não dava maior relevo à família então qualificada como ilegítima. O concubinato, que via de regra a gera, só indiretamente era por ele mencionado, sendo pequenas as conseqüências que o legislador de 1916 atribuiu à união fora do matrimônio. Tem-se mesmo a impressão de que, por amor à ordem e com certa pudicícia, o legislador antes preferia ignorar o concubinato a discipliná-lo como realidade inescandível. Com efeito, poucas eram as disposições que se referiam à família surgida à margem do casamento, sendo que as mais importantes concerniam à possibilidade de reconhecimento do filho natural.

Todavia, mesmo aqui a sua antipatia ao ilegítimo era manifesta e se revelava na dureza da regra do art. 358, que há muito ultrapassado, que vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos e adúlteros.¹

A Constituição Federal de 1988 veio então como uma força libertadora, jogando luzes ao obscurantismo da legislação

¹ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Direito de Família. v. 6. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9.

do início do século passado, passou a reconhecer que existem outros modelos de família a par do casamento entre homem e mulher. Como ressalta Maria Berenice Dias:

A Constituição Federal, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de ser reconhecida a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento. (...) Dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade.²

Ao comparar o Código Civil de 1916 com a Constituição Federal de 1988 podemos apontar as principais alterações na concepção de família:³

Família no CC/1916	Família no CF/1988 e no CC/2002
<p>Matrimonializada: só o casamento fundava a família (“família legítima”). Qualquer forma de família fora do casamento era denominada de “família ilegítima”.</p>	<p>Pluralizada: além do casamento, existem outras formas de constituição da família: união estável, família monoparental, anaparental etc.</p>
<p>Patriarcal: chefiada pelo homem. Consequências decorrentes disso: o domicílio do casal era o do homem, as decisões eram tomadas pelo homem, somente a mulher poderia usar o sobrenome do marido etc.</p>	<p>Democrática: homem e mulher e demais integrantes da família decidem. Existe a possibilidade de todos os membros da entidade familiar opinarem para a tomada de decisões.</p>

2 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 2006, p. 37.

3 Sem os comentários sobre cada item, e com algumas alterações, esse quadro pode ser encontrado em FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.

Família no CC/1916	Família no CF/1988 e no CC/2002
<p>Hierarquizada: havia o pátrio poder.</p>	<p>Igualitária: substituiu-se a hierarquia pelo companheirismo. Ademais, trata-se da busca por uma igualdade substancial. Daqui que nasce a justificativa para legislações como o ECA e o Estatuto do Idoso, que trazem discriminações positivas a certos membros da família.</p>
<p>Biológica: só quem tinha direitos sucessórios eram os filhos biológicos; por conta disso, a morte do adotante ou do adotado extinguiu a adoção.</p>	<p>Biológica e socioafetiva: o direito de família acolheu a desbiologização da paternidade. A biologia não é o único mecanismo para a filiação.</p>
<p>Necessariamente heteroparental.</p>	<p>Hetero ou homoparental: propicia o reconhecimento de novos grupos familiares, como as famílias monoparentais (comunidades de ascendentes e descendentes, <i>v.g.</i>, mãe solteira com a sua filha), demonstrando a possibilidade de estruturas familiares homoparentais.</p>
<p>Institucional: a família merecia proteção não por causa dos membros da família, mas sim por conta da instituição família. Além disso, como visto, a família somente existia no casamento.</p>	<p>Instrumental: as pessoas não nasceram para, necessariamente, casarem, mas sim para serem felizes; a família é o lócus mais adequado para ser feliz, mas a família não é um fim em si mesmo, mas tão-somente um meio. A família é eudemonista.</p>

Atualmente, portanto, fala-se em famílias plurais, ou seja, diferentes formas de família, todas elas albergadas pela Constituição Federal e, por conseguinte, por todo o ordenamento que deverá protegê-las e defendê-las de qualquer sorte de discriminação.

Maria Berenice Dias chega a elencar um rol dos tipos de família que existiriam, identificando-as da seguinte forma:⁴

- a) Família matrimonial: decorrente do casamento;
- b) Família informal: decorrente de união estável;
- c) Família homoafetiva: decorrente da união de pessoas do mesmo sexo;
- d) Família monoparental: formada pelo vínculo existente entre um dos genitores com seus filhos;
- e) Família anaparental⁵: constituída a partir da convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade e propósito. É o caso de duas irmãs que vivam juntas;
- f) Família eudemonista: é aquela na qual se busca a felicidade individual de cada um dos membros, mediante a realização pessoal de cada um por meio de uma comunhão de vida, amor e afeto, ainda que fora dos padrões tradicionalmente aceitos para as relações interpessoais.

Tal rol acima listado, bem como qualquer outro que venha a ser produzido consistirá em elenco meramente exemplificativo. Conforme explica Paulo Luiz Netto Lôbo, os tipos de entidades familiares explicitamente tratados no Texto Constitucional não encerram *numerus clausus*. Podem ser consideradas entidades familiares todas aquelas que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estando, portanto, constitucionalmente protegidas. Tal interpretação decorre ainda do fato de que a Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão.⁶

4 Manual de Direito das Famílias, p. 39.

5 A expressão anaparental foi cunhada pelo Professor Sérgio Rezende de Barros, consoante suas próprias palavras: "De origem grega, o prefixo "ana" traduz idéia de privação. Por exemplo, 'anarquia' significa 'sem governo'. Esse prefixo me permitiu criar o termo 'anaparental' para designar a família sem pais." (BARROS, Sérgio Rezende de. Direitos humanos da família: principais e operacionais. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>>. Acesso em: 15 maio 2009).

6 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 26 maio 2009.

Desse modo, devemos concluir que o art. 226 em conjunto com o art. 1º, III, CF/88 representam uma verdadeira cláusula geral de inclusão de sorte que os avanços sociais e as situações cotidianas de afeto e relacionamento irão construir outros tipos de família que, uma vez formados, haverão de receber a mesma proteção legal dirigida às demais entidades familiares.⁷

O fundamento para tal exegese reside no fato de que

não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.⁸

Deve-se mencionar, por fim, que tramita, no Congresso Nacional, proposta de emenda constitucional, apresentada a partir de uma minuta formulada pelo IBDFAM, que busca conferir nova redação ao § 4º do art. 226, nos seguintes termos: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou união afetiva de convivência estável e com objetivo de constituição de família”.

2.2 Definição de famílias reconstituídas

As famílias reconstituídas são entidades familiares nas quais, pelo menos um dos consortes, veio de um relacionamento anterior e trouxe para a nova relação a condição de já ter filho(s). O exemplo são as famílias nas quais um dos participantes é padrasto ou madrasta de filho anteriormente nascido.

7 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op. cit., p. 35.

8 LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit.

Waldyr Grisard Filho, destacado estudioso do tema, propõe uma definição com a seguinte precisão:

Entendemos por família reconstituída a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros tem filho ou filhos de um vínculo anterior. Em uma formulação mais sintética, é a família na qual ao menos um dos adultos é um padrasto ou uma madrasta. Nesta categoria entram tanto as novas núpcias de pais viúvos ou mães viúvas como de pais divorciados e de mães divorciadas e pais e mães solteiros. Alude, assim, não só a reconstituição como o estabelecimento de um novo relacionamento, no qual circulam crianças de um outro precedente.⁹

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, de maneira muito inspirada, afirmam que as famílias reconstituídas são entidades familiares decorrentes de uma “recomposição afetiva”¹⁰. Pensamos ser realmente essa a idéia fulcral da família reconstituída, qual seja, a possibilidade de o ser humano fazer “tudo novo, de novo”, buscando em uma nova entidade familiar a felicidade que já não lhe acompanhava na antiga. Essa nova relação deverá ter o reconhecimento jurídico do Estado e a proteção das relações jurídicas dela advindas.

As famílias reconstituídas e suas consequências têm sido debatidas de modo intenso e sob um enfoque multidisciplinar em todo o mundo. Inúmeros são os estudos de psicologia, sociologia e direito que vêm analisando os efeitos desse fato social, especialmente sobre os filhos (crianças e jovens) que participam dessa entidade familiar de modo “involuntário” e como elo mais frágil desse organismo, devendo, por isso, receber especial atenção jurídica e psicológica.

Nos países latinos de língua hispânica, em especial na Argentina, as famílias reconstituídas são chamadas de *famílias*

⁹ Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/155568/>> Acesso em: 09 maio 2009.

¹⁰ FARIAS, op. cit., p. 62.

ensambladas; nos EUA, os estudos utilizam a expressão *stepfamily* ou *blended family*; e, na França, são denominadas de *famille recomposée*.

No Brasil, além da designação “famílias recompostas”, consagrada também na psicologia e sociologia, utiliza-se também as expressões “família mosaico” ou “famílias pluriparentais”.

2.3 As dificuldades inerentes às famílias reconstituídas

A família, enquanto lócus onde se desenvolvem relações humanas, é o ambiente onde se busca o afeto, mas certamente também é o local em que inúmeros conflitos ocorrem. No caso das famílias reconstituídas tais desavenças se acentuam ainda mais.

Para que um grupo familiar reconstituído minimize os conflitos que enfrenta é necessário que os seus membros aceitem um modelo familiar distinto do que viviam anteriormente e mesmo assim que haja muita compreensão com as diferenças do outro. Não se pode esquecer que cada lado dessa nova família trouxe consigo rotinas, regras, manias e limites que eram comuns no relacionamento passado e que, por isso, precisam ser adaptados às características do outro núcleo. Nesse sentido, Grisard Filho explica:

Logo depois de uma separação, cada pai ou mãe forma uma mini família com seus filhos, a família monoparental, que conforma uma história comum com regras que conservam da família anterior. Estas estrutura e história fazem com que o começo e o desenvolvimento de uma família reconstituída seja muito diferente que o de uma família originária.

(...)

Cada membro da nova família traz consigo uma história própria construída no sistema familiar anterior, circunstância que exige tempo para realizar seu próprio ajuste mediante a reformulação de expectativas e

necessidades em relação à nova situação. Os filhos de relações precedentes submetem-se a códigos, regras e estilos de parentalidade diversos, que dificultam a consolidação dos novos vínculos. Cada integrante do novo casal chega nesta nova família depois da perda de uma relação familiar primária. Surgem novas regras, que precisam ajustar-se às anteriores, originando diversos triângulos conflitivos: o marido ou companheiro, sua nova esposa ou companheira e a ex-esposa ou ex-companheira; o marido ou companheiro, a nova esposa ou companheira e os filhos desta, do marido ou companheiro, os próprios do novo casal ou da ex-esposa ou ex-companheira. Isto evidencia a complexidade da vida cotidiana destas famílias.¹¹

Nas famílias reconstituídas é preciso que haja muita maturidade e equilíbrio para os padrastos ou madrastas considerando que deverá ser encontrado um ponto de convergência entre a imposição de certa disciplina para os enteados e a percepção de que essa autoridade parental deverá ser conquistada com um tempo, não sendo automaticamente adquirida com a nova relação formada. O casal mal inicia seu relacionamento e um dos consortes tem que conviver e participar da educação do filho do outro, que já pode ser até um adolescente, com caracteres bem definidos e um comportamento constituído. Muitas vezes o padrasto ou madrasta nem mesmo tinha experiência com filhos e se vê, subitamente, responsável por um, precisando então, em um curto período de tempo, adaptar-se a tal situação. Tudo é muito rápido e, por isso, algumas vezes desconfortável ou até traumático. Padrastos e madrastas assumem uma responsabilidade parental antes mesmo que se crie um vínculo emocional com os enteados.¹²

Deve-se ressaltar que o padrasto ou madrasta terá ainda que conviver com a presença real ou virtual de um ex-esposo/companheiro ou de uma ex-esposa/companheira que será para

11 Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo. op. cit.

12 Grisard Filho fala que ocorre uma "paternidade instantânea". Id.

sempre uma presença nessa nova família por conta dos filhos. A despeito de todas as dificuldades – até mesmo de ciúmes – inerentes ao ser humano, é indispensável que se respeite esse espaço e que se busque uma convivência harmônica e consensual, inclusive no que concerne às decisões quanto à educação e formação das crianças. Havendo sucesso nessa convivência, surge uma espécie de “coparentalidade”, repartindo-se direitos e deveres entre o pai biológico e o pai da família reconstituída, ambos podendo ser considerados pais afetivos.

A Livre-Docente pela USP e Psicóloga Isabel Cristina Gomes reforça as dificuldades de relacionamento inerentes às famílias reconstituídas e aponta que o diálogo é o caminho para a convivência harmônica na nova entidade familiar:

O vínculo conjugal deve se constituir de forma ‘vigorosa’. Os parceiros devem estar conscientes de todas as adversidades que irão enfrentar. Devem promover a coesão e o entendimento grupal. Poderão e deverão exercer as funções parentais, desde que, não invadam o espaço reservado ao legado familiar de cada novo componente desse grupo familiar. O ‘marido da mãe’ não é ‘meu pai’, ele não deve disputar esse lugar com o pai biológico, mas, criar-se-á uma nova representação (afetiva, histórica e sócio-econômica) para esse vínculo atual.¹³

A questão da denominação, inclusive, sinaliza as dificuldades inerentes a esse novo modelo familiar. As expressões padrasto, madrasta, enteado e enteada sempre foram carregadas de um simbolismo negativo levando algumas mulheres integrantes de famílias reconstituídas a se autointitularem “boadrastas”, valendo-se de um neologismo como que para se dizerem diferentes da imagem que é tradicionalmente feita das madrastas enquanto pessoas perversas e destituídas de afeto por seus enteados. Outros preferem tergiversar e não utilizam

13 GOMES, Isabel Cristina. Relacionamento: os meus, os seus, os nossos... A arte da convivência pacífica! Disponível em: <<http://www.ip.usp.br/docentes/isagomes/%5Cpdf%5Cartgrelacionamento.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2009.

denominações, empregando então expressões explicativas como “o marido de minha mãe”, “a esposa de meu pai”, “o filho de meu marido”, “o filho de minha mulher”.

Sintetizando, pode-se concluir que as famílias reconstituídas caracterizam-se como

uma estrutura complexa, formada por múltiplos vínculos e nexos, onde existe ambiguidade nas regras, originando conflitos pela oposição entre as atitudes manifestas e os desejos encobertos, produto da falta de clareza dos lugares, direitos e deveres de seus integrantes.¹⁴

3 O poder familiar

Um dos primeiros aspectos a ser analisado quanto às consequências jurídicas das famílias reconstituídas diz respeito ao poder familiar.

A expressão “poder familiar” é recente, tendo surgido com o Código Civil de 2002 a fim de substituir o termo “pátrio poder”, empregado pela vetusta Lei Civil de 1916 e bastante repudiado pela doutrina. As críticas dirigidas residiam em dois pontos: o vocábulo possuía forte conotação machista ao indicar que o dito poder seria apenas do pai (“pátrio”); em segundo lugar, não se trata rigorosamente de um poder, mas sim de um dever, um *múnus*.

Desse modo, o Código Civil de 2002 não corrigiu a contento a expressão, sendo também criticável, razão pela qual a doutrina sugere outros termos como função familiar, dever familiar ou, ainda, o melhor deles, autoridade parental. Nesse trilhar, assevera Carlos Roberto Gonçalves:

A denominação ‘poder familiar’ é mais apropriada que ‘pátrio poder’ utilizada pelo Código de 1916, mas não é a mais adequada, porque ainda se reporta ao ‘poder’. Algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a

14 Grisard Filho. op. cit.

norte-americana, optaram por 'autoridade parental', tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física ou psíquica, inerente ao poder.¹⁵

Mas não é apenas a literalidade do termo que vem evoluindo ao longo dos anos. O pátrio poder, poder familiar ou autoridade parental (como se prefira) remonta suas origens no *pater potestas* do direito romano. Na época, era um direito absoluto conferido ao *pater* sobre a pessoa de seus filhos e que tinha como objetivo consolidar a família romana, considerada como célula-base da sociedade. Para tanto, o *pater* utilizava desse poder para impor a disciplina em seu lar e, por reflexo, dentro da sociedade. Silvio Rodrigues nos informa que essa autoridade não conhecia limites e compreendia o direito de punir, de expor, de vender o filho e mesmo o direito de matá-lo (*jus vitae et necis*).¹⁶ Percebe-se, portanto, nesse período, um caráter hierarquizado e utilitarista do pátrio poder (valendo-se da expressão mais condizente com a época), no qual o *pater* valia-se de sua autoridade para organizar e disciplinar a própria sociedade e no qual o filho era encarado como objeto, e não como sujeito de direitos.

Em uma segunda fase, o poder familiar perde um pouco esse caráter déspota, mitigando-se a amplitude dos poderes reconhecidos e impondo aos responsáveis pelo menor igualmente deveres no interesse dos filhos. "E é nesse sentido que se caracteriza o pátrio poder no direito moderno; ou seja, como um instituto de caráter eminentemente protetivo em que a par de uns poucos direitos, se encontram sérios e pesados deveres a cargo de seu titular."¹⁷

A despeito dos inegáveis avanços, pensamos que ainda há conquistas a serem alcançadas. Em virtude disso, entendemos

15 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 358.

16 RODRIGUES, op. cit., p. 396.

17 Ibid., p. 397.

que a visão da autoridade parental deverá ingressar em uma nova etapa fundada primordialmente no afeto e não nos laços biológicos.

Com efeito, a literalidade do Código Civil somente reconhece o poder familiar aos pais (art. 1.631).¹⁸ Ocorre que já é consenso, há muito, que o conceito de pai ou de mãe não pode ficar restrito ao aspecto biológico ou registral. Surge com força irresistível a noção de paternidade/maternidade socioafetiva que produz inúmeros efeitos jurídicos, devendo ser reconhecida sua incidência também sobre o poder familiar.

No âmbito de uma família reconstituída, o padrasto ou madrasta podem desenvolver com o enteado um relacionamento de afeto, cumplicidade e cuidado maior do que o existente com o pai ou mãe biológica. Nesses casos, não raros, diga-se, a autoridade parental (poder familiar) seria muito mais bem exercida pelo pai ou mãe socioafetiva do que pelo genitor biológico.

Vale sublinhar que, na Alemanha, existe previsão legal expressa autorizando o padrasto ou madrasta a exercer o direito de co-decisão com o seu cônjuge nas questões atinentes à vida cotidiana do filho, em sendo exclusiva do consorte a guarda do menor (§1687 *b* do Código Civil alemão – *Bürgerliches Gesetzbuch* – *BGB*).

No Brasil, a despeito de não haver previsão expressa, deve-se concluir ser esta possível com base na concepção da paternidade socioafetiva. Com efeito, é preciso ter em lembrança que qualquer interpretação relacionada ao poder familiar há de ser feita tendo como inspiração o princípio da proteção integral das crianças e adolescentes (art. 227, CF/88), razão pela qual não se pode empreender uma exegese literal e restritiva do Código Civil de 2002 se esta não atende aos melhores interesses do filho.

¹⁸ Nesse sentido, a própria autora de vanguarda Maria Berenice Dias entende que o poder familiar decorre da paternidade natural ou da filiação legal. Manual de Direito das Famílias. p. 345.

O Direito não pode ser um contra-senso às situações lógicas da vida. Se, numa família reconstituída, um padrasto há 10 anos cria, educa, disciplina, sustenta e ama o filho adolescente de 15 anos de sua companheira viúva, é ele quem deverá exercer, em igualdade de condições com a mãe biológica, os poderes inerentes ao poder familiar. Concluir que esse pai socioafetivo não tem autoridade parental sobre seu “filho de coração” é fazer tábula rasa do comando constitucional (art. 227, CF/88), destituindo de máxima efetividade a Constituição, além de ser desumano.

Poder-se-ia argumentar que a solução legal oferecida pelo sistema seria a adoção. Trata-se, contudo, de tergiversação e de não conferir soluções diretas ao problema. Ademais, a adoção não resolveria todas as situações, como no caso do pai biológico que ainda é vivo, mas a criança ou adolescente entroniza como seus pais afetivos o padrasto, com quem mora há anos, em conjunto com sua mãe biológica. A adoção, na hipótese, seria juridicamente impossível, assim como seria faticamente impossível deixar de reconhecer que esse menor possui dois pais, ambos com direitos e deveres inerentes à sua criação.

4 Uso do nome

Outra consequência que merece especial atenção consiste na discussão acerca da possibilidade de o enteado acrescer ao seu nome o patronímico do padrasto ou madrasta.

Atualmente, parece não haver dúvidas de que o nome integra o rol dos direitos da personalidade. O próprio Código Civil de 2002 reconhece-lhe esse *status* ao tratar do tema no capítulo dos direitos da personalidade (arts. 16 a 19). Em verdade, como o nome é o signo que tutela a intimidade, identifica as origens familiares e permite a individualização da pessoa, pode-se até mesmo dizer que representa um dos corolários do princípio da

dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

Em nosso ordenamento jurídico vigora a regra da inalterabilidade relativa do nome, ou seja, a princípio, o nome não pode ser modificado, salvo em situações excepcionais.

Nesse debate surge a indagação: as hipóteses em que a alteração do nome (seja prenome ou patronímico) é possível são apenas aquelas taxativamente previstas na lei?

A resposta é negativa. Existem, portanto, outras hipóteses de alteração do nome que não estão expressamente tratadas na lei. Maria Berenice Dias afirma que, quanto ao tema, vigora o “império da liberdade” e que “à luz dos valores constitucionais, a regra da imutabilidade do nome encontra limite no respeito à dignidade, garantindo o direito à real adequação individualizada da pessoa humana, suplantando a proibição de alteração”.¹⁹ No mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald pontificam:

Há de se defender, com efeito, uma compreensão do nome civil como aspecto integrante da personalidade humana, projetando sua dignidade no seio social e familiar. Assim, reclama-se uma interpretação não exaustiva das hipóteses modificativas do nome, permitindo a sua alteração justificadamente para salvaguardar a dignidade da pessoa humana, de acordo com o caso concreto.²⁰

Desse modo, voltemos à reflexão proposta no começo deste tópico para, com segurança, afirmarmos ser plenamente possível que o enteado veja acrescido ao seu nome o patronímico de seu padrasto ou madrasta como consequência do vínculo afetivo que foi construído entre eles e, ademais, possa, com o referido sobrenome, ser identificado jurídica e publicamente como membro integrante da “família afetiva” da qual, concretamente, já faz parte.

¹⁹ DIAS, op. cit., p. 124-125.

²⁰ Direito Civil. Teoria Geral. 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 176.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em importantíssimo *leading case*, acolheu a tese em acórdão vazado nos seguintes termos:

Nome. Alteração. Patronímico do padrasto.

O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). **Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela.**

Recurso não conhecido.

(REsp 220.059/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/11/2000, DJ 12/02/2001 p. 92) (grifou-se)

Em seu voto, o Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar anotou:

Devo registrar, finalmente, que são dois os valores em colisão: de um lado, o interesse público de imutabilidade do nome pelo qual a pessoa se relaciona na vida civil; de outro, o direito da pessoa de portar o nome que não a exponha a constrangimentos e corresponda à sua realidade familiar. Para atender a este, que me parece prevalente, a doutrina e a jurisprudência têm liberalizado a interpretação do princípio da imutabilidade, já fragilizado pela própria lei, a fim de permitir, mesmo depois do prazo de um ano subsequente à maioridade, a alteração posterior do nome, desde que daí não decorra prejuízo grave ao interesse público, que o princípio da imutabilidade preserva. A situação dos autos evidencia a necessidade de ser aplicada essa orientação mais compreensiva da realidade e dos valores humanos em causa.

Como visto, o reconhecimento da plena possibilidade já era uma realidade tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Faltava, no entanto, a regulação legislativa do tema para que houvesse maior segurança e certeza jurídicas, o que ocorreu com a recente edição da Lei n.º 11.924, de 17 de abril de 2009, que alterou o art. 57 da Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015/73), para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta. Confira-se a redação do § 8º que foi acrescido ao art. 57:

Art. 57. (...)

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Vale apontar que o projeto que deu origem a essa lei foi apresentado pelo agora falecido Deputado Federal Clodovil Hernandes que, inspirado em uma situação pessoal análoga (ele foi criado por pais adotivos), afirmou, na justificativa da proposição:

O presente Projeto de Lei vem em socorro daquelas centenas de casos que vemos todos os dias, de pessoas que, estando em seu segundo ou terceiro casamento, criam os filhos de sua companheira como se seus próprios filhos fossem. Essas pessoas dividem uma vida inteira e, na grande maioria dos casos, têm mais intimidade com o padrasto do que com o próprio pai, que acabou por acompanhar a vida dos filhos à distância. É natural, pois, que surja o desejo de trazer em seu nome o nome de família do padrasto.

Merece ser ressaltado que o projeto não trata da retirada do nome de família do pai, mas de simples acréscimo de outro nome.

Por fim, convém lembrar que na forma pela qual a Lei de Registros Públicos disciplina o acréscimo do patronímico, o padrasto deverá expressar sua

concordância com o acréscimo de seu nome, além da possibilidade de qualquer das partes poder cancelar o aditamento, desde que ouvida a outra.

5 Dever de alimentos

Sustentamos que o padrasto ou madrasta que desenvolve vínculo afetivo estável com o enteado a ponto de passar a ser considerado pai ou mãe socioafetiva possui titularidade para exercer o poder familiar (item 2 *supra*). Por questão de coerência, como consequência lógica do exercício da autoridade parental, esse mesmo padrasto ou madrasta possui dever de alimentos²¹ para com esse menor.

Dependendo do histórico familiar do menor, o padrasto ou a madrasta pode ser a única projeção de pai ou de mãe que ele conheceu e reconhece psicologicamente. Rodrigo da Cunha Pereira debruçou-se sobre o tema e traz revelações no sentido de que a figura do pai ou da mãe é funcionalizada, decorrendo de um papel construído cotidianamente, não derivando meramente da origem genética. Em suas próprias palavras, afirma o autor mineiro que a filiação

constitui, segundo a Psicanálise, uma função. É essa função paterna exercida por um pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção..., enfim, aquele que exerce uma *função de pai*.²²

21 Registre-se a posição de João Baptista Villela que assevera que o pai não deve alimentos ao filho menor - deve sustento, que seria expressão mais ampla e que encontra fundamento direto na Constituição (Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.). Procriação, paternidade e alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Alimentos no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005 apud DIAS, Maria Berenice. op. cit., p. 420.

22 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 148 apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias, p. 516.

Assim, o padrasto pode ocupar, na vida do filho (“tecnicamente”, enteado), a função de pai, em uma espécie de “adoção de fato”. É ele, portanto, o pai, “aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor... ao filho, expõe o foro íntimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam.”²³

Tendo o padrasto ou a madrasta assumido tal condição de parentalidade socioafetiva tal vínculo produz consequências jurídicas, sendo, inclusive, perene. Isso mesmo, para sempre! Assim, mesmo que esse padrasto que criou o enteado como se fosse filho durante anos venha a desfazer seu relacionamento com a mãe biológica do menor, sua condição de pai socioafetivo permanecerá intacta. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior, em monografia sobre o tema, afirma:

(...) se a convivência, a afetividade ou ambas vêm a ser interrompidas por fatos posteriores, não há a cessação da relação de filiação socioafetiva, por uma razão simples: a cláusula geral de tutela da personalidade humana proíbe tal dissolução, que significaria retirar ao indivíduo, por vontade de outrem (e por vezes visando a um interesse meramente patrimonial), um dos mais relevantes fatores de construção de sua identidade própria e de definição de sua personalidade.

Constituiu-se, pois, para todos os efeitos, uma relação plena de filiação, a qual, para adequada proteção da pessoa pelo ordenamento, não pode se sujeitar a incertezas ou a instabilidades emocionais dos sujeitos envolvidos.²⁴

Havendo, portanto, a paternidade socioafetiva, não há dúvidas de que existirá o dever de sustento para com o menor,

23 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias, p. 517.

24 ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8., n. 39, dez./jan., 2007, p. 72.

seja durante a existência do relacionamento com a mãe do enteado, seja após o seu término. “Independente a obrigação alimentar da origem do vínculo paterno, consubstanciando-se, inclusive, na adoção e na paternidade afetiva.”^{25 26}

Além da paternidade socioafetiva, outro argumento que justificaria a prestação de alimentos pelos padrastos/madrastas aos enteados reside no princípio da solidariedade familiar (art. 3º, I, da CF/88) e na previsão controvertida do art. 1.595, caput e §§ 1º e 2º, do Código Civil, que dispõem:

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

Assim, apesar de estarmos convictos de que o enteado pode ser filho socioafetivo do seu padrasto/madrasta, o certo é que, no mínimo, segundo o Código Civil de 2002, ele possui o *status* de parente por afinidade e, como tal, tem direito a alimentos.

Ao analisar a questão dos alimentos entre parentes por afinidade, Maria Berenice Dias não examina especificamente a relação padrasto/enteado, mas tão-somente a de sogro/genro, concluindo, entretanto, no mesmo sentido, ou seja, na possibilidade de serem pleiteados alimentos mesmo após o término do casamento ou da união estável. Confira-se:

Modo expresse ressalva a lei a permanência do vínculo de afinidade mesmo após a dissolução do casamento e da união estável (CC 1.595, § 2º). Remanescendo o

25 FARIAS, ROSENVALD, ap.cit., 622.

26 Waldyr Grisard Filho discorda em parte da afirmação entendendo que, pelo menos a princípio, o padrasto/madrasta não teria tal obrigação alimentar. Vejamos a literalidade de seus argumentos: “Colocamos a questão: o novo casamento ou a nova união do genitor impõe a seu novo cônjuge ou companheiro obrigações de sustento e manutenção de seus filhos? A princípio, a resposta é negativa. O pai ou a mãe afim não estão obrigados a custear as despesas de filhos que não são seus e que vivem em seu lar. Porém a comunidade de vida complica singularmente as relações alimentares de maneira que o pai ou mãe afim jamais será poupado.” (Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo, op. cit.).

vínculo jurídico, mantém-se a solidariedade familiar. Ora, não se extinguindo a relação de parentesco, imperioso reconhecer a persistência do dever alimentar. A doutrina, de modo geral, é contra o reconhecimento da obrigação alimentar, entendendo que a afinidade não origina parentesco, mas apenas aliança, não sendo apta a criar direito a alimentos. Porém, a lei não faz qualquer distinção, fala em parentesco por afinidade (CC 1.595, § 1º) e impõe obrigação alimentar aos parentes (CC 1.694). (...)

Reconhecendo a lei a permanência do vínculo de parentesco sem fazer nenhuma ressalva ou impor qualquer restrição, descabe interpretação restritiva que acabe por limitar direitos. *Assim, dissolvido o casamento ou união estável, possível é tanto o ex-sogro pedir alimentos ao ex-genro, como este pedir alimentos àquele. Isso tanto se a relação foi de casamento como de união estável (...)*

A tese é nova, sem referência na doutrina, não tendo sequer sido enfrentada pela jurisprudência, mas que é defensável, é.²⁷ (grifou-se)

O Código Civil da Argentina traz a possibilidade expressa de os parentes por afinidade em primeiro grau (sogro e genro ou nora, padrasto e enteado...) cobrarem, reciprocamente, alimentos. Trata-se do art. 368, que tem a seguinte redação: “Artículo 368: Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado.”

Ressalte-se, ao cabo, que o Código Civil português, de forma ainda tímida, mas importante na evolução do tema, prevê a possibilidade de formulação de pedido de alimentos pelos enteados menores aos seus padrastos ou madrastas caso a mãe ou o pai biológicos tenham falecido durante a união. Confira-se:

ARTIGO 2009º

(Pessoas obrigadas a alimentos)

1. Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada:

27 Manual de Direito das Famílias, p. 426-427.

(...)

f) O padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste.

6 Direito de visitas

Conforme defendemos no item 4 *supra*, estabelecido o vínculo afetivo de parentalidade entre padrasto/madrasta e enteado(a), esta relação é indissolúvel, tal qual a condição de pai ou de mãe biológicos.

Ao final de um relacionamento amoroso entre duas pessoas casadas ou em união estável, é pacífico que tal situação não poderá prejudicar os filhos do casal. Assim, cada um dos consortes, salvo exceções extremas, terá direito de visitar e conviver com os menores.

Essa realidade em nada deve diferir no caso do término de uma família reconstituída. O princípio da proteção integral não tolera que se vede a convivência de uma criança ou adolescente com seu padrasto ou madrasta com quem desenvolveu laços de afeto somente por causa do fim de uma relação amorosa entre dois adultos.

O término de um relacionamento é especialmente danoso e traumático para as crianças e adolescentes que formavam a família. Esse fim de relacionamento é ainda mais sofrido no caso de uma família reconstituída considerando que essa experiência de ruptura já havia sido experimentada e é novamente sentida, transmitindo inconscientemente ao menor uma idéia de desesperança e de que relacionamentos duradouros não seriam possíveis. É preciso, portanto, ter bastante cuidado para que os vínculos que a criança/adolescente construiu com o padrasto/madrasta não sejam rompidos e que esta perca, novamente, o referencial de pai ou mãe que já havia construído.

No mesmo sentir, Waldyr Grisard Filho exclama:

Apesar da dissolução do vínculo conjugal por morte ou divórcio, julga-se razoável que o pai e a mãe afim continuem a visitar e a comunicar-se com seus filhos afins, menos prejudicial a estes ante o luto vivenciado pela terminação do casal conjugal, bem assim de seus meio-irmãos. Considera-se justo e importante que a mãe afim continue na criação dos filhos de seu ex-cônjuge ou companheiro, se resultar benéfico para eles. O dissenso sobre estas questões, por oposição da família biológica, resultará em demanda judicial, que o juiz, com a máxima discricionariedade e no interesse superior dos menores, decidirá.²⁸

Deve-se, então, possibilitar e estimular o direito de visitas e a manutenção do vínculo afetivo que se formou. O convívio entre padrasto/madrasta e enteado(a) reveste-se, portanto, como um direito de ambos, que deve ser igualmente respeitado como se fosse o de um vínculo biológico.

A propósito da importância do direito de visita, valemos da nunca assaz citada Maria Berenice Dias:

A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é um direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. Talvez o certo seria falar em direito a visita. Ou, quem sabe, melhor seria o uso da expressão direito de convivência, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. (...) Trata-se de um direito de personalidade, na categoria do direito à liberdade, pelo qual o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver. Funda-se em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz. (...) O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental.²⁹

²⁸ Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo. op. cit.

²⁹ Manual de Direito das Famílias, p. 364.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul existe precedente no sentido de ser garantido o direito de visitas do padrasto em relação ao seu enteado com quem conviveu vários anos. Confira-se a ementa do julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITAÇÃO COM PERNOITE. A criança conta três anos de idade e não há, nas alegações da agravante, qualquer óbice para afastar o contato mais estreito com o pai, devendo ser mantido o pernoite em finais de semana alternados.

O convívio do infante com seu genitor deve ser prestigiado, a fim de garantir a ambos a consolidação dos vínculos afetivos. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. DIREITO DE VISITA.

É de todo elogável a decisão judicial que, acolhendo pronunciamento do Ministério Público, autorizou as visitas do recorrido ao enteado, com quem conviveu por vários anos. CONHECERAM EM PARTE E NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

(Agravado de Instrumento Nº 70006766174, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2004) (grifou-se)

Em seu voto, o Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil Santos acentuou:

Nesta oportunidade, não posso me furtar de elogiar a decisão judicial que, acolhendo pronunciamento do Ministério Público, autorizou as visitas do recorrido ao enteado, com quem conviveu por vários anos, em claro prestígio à parentalidade socioafetiva.

É necessário que se compreenda: o relacionamento com o pai, seja ele biológico ou não, de fundamental importância para a formação emocional das crianças, só se desenvolverá como convém se houver colaboração e estímulo da mãe ao convívio. É o que (com otimismo) se espera!

7 Direitos sucessórios

Por fim, um último aspecto a ser analisado consiste na discussão acerca da existência ou não de eventuais direitos sucessórios do enteado em relação ao padrasto ou madrasta e vice-versa.

A despeito de todo o arrazoado feito alhures quanto à importância da paternidade socioafetiva, forçoso (e penoso) concluir que o enteado não possui direitos sucessórios em relação ao padrasto/madrasta. O art. 1.829, do CC/2002 é taxativo ao prever a ordem de vocação hereditária não sendo possível ampliar esse rol mediante analogia ou interpretação extensiva.

No caso do padrasto ou madrasta que desejar garantir eventuais direitos sucessórios em relação ao seu enteado a única solução possível com base no atual ordenamento positivo consiste no necessário reconhecimento de filiação socioafetiva em procedimento judicial próprio ainda quando em vida, ou então a lavratura de um testamento no qual reste contemplado o beneficiário.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já enfrentou a questão tendo igualmente se manifestado no sentido da impossibilidade de conferir direitos sucessórios ao “filho de criação” quando não houve, em vida, um reconhecimento voluntário e expresso da paternidade socioafetiva por parte do *de cujus*. Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. CRIANÇA QUE, COM POUCO MAIS DE DOIS ANOS DE IDADE FOI DADA PARA CRIAÇÃO EM OUTRA FAMÍLIA, DESVINCULANDO-SE DA FAMÍLIA BIOLÓGICA. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA. INADMISSIBILIDADE. *O VÍNCULO AFETIVO SÓ PODE*

CONFERIR EFEITO JURÍDICO QUANDO ESPONTÂNEO, VOLUNTARIAMENTE ASSUMIDO. HIPÓTESE TÍPICA DE 'FILHO DE CRIAÇÃO', NÃO ADOTADO QUANDO AINDA EM VIDA O DE CUJUS. CARÊNCIA DA AÇÃO INTERPOSTA. RECURSO DESPROVIDO, AINDA QUE POR OUTRAS RAZÕES.

(Apelação Cível Nº 70019810704, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 27/06/2007).

Deve ser ressaltado, no entanto, que nada impede que a lei corrija essa situação de injusta distorção. Aliás, o Código Civil de 2002 manteve-se atrasado em relação a outras legislações que prevêm direitos ao enteado para depois da morte do padrasto/madrasta. É o caso da Lei n.º 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) que, em seu art. 217³⁰, reconhece o direito de pensão previdenciária aos filhos ou enteados de servidores públicos federais até os vinte e um anos de idade.

8 Conclusão

O direito de família, até bem pouco tempo, era idealizado tendo como referência um estereótipo de família tradicional.

A Constituição Federal de 1988 passou a reconhecer que existem outros modelos de família. Além das entidades familiares que a Carta Magna consagra expressamente, entende-se que existem outros implicitamente albergados pelo Texto Constitucional.

A par de ter ampliado o conceito de família, a Constituição de 1988 acabou por redimensionar o próprio direito de família, imprimindo-lhe características novas que se refletem na abordagem de seus institutos.

As famílias reconstituídas são entidades familiares nas quais pelo menos um dos consortes veio de um relacionamento

30 Art. 217. São beneficiários das pensões: (...) II - temporária: a) os filhos, ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;

anterior e trouxe para a nova relação a condição de já ter filho(s) ou de ainda manter alguma espécie de situação jurídica com a pessoa com quem tinha uma vida amorosa. Trata-se de tema que vem ganhando força e tem sido estudado não apenas pelo direito como também pela sociologia e psicologia, podendo ser encontradas pesquisas no Brasil e em outros países.

Por inúmeros fatores decorrentes principalmente de adaptação, as famílias reconstituídas têm apresentado uma maior incidência de conflitos entre seus membros, exigindo uma compreensão muito intensa dos participantes dessa entidade familiar.

Como consequência do afeto que pode ser desenvolvido entre o enteado e o padrasto/madrasta surge para este último a legitimidade para, em conjunto com a mãe/pai biológico exercer o poder familiar em relação ao menor.

Outra decorrência das famílias reconstituídas consiste na possibilidade de o enteado crescer, mediante autorização judicial, o patronímico de seu padrasto ou madrasta. Tal direito era reconhecido pela doutrina e jurisprudência, mas recentemente recebeu também previsão legislativa.

O padrasto ou madrasta que desenvolver a paternidade socioafetiva possui o dever de sustento de seu enteado, seja durante a existência do relacionamento do casal, seja após o seu término.

Apesar da dissolução do vínculo do casal, é perfeitamente possível que o padrasto ou madrasta continuem a visitar e a comunicar-se com seus enteados, em atenção aos interesses do menor.

O enteado não possui direitos sucessórios em relação ao seu padrasto ou madrasta a não ser que tenha havido exposto reconhecimento, em vida, da paternidade socioafetiva ou ainda a elaboração de testamento no qual tenha restado consignado o benefício em favor do indivíduo.

O vínculo de afeto é tão ou mais importante que o vínculo genético. A ligação biológica se herda enquanto que o liame afetivo é uma escolha, que se constrói sobre um alicerce chamado amor.

Abstract: Family law was imagined with reference to a stereotype of the traditional family. The Constitution of 1988 came to recognize that there are other models of family. The stepfamily are family entities in which at least one of the consorts came from a previous relationship and brought a child (s) or still maintain some sort of legal situation with the person who had a life loving. The stepfamily have shown a higher incidence of conflict between members, requiring a very strong understanding of the participants of this family entity. As a result of the affect the stepparent has the legitimacy to, together with the biological mother/father has parental family for the child. The possibility exists that the patronymic stepson addition to his stepfather or stepmother. The stepparent to develop the socio-affective father has the duty to keep his stepson. Despite the dissolution of the couple, it is quite possible that the stepparent will continue to visit and communicate with their stepchildren. The stepson does not have inheritance rights in relation to their stepparent unless there was express recognition in life, socio-affective father or the drafting of a will. The bond of affection can be just as or more important than the genetic link and produces legal consequences not only property but also to the so-called personality.

Keywords: Stepfamily. Parenting socio-affective. Legal consequences.

Referências

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8., n. 39, dez./jan., 2007.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil*. Família e Sucessões. v. 4. São Paulo: Método, 2004.

_____, Sérgio Rezende de. *Direitos humanos da família: principais e*

operacionais. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>>. Acesso em: 15 maio 2009.

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

BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil*. Brasília, DF: Senado, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: RT, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. v. 5. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

_____. *Direito Civil. Teoria Geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANÇA, Antônio de S. Limongi. *A função subsidiária dos pais sócioafetivos em relação aos pais originais atuantes*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1149975099>>. Acesso em: 24 maio 2009.

GOMES, Isabel Cristina. *Relacionamento: os meus, os seus, os nossos... A arte da convivência pacífica!* Disponível em: <<http://www.ip.usp.br/docentes/isagomes/%5Cpdf%5Cartgrelacionamento.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo*. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/155568/>> Acesso em: 09 maio 2009.

HINTZ, Helena Centeno. *Novos tempos, novas famílias? Da modernidade à pós-modernidade*. Disponível em: <<http://www.domusterapia.com.br/pdf/PF3HelenaHintz.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2009.

LOBO, Cristina. *Famílias recompostas. Revisitar a produção americana (1930-2000)*. Disponível em: <<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/spp/n48/n48a07.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 13 maio 2009.

NADALIN, Sérgio Odilon. *Reconstituir famílias e demarcar diferenças: virtualidades da metodologia para o estudo de grupos étnicos*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v24n1/01.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2009.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito de Família*. v. 6. 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. *Direito Civil*. v. 6. 8. ed, São Paulo: Atlas, 2008.

WAGNER, Adriana; BANDEIRA, Denise. *O desenho da família: um estudo sobre adolescentes de famílias originais e reconstituídas*. Disponível em: <<http://www.infocien.org/Interface/Colets/v01n02a07.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2009.

Ministério público de resultados: a atual missão institucional

*João Gaspar Rodrigues**

Sumário: 1 Introdução. 2 O desafio de manter-se independente sem isolar-se das demais instituições. 2.1 Trabalho intersetorial. 2.2 Diálogo institucional: o poder canalizado. 3 A busca incessante por legitimidade social: termômetro da eficiência funcional do MP. 4 Criação de uma identidade funcional perante o Poder Judiciário. 5 Dinamismo funcional. 6 A gestão de resultados numa cultura de inovação: Ministério Público resolutivo. 7 A necessidade de uma instituição ágil e flexível. 8 Premiar o talento e o mérito: fórmula de fortalecimento institucional. 9 Conclusões. Referências.

Resumo: Uma sociedade em mutação exige um contínuo reajuste de suas instituições para atender eficientemente às novas demandas. O Ministério Público se insere nesse contexto como uma instituição destinada a defender os interesses, não mais do Estado ou de uma sociedade simplesmente, mas de uma sociedade democrática. Neste propósito, assume a responsabilidade de pensar a ciência jurídica e seus mecanismos como alavancas de progresso social, a partir de uma cultura de inovação; sua missão é promover o interesse público e a justiça não apenas com os elementos estáticos concedidos pela letra fria da lei, mas enriquecê-los com a práxis institucional e as soluções que surgem da teorização dos problemas formulados a partir do contato com a comunidade.

Palavras-chave: Ministério Público. Perfil institucional. Atividade funcional. Eficiência. Inovação. Dinamismo.

* Promotor de Justiça do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Autor dos livros: "O Ministério Público e um novo modelo de Estado", Manaus: Valer, 1999; "Tóxicos...", Campinas: Bookseller, 2001; "O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro", Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007; "Segurança pública e comunidade: alternativas à crise", Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

1 Introdução

A todos que compõem uma instituição parece elevar-se como uma natural imposição moral zelar pela força, grandeza e prestígio perante a sociedade onde desempenha suas atribuições. Isso porque uma instituição, e falando especificamente do Ministério Público, dura independentemente dos homens que a integram. À complexa rede de relações com a qual os participantes se comprometem, a instituição vem acrescentar algo mais e diferente aos elementos iniciais. Para além dos membros individuais surge um elemento novo, uma entidade autônoma que não é o resultado de uma simples adição. Na vida quotidiana, ninguém se lembra de confundir a mais simples casa com a pilha de materiais de que, no entanto, ela é o resultado. Ora, a instituição é igualmente uma construção, um conjunto arquitetônico onde os indivíduos desempenham uma função, mas adquirem um novo valor pela sua situação em relação ao conjunto (PRÉLOT, 1974, p. 117).

Sobre o Ministério Público, dados os princípios da unidade e indivisibilidade, todos os membros falam em nome da instituição. Assim, cada promotor de justiça assume uma responsabilidade que supera o círculo individual (todos resumem em si o destino da instituição). Como as instituições são governadas por pessoas, a individualidade passa a ser um elemento a incluir na conduta institucional (THOMPSON, 1967, p. 155). Se os membros de uma instituição procedem errado ou de forma inadequada, se usam os meios (garantias e prerrogativas) como fins, o resultado ruinoso é sentido pela instituição. Se, por outro lado, atuam dentro de padrões de comprometimento com a causa pública, os resultados benéficos são distribuídos em cotas equânimes de prestígio entre os agentes e a instituição. No somatório final, a instituição acaba sendo defraudada em seu patrimônio moral.

O importante parece ser não o que a instituição do Ministério

Público pode representar em garantias e prerrogativas, mas o que *fazemos* por ela (e por consequência, pela sociedade); não é a instituição que faz o promotor, mas o promotor que constrói o prestígio institucional. Em termos práticos, enfim, não é a profissão que honra ou desonra o homem; pelo contrário, é o homem que honra ou desonra a profissão (S. SMILES, *apud* VIANA, 1943, p. 341).

É forçoso, portanto, buscar uma harmonia onde o todo serve às partes da mesma forma que as partes servem ao todo. Dentro do binômio indissociável instituição/individualidade, passaremos a analisar o atual perfil do Ministério Público, seus ideais institucionais intrínsecos e a forma mais adequada de se portar diante das exigências modernas de um ambiente social complexo e heterogêneo. Tudo enfeixado, porém, num círculo mais amplo: o de instigar debates.

2 O desafio de manter-se independente sem isolar-se das demais instituições

O Ministério Público não retira sua força da proximidade com o Judiciário, Executivo ou Legislativo, ou de qualquer outro escaninho da máquina estatal. Não. Como Anteu da mitologia, a instituição fortalece-se quando se aproxima da sociedade, quando através de suas atribuições (judiciais e extrajudiciais) atende os legítimos anseios sociais, quando em defesa dos interesses sociais não escolhe ou poupa adversários, quando em sua evolução institucional se mantém fiel aos ideais de berço (ou às coordenadas originárias): justiça, paz, segurança, liberdade, interesse público. É no começo de todas as coisas que se encontra o que há de mais precioso e essencial.

Historicamente, está mais que provado que o Ministério Público quando, por um motivo ou outro, se aproxima demais daqueles órgãos (Executivo, Judiciário e Legislativo) tende a

perder respaldo social e a compartilhar dos mesmos males (corrupção, politização, partidarização, burocracismo, servilismo, corporativismo etc.).

Os membros do Ministério Público não podem, por outro lado, ficarem encastelados em uma “torre de marfim”, isolados, à margem das realidades, autossuficientes, procurando em si mesmos o seu próprio princípio e o seu próprio fim, porque como as religiões, as filosofias e a política, que se destroem quando passam a ter seu fim em si próprias, também as instituições deterioram-se quando o interesse interno as desviam de seus objetivos.

Atuar com independência sem, contudo, isolar-se corporativamente das demais instituições democráticas ou, o que é pior, dos anseios e necessidades da sociedade, é o enredo do tremendo desafio que se põe ao Ministério Público de hoje, a exigir reflexão de todos que lhe dedicam interesse científico.

Todas as ações das diversas instituições públicas giram num concerto teleológico, sem que o complemento da ação insuficiente de uma por outra possa ser interpretado como invasão de competência ou de atribuições, ou ainda de violação à independência funcional. Dada esta evidência, o Ministério Público deve trabalhar de maneira independente, mas em cooperação com outros ramos do governo, na defesa e no zelo pelo interesse público.

Ao invés de corporativo, o MP deve se apresentar à sociedade e às diversas instituições públicas, como *cooperativo*, associando-se no objetivo comum de distribuir harmonia e paz à coletividade. O mais valioso não se encontra nas entranhas institucionais, mas no tecido social, origem e fim de todos os órgãos especializados do Estado. Ademais, num ambiente democrático não há espaço para o egoísmo institucional, pois todas as associações e instituições se unem numa espécie de grande *sociedade cooperante* (RODRIGUES, 2007, p. 205).

Esta união de esforços diversos, acomodada numa vasta cadeia de cooperação, é uma característica fundamental de uma sociedade democrática. É essencial que todas as instituições funcionem bem, dentro de objetivos que não sejam internos e exclusivos. Uma só a desafinar neste coro comum e todo o trabalho é posto a perder. Deve existir uma linha de continuidade funcional entre os diversos órgãos democráticos. Um sendo o prolongamento do outro. E neste quadro, o espírito de corpo surge como um elo desagregador, desviante de uma energia coletiva convergente.

Um raciocínio sereno extraído das circunstâncias práticas nos remete à seguinte conclusão: o MP requer para a eficácia de sua ação uma parceria com outros órgãos públicos. Alguns poucos exemplos servem de ilustração para essa ideia. Uma perícia a ser elaborada pelo Setor ou Departamento de Perícia do Estado ou da União, pelo Conselho Regional de Engenharia ou qualquer outro órgão pode representar o êxito ou fracasso de um procedimento do MP; na área criminal, um inquérito policial mal elaborado ou conduzido pode resultar num processo fadado ao insucesso, a retratar, nos atuais moldes, a importância da polícia judiciária¹; a falta de cooperação de órgãos ambientais do Município, Estado ou União pode inviabilizar o trabalho eficiente das Promotorias Especializadas em Meio Ambiente; a abordagem ineficiente ou desidiosa de órgãos municipais pode redundar em sérios embaraços para a Promotoria Especializada em Urbanismo etc.

João Lopes Guimarães Júnior (1997, p. 99), analisando um aspecto específico ligado à essa temática, alerta que os

principais responsáveis pela repressão criminal e pela segurança pública no país falam línguas diferentes. Polícias Civil e Militar, Ministério Público e

¹ A influência do inquérito policial junto à ação penal é notória no direito brasileiro, sendo um erro de fato afirmar que ele não é empregado ao longo da fase judicial, inclusive como razão de decidir (CHOUKR, 2004, p. 38). Claus Roxin (2000, p. 57) chegou a afirmar à guisa de realçar a importância da polícia que a promotoria sem a polícia é “uma cabeça sem mãos”.

Judiciário vivem, em regra, tendo entre si o abismo das desconfianças recíprocas ditadas por impatrióticos espíritos corporativistas. Raramente trabalham de forma coordenada e estratégica, em prol de objetivos comuns, como seria de se esperar. O prejuízo decorrente, para a instrução de inquéritos e investigações, impede muitas vezes a eficiência da atuação do promotor criminal.

Instituições sem coordenação neutralizam mutuamente sua eficácia. E todas estão ligadas por regras e compromissos distintos, embora sejam livres dentro do marco desses compromissos. A experiência demonstra, numa perspectiva mais ampla, que a democracia não pode existir a menos que todas as suas instituições estejam perfeitamente orientadas para objetivos democráticos. E generalizando, podemos dizer que nenhuma sociedade pode sobreviver a menos que exista alguma coordenação dentro da rede de suas instituições, seus recursos educativos e seus valores fundamentais (MANNHEIM, 1960, p. 193).

O Ministério Público, além de buscar, através de convênios, protocolos, ajustes, termos de cooperação operacional ou auxílio técnico etc., uma coordenação entre os diversos órgãos públicos para viabilizar e otimizar sua atividade-fim, assume por conta disso, paralelamente, uma espécie de responsabilidade pela saúde institucional e técnica de tais órgãos. Responsabilidade que o obriga a ser um dos principais combatentes do Estado (Município, Estado-membro e União), com o objetivo de forçá-lo constantemente a manter ditos órgãos (principalmente aqueles indispensáveis ao bom desempenho das funções ministeriais) dentro de padrões mínimos de eficiência (como, aliás, determinam os arts. 37 e 129, II, da CF).

2.1 Trabalho intersetorial

A necessidade de coordenação do Ministério Público com

outros órgãos e entidades, funda-se também na perspectiva moderna do relativo descrédito do conhecimento cartesiano e setorial que já não consegue trabalhar com a multiplicidade de variáveis que tornam os problemas sociais impossíveis de uma leitura pela visão unilateral ou escoteira de uma instituição especializada. Cada instituição detém uma parte da verdade, das explicações, dos saberes, mas não da totalidade. Em relação a todas as técnicas que não pertencem à sua estrita área de atuação, o técnico é tão ignorante quanto o cidadão comum. A tecnificação do mundo tem como inevitável contrapartida certa extensão da ignorância humana. E quanto mais o saber-fazer se diferencia e aumenta em eficácia, menos é possível o controle intelectual do homem sobre o conjunto das operações que efetua ou das quais participa (FOUGEYROLLAS, 1960, p. 11/12).

A intersetorialidade ou transetorialidade consiste na articulação entre órgãos públicos, instituições e diversos outros setores da sociedade civil, integrando interesses, necessidades, conhecimentos (experiências) e poderes, com o fim de enfrentar os problemas sociais cada vez mais complexos. Implica numa forma nova de administrar, de governar e de moldar políticas públicas capazes de agregar todo o potencial cooperativo das estruturas sociais em prol dos objetivos definidos institucionalmente. Antes de ser um conceito teórico, a intersetorialidade é uma prática social voltada ao enfrentamento de problemas reais.

O atual estágio da ciência exige uma nova visão de mundo, diferente e não fragmentada. A abordagem que analisa e tenta compreender o mundo em partes independentes já não funciona. Já não se pode prescindir de uma visão mais ampla, integradora, global, para que a mente humana funcione de modo mais harmonioso no sentido de colaborar para a construção de uma sociedade mais ordenada, justa, humana, fraterna, estável e segura (MORAES, 1997, p. 20)².

² Vide também BEHRENS, 1999, p. 383-403.

Há na sociedade, paralelamente, órgãos públicos e entidades da sociedade civil atuando isolados, em setores, sobre necessidades e expectativas sociais. Na segurança pública, por exemplo, temos de um lado, a polícia, o Ministério Público, o Judiciário, o sistema prisional, cada um com seus princípios, suas metas, suas estratégias, trabalhando sobre o mesmo fundo. E de outro lado, trabalhando sobre o mesmo tema, mas com princípios, estratégias e metas próprias, temos outros atores como associações diversas, entidades não governamentais de defesa dos direitos humanos etc. As forças, as experiências, os interesses embora ligados pela identidade do problema social, acabam dispersando-se e pulverizando-se em atuações isoladas, setoriais, em prejuízo de resultados produtivos, concretos e duráveis sob o pálio da cooperação, coordenação e intersetorialidade.

2.2 Diálogo institucional: o poder canalizado

Nesse desafio de coordenação com órgãos e instituições externas de forma independente, o Ministério Público acaba esquecendo uma premissa básica: a cooperação interna é a primeira lei de competição externa. Afinal como enfrentar poderes políticos e econômicos bem organizados sem contar com uma estrutura sólida e coesa?

A Constituição ao dotar o Ministério Público de unidade e indivisibilidade (art. 127, § 1º, CF)³, possibilitou a qualquer agente ministerial que, ao atuar, impute sua vontade funcional à instituição (CARNEIRO, 1995, p. 43-44). Qualquer ato praticado por um promotor ou procurador de justiça, no exercício de suas funções, automaticamente é atribuído ao Ministério Público. Não há dualidade de pessoas (ente curador dos direitos ou interesses – MP – e a pessoa que os exerce – membro) como na

³ Sobre os aludidos princípios e o alcance conceitual *vide* NOGUEIRA, 1992, p. 81; SAUWEN FILHO, 1999, p. 209-210; DONIZETTI, 2009, p. 152.

representação, legal ou voluntária. Há unidade: é uma só pessoa – a pessoa coletiva, a instituição – que persegue o seu interesse, mas mediante pessoas físicas – as que formam a vontade, as que são suportes ou titulares dos órgãos.

Diante disso, seria extremamente traumática para a instituição a existência de tantos interesses ou vontades quantos fossem o número de membros a compô-la. Ou ainda, a justaposição de promotorias mais ou menos especializadas, sem diálogo e sem cooperação entre si. Não haveria convergência de energias, mas o caos anárquico e improdutivo conducente a uma espécie de anomia institucional. Os múltiplos agentes independentes devem repousar suas individualidades e idiosincrasias sobre um núcleo irredutível que confira uma base segura para o desempenho linear das funções da instituição. Este núcleo não é outro senão a ordem jurídica e o diálogo institucional.

O diálogo institucional ou a solidariedade interna entre os agentes do Ministério Público, com delimitação precisa de atribuições, disposição de atuar em conjunto e uma interação funcional sujeita a princípios, normas e regras, onde cada órgão pode complementar a atividade do outro, é o passo decisivo para uma gestão fundada no resultado. Para isso alguns desafios devem ser postos claramente:

I- criação de condições efetivas para os órgãos de execução e de administração atuarem como uma equipe (com *unicidade de propósitos*);

II- estabelecimento de condições para enfrentar diferenças internas criando motivação para ações cooperadas;

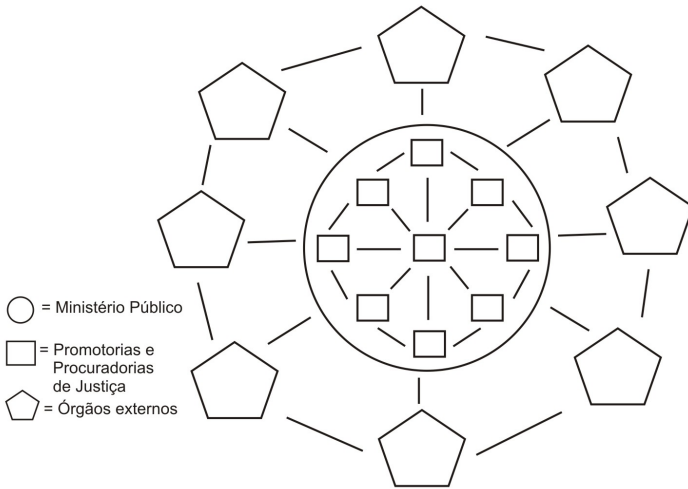
III- extrair da interação entre os órgãos cooperantes soluções capazes de mudar a realidade (retroalimentando a aliança orgânica);

IV- eliminação ou expurgo da cultura burocrática avessa ao diálogo e ao agir compartilhado (que pressupõe uma atitude

mental absolutamente nova⁴).

No tópico 2 desse estudo, deixamos claro que o MP deve compatibilizar sua independência funcional com uma coordenação com os demais órgãos externos. É sabido que a independência funcional atinge o MP sob dois vértices:

Modelo diagramático de coordenação interna e externa referente ao Ministério Público



Debates, estudos, intercâmbio de informações, realização periódica de congressos (estaduais, regionais e nacionais) reunindo a categoria, assim como as campanhas internas para os cargos eletivos dos órgãos superiores e da associação de classe criam espaços de formulação e discussão de temas jurídicos e problemas institucionais (SILVA, 2001, p. 130). Essas atividades geram um discurso próprio à categoria e, em consequência, um diálogo permanente.

3 A busca incessante por legitimidade social: termômetro da eficiência funcional do MP

O Ministério Público constitui uma estrutura jurídico-social,

4 Thoreau, o curioso naturalista/filósofo americano, de modo perspicaz achava que as reformas materiais de nossas instituições não se realizariam sem que houvesse, preliminarmente, uma reforma interior do indivíduo e que, se esta última se realizasse, a primeira passaria a ser supérflua (DREISER, s/d, p. 169).

ou seja, é a institucionalização de uma função indispensável ao bom desenvolvimento social. É uma estrutura estatal que de toda maneira saiu da coletividade, que é controlada em seus objetivos pela sociedade e que tem um papel positivo a desempenhar no alargamento do horizonte social, jurídico e político das massas. A sociedade inteira, por isso, lhe confia a função de agir em seu nome, de cumprir os seus deveres, de realizar os seus desejos.

A legitimidade e o prestígio social dependem sempre da competência e da eficiência como o Ministério Público desempenha suas atividades ordinárias. A motivação dos cidadãos em colaborar, participar e demandar os serviços prestados pelo MP funciona como vetor legitimador da própria atuação institucional. Legítima será a atividade funcional capaz de gerar crenças validadas pelo seu reconhecimento como valor ético e pela prática social que, por uma experiência concreta, confirma seu *modus operandi* (GRIN, 2008). Daí que essa legitimidade social para o MP e práticas legitimantes pela sociedade devam formar um círculo virtuoso, visando manter o padrão de eficiência da atividade-fim desempenhada pela instituição.

Ser eficiente exige o aproveitamento máximo de tudo aquilo que a coletividade possui, em todos os níveis, ao longo da realização de suas atividades. Significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes. Mas não só. Em seu sentido jurídico, a expressão também deve abarcar a ideia de eficácia da prestação, ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação ministerial só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das demandas existentes e os meios disponíveis (CARDOZO, 1999, p. 166).

A eficiência no desempenho das funções do Ministério Público passa, portanto, por um melhor conhecimento dos

problemas comunitários. E isto tem implicado numa necessidade cada vez mais premente de uma articulação entre o MP e a comunidade na busca por soluções.

Hoje em dia a representação democrático-formal que restringe a cidadania a uma feição meramente eleitoral⁵ amparada numa vaga noção de universalidade de direitos (GRIN, 2008) apresenta-se francamente em crise (MANNHEIM, 1960, p. 165; MAZZILLI, 2001, p. 127). Em seu lugar ou ao seu lado temos a participação cidadã e comunitária (responsável) na formulação e implementação das políticas públicas. E isso exige um novo sistema de *accountability*⁶ ou de prestação de contas que reforce a confiança social na eficiência das instituições públicas. São os novos modelos de governança participativa que afetam não apenas o círculo político estrito, mas instituições jurídicas com forte cariz político (a exemplo do Ministério Público⁷).

De fato, a democracia é o governo do poder público *em público*. E num Estado constitucional democrático, o caráter público é a regra, o segredo, a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos (BOBBIO, 1986, p. 84-86). Por sua própria natureza, o poder democrático deve ser exercido com o máximo de transparência, às claras, e com a participação e o consentimento consciente dos cidadãos (STRIEDER, 2004, p. 179).

Uma instituição tem um caráter público apenas enquanto se acredita que a sua atividade própria seja pública. Sessões secretas, reuniões, acordos e decisões secretas podem ser muito significativas e importantes, mas não podem jamais ter um caráter público, democrático e responsivo.

No Amazonas, para não falar em todo o Brasil, a *rendición de cuentas do Ministério Público* ainda é muito deficiente e pouco

⁵ Como diz Melo (2007, p. 16): nos governos representativos modernos, o momento estruturante do contrato entre cidadãos e representantes consiste nas eleições.

⁶ Termo de origem anglo-saxônica, sem uma tradução precisa em português, mas que remete à ideia de prestação de contas ou responsabilização de uma instituição, organização ou órgão perante instâncias de controle. A *accountability* pode ser legal, administrativa, política e social (ou conforme outras classificações: vertical, horizontal e societal).

⁷ O MP é um ator político singular: situado na esfera jurídica, tem a função de proteger interesses de grupos e segmentos da sociedade (SILVA, 2001, p. 128).

democrática. Em sua Lei Orgânica (Lei n. 011/93) é prevista apenas a apresentação, pelo Procurador-Geral de Justiça,

no mês de março de cada ano, ao Poder Legislativo Estadual, em sessão especialmente convocada, relatório das atividades do Ministério Público, propondo as providências necessárias ao aperfeiçoamento da Instituição e da Administração da Justiça (Art. 29, inc. XXXIX).

E consta ainda a atribuição ao Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos de “coordenar a elaboração do Plano Anual de Atividades e o Relatório Anual” (art. 26, §2º. IX). Esses mecanismos (relatório e plano anual de atividades), na prática, não passam do cumprimento formal de determinação legal, sem o envolvimento da comunidade e sequer da maioria dos membros da instituição.

O processo de definição das prioridades institucionais não pode prescindir da participação da sociedade. Como órgão de representação, o Ministério Público deve consultá-la antes de estabelecer as metas prioritárias. Essas metas devem refletir aquilo que a sociedade quer e espera da atuação do Ministério Público. A *accountability* deve começar de baixo. Em cada comarca deve ser feito um diagnóstico sobre as questões que possam exigir a atuação do Ministério Público (criminalidade, segurança pública, meio ambiente, infância e juventude, consumidor etc.). Após a realização desse diagnóstico, deve ser convocada uma audiência pública (ou tantas quantas sejam necessárias) para a discussão dos problemas levantados (GOULART, 1999, p. 329). O resultado das audiências públicas deve subsidiar o Programa de Atuação da Promotoria de Justiça respectiva. E todos os programas setoriais devem desaguar num Plano Geral de Atuação do Ministério Público. Aí sim, teríamos

um pouco mais de *accountability* e legitimidade social⁸.

Os serviços prestados pelo Ministério Público se submetem aos parâmetros do art. 37, § 3º, II, da CF⁹, onde o usuário/cidadão tem direito à participação e às informações sobre a forma como os serviços são executados. Nesse sentido, existe proposta no Conselho Nacional do Ministério Público (proposta n. 444/2009-91, de autoria do Conselheiro Cláudio Barros) para criação, nas páginas eletrônicas dos diversos MP's, de um portal, acessível à comunidade, que contenha todos os dados públicos, exceto os respaldados por sigilo legal, relativos à instituição. O chamado "Portal da Transparência" disponibilizará, entre outros itens, informações relativas a receitas e despesas; orçamento anual e repasses mensais; gastos com membros e servidores ativos e inativos; custo com diárias e cartões corporativos; convênios firmados; relação de contratos e licitações em andamento; e adequação à Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁰.

A prestação de contas e o desempenho funcional eficiente são vetores que influenciam a capacidade do Ministério Público em obter legitimidade social junto à comunidade. A renovada legitimidade social do MP depende de sua capacidade em:

I- garantir níveis de desempenho funcional equivalentes aos níveis de exigência social gerados;

II- engendrar um processo de *accountability* de suas ações e atividades que valorize a interlocução participativa e democrática com a comunidade¹¹.

A performance funcional do MP presta-se como um meio de ampliar a confiança na instituição e, principalmente, sua legitimação perante a sociedade. Performance funcional *com resultados* e legitimidade social são faces da mesma moeda e

⁸ Sempre há espaço para mais democracia (DAHL, 1998, p. 137).

⁹ "A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII" (art. 37, § 3º, II, CF).

¹⁰ Conselho Nacional do Ministério Público, disponível em: <<http://www.cnpmp.gov.br/noticias>>. Acesso em: 23 maio 2009. A página eletrônica do MP Amazonense contém algo semelhante, embora embrionário: <<http://www.mp.am.gov.br/transparencia>>.

¹¹ Atualmente, que tipo de responsabilização social (*social accountability*) tem o MP pelo mau desempenho de suas funções? Que mecanismos detêm a comunidade para sancionar ou recompensar o exercício funcional do MP?

constituem um círculo virtuoso: quanto mais eficiência funcional maior a legitimidade, e quanto mais legitimidade maior o estímulo para aprimorar a função.

4 Criação de uma identidade funcional perante o Poder Judiciário

Se fizermos uma análise comparativa entre as diversas instituições públicas, veremos que o ponto em comum na consecução de uma identidade funcional e de um perfil próprio deve-se a uma defesa intransigente de suas atribuições e de seu proceder funcional. O Ministério Público se quiser consolidar sua identidade funcional, no sentido de não ser confundido indevidamente como mera peça acessória e instrumental no grandioso mister de distribuir justiça, deve adotar uma postura firme e intransigente na defesa de seus posicionamentos jurídicos.

Além disso, é cediço que o Judiciário brasileiro por conta da sua contínua confiança em um sistema legal antiquado baseado em demandas escritas (SALLAS, 1998, p. 45), num direito de inspiração liberal, mostra-se ainda incapaz de lidar efetivamente com os complexos problemas sociais da pós-modernidade. E, portanto, diante disso, não se afigura recomendável ao MP adotar as seguintes posturas:

1- repassar, *sic et simpliciter*, por mero espírito burocrático, demandas de cunho social ao Judiciário, sem antes tentar providências resolutivas ao seu alcance;

2- aceitar passiva e resignadamente as decisões judiciais que contrariem o interesse que lhe cabe curar.

Sob o foco desse objetivo pode-se recorrer sistematicamente das decisões que, de alguma forma, colidam com a manifestação ministerial e, principalmente, contrariem o interesse defendido pela instituição. Claro que isso, de início, pode criar um certo mal-estar entre membros de duas instituições que, por dever de

ofício, trabalham juntos: promotor e juiz. Mas, se levado a cabo esse esquema de forma objetiva, desapaixonada e impessoal, ao final, obtém-se dois resultados:

1- uma melhor prestação jurisdicional;

2- a consolidação de uma identidade funcional ao membro do Ministério Público. Com isso, certamente, reinará harmonia e cordialidade entre os dois agentes, delimitando-se o campo de atuação de cada um.

Pode parecer paradoxal a compatibilização de uma disposição institucional cooperativa (*vide* item 2 deste estudo) com a defesa intransigente de competências e atribuições através dos meios recursais disponibilizados pela processualística, mas

não se pode estabelecer um sistema de cooperação extremamente complexo entre as diferentes esferas de poder sem que haja uma clara distribuição de funções e, sobretudo, respeito às áreas privativas de competência (MELLO, 1978, p. 63).

Ressalve-se, por necessário, que o recurso contra decisões judiciais que afrontem a manifestação do MP é uma forma de controle do arbítrio judicial, mesmo que não obtenha êxito em segunda instância. Obviamente, nem toda decisão contrária ao posicionamento ministerial desafia recurso, pois pode ocorrer que a fundamentação do *decisum* convença o agente ministerial da erronia de sua posição originária e que, no caso específico, se fez justiça. O importante é que toda decisão judicial enseje um *juízo sucessivo* do Ministério Público desembocando numa concordância tácita ou em imediato recurso.

Esse *juízo sucessivo* implica não apenas na consolidação do perfil demandista da instituição, mas também em uma forma de instigar o Judiciário, através de seus membros, a dar uma resposta mais eficiente às demandas sociais que estão por trás das ações do MP.

5 Dinamismo funcional

O Ministério Público foi moldado para a ação, para o combate, para a luta. A inércia, que é uma peculiaridade do Judiciário e uma de suas maiores qualidades (em respeito ao princípio da imparcialidade – pedra de toque de um sistema judiciário democrático), ao MP é um vício e um defeito. O dinamismo ou o poder ministerial de iniciativa não é apenas mais uma característica da instituição, mas uma garantia do sistema. Como o Estado não pode quedar-se inerte frente a determinadas situações que lhe cabe solver nem outorgar iniciativa à jurisdição, sob pena de comprometer sua imparcialidade, legitima outra instituição integrante de sua estrutura política (Ministério Público) para a tomada de iniciativas (PORTO, 1998, p. 26).

O ofício desempenhado pelo juiz representa uma *força estática*, apenas declaratória do direito e reveladora da justiça, já o Ministério Público representa uma *força dinâmica*, sempre em ação, que promove essa declaração de direito, essa revelação da justiça, pondo em andamento a máquina processual, investigando, fiscalizando, promovendo responsabilidades que podem atingir a quaisquer dos três poderes: executivo, judiciário ou legislativo (cf. art. 129, II, da CF/88). A noção do Ministério Público e de seus deveres conduz a essa conclusão, pois, enquanto o juiz aplica *imparcialmente* o Direito para compor a lide, ele atua *ativamente* e com *dinamismo*, a fim de resguardar e fazer prevalecer o interesse público (a moralidade, a probidade pública etc.) na entrega da prestação jurisdicional (MESQUITA, 1993, p. 27). Enfim, a sua ação tutelar se estende a todas as molas, a todos os escaninhos da máquina estatal, sempre como um órgão promovente, ativo, dinâmico.

Esse caráter dinâmico do MP contraposto à inércia jurisdicional responde pela harmonia do sistema. Se considerarmos que os interesses sociais e individuais

indisponíveis exigem um *plus* protetivo, diante da inércia judicial ficariam, por vezes, órfãos de iniciativa. Com o fito de não comprometer a imparcialidade do Estado-Juiz e nem deixar ao desabrigo parcela dos direitos consagrados no ordenamento jurídico, foi conferida legitimidade ao Estado-Ministério Público para a tutela ativa ou interventiva de tais interesses (PORTO, 1998, p. 23).

Não foi por acaso que o constituinte originário traçou para o Ministério Público o nítido perfil de órgão agente, promotor de medidas, empregando nos quatro primeiros incisos do art. 129 da CF (que estabelece as funções institucionais) o verbo *promover*. Neste parâmetro, é fundamental que o membro ministerial tenha em mente que o Judiciário é a última, porém não a única via para a solução e prevenção de conflitos. As soluções podem e devem ser pensadas pelo Ministério Público num engajamento produtivo e intersetorial com a comunidade e outros órgãos públicos.

Se o promotor de justiça pecar por excesso de combatividade ou de dinamismo, nosso sistema jurídico possui mecanismos capazes de corrigi-lo e coibir seus efeitos. No entanto, quando o promotor deixa de agir quando deveria, o prejuízo social resultante dessa omissão muitas vezes é irreparável. Proporcional à magnitude de suas funções, emerge para o promotor o colosso de sua responsabilidade e a gravidade de sua inércia. Não pode fechar os olhos para os desafios que se colocam à sua frente (GUIMARÃES JÚNIOR, 1997, p. 102).

6 A gestão de resultados numa cultura de inovação: Ministério Público resolutivo

Os membros do MP, até pela forma rigorosa de seleção a que se submetem para ingressar na instituição, detêm um invejável cabedal jurídico e cultural. Na função também passam

a deter prerrogativas e dispor de mecanismos jurídicos aptos a serem utilizados para tentar mudar a realidade de sua comarca, para tentar criar coisas que façam a diferença e não apenas para executar um trabalho burocrático (apresentando-se à sociedade como um ramo especializado da burocracia). Assumem o supremo desafio de aplicar a lei em uma sociedade submetida a rápidas e constantes transformações¹².

As necessidades sociais, os modos de vida, a organização das relações entre os homens evoluem e evoluirão sem cessar segundo o progresso das ciências e das técnicas¹³. Como diz o sociólogo alemão Leopold von Wiese (1932, p. 41), a “eterna mudança das coisas só permite o surgimento de fenômenos circunstancialmente condicionados”, ou seja, que se submetem ao vai-e-vem histórico. Neste movimento dialético, tensões e conflitos são constantes. Iniciativas e ajustes, igualmente, surgem como necessários a cada estágio (MARCHAIS, 1974, p. 25). E é nesta etapa que a atuação do membro do MP pode ser muito útil à sociedade.

Instituições como o Ministério Público tendem a enfraquecer e estiolar-se quando fracassam em satisfazer os anseios de justiça e de liberdade dos homens. Assim, no dizer de Bertand Russell (1958, p. 15-16), se se quiser o desenvolvimento de uma sociedade orgânica, é necessário que as nossas instituições sejam fundamentalmente transformadas de molde a representarem esse novo respeito pelo indivíduo e pelos seus direitos, exigido pelo sentimento moderno.

O direito, instrumento que é dado ao Ministério Público manusear, nasce da vida e à vida serve¹⁴. E a vida é um complexo homogêneo de funções: fisiológicas, psíquicas, sociais, assim como físico-químicas, que se defronta constantemente com novos problemas a exigir novas soluções. O direito, e por

12 Sociedade a que Hermann Heller (1968, p. 235) apropriadamente designa de “sociedade de mutação”.

13 Devido ao progresso do pensamento e do conhecimento e ao aumento do domínio sobre as forças do mundo físico, passaram a existir novas possibilidades de crescimento, dando origem a novas exigências que devem ser satisfeitas, se não se quiser frustrar aqueles que as manifestam (RUSSELL, 1958, p. 13).

14 Não sem razão Carlos Maximiliano, citando João Cruet, diz: “A jurisprudência é um perpétuo comentário, que se afasta dos textos ainda mais porque é, malgrado seu, atraída pela vida” (p. 69).

via de conseqüência, o Ministério Público, não pode, diante dessa realidade cambiante, ser apenas um instrumento de estabilização e de ordem. Assume, por imperiosa necessidade da vida, uma função revolucionária: mudar para preservar ou resgatar uma ordem justa.

O Direito guarda uma inocultável vocação pragmática, estando predisposto, como instrumento da sã racionalidade humana, a resolver e equacionar problemas. Não se fazem leis pelo prazer bizantino de fazê-las¹⁵, mas para montar esquemas práticos de proteção de interesses e anseios legítimos dos cidadãos.

Um sistema jurídico não é montado com o fim de ser apreciado em seus detalhes teóricos ou sutilezas estéticas, mas para lidar com questões práticas e funcionais, criar normas de regulação do convívio humano, propiciar a resolução justa de conflitos, garantir a adoção de medidas ordenadoras etc. O *ethos* do Direito é profundamente pragmático e utilitário.

Para evitar a terrível acusação de um jurista americano de que o “direito é apenas um mecanismo vazio, desprovido de conteúdo específico próprio e recebendo seu conteúdo das várias instituições não-jurídicas” (HALL, [n.d], p. 111), o Ministério Público, como um dos principais aplicadores e intérpretes do Direito, assume a responsabilidade de pensar a ciência jurídica e seus mecanismos como alavancas de progresso social dentro de uma cultura de inovação e de contínuo reajuste. E para isso é preciso sair dos gabinetes e encontrar com o Direito nas ruas, deixando de ser apenas um feixe de competências a serviço do Estado (FOUCAULT, 1979, p. 09).

O Ministério Público de perfil antigo (ou clássico, como queiram) se caracteriza por simplesmente reagir aos fatos sociais, aguardando que os fatos se tornem patológicos, conflituosos, para serem submetidos ao crivo judicial. É uma

15 Diz textualmente Sieyès (1988, p. 04-05): “Não se fazem leis pelo prazer de fazê-las...O legislador é estabelecido não para conceder senão para proteger nossos direitos”. O direito deve ser entendido como uma regulação predominantemente útil (ZIPPELIUS, 1997, p. 31; FERRARA, 1987, p. 130).

postura institucional reativa (inercial, fragmentária) a negar parcela valiosa de atribuições extrajudiciais do MP e que, claramente, se inspira no antigo art. 1º. da Lei Complementar n. 40/81:

O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é *responsável perante o Judiciário*, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis...

Esse entendimento responde por uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo (BARROSO, 1996, p. 396).

Essa mentalidade reativa conta com muitos defensores (MACHADO, 1998, p. 74) e ainda prevalece, embora não mais atenda às exigências da cidadania inclusiva no mundo globalizado. Além disso, o Ministério Público preponderantemente demandista, dependente do Judiciário, é um desastre, pois o Poder Judiciário continua a responder mal às demandas que envolvem os direitos massificados (GOULART, 1998, p. 120; ALMEIDA/PARISE, 2005, p. 612).

O caráter reativo bem como a instrumentalização do MP na tarefa de apaziguamento social são teses insustentáveis na atual quadra histórica e atreladas ainda a uma interpretação nostálgica da ordem jurídica destronada com a CF/88. Que o Ministério Público é indispensável ao Judiciário, na realização do mister institucional deste (prestação da tutela jurisdicional), não há a menor dúvida (RODRIGUES, 1999, p. 128; PORTO, 1998, p. 17). Mas outras funções, tão ou mais importantes, são desenvolvidas extrajudicialmente, tanto que o próprio art. 127, da Constituição de 88 ao dizer que o MP é essencial à função

jurisdicional do Estado, acrescenta-lhe a incumbência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, aspectos mais abrangentes e igualmente relevantes da vida de um Estado, que não são necessariamente desenvolvidos perante o Judiciário.

Quando instaura inquérito civil, fiscaliza fundações, prisões e delegacias de polícia, promove audiências públicas para discutir problemas comunitários ou ainda quando estabelece compromissos de ajustamento, nota-se que o Ministério Público alarga e extrapola a órbita judicial, daí ter dito o legislador constituinte menos do que devia, na medida em que a instituição também é essencial em tarefas não jurisdicionais a si incumbidas (PORTO, 1998, p. 17).

A fatia de atribuições extrajudiciais (um rol sempre crescente) tem obrigado a instituição a adotar uma postura assumidamente proativa e resolutive, em que passa a concentrar seus recursos e esforços na busca de respostas preventivas para os problemas comunitários. Ao invés de reagir contra incidentes ou fatos consumados (que em boa parte das vezes não encontram uma solução adequada com a submissão judicial), o MP passa a trabalhar para a solução dos próprios problemas em conjunto com a comunidade¹⁶. Neste novo perfil institucional, o promotor de justiça, como dizia Nietzsche (2005, p. 260), deve ser um *homem antecipador*, ou seja, deve se antecipar aos fatos, o que pressupõe uma nova atitude mental e uma renovada disposição para a ação.

O Ministério Público se debate entre dois tipos ideais de promotor: *promotor de gabinete* e *promotor de fatos*. O primeiro tipo pode ser definido como aquele que, embora utilize procedimentos extrajudiciais no exercício de suas funções, dá tanta ou mais relevância à proposição de medidas judiciais e ao exame e parecer dos processos judiciais dos quais

¹⁶ Os mecanismos para isso existem às mancheias, e sempre surgem novos, engendrados por uma saudável cultura de inovação que se dissemina entre os membros do Ministério Público.

está encarregado. Detalhe: o promotor de gabinete não usa os procedimentos extrajudiciais como meios de negociação, articulação e mobilização de organismos governamentais e não governamentais. O segundo tipo, o promotor de fatos, conquanto proponha medidas judiciais e realize atividades burocráticas ligadas à sua área, dá tanta ou mais importância ao uso de procedimentos extrajudiciais, mobilizando recursos da comunidade, acionando organismos governamentais e não governamentais e agindo como articulador político (SILVA, 2001, p. 134-135).

Por fim, pode-se dizer que uma gestão da atividade-fim do Ministério Público para alcançar resultados (um *Ministério Público de resultados*) deve apresentar algumas características ou adotar certas medidas:

I- uma nova cultura organizativa que realce a busca por resultados, pondo destaque na formação de agentes de iniciativa e de mente aberta que escutem com interesse ideias novas;

II- introdução de um parâmetro analítico apto a rever o desempenho dos objetivos estratégicos e a forma de sua execução;

III- inserção de uma nova mentalidade onde o promotor possa perceber que entre as atribuições constitucionais e a lei tem um significativo espaço para definir suas prioridades e criar métodos de trabalho (SILVA, 2001, p. 127);

IV- estabelecimento de um diálogo institucional interno entre os diversos órgãos (de execução e de administração) com o fim de otimizar a cooperação e os círculos de inovação.

V- criação de um núcleo de estudos e pesquisas em eficiência funcional.

7 A necessidade de uma instituição ágil e flexível

Dentro de uma sociedade estática, conservadora ou fixa, uma instituição burocrática e pesada pode sobreviver e até

se revelar indispensável, pois não existem alternativas, e se existem, o caminho que leva até elas inexistente. Numa sociedade sem mudanças, o presente escraviza-se à reprodução do passado, os problemas são sempre os mesmos e as soluções passam de geração para geração, sem modificações apreciáveis. O espaço para a especulação e crítica é limitado: a função do pensamento não é questionar, mas aceitar uma dada situação.

Num meio social dinâmico, entretanto, onde são criadas sem cessar novas tendências ou alternativas e em que as mudanças processam-se num ritmo alucinante, as instituições precisam ser flexíveis e eficientes, pois se permanecem imobilizadas na tradição estão fadadas ao colapso. As soluções de hoje podem se tornar os problemas de amanhã, exigindo-se das instituições públicas agilidade, flexibilidade e uma capacidade de adaptação às exigências modernas. E acima de tudo, espera-se que o foco institucional esteja voltado para eficiência e resultados.

Esse ambiente social cambiante requer um perfil diferenciado de Ministério Público, não mais meramente demandista ou parecerista, e sim dotado da capacidade de buscar resultados (estando aberto a inovações e aperfeiçoamentos) e de enfrentar, se necessário, o caudal dos interesses econômicos e políticos. E para nadar contra a corrente, como parece ser da natureza histórica da instituição, ela deve contar com bons nadadores, ágeis e resolutivos.

Num mundo em transformação, o homem precisa pensar não apenas nas coisas como elas são, mas também em como foram e como serão. Não há apenas o presente a considerar, mas um feixe infinito de possibilidades (SOROS, 2007, p. 148) que se voltam para o futuro. Esse esquema aplica-se, *mutatis mutandi*, às instituições públicas, em especial ao Ministério Público, dadas as suas funções de mercado cunho social.

Historicamente, o Ministério Público adotou a política de “ocupar espaços” a todo transe, numa ampliação de suas

atribuições como forma de firmar-se e fortalecer-se como Instituição (RODRIGUES, 1999, p. 133; SINHORETTO, 2006, p. 173) ¹⁷. Além disso, o legislador infraconstitucional tem, a todo propósito, aberto novas formas de intervenção do MP, seja quando regula a proteção ao idoso, à criança e ao adolescente, ao portador de deficiência etc., seja no que se refere a questões fundiárias, parcelamento do solo urbano, usucapião, defesa de investidores no mercado financeiro etc.

Há, sem dúvida alguma, como fruto dessas posturas uma sobrecarga funcional dos membros do Ministério Público na área civil nem sempre compatível com a letra e o espírito da Constituição Federal. Por tal perspectiva não é difícil lobrigar a impossibilidade prática da instituição de se desincumbir de todas essas atribuições de forma, substancial e formalmente, adequada. E essas dificuldades funcionais têm rendido algumas críticas nem sempre justas. No dizer de Marchais (1974, p. 44) “sobrecarregam o burro e gritam com indignação quando ele tropeça”.

Atualmente, a preocupação sobre as atribuições do Ministério Público gira em torno da eficiência e da efetividade da intervenção do MP, especificamente, no processo cível. E para tanto, a solução que se apresenta, jurídica e tecnicamente adequada, é uma categoria dialeticamente paradoxal: *a restrição/ampliação de suas atribuições*. A restrição diz respeito às atribuições compatíveis com sua finalidade constitucional (“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”). A ampliação liga-se à atuação, dentro destes limites finalísticos e constitucionais, de forma qualificada e com largos mecanismos disponíveis, dentro da máxima consagrada de que quem tem fins deve dispor de meios. Esse enxugamento de atribuições, sob o foco da Constituição, ajuda a tornar a instituição flexível e adaptada às

17 O Ministério Público por muitos anos procurou atribuições, sendo generoso o legislador, sempre se lembrando da instituição quando não tinha para quem destinar as atribuições. Os tempos mudaram e o Ministério Público precisa abdicar de atribuições que não digam respeito ao seu novo perfil constitucional. É preciso conscientização de novos tempos e coragem de deixar de lado atribuições dispensáveis, de interesse individual e de pouca ou nenhuma repercussão social (SANTIN, 1999, p. 141).

potencialidades e exigências de uma nova época em que a busca por resultados e eficiência é o núcleo vital.

8 Premiar o talento e o mérito: fórmula de fortalecimento institucional

Não há melhor maneira de convencer um agente público a não ser desidioso e inepto, senão recompensando-lhe o comportamento contrário, e não apenas punindo. A motivação, como possibilidade de influir institucionalmente nos desejos e nas aspirações das pessoas, desempenha um papel importante na qualificação contínua do agente do Ministério Público. Um Promotor de Justiça, por exemplo, tende a aperfeiçoar-se e zelar profundamente pelo seu trabalho se sabe a que objetivos serve. Evidentemente, não existe um desejo inato de aperfeiçoamento cultural ou de zelo funcional. Membros do Ministério Público ou de qualquer outra instituição não se transformam repentinamente em pessoas de mentalidade elevada e capaz de perseguir zelosamente o bem comum, simplesmente porque se lhes diga que têm de agir assim. Uma instituição motivadora, bem estruturada e dotada de mecanismos adequados faz surgir dito desejo. Desse modo, é imperioso existir no Ministério Público promotores e procuradores de justiça motivados e um sistema de recompensas motivador.

O reconhecimento do mérito, como critério para um prêmio social, além de uma clara concessão ao individualismo, também apresenta um alcance social inegável. A sociedade, principalmente a moderna em que os progressos técnicos e científicos exigem cada vez mais profissionais capazes, tem fundamental interesse de que seus membros, principalmente aqueles ocupantes de funções públicas estratégicas, sejam capazes, inteligentes e competentes. E por isso institui mecanismos de premiação destes méritos para estimular o aperfeiçoamento intelectual e profissional, de acordo com as

rápidas modificações do mundo moderno, em que o indivíduo, muitas vezes, dorme sábio e acorda ignorante.

Concedida a recompensa ao mérito, reconhecendo-o justamente, ganha o profissional, a instituição e a sociedade; concedida a recompensa a quem não fez por merecê-la, perde o favorecido (pelo esmorecimento das energias), perde o profissional com mérito (pela crise amotivacional – MANNHEIM, 1960, p. 289), perde a instituição (por ficar sujeita a desenvolver vícios internos como o burocratismo e o corporativismo¹⁸) e perde a sociedade (pela ineficiência e improdutividade no serviço público). Diante de tão evidentes prejuízos, como ainda permitimos que o favorecimento ilegítimo, o jogo de interesses inconfessáveis, as maquinações de toda ordem, subvertam o princípio do merecimento?¹⁹

Um sistema justo de promoção e mobilidade na carreira, feito “a céu aberto e não às escondidas”, cria o indispensável ambiente de confiança, entusiasmo e cordialidade. Como disse um especialista americano em recursos humanos:

Você pode comprar o tempo de um homem; você pode comprar a presença física de um homem em determinado lugar; você pode igualmente comprar certa atividade muscular, pagando-a por hora ou por dia; mas você não pode comprar entusiasmo; você não pode comprar iniciativa; você não pode comprar lealdade; você não pode comprar devoção de corações, de espírito, de almas; essas virtudes você deve conquistá-las (WEIL, 1958, p. 29).

Por qualquer ângulo que se observe, o reconhecimento do mérito é vantajoso. Mesmo aquele que é recusado em sua

18 A propósito diz com propriedade Camargo Ferraz (1999, p. 465): “Uma instituição pública está permanentemente submetida a riscos que poderiam ser chamados ‘internos’ ou ‘intrínsecos’: o corporativismo (perda de foco em relação às finalidades institucionais) e o burocratismo (com as facetas do formalismo e da acomodação) são talvez os mais sérios e sua gênese está ainda na débil cobrança social, na pesada estrutura de carreira e na inexistência de mecanismos formais de estímulo e recompensa aos profissionais que a integram”.

19 A injustiça não pode perpetuar-se sem dano fundamental tanto àqueles que a mantêm, como aos que a suportam. Não será num panorama como esse que se poderá nutrir a fé nas instituições públicas, nos agentes públicos e no serviço que prestam à sociedade.

progressão funcional – por razões de justiça – não tem razões para desesperar. O aparente prejuízo é fruto tão-somente da falta de empenho e de aptidão, podendo ser revertido desde que o agente se disponha a trabalhar e se aperfeiçoar. O “prejuízo”, em princípio, desde que justo, é apenas a alavanca para estimular o agente a buscar novos horizontes intelectuais, inclusive com o estímulo da instituição. Faz parte de um todo que é bom, uma dissonância que é harmonia quando ouvida em relação ao restante da música. *Ab aequitate vinci, pulchrum et bonum* - ser vencido pela justiça é belo e bom, dita a máxima latina. A vantagem e o prejuízo funcionam como mecanismos de higienização administrativa e, portanto, *na medida justa*, são fatores positivos e inevitáveis nos movimentos e contramovimentos da estrutura orgânica do serviço público. A primeira encoraja o agente público no trabalho e o segundo vem a ser um meio de corrigir o agente relapso no labor e na função. Quando, tanto a vantagem quanto o prejuízo, ocorrem sob a bandeira da injustiça, temos a multiplicação dos maus em vez da reprodução dos bons agentes públicos. A terrível frase - desprovida de valor moral - de que “os vencedores têm sempre razão” (equivalente a esta outra: “quem tem o poder, tem a razão”), qualquer que tenha sido o caminho que percorreram para vencer, não deve encontrar assento no banquete administrativo, salvo quando o êxito coincidir com a justiça.

Por outro lado, de que vale o mérito funcional, o aperfeiçoamento constante da atividade profissional, se não traz triunfo e recompensas na carreira? O efeito é comparável ao do soldado que, preparado e valente, não consegue vencer e dominar o inimigo. E mais aumenta a angústia quando vemos um arsenal de forças de progresso e desenvolvimento na figura de agentes públicos valorosos, do ponto de vista intelectual, ser desprezado e irracionalmente inaproveitado.

O aumento da produtividade, da qualidade e da eficiência no serviço público (e mais especificamente no Ministério Público),

tal como ocorre no setor privado, depende da motivação do agente laboral, porque é o interesse do agente público pelo seu trabalho e sua função a única fonte segura de produtividade. Tire-se-lhe a motivação (através de mecanismos já bastante conhecidos) e teremos a preguiça, a desídia e o descaso.

Hoje em dia já não se questiona a validade da afirmação que considera os Recursos Humanos (*capital humano*) como fator determinante do êxito ou fracasso de um empreendimento, tanto no setor público quanto no setor privado. Todas as instituições, empresas, organizações administrativas ou se curvam a essa evidência geral, ou arcarão com o preço da ineficiência em suas atividades-fins. Neste xadrez social, o privilégio deixa de ser uma peça importante, na medida em que enfraquece a instituição no que há de mais sagrado nos tempos modernos: a eficiência.

Para que o membro do Ministério Público sinta-se estimulado a produzir com eficiência e ativamente, a instituição deve nutrir em seu íntimo uma série de certezas:

1- A certeza de que um trabalho eficiente e zeloso significa uma dinamicidade maior e mais facilitada na carreira;

2- Consideração e reconhecimento da capacidade (e do esforço);

3- Certeza de que, quando das movimentações na carreira, o agente melhor qualificado será escolhido para ocupar os melhores cargos;

4- Boas e equitativas possibilidades de promoção.

5- Relações de trabalho previsíveis.

A moeda de troca do merecimento, ao invés da *give-and-take-policy*, continua a ser o trabalho, o talento, a inteligência. É um conceito, senão juridicamente delimitado (ou aplicado), mas filosoficamente apurado, decantado e imodificável. A necessidade é de apenas migrar a certeza filosófica e moral para o maleável mundo da aplicação jurídica. Diante disso, o sistema de merecimento a ser estabelecido deve fixar meios de conversão desses valores subjetivos em dados aferidores

objetivos²⁰, assegurando, definitivamente, que a aquisição de vantagens funcionais pelo membro do Ministério Público passe a depender exclusivamente de seu braço, cérebro e fortaleza de vontade. Um sistema assentado em *cérebro/mão*. Nenhuma variável alheia ao esforço próprio e pessoal entraria no corpo da equação. Reduzir a valores objetivos, matemáticos, fiapos tão subjetivos, eis o desafio.

9 Conclusões

Uma sociedade em mutação requer um contínuo reajuste de suas instituições para atender eficientemente às novas demandas. O Ministério Público se insere nesse contexto como uma instituição vocacionada para defender os interesses, não mais do Estado ou de uma sociedade simplesmente, mas de uma complexa sociedade democrática. Dentro desses objetivos alguns desafios são postos e sintetizados nas conclusões seguintes:

I- A independência funcional como princípio constitucional de vital importância para a saúde institucional do Ministério Público não pode se converter em irracional atitude corporativa e isolacionista em relação ao contexto sóciopolítico em que os intercâmbios democráticos se estabelecem entre os diversos órgãos públicos; deve ter como política institucional a busca constante de uma coordenação entre os diversos órgãos públicos para viabilizar e otimizar sua atividade-fim. Neste propósito, assume uma espécie de corresponsabilidade pela saúde institucional e técnica de tais órgãos, obrigando-se a ser um dos principais combatentes do Estado (Município, Estado-membro e União), na tarefa de forçá-lo a manter ditos órgãos (principalmente aqueles indispensáveis ao bom desempenho das funções ministeriais) dentro de padrões mínimos de

20 Como entende o STF em decisão recente: "Há de fazer-se considerado o perfil profissional dos candidatos, aferindo-se o merecimento de cada qual" (MS 26.264, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 21 maio 2007, DJ de 5 out. 2007). A respeito da montagem de um sistema de aferição objetiva de merecimento *vide* João Gaspar Rodrigues, "Critérios objetivos/objetivantes para a aferição justa de merecimento", Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas, vol. 5, 2004, p. 193-242.

eficiência (conforme imposição dos arts. 37 e 129, II, da CF).

II- O processo de definição das prioridades institucionais não pode prescindir da participação da sociedade. O Ministério Público deve consultá-la antes de estabelecer as metas prioritárias. A *accountability* deve começar de baixo; cada comarca deve fazer um diagnóstico sobre as questões que possam exigir a atuação do Ministério Público. Elaborado o diagnóstico, a discussão dos problemas levantados deve ser feita em audiências públicas com a participação dos diversos setores da comunidade. O resultado desse trabalho articulado entre MP e comunidade deve subsidiar o Programa de Atuação da Promotoria de Justiça respectiva. E todos os programas setoriais devem subsidiar o Plano Geral de Atuação do Ministério Público.

III- A legitimidade social do MP depende de sua capacidade em:

a) garantir níveis de desempenho funcional equivalentes aos níveis de exigência social gerados;

b) engendrar um processo de *accountability* de suas ações e atividades que valorize a interlocução participativa e democrática com a comunidade. A eficiência funcional ou uma *instituição de resultados* é a força motriz para adquirir legitimidade social. E estas duas variáveis (*eficiência-resultados + legitimidade*), combinadas, perfazem um círculo virtuoso, em que quanto mais eficiência funcional maior a legitimidade, e quanto mais legitimidade maior o estímulo para aprimorar a instituição.

IV- O Ministério Público, como um dos principais aplicadores e intérpretes do Direito, assume a responsabilidade de pensar a ciência jurídica e seus mecanismos como alavancas de progresso social, a partir de uma cultura de inovação; sua missão é promover o interesse público e a justiça não apenas com os elementos estáticos concedidos pela letra fria da lei, mas enriquecê-los com a práxis institucional e as soluções que surgem da teorização dos problemas formulados a partir do

contato com a comunidade.

V- Uma gestão da atividade-fim do Ministério Público para alcançar resultados (um *Ministério Público de resultados ou Ministério Público resolutivo*) deve apresentar algumas características ou adotar certas medidas:

a) uma nova cultura organizativa que realce a busca por resultados;

b) introdução de um parâmetro analítico apto a rever o desempenho dos objetivos estratégicos e a forma de sua execução;

c) inserção de uma nova mentalidade onde o promotor possa perceber que entre as atribuições constitucionais e a lei tem um significativo espaço para definir suas prioridades e criar novos métodos de trabalho;

d) estabelecimento de um diálogo institucional interno entre os diversos órgãos (de execução e de administração) com o fim de otimizar a cooperação e os círculos de inovação;

e) criação de um núcleo de estudos e pesquisas em eficiência funcional.

VI- Para que o membro do Ministério Público sintase estimulado a produzir com eficiência e ativamente, a instituição deve nutrir em seu íntimo uma série de convicções, sobressaindo-se a certeza de que, quando das movimentações na carreira, o agente melhor qualificado e autor de um trabalho eficiente e zeloso será escolhido para ocupar os melhores cargos. Neste aspecto, a instituição do Ministério Público deve assumir definitivamente um perfil motivador.

The public prosecution of results: the current institutional mission

Abstract: A society in transformation requests a continuous reassessment of its institutions to attend new demands in an efficient way. The Public Prosecution, within that specific context, is an

institution designed to protect the interest, not only of the State or only of society, but of a democratic society. In this regard, the Public Prosecution takes the liability to think law and its mechanisms as levers of social progress, regarding an innovation culture; its mission is to promote the public interest and justice not only with the static elements of the cold letter of the law, but by enriching them with the institutional praxis and the solutions that arise from the theorisation of the issues placed by contact with the community.

Keywords: Public Prosecution. Institutional profile. Functional activity. Efficiency. Innovation. Dynamism.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra.; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In: *Anais do XVI Congresso Nacional do Ministério Público "Ministério Público e Justiça Social"*, Belo Horizonte, p. 609-617, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BEHRENS, Marilda Aparecida. A prática pedagógica e o desafio do paradigma emergente. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, v. 80, n. 196, p. 383-403, 1999.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n. 19/98). In: Alexandre Moraes (coord.), *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, p. 149-183, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Polícia e Estado de Direito na América Latina – Relatório Brasileiro. In: Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (coord.), *Polícia e Estado de Direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 01-59, 2004.

DAHL, Robert. *La democracia – una guía para los ciudadanos*. Tradução de Fernando Vallespín, Madrid: Taurus, 1998.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

DREISER, Theodore. *O pensamento vivo de Thoreau*. Tradução de Lauro Escorel. São Paulo: Martins, [19--].

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 4. ed., Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Fim da lista tríplice de merecimento. In: 13º. Congresso Nacional do Ministério Público. *Livro de Teses*, Curitiba, v. 3, p. 465-469, 1999.

_____ (coord.). *Ministério Público – Instituição e Processo*. São Paulo: Atlas, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUGEYROLLAS, Pierre. *A filosofia em questão*. 2. ed. Tradução de Roland Corbisier, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1960.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998.

_____. A legitimação social do Ministério Público. In: 13º. Congresso Nacional do Ministério Público, *Livro de Teses*, Curitiba, v. 3, p 327-331, 1999.

GRIN, Eduardo José. Governança participativa, eficácia gerencial e legitimidade política nos governos locais. In: XIII CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Buenos Aires. *Anais eletrônicos...* 2008. Disponível em: < <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/seges/clad/documentos/grin.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2009.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Papel constitucional do Ministério Público. In: Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz (coord.), *Ministério Público – Instituição e Processo*. São Paulo: Atlas, 1997.

HALL, Jerome. *Democracia e direito*. Tradução de Arnold Ward e Carly Silva. Rio de Janeiro: Zahar, [19--].

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MANNHEIM, Karl. *Libertad, poder y planificación democrática*. Tradução de Manuel Durán Gili. México: Fondo de Cultura Económica, 1960.
- MARCHAIS, Georges. *O desafio democrático*. Tradução de Fernando de Castro Ferro. Lisboa: Centro do Livro Brasileiro, 1974.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, [20--].
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público e cidadania. *Justitia*, São Paulo, a. 63, v. 194, p. 127-129, 2001.
- MELLO, Osvaldo Ferreira de. *Tendências do federalismo no Brasil*. Florianópolis: Lunardelli, 1978.
- MELO, Marcus André. O viés majoritário na política comparada. Responsabilização, desenho institucional e qualidade democrática. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 22, n. 63, p. 11-29, 2007.
- MESQUITA, Luiz José de. O Ministério Público na ação popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 574, p. 24-35, 1993.
- MORAES, Alexandre (coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____, Maria Cândida. *O paradigma emergente*. Campinas: Papirus, 1997.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo civil*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não-criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.
- PRÉLOT, Marcel. *A ciência política actual*. Tradução de Jonas Negalha, Lisboa: Bertrand, 1974.
- RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*. Manaus: Valer, 1999.
- _____. *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- _____. Critérios objetivos/objetivantes para a aferição justa de merecimento. *Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas*,

Manaus v. 5, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução de Daniel Pastor e Gabriela Córdoba, Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

RUSSELL, Bertrand. *Princípios de reconstrução social*. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira, São Paulo: Nacional, 1958.

SALLAS, Luis P. Justiça Penal na América Latina: reformas e desafios. In: Winfried Jung (org.), *Segurança pública como tarefa do Estado e da sociedade*, São Paulo: Centro de Estudos da Fundação Konrad Adenauer, n. 18, 1998. (Série Debates),

SANTIN, Valter Foletto. A reengenharia do Ministério Público: alguns aspectos. *Justitia*. São Paulo, a. 63, vols. 185/188, 1999.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SIÈYÈS, Emmanuel-Joseph. *¿Que es el Estado Llano? (precedido del ensayo sobre los privilegios)*. Tradução de José Rico Godoy. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, 2001.

SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está – etnografia de uma reforma da justiça*. São Paulo, 2006. Tese de doutoramento. Mimeografado,

SOROS, George. *A era da insegurança*. Tradução de Lucia Boldrini. Rio de Janeiro: Elsevier/Campos, 2007.

STRIEDER, Inácio. A transparência democrática. *Revista de Filosofia Unisinos*, Rio Grande do Sul, v. 5, n. 9, 2004.

THOMPSON, Victor A. *Moderna organização*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

VIANA, Mário Gonçalves. *A arte de estudar*. [S.l.]: Editora Educação Nacional, 1943.

WEIL, Pierre. *Relações humanas na família e no trabalho*. 4. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958.

WIESE, Leopold von. *Sociología (historia y principales problemas)*. Tradução de Rafael Luengo Tapia, Barcelona: Labor, 1932.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

O exercício de atividades econômicas pelas fundações de direito privado e a aplicação do instituto da falência a estas entidades.

*Kátia Maria Araújo de Oliveira**

Sumário: 1 Introdução 2 Fundação e o exercício de atividade econômica 3 Falência, conceito 4 Aplicação do instituto da falência a fundação de direito privado 5 Legitimidade do Ministério Público para requerer a falência de entidade fundacional 6 Conclusão. Referências.

Resumo: As fundações, no mundo jurídico, constituem-se em entidades de direito privado, que se caracterizam por constituírem um patrimônio voltado para a realização de atividades sociais. O maior credor das fundações é a própria sociedade a quem o patrimônio fundacional pertence. A falência, por outro lado, é requerida pelos credores das entidades que praticam atividades econômicas, e como o Ministério Público é o representante da sociedade, defende-se a legitimidade do Ministério Público para requerer a falência de fundações de direito privado, provada a prática de atividades econômicas, com objetivo de lucro, por estas entidades.

Palavras-chave: Fundações, Falência, Sociedade, Ministério Público

1 Introdução

Após longo estudo do instituto da falência, bem como das fundações de direito privado, observa-se que existem elos a ligar os dois institutos. As fundações são instituídas com o objetivo de realizar atividades no setor da saúde, da educação, da pesquisa, assistencial de um modo geral, substituindo o Estado que, muitas vezes, apresenta-se lento e burocrata demais, incapaz de acompanhar a evolução científica, tecnológica e até mesmo social do dias atuais.

* Promotora de Justiça titular da Promotoria de Fundações e Massas Falidas. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, e em Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas.

As fundações de direito privado prestam um serviço à sociedade. E esta sociedade constitui-se em uma das, senão a maior, credora das entidades fundacionais.

A falência, por seu lado, foi instituto criado para proteger os credores da empresa que se encontra em estado de insolvência, incapaz de honrar com seus compromissos, é instituto criado, inclusive, para proteger o sistema econômico de toda uma sociedade que pode ser abalado com a falência de empresas de grande porte, o que ocorreu com a crise econômica que hoje o mundo enfrenta.

O que se procura demonstrar neste estudo é que, se uma fundação de direito privado exerce atividade econômica como seu objetivo maior, enfrenta os riscos desta atividade, podendo ser requerida sua falência, e como a sociedade, representada pelo Ministério Público é uma das credoras da entidade fundacional estaria o órgão ministerial legitimado a requerer a falência da fundação insolvente.

2 Fundação e o exercício da atividade econômica

Como já amplamente estudado, fundação constitui-se em um patrimônio direcionado para um fim, porém este patrimônio não pode permanecer “inerte” durante a existência da entidade. Foge aos fundamentos da sociedade moderna uma fundação que sobreviva de donativos (em especial no Brasil, onde os possuidores de grandes fortunas são aversos a atividades filantrópicas), ou de subvenções públicas. O patrimônio necessita ser capitalizado para reverter em benefício da entidade e no cumprimento de seus objetivos.

A visão de fundação dos séculos passados, como uma entidade que serve apenas para atividades voltadas para a caridade, sobrevivendo de donativos, é ultrapassada. As entidades do Terceiro Setor dos dias atuais devem exercer suas

atividades de uma forma profissional, ou seja, administradas e gerenciadas por pessoas com capacidade e qualificação para assim agir. Elas atuam em uma sociedade que é marcada pela economia de mercado, onde a competição pelos recursos é agressiva.

As fundações privadas surgiram do espírito caritativo dos seus instituidores, e substituem o Estado, procurando garantir os direitos fundamentais do cidadão. Porém estas entidades têm que se adaptar a uma nova sociedade, não podem continuar isoladas, com seu patrimônio estagnado, enquanto as forças de mercado agem com rapidez cada vez maior.

Assim, não se vislumbra qualquer impedimento ao exercício de atividade econômica por uma fundação, e esta atividade econômica aqui mencionada pode ser conceituada como

ato de produção de bens, mercadorias e serviços para satisfação de necessidades materiais da sociedade. Pode ser verificada a realização econômica no setor agrícola, industrial, comercial, pesqueiro, prestação de serviços (médicos, advogados, professores) e demais atividades que tenham por essência a produção.¹

A atividade econômica no entanto, deve ser um meio para alcançar um fim, que é a finalidade da entidade, estabelecida no seu estatuto social e na escritura pública de instituição. A respeito veja-se a manifestação de Gustavo Saad

o que se verifica como quadro sintomático, entretanto, é a existência de fundações com finalidades garantidas pela dinâmica do próprio patrimônio e dos estatutos, que lhes permitem trabalhar o pecúlio e reverter o produto desse trabalho para os fins a que se propõem. Há fundações, ao revés, que têm suas atividades auxiliadas economicamente por meros participantes pessoa físicas

¹ DINIZ, Gustavo Saad. Direito das fundações privadas - teoria geral e exercício de atividades econômicas. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006, p.512.

ou jurídicas que contribuem com donativos. Fundações outras sobrevivem através de subvenções públicas, que necessariamente se revertem ao cumprimento da finalidade. Em todas elas se verifica que o patrimônio, estático, não seria capaz de alcançar os escopos previstos pelo instituidor. Os fins não lucrativos, inerentes às fundações, não afastam a possibilidade de que a entidade preste serviços remunerados, desde que sirvam para trabalhar economicamente o patrimônio e se reverter ao cumprimento dos escopos sociais determinados, sem descaracterizar a fundação.²

3 Falência - Conceito

Falência representa a situação judicial de um empresário que não paga, no vencimento, obrigação líquida constante de título executivo, ou que pratica um dos chamados “atos de falência”.

O instituto da falência é instituto de ordem pública, o direito falimentar, por suas regras específicas, procura assegurar igualdade entre os credores da mesma classe, já que o patrimônio do devedor é a garantia geral dos credores. Por outro lado, o direito falimentar objetiva, concretamente, a eliminação das empresas inviáveis, já que podem causar perturbações no mercado, perturbações que refletem em vários setores da sociedade.

Para o mestre Rubens Requião, falência é *solução judicial da situação jurídica do devedor-comerciante que não paga no vencimento obrigação líquida* ³Segundo Jorge Lobo, derivada do verbo *fallere*, que significava faltar ou enganar, a falência vem a ser

um instituto, comumente de natureza processual, que tem por escopo a realização de um processo coletivo de liquidação forçada, com apreensão e venda de bens do

2 DINIZ, op. cit., p. 519-520.

3 REQUIÃO, Rubens, Curso de direito falimentar, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.

falido, para repartir seu produto, proporcionalmente,
em benefício de todos os credores⁴

Três são os principais sistemas falimentares, ensina Silva Pacheco: o latino, o alemão e o inglês. O latino despontou nas cidades italianas da Idade Média, passando á França nos séculos XVII e XVIII. Adotado, inicialmente, pelos comerciantes de Lyon, deu origem ao Código Napoleônico e Comercial de 1807. Traduzia-se em um processo coletivo de execução, que além das cidades italianas de Florença, Veneza, Milão e Gênova, foi de enorme influência no direito francês, face o intenso comércio que cidades francesas mantinham com os pólos mercantis italianos.

O alemão caracteriza-se pela influência, no século XVIII de Francisco Salgado de Somoza, com a obra *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem comunem*, que admitia tanto a falência de comerciantes como de não comerciantes. Até 1º de janeiro de 1999, vigoravam na Alemanha duas legislações distintas de direito falimentar: o Regulamento Falimentar de 1877 (*Konkursordnung*), aplicado na antiga Alemanha e o *Gesamtvollstreckungsordnung*, vigente nos novos Estados da Alemanha. Atualmente, existe uma legislação nova em todo o território alemão, a Lei de Introdução ao Regulamento de Insolvência.

O inglês, vem desde o Estatuto de Henrique VIII sobre devedores em fraude e, de início, não fazia distinção entre comerciantes e não comerciantes. Disciplinado atualmente no *Insolvency Act*, que entrou em vigor em 1986, o direito inglês estabelece procedimentos separados para pessoas físicas (*bankruptcy for natural persons*) e pessoas jurídicas (*winding-up for companies*).

O sistema brasileiro, a princípio, seguiu o modelo latino, porém com a chamado globalização, para acompanhar as demais legislações, passou a alcançar o devedor civil (Novo Código Civil,

⁴ LOBO, Jorge, Da recuperação da empresa no direito comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992.

artigo 966), e com base nesta nova sociedade, surgiu a novel legislação falimentar, a Lei 11.101/05.

A Lei 11.101, no artigo 2º estabelece que seus institutos não serão aplicados a empresas públicas, ou sociedades de economia mista, a instituição financeira pública ou privada, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência á saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas as anteriores.

Assim é possível verificar que nem todo exercente de atividade econômica empresarial encontra-se sujeito a novel legislação falimentar. Também é possível verificar que as fundações não estão inseridas no rol das entidades a que não se aplica a lei de falência. Portanto, resta a indagação: se uma fundação de direito privado exerce atividade econômica, será atingida pelo disposto na Lei 11.101/05?

4 Aplicação do instituto da falência a fundação de direito privado

A nova lei falimentar encontra-se fundamentada na Teoria de Empresa, onde considera-se sujeito das normas de direito empresarial, ou seja, empresário, todo aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços (CC. Art. 966).

Assim, a caracterização do empresário se dá em razão da forma pela qual ele explora a sua atividade. Se a pessoa física ou jurídica atuar visando o lucro e organizando os fatores de produção, será considerado empresário.

Ulhoa em sua obra entende que para

sujeitar-se à falência é necessário explorar atividade econômica de forma empresarial. Disso resulta que não se submetem à execução concursal, de um lado,

quem não explora atividade econômica nenhuma e, de outro, quem o faz sem empresarialidade. Quem não produz nem faz circular bens ou serviços, nunca terá sua falência decretada, nem poderá beneficiar-se de qualquer tipo de recuperação judicial ou extrajudicial. É o caso, por exemplo, da associação, da fundação, etc.⁵

No magistério do mesmo autor, a atividade empresarial é econômica pois busca gerar lucro para quem a explora, porém este lucro pode ser objeto-fim da atividade, ou apenas um meio de alcançar outros fins, justamente onde se enquadram as fundações que exercem atividade econômica, utilizando o resultado para o alcance de seu objetivo maior.

O mesmo doutrinador ensina que existem quatro atividades econômicas, porém com características não-empresariais, cujos exercentes não podem ser conceituados com empresários e, portanto, não podem falir. São elas:

A primeira atividade econômica não-empresarial a considerar é a explorada por quem não se enquadra no conceito legal de empresário. Se alguém presta serviço diretamente, mas não organiza uma empresa, mesmo que o faça profissionalmente, ele não é empresário e o seu regime não será o de Direito Comercial.

(...)

Quanto aos exercentes de profissão intelectual, importa destacar que eles não se consideram empresários por força do disposto no parágrafo único do artigo 966 do CC.

(...)

Os profissionais intelectuais exploram, portanto, atividades econômicas não sujeita ao Direito Comercial. Entre eles se encontram os profissionais liberais (advogado, médico, dentista, arquiteto, etc) cujo serviço é intrinsecamente ligado à própria pessoa do prestador e independe de estrutura organizada para dar-lhe suporte.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 196-197.

(...)

Já o empresário rural, se o exercente requerer a inscrição na Junta Comercial, será considerado empresário, e submeter-se-á as normas de Direito Comercial. É o agronegócio. Caso, porém, o exercente de atividade econômica rural não requeira a inscrição nor registro do comércio, não será considerado empresário e seu regime será o do Direito Civil.

(...)

Finalmente, em relação as cooperativas, elas são consideradas sociedade simples, e não se submetem ao Direito Comercial⁶.

Observe-se que nesta relação não aparecem as entidades fundacionais que exercem atividades econômicas como fim em si mesmo.

Já outros doutrinadores, em especial Dario Peixoto citado por Sabo Paes, classificam as associações e fundações em autônomas ou dependentes e independentes e assim fundamentam sua classificação:

As associações civis e fundações que chamo de dependentes são em maior número e, geralmente, são constituídas para serem, por toda a sua vida, dependentes de recursos que elas mesmas não geram. O esforço inicial de constituição via de regra se resume, no caso das associações civis, à escolha de um local que sirva de sede social e, em casos extremos (mas nem tanto incomuns), à compra de uma pasta ou classificador, na livraria mais próxima, para servir de abrigo ao estatuto, após o registro constitutivo. E, no caso das fundações, à destinação de um patrimônio que, por si só, representa apenas uma fonte potencial, mais não concreta, de recursos. Normalmente, não desenvolvem atividades econômicas em caráter permanente, e sobrevivem de raras subvenções advindas de emendas parlamentares aos orçamentos públicos, de doações de particulares (em desuso desde o século passado) ou mesmo de convênios celebrados com a Administração

⁶ COELHO, op. cit. p. 14-18.

Direta, esses, quase sempre derivados de programas de iniciativa pública e não delas próprias, e que apenas a usam como ponte entre a ação do Estado e o benefício final ao cidadão comum.

Já as associações civis e fundações que denomino de economicamente autônomas, ao contrário, se revestem, desde o início de suas atividades, de forças econômicas suficientes a si mesmas. Sejam pequenas ou grandes essas forças econômicas geralmente bastam para o sustento e crescimento de suas atividades.⁷

Logo, segundo os citados juristas, face o princípio da liberdade de associação, da liberdade de empresa, da livre iniciativa, é possível o exercício de atividade econômica por fundação, ou associação, porém revertido o lucro obtido para o devido fim. Traduzindo, seria aplicação do princípio da reversão dos lucros da atividade econômica para a realização dos fins fundacionais.

No entanto, provado o desvio de finalidade, ou seja, provado que o lucro não retorna para a entidade, cabe a constituição do estado falimentar, se presentes os demais requisitos da novel legislação.

5 Legitimidade do Ministério Público para requerer falência de entidade fundacional

A nova lei falimentar prevê quem pode requerer a falência do devedor, e, entre eles, qualquer credor. Aliás, o credor é o maior interessado no pedido de quebra, pois busca receber o que lhe é devido.

Se o credor não for empresário e estiver domiciliado no Brasil, ele possui legitimidade ativa para o pedido de falência, sem maiores documentações. Entre as exigências para a decretação da quebra estão os atos de falência, tais como a

⁷ Dário Peixoto apud José Eduardo Sabo Paes. Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 137-138.

liquidação precipitada, negócio simulado, alienação irregular de estabelecimento, abandono de estabelecimento empresarial, entre outros.

Portanto, em síntese, os maiores interessados na decretação da falência são os credores, e sabe-se que as fundações são constituídas para prestar serviços a sociedade, sendo esta sociedade um dos credores, senão o maior, da entidade.

Estando esta entidade fundacional em situação de insolvência, e caracterizado o exercício de atividade econômica como fim em si mesmo, encontra-se o Ministério Público legitimado a requerer a falência desta fundação, por ser o representante da sociedade, credora da entidade, bem como a esta entidade deverão ser aplicados os princípios da lei falimentar.

Na dicção de Sabo Paes

Conclui-se, assim, que, primeiro, por não haver vedação legal expressa no texto da lei para que as associações e fundações sejam abrangidas pela nova lei de falência e, segundo, por realizarem essas entidades atividade social-empresarial que faz uso dos mesmos meios econômicos que são comuns às empresas, terceiro, apesar de não realizarem exploração de atividade econômica empresarial em sentido estrito realizam atividades econômicas de maior importância social, é perfeitamente compatível ampliar-se o âmbito de incidência da nova lei de falências para permitir-se sua aplicação às associações civis e fundações de direito privado que atuam autonomamente.⁸

Acompanhando o posicionamento acima, no magistério de Saad

A exceção á regra é a admissão da declaração-constituição do estado falimentar em caso de desvio de finalidade, com utilização da pessoa jurídica fundacional

8 PAES, op. cit., p. 439-440.

para servir de anteparo para a atividade econômica, transformada de meio para fim. Aplicar-se-ia, então, o mesmo tratamento de sociedade de fato (RTJ 62/194 e TTJ 65/226). dependendo do caso e comprovada a fraude, os administradores poderão sofrer os efeitos e impedimentos prescritos pela legislação falimentar.⁹

Portanto, em determinadas circunstâncias o Ministério Público constitui-se em parte legítima para requerer a falência de fundações de direito privado.

6 Conclusão

Assim, existindo a possibilidade de falência de fundação de direito privado, provado que a entidade exerce atividade econômica não como meio para alcançar um fim, mais como fim em si mesmo, o que caracterizaria desvio de finalidade. E, por outro lado, constituindo-se em parte legítima para requerer falência os credores e sendo a sociedade, representada pelo Ministério Público, um dos credores, senão o maior, das fundações de direito privado, legitimado a requerimento de falência de fundação de direito privado pelo membro do Ministério Público com atribuição para fiscalizar e zelar pelas entidades fundacionais.

Abstract: The non-profit organizations, in the legal world, are known as private Law entities that constitutes a heritage with the goal of social activities. The largest creditor of the foundations is the society itself, to whom the foundation assets belongs. The bankruptcy, moreover, is required by creditors of the entities that practice economic activities and as the prosecutor represents the society, the article defends the legitimacy of the prosecutors to file for the bankruptcy of these private law entities.

Keywords: Foundations, Bankruptcy, Society, Prosecutor

⁹ DINIZ, Gustavo Saad. Direito das Fundações Privadas – teoria geral e exercício de atividades econômicas. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006

Referências

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 2. ed. Rev. - São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das Fundações Privadas – teoria geral e exercício de atividades econômicas*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

LOBO, Jorge. *Da recuperação da Empresa no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.

Poder regulamentar no sistema jurídico brasileiro

*Ivana Mussi Gabriel**

Sumário: 1 Introdução. 2 Do Poder Regulamentar. 2.1 Doutrina da separação dos poderes. 2.2 Poder normativo. 2.3 Poder regulamentar. 3 Regulamento. 3.1 Conceito de regulamento. 3.2 Pressupostos do regulamento. 3.3 Destinatários do regulamento. 3.4 Alcance do regulamento. 3.5 Regulamento e atos administrativos executivos. 3.6 Diferenças entre lei e regulamento. 4 Tipos de Regulamentos na Constituição de 88. 4.1 Regulamento executivo. 4.2 Regulamento autônomo e a EC nº32/01. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: Compreender o poder regulamentar no sistema jurídico brasileiro significa compreender os limites da ação executiva. Para o deslinde do conceito, pressupostos, destinatários e alcance dos regulamentos, faz-se necessário destacar a doutrina da separação dos poderes, que delimita a função administrativa exercida pelo Poder Executivo e garante o controle do exercício dessa atividade estatal, o princípio da legalidade, que condiciona a atividade estatal ao disposto na lei e o sistema de hierarquia das normas jurídicas, que estabelece a supremacia da lei sobre os regulamentos.

Palavras-Chave: Separação dos poderes. Poder regulamentar. Regulamento. Lei e regulamento.

1 Introdução

“Tristes de nós que trazemos a alma vestida”. Nos versos do poema “O Guardador de Rebanhos”, escrito em 1914, o heterônimo Alberto Caieiro faz um convite a uma reflexão a respeito do risco de termos a alma presa a conceitos e pensamentos pré-concebidos que, além de não se coadunarem com a realidade fenomênica, impedem-nos de apreender as

* Formada na Universidade Estadual Paulista, advogada em São José do Rio Preto (SP), professora universitária, especialista em Direito Tributário pelo IBET e mestranda na ITE/Bauru.

coisas como elas realmente são.

Para a escorreita compreensão dos regulamentos no Brasil, deve-se abandonar a grave tendência de importar os conceitos consagrados no direito comparado, que não se adaptam a nossa realidade jurídica, porque o regulamento constitui, na expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello¹, um designativo que recobre “virtualidades jurídicas distintas”.

Compreender o Poder Regulamentar significa compreender os limites da ação executiva. Para tanto, faz-se necessário destacar a doutrina da separação dos poderes, que delimita a função administrativa exercida pelo Poder Executivo e garante o controle do exercício dessa atividade estatal, o princípio da legalidade, que condiciona a atividade estatal ao disposto na lei e o sistema de hierarquia das normas jurídicas, que estabelece a supremacia da lei sobre os regulamentos.

Nesse sentido, o presente trabalho buscará revelar, de forma despretensiosa, os contornos do desenho dos regulamentos no sistema jurídico brasileiro, numa abordagem doutrinária e jurisprudencial, para que, definitivamente, o poder regulamentar seja compreendido na sua inteireza, na medida da lei.

2 Do Poder Regulamentar

2.1 Doutrina da separação dos poderes

De acordo com a clássica teorização da separação dos poderes, desenvolvida por Charles de Montesquieu, em 1748, na obra *De L'Esprit des Lois*, as funções estatais (executar, legislar e julgar) são atribuídas a três órgãos especializados (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), harmônicos e independentes entre si, que passam a exercê-las com exclusividade.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 321.

Nessa divisão clássica de poderes não há qualquer expressão utilizada pelo filósofo iluminista que identifique uma separação absoluta de poderes; ao contrário, na obra “Espírito das Leis”, verifica-se referência apenas a equilíbrio de poderes. Para Visscher², atribuir a Montesquieu a concepção absoluta dos poderes significa incorrer em verdadeira “*escroquerie intelectual*”, assinalando ser uma completa deturpação de seu pensamento político.

Na doutrina da separação dos poderes, é inegável que, além de harmônicos e independentes, os poderes devem se limitar reciprocamente. Em outras palavras, é indiscutível a cooperação entre os órgãos especializados, o inter-relacionamento das atividades por eles desenvolvidas, a interpenetração de suas funções, para que o “poder limite o poder”, num sistema de controles recíprocos ou, na expressão do direito anglo-saxão, de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Alfredo Baracho sustenta:

A expressão separação de poderes não foi empregada por Montesquieu, nem entende que os órgãos investidos das três funções do Estado seriam representantes do soberano, acometidos de parte da soberania, absolutamente. Não está em Montesquieu qualquer explicação que leve ao entendimento de que uma teoria da separação de poderes implica separação absoluta dos órgãos que exercem a função executiva e a legislativa. Entendia que devia existir uma ação contínua dos dois poderes um sobre o outro, uma verdadeira colaboração³.

No Brasil, o ordenamento jurídico constitucional adota a teoria da separação dos poderes no art. 2º da CF/88 (*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*). O Executivo, portanto, exerce função administrativa ou executiva, que consiste em aplicar a lei, de ofício, ao caso concreto, para realização dos fins públicos.

2 VISSCHER, S.Paul. Les Nouvelles Tendances de la Démocratie Anglaise. Paris, 1947, p. 21-22.

3 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 29.

Para Lúcia Valle Figueiredo,

A função administrativa consiste no dever de o Estado ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direitos públicos, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente bem como externamente pelo Legislativo (com auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes revisíveis pelo Judiciário⁴.

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano,

O Poder Executivo tem por principal desígnio constitucional a realização da função administrativa. Nesse sentido, sua tarefa consiste em aprimorar, em nível imediatamente infralegal, os comandos normativos. É um aplicador da lei, na gerência dos negócios públicos⁵.

2.2 Poder normativo

Para o melhor desempenho da função administrativa, o ordenamento jurídico confere ao Executivo um conjunto de prerrogativas, que são denominadas de “poderes administrativos” (poder normativo, poder hierárquico, poder de polícia e poder disciplinar). Para José dos Santos Carvalho Filho⁶, poderes administrativos são “o conjunto de prerrogativas de direito público que o ordenamento jurídico confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”.

O Poder normativo confere ao Executivo a possibilidade de editar atos de caráter geral e abstrato, sem, contudo, inovar, de forma inicial, o ordenamento jurídico. O Poder normativo se

4 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34.

5 ARAUJO, Luiz Alberto David; SERRANO, Vidal. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 322.

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007, p. 42.

expressa por meio de atos normativos, que são regulamentos, resoluções, instruções, portarias etc. Nota-se, portanto, que o Poder normativo do Executivo não se esgota na edição dos regulamentos.

Como esclarece Edmir Netto de Araújo, “o poder normativo (e não apenas *regulamentar*, que é uma de suas espécies), permite ao administrador (ou Administração) editar normas gerais e abstratas, observados o princípio da legalidade e as regras de competência”⁷.

Os atos normativos possuem pontos de contato com a lei, mas não se confundem com ela. Como observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸, “os atos pelos quais a Administração exerce seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos”. São distintos da lei, porque os regulamentos não têm o condão de inovar, de forma primária, a ordem jurídica, enfim, de criar o direito novo.

2.3 Poder regulamentar

O Poder regulamentar é, na verdade, espécie do poder normativo. Confere ao chefe do Poder Executivo a prerrogativa de editar atos gerais e abstratos, complementares à lei, sem inovar, de forma original, a ordem jurídica. Expressa-se por regulamentos.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o poder regulamentar é considerado “uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo”, definindo-se como “o que cabe ao chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel⁹ execução”¹⁰.

7 ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 433.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 89.

9 Por *fiel* deve-se entender *fidedigna*, *estrita*, *leal*, *correta*, *absoluta*.

10 Op. cit., pág. 90. Para alguns autores, contudo, poder regulamentar significa “autêntica manifestação da competência normativa conferida à Administração” (PESSOA, Robertônio Santos. 2. ed. Curso de Direito Administrativo Moderno, 2003, p. 264). Esse conceito de poder regulamentar é, para nós, o conceito de poder normativo.

Para Geraldo Ataliba,

Consiste o chamado poder regulamentar na faculdade que ao Presidente da República – ou chefe do Poder Executivo, em geral, Governador e Prefeito – a Constituição confere para dispor sobre medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal, dando providências que estabeleçam condições para tanto. Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la¹¹.

O Poder regulamentar, no Brasil, é considerado inerente ao Poder Executivo, em razão da doutrina da separação dos poderes: se ao legislativo cabe fazer leis, ao executivo, cumpre executá-las. Nesse sentido, afirma Pontes de Miranda: “Legislar e regulamentar leis são funções que a Constituição pôs em regras de competência de um e outro poder”.

Ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,

Se examinar a questão tendo em vista a classificação dos sistemas de órgãos fundamentais do Estado-poder em Legislativo, Executivo e Judiciário, a indagação circunscreve-se a qual deles cabe a faculdade regulamentar, e a resposta, em princípio, há de ser ao Executivo, uma vez que a ele incumbe, primordialmente, dar execução às leis, e o regulamento constitui o primeiro momento para essa execução¹².

Nesse sentido, assevera Canotilho,

O regulamento é norma emanada pela administração no exercício da função administrativa e, regra geral, com caráter executivo e/ou de complementar a lei. É um acto normativo, mas não um acto normativo com valor legislativo. Como se disse, os regulamentos não constituem uma manifestação da função legislativa,

11 ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1969, p. 23.

12 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 317.

antes se revelam produtos da função administrativa¹³.

No sistema constitucional brasileiro, o Poder regulamentar tem previsão no inciso IV, do art. 84, da Constituição Federal de 88, que confere ao Presidente da República a competência privativa para “*sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”.

A Constituição do Império de 1824 (art. 102, XII) previu, dentre as principais atribuições do Imperador, a competência para expedir *decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis*. A Constituição Republicana de 1891 (art. 48, 1º), por sua vez, estabeleceu para o Presidente da República a competência para expedir *decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução*. Idêntica disposição apresentou a Constituição de 1934 (art. 56, §1º), a Carta de 37 (art. 74, a), a Constituição de 1946 (art. 87, I), a Constituição de 1967 (art.83, II) e a EC nº1/69 (art. 81, III), apenas com a supressão da expressão “instrução”.

Importante notar que as disposições de todas as Constituições anteriores reproduzem o texto do inciso IV do art. 84 da Constituição Federal de 88, o que evidencia uma tradição, no sistema constitucional brasileiro, de subordinação do poder regulamentar ao disposto na lei.

A expressão “*expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*” quer significar que “aquele é gênero veiculador desta espécie”, e que constitui prerrogativa do chefe do Poder Executivo fazer uso de regulamentos para, fielmente, executar a lei, numa atitude restritiva, portanto, vinculada ao mandamento legal.

Decreto é a forma que se revestem todos os atos do chefe do Poder Executivo. Em outras palavras, o decreto é fórmula em que o chefe do Poder Executivo emana atos normativos e concretos. Nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,

13 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 909.

os que expressam regras jurídicas gerais e abstratas, de caráter impessoal, de denominam regulamentares; e os que expressam regras jurídicas especiais e concretas, de caráter pessoal, se denominam decretos simplesmente¹⁴.

O regulamento deve, necessariamente, ser veiculado por decreto. Na expressão de Geraldo Ataliba¹⁵, “decreto é a forma, o continente; regulamento, a matéria, o conteúdo”. Para Victor Nunes Leal¹⁶, o decreto é, portanto, a denominação genérica do ato praticado pelo chefe do poder executivo. A forma tradicional é redigir o regulamento em texto separado e baixar-se um decreto que o aprova, mas nada impede que o texto seja um só, isto é, que os preceitos do regulamento estejam consubstanciados no próprio decreto.

No Brasil, o poder regulamentar é exercido pelo chefe do Poder Executivo, sem delegação a outra autoridade, conforme se deduz da leitura do parágrafo único do art. 84 da Constituição de 88 (*O Presidente poderá delegar atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estados, ao Procurador Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações*).

3 Regulamento

3.1 Conceito de regulamento

No Brasil, regulamento é expressão do Poder regulamentar. Constitui ato normativo, de competência privativa do chefe do Poder Executivo, para expedição de normas gerais complementares de lei, no sentido de torná-las operativa, sem, contudo, inovar, originariamente, o ordenamento jurídico. O regulamento, portanto, é ato de natureza infralegal, meramente ancilar e secundário, pois limitado aos comandos da lei.

14 MELLO, op. cit., p. 483.

15 ATALIBA, Geraldo. Poder Regulamentar no Executivo. Revista de Direito Público. São Paulo. n. 57-58, v.14, 1981, p.189.

16 LEAL, Victor Nunes. Problemas de Direito Público. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.69.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, regulamento é:

Ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demanda atuação da Administração Pública¹⁷.

De acordo com Anna Cândida da Cunha Ferraz, regulamentos são “prescrições práticas que têm por fim preparar a execução das leis, completando-as em seus detalhes, sem lhes alterar, todavia, nem o texto, nem o espírito”¹⁸.

Vale destacar as lições de Geraldo Ataliba,

Regulamento é ato administrativo normativo, veiculado por decreto, expedido no exercício da função regulamentar, contendo disposições, dirigidas aos subordinados do editor, regulando (disciplinando) o modo de aplicação das leis administrativas, cuja execução lhe incumbe¹⁹.

O regulamento não deve ser confundido com os demais atos normativos (resoluções, instruções, portarias), porque aquele é elaborado pelo chefe do Poder Executivo e esses, por autoridades de escalão mais abaixo, investidas de poderes menores. Para Irene Nohara,

O poder normativo engloba o poder regulamentar, mas não se esgota nele, pois, além do decreto regulamentar, há outras formas de expressão de sua competência normativa, tais como resoluções, portarias, deliberações, instruções etc. Todavia, os efeitos destes últimos atos, diferente do regulamento, se restringem ao âmbito de atuação do órgão que os expede. Além do alcance mais limitado, estes atos normativos não são editados pelo chefe do Poder Executivo²⁰.

17 MELLO, op. cit., p. 325.

18 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre Poderes. O Poder Congressual de sustar os atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 68.

19 ATALIBA, op. cit., p. 187.

20 NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2005, p. 33.

3.2 Pressupostos do regulamento

Nem toda lei é regulamentada. Para que o regulamento seja válido é preciso que haja, previamente, uma lei que comporte regulamentação. As leis auto-executáveis, que são aplicadas diretamente, como as que “conferem poderes, estabelecem garantias e prescrevem proibições”, não são passíveis de regulamentação.

Para Geraldo Ataliba,

A expressão do poder regulamentar – que a Constituição confere ao Presidente da República – é o regulamento, ato administrativo normativo, tendo por pressuposto a existência da lei e cabimento técnico desta regulamentação. É a lei, pois, um *præius* necessário e insubstituível. Mas, não basta sua simples existência, para que se justifique o exercício desta faculdade. É ainda exigido que a lei comporte ou exija regulamentação²¹.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,

Há leis que independem de regulamentos para a sua aplicação. Diz-se leis auto-executáveis. Salvo disposição em contrario, nesta categoria estão as que conferem poderes, estabelecem garantias e prescrevem proibições. Outras, no entanto, necessitam de regulamento, para tornar possível a sua aplicação²².

Além disso, é importante que a lei a ser regulamentada disponha sobre matéria relacionada às atribuições do chefe do Poder Executivo. O chefe do Poder Executivo, como liderança, comando e chefia do aparelho administrativo do Estado, não poderá regulamentar leis que não lhe cabe executar. Então, somente se admite regulamentação das leis administrativas que digam respeito à administração, cuja execução incumbe, precipuamente, ao chefe do Poder Executivo.

²¹ ATALIBA, op. cit., p. 26-27.

²² MELLO, op. cit. p. 320.

Já dizia Marcello Caetano, regulamento é uma “norma jurídica de caráter geral e execução permanente, dimanada de uma autoridade administrativa, sobre matéria própria de sua competência²³”.

Como esclarece Geraldo Ataliba,

Ora, nada tem o Presidente da República, examine-se sistematicamente suas atribuições e competências – quer com a execução das leis processuais, quer com a correta execução das leis comerciais e civis, por exemplo. [...] Pelas mesmas razões, nada tem a ver com as relações, mesmo administrativas, que estabelecem entre Estados, Municípios e seus administrados, ainda que com fundamento em lei do Congresso – neste caso, lei nacional. Por isso não pode regulamentar estas espécies legais²⁴.

A respeito dos pressupostos do regulamento, conclui o autor:

O regulamento (sempre veiculado por decreto) só existe quando haja lei prévia, exigente de regulamentação. Em segundo lugar, conforme o conteúdo desta, pode não haver matéria nenhuma a ser regulamentada²⁵.

3.3 Destinatários do regulamento

Na organização do aparelho administrativo do Estado, o Presidente da República edita atos de caráter geral e abstrato, dirigidos diretamente a todos os seus subordinados, que são os órgãos e os agentes integrantes da Administração Pública. Para o perfeito funcionamento do organismo administrativo, o chefe do Poder Executivo se vale, então, do seu principal veículo normativo - o regulamento, dirigido aos seus subordinados. Nessa medida, o regulamento constitui importante ato normativo do “poder de

23 CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 10.ed. Coimbra: Almedina, 1997. Tomo 1. p. 95.

24 ATALIBA, op. cit., p. 28.

25 Ibid., op. cit. p. 24.

instrução” do chefe do Poder Executivo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

O chefe do Poder Executivo, exercendo o seu poder hierárquico, restringe os comportamentos possíveis de seus subordinados e especifica para os agentes da Administração, a maneira de proceder. Destarte, uniformiza, processual e materialmente, os comportamentos a serem adotados em face dos critérios que elege e das pautas que estabelece para os órgãos e agentes administrativos²⁶.

Os destinatários dos regulamentos são, portanto, os subordinados do editor. Vale dizer, o regulamento emanado do Presidente da República obriga, *a priori*, apenas os servidores da União, e não dos Estados e Municípios, em razão do princípio da hierarquia.

Contudo, não só os órgãos e agentes públicos são atingidos pelo regulamento. Os administrados, não subordinados hierarquicamente ao editor, podem ser colhidos, indiretamente, pelos preceitos regulamentares, quando a lei os obrigar a se relacionar com os órgãos e os agentes que integram a Administração Pública. Mas só nessa medida.

A respeito dos administrados, esclarece Geraldo Ataliba,

Os precípuos destinatários dos regulamentos são os subordinados do editor, que sobre eles tem poder hierárquico. Os administrados só são sujeitos aos preceitos regulamentares, na medida em que, pela lei, devem tratar com os servidores públicos, e só nessa medida. Os administrados não são subordinados ao chefe do Poder Executivo. Não devem acatamento às suas ordens²⁷.

3.4 Alcance do regulamento

O regulamento não se limita a reproduzir, literalmente, os

²⁶ MELLO, op. cit., p. 335.

²⁷ ATALIBA, op. cit., p. 189.

termos da lei. Seria inútil, se assim fosse entendido. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o regulamento pode estabelecer regras orgânicas e processuais para órgãos e agentes administrativos, elucidar, com base em critérios técnicos, os fatos, as situações ou os comportamentos enunciados na lei de forma vaga, e, inclusive, explicar didaticamente o conteúdo da lei.

Há leis que demandam regramento do aparelho administrativo para melhor execução do texto legal. Nesse caso, os regulamentos estabelecerão as regras orgânicas e processuais a serem observadas por órgãos e agentes administrativos, com especificação do “modo de proceder”, no sentido de estabelecer uma uniformidade de procedimentos, para fins de disciplinar a discricção administrativa. É a Administração vinculando a si própria.

Esse padrão de conduta pode ser notado nos regulamentos do imposto de renda, que estabelecem o *modus procedendi* para tornar praticável a lei instituidora do imposto federal. No regulamento constarão as especificações sobre os formulários das declarações, o lugar, prazo e horário para entrega das declarações, o modo de apresentação dos lançamentos tributários etc.

Nesse sentido, assevera Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,

Regulamentos são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto Poder Público. [...] Assim, os regulamentos hão de ter por conteúdo regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes de lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada²⁸.

28 MELLO, op. cit., p. 303 e 314.

Outras leis, por sua vez, demandam um regramento esclarecer, elucidar, com exatidão, os fatos, situações ou comportamentos enunciados de forma vaga na lei, no sentido de limitar a discricção administrativa dos órgãos e agentes administrativos, com uniformidade de averiguações técnicas. Essa produção normativa de caracteres de exatidão exigirá aplicação de regras próprias de ramos do saber científico, como a medicina, a química, a economia etc.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

Sirvam de exemplo – para referir hipóteses lembradas por Geraldo Ataliba – regulamentos que caracterizam certas drogas como prejudiciais à saúde ou medicamentos como potencialmente perigosos; os que a bem da salubridade pública, delimitam o teor admissível de certos componentes em tais ou quais produtos; os que especificam as condições de segurança mínima nos veículos automotores e que estabelecem condições de defesa contra fogo nos edifícios²⁹.

Por fim, há leis que demandam apenas uma explicação didática do seu texto, uma enunciação analítica do enunciado na lei, sem qualquer restrição à discricção administrativa. É o que ocorre com os regulamentos que exemplificam quais são os servidores remunerados por subsídios, para melhor aplicação da lei que apenas fixou impedimento a eles.

Dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello:

Aqui, ainda é mais evidente sua função interpretativa, que será, no que a isto concerne, exclusivamente interpretativa, cumprindo meramente a função de explicitar o que consta da norma legal ou explicar didaticamente seus termos, de modo a ‘facilitar a execução da lei’, expressões, estas, encontráveis, habitualmente, nos conceitos doutrinários correntes sobre regulamento³⁰.

29 MELLO, op. cit., p. 344.

30 MELLO, op. cit., p. 347.

3.5 Regulamento e atos administrativos executivos

Deve-se tomar cuidado com os “supostos” regulamentos que, na verdade, são atos administrativos executivos. Regulamentos são atos normativos, portanto, de caráter geral e abstrato, expedidos pelo chefe do Poder Executivo, para fiel execução da lei. Regulamentos de efeitos concretos, com destinatários e situações de aplicação determinados, não podem ser considerados, propriamente, regulamentos, mas atos administrativos executivos, ainda que emanados na forma de decreto.

Na expressão de Enterría e Fernández, os atos administrativos executivos são “algo ordenado e não ordenamental”.

Dispõem os autores:

La distinción más obvia entre el Reglamento y el acto es que aquél forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo “ordenado”, producido en el seno del ordenamiento y por éste previsto como simple aplicación del mismo. La distinción es normalmente visible por si misma, especialmente porque la individualización de la norma que cumple el acto se traduce en que éste suele presentarse con un destinatario concreto (la sanción administrativa se impone a una persona determinada, la licencia se otorga a un peticionario concreto, el nombramiento o la jubilación de un funcionario se disciernen em favor de alguien com su nombre y apellidos), en tanto que los Reglamentos, como las normas por lo común, suelen hablar um lenguaje impersonal y abstracto³¹.

Nesse sentido, demonstra Jorge Manuel Coutinho de Abreu que a administração pode produzir “actos gerais e abstractos, actos gerais mas concretos, e actos abstractos mas individuais

31 ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 184-185.

(além, é claro, de actos individuais e concretos)³²". Contudo, apenas os primeiros podem ser regulamentos; os demais, não passam de meros atos administrativos executivos.

3.6 Diferenças entre lei e regulamento

Para Victor Nunes Leal³³, não há diferença substancial entre regulamento e lei, pois o regulamento, exatamente como a lei, possui natureza normativa, de conteúdo genérico e aplicação geral. A distinção reside no aspecto formal, na subordinação do regulamento à lei. Dentro do sistema de hierarquia das normas, o regulamento é ato secundário, inferior, de aplicação, que dá disposições administrativas tendentes à fiel execução da lei.

A distinção ente o critério formal e critério material é fértil para o jurista, porque a hierarquia existente entre lei e regulamento, assim como entre constituição e lei, é só de natureza formal. Para que o regulamento seja invalidado é preciso que contrarie disposições de uma lei formal; para que as leis deixem de ser aplicadas, é necessário que ofendam disposições do texto constitucional³⁴.

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁵ assevera que o

regulamento é um ato normativo. Estabelece normas gerais e impessoais, motivo porque é materialmente uma lei. Entretanto, é um ato normativo secundário, no sentido de que sua força não provém diretamente da Constituição e sim da lei já subordinada à Constituição.

32 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Sobre os regulamentos administrativos e o Princípio da Legalidade. Coimbra: Almedina, 1987, p. 23.

33 LEAL, op.cit., p.65.

34 COUTO E SILVA, Almiro do. Importação de Bens Usados – Proibição – Regulamento Autônomo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 205, jul./set., 1996, p. 66.

35 FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 427.

A respeito dos regulamentos, explica José Cretella Júnior:

Na hierarquia das normas, representam os regulamentos o grau mais alto na esfera administrativa, logo abaixo das normas legais, sendo a complementação destas. Pelo nosso sistema constitucional são os regulamentos aprovados por decreto executivo e a sua amplitude só encontra limites nos textos legais regulamentados³⁶.

Vale destacar, como critério de distinção entre lei e regulamento o caráter inovador e inaugural da lei, conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] não é apenas a posição de supremacia da lei ao regulamento que os discrimina. Essa característica faz com que o regulamento não possa contrariar a lei e firma seu caráter subordinado em relação a ela, mas não basta para esgotar a dissepção entre ambos no Direito brasileiro. Há outro ponto diferencial e que possui relevo máximo e consiste em que – conforme averbação precisa do Prof. O. A. Bandeira de Mello – só a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica³⁷.

4 Tipos de Regulamentos na Constituição de 88

4.1 Regulamento executivo

O regulamento que o sistema constitucional brasileiro admite no inciso IV do art. 84 da Constituição de 88, como expressão do Poder regulamentar, é o de execução. Assim, no direito brasileiro, o regulamento executivo exige a existência de lei, porque contém normas para sua fiel execução. Como observa Victor Nunes Leal³⁸, “para expedir os regulamentos executivos, não necessita o poder executivo de cláusula legislativa especial que lho autorize. Trata-se de competência constitucional genérica e originária”.

36 CRETELLA JUNIOR, José. Direito Administrativo no Brasil. Atos e Contratos Administrativos. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p. 111.

37 MELLO, op. cit., p.326.

38 LEAL, op. cit., p. 80.

Os regulamentos executivos, na expressão de Pimenta Bueno³⁹,

[...]são, pois atos do poder executivo, disposições gerais revestidas de certas formas, que determinam os detalhes, os meios, as providências necessárias para que as leis tenham fiel execução em toda a extensão do Estado. São medidas que regulam a própria ação do poder executivo, de seus agentes, dos executores, no desempenho de sua missão; são atos, não de legislação, sim, de pura execução, e dominados pela lei.

4.2 Regulamento autônomo e a EC nº32/01

O art. 84, inciso VI, da Constituição Federal de 88, alterado pela EC nº32/01, estabelece que, compete privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Indaga-se, na doutrina, a respeito da natureza jurídica desse decreto inserto no texto constitucional. Seria regulamento autônomo?

Celso Bastos⁴⁰, os regulamentos autônomos independem de lei que os fundamente, extraem validade diretamente da Constituição, são realizados pelo Executivo, para a expressão de sua competência sobre matéria não reservada à lei e inovam a ordem jurídica, equivalendo-se a uma lei baixada pela Administração.

No sentido de que regulamentos são verdadeiras leis, dispõe Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,

39 BUENO, apud Almiro do Couto e Silva, p. 307.

40 BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo; Saraiva, 1989, p. 336.

Os regulamentos independentes ou autônomos, na verdade, são verdadeiras leis, e assim chamados tão-somente porque emanados pelo Poder Executivo, pois não constituem desenvolvimento de qualquer lei ordinária, mas correspondem ao exercício da prerrogativa de legislar a ele reconhecida com base no Direito Constitucional⁴¹.

Importante destacar o sistema jurídico francês, que consagrou, definitivamente, na Constituição de 1958, os regulamentos autônomos ou independentes. Na França, o ordenamento constitucional disciplina, em *numerus clausus*, as matérias privativas de lei (art. 34) e deixa as demais para os regulamentos (art. 36). Em outras palavras, o texto da Constituição francesa autoriza, expressamente, o Executivo a expedir regulamentos autônomos em matérias excluídas das atribuições do Parlamento. Como observa Couto e Silva⁴², “não será exagero afirmar que, nesse contexto e no quadro geral das normas jurídicas, os regulamentos passaram a ser regra e as leis a exceção”.

No Brasil, publicistas como Diógenes Gasparini, Maria Sylvania Zanella Di Pietro e, recentemente, Eros Grau, sustentam a existência de regulamentos autônomos no ordenamento constitucional, a partir da EC nº32/01.

A respeito da previsão dos regulamentos autônomos, dispõe Diógenes Gasparini,

Esses regulamentos, entre nós, ora existiram, ora não. Desapareceram com a Constituição Federal de 1988, mas parecem retornar na medida em que a Emenda Constitucional n.32/01 deu nova redação ao inc. VI do art. 84 dessa Lei Maior e lhe acrescentou as alíneas a e b⁴³.

Como observa Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “no direito

41 MELLO. op. cit., p. 303-304.

42 COUTO E SILVA, op. cit., p. 310.

43 GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 126.

brasileiro, excluída a hipótese do art. 84, VI, com redação dada pela EC nº32, só existe o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Poder Executivo⁴⁴.

Eros Grau, utilizando-se da classificação material das funções estatais (função normativa, função administrativa e função jurisdicional) admite, de forma implícita, os regulamentos autônomos na ordem jurídica, porque decorrentes da função normativa, que consiste na produção de normas jurídicas. Para ele:

Regulamentos autônomos ou independentes são os que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa implícita no texto constitucional, importam exercício de função pelo Executivo para o fim de viabilizar a atuação, dele, no desenvolvimento de função administrativa de sua competência: envolvem, quando necessário, inclusive, a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa⁴⁵.

Vale destacar opinião de Hely Lopes Meirelles, que sempre defendeu, antes mesmo da EC nº32/01, a existência de regulamentos autônomos *praeter legem*, que visam suprir omissão do legislador (lacuna legal), a respeito de matérias de reserva da Administração, desde que não invadam a reserva da lei. Por reserva da Administração deve-se entender, na expressão de Canotilho, o núcleo funcional da administração resistente à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento.

Para o autor,

Regulamento autônomo ou independente é o que dispõe sobre matéria ainda não regulada especificamente em lei. A doutrina aceita esses provimentos administrativos

44 PIETRO, op. cit., p. 92.

45 GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 253.

praeter legem para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as *reservas da lei*, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas⁴⁶.

Em posição diametralmente contrária aos regulamentos autônomos, discorre Geraldo Ataliba,

É até ridículo que um brasileiro, tratando da faculdade regulamentar, à luz do nosso direito, abra um tópico sob tal designação. Tão ridículo como seria criar um capítulo sobre a inspiração de Alah a ação dos seus delegados-governantes. Nos dois casos, a finalidade de menção seria afirmar o não cabimento do próprio estudo, pela inexistência de reconhecimento constitucional e esses institutos⁴⁷.

Nesse contexto, Almiro do Couto e Silva sustenta:

[...]notadamente, sob a Constituição de 1988, é claríssima sua repulsa a outra modalidade, espécie ou tipo de regulamente que não seja o de execução das leis. Não há, em nenhuma hipótese ou circunstância, lugar para o poder regulamentar geral, ao estilo francês, para os regulamentos autônomos, ou para fonte originária do direito que não seja a lei⁴⁸.

Não obstante, numa análise apurada das hipóteses previstas no art. 84, inciso VI da Constituição Federal de 88, reconhecemos a existência de regulamentos autônomos apenas na alínea “a” do referido dispositivo, porém sem os contornos do direito europeu. É que o ordenamento jurídico não admite a competência normativa autônoma do Executivo que inova, de forma inicial, a ordem jurídica. O que se verifica é uma “criação *intra muros*” do Executivo, respeitada, portanto, a legislação existente.

Nos termos da alínea “a” do inciso VI, do art. 84 da

46 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 162.

47 ATALIBA, op. cit., p. 197.

48 COUTO E SILVA, op. cit., p. 311.

Constituição Federal de 88, os regulamentos autônomos prestam a reger o funcionamento interno da Administração Pública, naquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina de “arranjo intestino” dos órgãos e competências já criados por lei. O novo dispositivo constitucional, introduzido pela EC 32/01, confere poderes restritos ao Presidente da República, limitados à organização e funcionamento dos órgãos da administração pública por decreto, já que a criação e extinção deles dependem de lei, o que não ofende o princípio da legalidade.

Nesse sentido, perquire Celso Antônio Bandeira de Mello:

Se o Chefe do Executivo não pode nem criar nem extinguir órgãos, nem determinar qualquer coisa que implique aumento de despesa, que pode ele, então, fazer, a título de dispor sobre organização e funcionamento da Administração Federal? Unicamente transpor uma unidade orgânica menor que esteja encartada em unidade orgânica maior para outra destas unidades maiores – como, por exemplo, passar um departamento de um dado Ministério para outro Ministério ou para uma autarquia, e vice-versa [...] ⁴⁹.

Por outro lado, a alínea “b”, do inciso VI, do art. 84 da Constituição Federal de 88, definitivamente, não traduz competência regulamentar autônoma do Executivo. A extinção de funções ou cargos públicos vagos implica, na verdade, na produção de ato de efeitos concretos, que não se coaduna com a natureza normativa do regulamento, de estabelecimento de normas sobre a matéria.

Sustenta, com acerto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

A competência, quanto a alínea *a*, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública continua a depender de lei, conforme art. 88, alterado pela Emenda Constitucional nº32. Quanto à alínea *b*,

49 MELLO, op. cit., p. 324.

não se trata de função regulamentar, mas típico ‘ato de efeitos concretos’, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não estabelecer normas sobre matéria⁵⁰.

Vale destacar que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, nas ADI 2857-0 e ADI 3254-2, reconhece a iniciativa do chefe do Poder Executivo, mediante decreto, apenas na elaboração de normas que remodelam as atribuições de órgãos pertencentes à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação, tal como prevê a alínea “a” do inciso VI do art. 84 da Constituição Federal de 88.

[...]Vale dizer, a criação e extinção de órgãos da administração pública depende de Lei, de iniciativa do Poder Executivo. E, uma vez criado o órgão, sua organização e funcionamento será regulado por Decreto (art. 84, VI) (ADI 3254-2, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2-12-05).

Inclusive, na ADI 3232-1, reconhece que o decreto previsto na alínea “a” do inciso VI, do art. 84 da Constituição Federal, tem natureza de ato normativo derivado, que não inova, de forma inicial, a ordem jurídica. Dispõe o Min. relator Cezar Peluso,

Ora, escusa advertir que decreto expedido no exercício de competência regulamentar do chefe do Poder Executivo não é lei em sentido formal, nem ato normativo originário ou independente, mas derivado, cuja eventual inovação necessária na ordem jurídica não pode implicar criação de direitos nem de obrigações, objeto de competência legiferante privativa da Constituição ou da lei, pois se preordenada a prever normas tendentes a viabilizar as formas de execução desta ou daquela por parte do Executivo (ADI 3232-1/TO, rel. Min. César Peluso, DJE 3-10-08).

50 PIETRO, op. cit., p. 92.

5 Conclusão

No Brasil, de acordo com o sistema de hierarquia das normas, sempre se entendeu que os regulamentos e, pois, também os demais atos normativos infralegais, como portarias, circulares, resoluções, estão condicionados pela lei. Como observa Almiro do Couto e Silva⁵¹, desde a Constituição do Império não se modificou, substancialmente, no quadro da hierarquia das normas e dos vínculos de supremacia e subordinação entre elas estabelecidos, as posições ocupadas pelas leis e pelos atos normativos infralegais, dentre os quais se destacam os regulamentos.

Assim, assevera Victor Nunes Leal,

Há, pois, nos regimes de constituição rígida, ou melhor, nos regimes de supremacia da Constituição sobre as leis, uma hierarquia das normas obrigatórias vigentes no Estado. Essa hierarquia, como é sabido, tem três graus: a) constituição; b) leis; c) regulamento. Nessa gradação, a generalidade acompanha a obrigatoriedade. A Constituição é mais genérica do que a lei e prima sobre ela; a lei é mais genérica do que o regulamento, e está em plano superior ao deste⁵².

O regulamento, como ato normativo infralegal, não pode estabelecer normas *contra* ou *ultra legem*. Não pode inovar, de forma inicial, a ordem jurídica, como a lei o faz. Não pode criar direitos, obrigações, proibições, nem medidas punitivas. Afinal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei (art. 5º, II). O regulamento, ao contrário, tem que se limitar a estabelecer as normas sobre a forma como a lei será cumprida pela Administração Pública, sob pena de sofrer controle dos excessos.

O Executivo exorbita do Poder Regulamentar sempre que

51 COUTO E SILVA, op. cit., p. 307.

52 LEAL, op. cit., p. 62-63.

contraria a lei. Para Almiro de Couto e Silva⁵³, a contrariedade da lei ocorre

tanto quando o regulamento dispuser de forma distinta do que dispõe a lei, criando, por exemplo, direitos e obrigações que ela não previu, como, quando, na ausência ou no silêncio da lei, editar regras jurídicas novas. Nas duas hipóteses tem o Congresso Nacional a faculdade de sustar os atos normativos do Poder Executivo.

O art. 49, inciso V da Constituição Federal de 88, outorga competência exclusiva ao Congresso Nacional para “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar*”. Por sustar deve-se entender “suspender”. Trata-se de controle político, que será exercido diretamente pelo Legislativo, não podendo ir além da sustação da eficácia do ato normativo, pois a declaração da nulidade competirá ao Judiciário fazê-la.

Como esclarece Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵⁴,

o preceito em exame confere ao Congresso Nacional competência para, por meio de decreto legislativo, suspender a eficácia de atos normativos do Poder Executivo. Ato este que há de ser normativo, ou seja, que estabeleça normas gerais, suscetíveis de aplicação a uma generalidade de casos. Ato individual, portanto, não pode ser sustado pelo Congresso Nacional.

A respeito do controle político exercido pelo Poder Legislativo sobre a Administração, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[...]essa atribuição, prevista no art. 49, inciso V, constitui inovação da Constituição de 1988, da maior relevância,

53 COUTO E SILVA, op. cit., p. 312.

54 FERREIRA FILHO, op. cit., p. 300.

porque permitirá ao Poder Legislativo controlar, mediante provocação ou por iniciativa própria, a legalidade dos atos normativos do Poder Executivo, sustentando os seus efeitos independente de prévia manifestação do Poder Judiciário⁵⁵.

Na doutrina, não há dúvidas com relação ao controle judicial de constitucionalidade e legalidade do regulamento que contraria lei. Contudo, o Supremo Tribunal Federal⁵⁶ fixou entendimento de que o regulamento executivo que, a pretexto de complementar determinada matéria legal, vier a extrapolar o seu âmbito de incidência, incidirá apenas em ilegalidade, afastando a análise de constitucionalidade que a questão poderia dar ensejo.

Dentro do contexto, dispôs o relator Min. Celso Mello:

Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha permanecido *citra legem*, que, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizará, sempre típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata (ADI 996-6-DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 06-05-94).

No sistema jurídico brasileiro, os regulamentos são, indiscutivelmente, normas de hierarquia inferior à lei. Nesse sentido, o primeiro confronto há de ser em relação à lei, e não à Constituição, ainda que se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, potencial violação a Carta Magna. O regulamento executivo que inova ou contraria disposição legal, para o Supremo Tribunal Federal, hoje, é considerado ilegal, e não inconstitucional, inviabilizando a utilização da fiscalização normativa abstrata.

55 PIETRO, op. cit., p. 740.

56 Vide ADI 311, ADI 531-AgRg; ADI 536; ADI 996-6, ADI 1253.

Abstract: Understanding the regulatory authority in the Brazilian legal system means understanding the limits of executive action. For the demarcation of the concept, rationale, recipients and scope of the regulations, it is necessary to emphasize the doctrine of separation of powers, which limits the administrative functions exercised by the Executive and ensures control of the exercise of state activity, the principle of legality, which makes the state action with the law and the system of hierarchy of legal norms establishing the supremacy of the law on the regulations.

Keywords: Separation of powers. Power regulations. Regulation. Law and regulation.

Referências

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1969.
- _____. Poder Regulamentar no Executivo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n.57-58, 1981.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10.ed. Coimbra:Almedina, 1997. Tomo 1.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Importação de Bens Usados – Proibição – Regulamento Autônomo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de

Janeiro: Renovar, v. 205, jul./set., 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo no Brasil. Atos e Contratos Administrativos*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes. O Poder Congressual de sustas os atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. v. 11. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967 com a emenda nº1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo III

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

VISSCHER, S. Paul. *Les Nouvelles Tendances de la Démocratie Anglaise*. Paris, 1947.

Uma perspectiva constitucional acerca do §7º do art. 273 do Código de Processo Civil

*Larissa Vianez Figueira**

Sumário: 1 Introdução. 2 Fundamentação Teórica. 3 Tutelas provisórias: antecipada e cautelar. 4 A fungibilidade estabelecida pelo §7º do art. 273 do CPC. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: Trata-se de artigo jurídico sobre a norma inscrita no §7º do art. 273 do CPC, a qual estabelece apenas a possibilidade de substituição da tutela antecipada pela medida cautelar, deixando de prever a hipótese de fungibilidade em sentido inverso. É a partir desta lacuna legal que se torna de grande importância identificar como a aludida norma vem sendo interpretada à luz dos ditames constitucionais, pois, como é sabido, todo o ordenamento jurídico brasileiro é pautado na Constituição Pátria de 1988, nossa Lei Maior. É de se notar que, diante da vigente concepção acerca dos institutos do “processo” e da “ação”, como meios de se alcançar a efetividade da tutela jurisdicional, faz-se imperioso admitir a chamada fungibilidade pela “via de mão dupla”.

Palavras-chave: Tutelas Provisórias. Fungibilidade. Constituição.

1 Introdução

A Constituição Brasileira, no inciso XXXV de seu art. 5º, assegura o acesso à justiça, mas não apenas formalmente e sim a uma tutela efetiva e adequada. Por sua vez, o inciso LXXVIII do mesmo dispositivo constitucional assegura a celeridade processual necessária à efetividade da proteção jurisdicional.

É nesse contexto, então, que devem ser compreendidas as chamadas tutelas de urgência, por meio das quais o Estado-Juiz, diante de uma situação emergencial, possui adequadas ferramentas para evitar que a morosidade processual

* Agente Técnico Jurídico do Quadro de Pessoal Efetivo do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

comprometa a efetividade da tutela jurisdicional.

Dentre as tutelas de urgências, encontram-se as cautelares e as antecipadas. As primeiras possuem caráter assecuratório, visando assegurar a eficácia e o resultado útil de um processo, enquanto que as segundas têm natureza satisfativa e antecipam o próprio direito material discutido em juízo.

Não obstante cada uma possua as suas peculiaridades, ambas integram um só gênero, tendo sido concebidas para evitar o perigo de dano pela demora do processo, e, por essa razão, na prática, em muitos casos, há certa dificuldade em descobrir, com rigor, qual das duas espécies deve ser adotada. Diante de tais impasses, muitos prejuízos foram sendo suportados pelos jurisdicionados, cujos pedidos de tutelas emergenciais foram diversas vezes indeferidos em nome de um tecnicismo exacerbado.

Sensível a tal problemática, a Lei nº 10.444/2002 inseriu o §7º no art. 273 do Código de Processo Civil, admitindo-se a chamada “fungibilidade” (substituição) da tutela requerida em juízo por aquela efetivamente pretendida.

No entanto, o texto literal da referida norma previu apenas uma única hipótese: aquela em que o autor, a título de antecipação de tutela, requer providência de natureza cautelar. Com isso, restou a dúvida quanto à possibilidade ou não da fungibilidade em sentido inverso. Daí a importância do estudo acerca do tema para se conhecer qual a interpretação do dispositivo legal mais condizente com o atual panorama constitucional.

Logo, a questão que interessa ao presente artigo é: *Como se tem interpretado o §7º do art. 273 do Código de Processo Civil, à luz do sistema constitucional vigente?*

Sendo assim, o objetivo geral deste estudo é justamente analisar, com base nos princípios constitucionais, o fenômeno da conversibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Dentre os objetivos específicos, busca-se, primeiramente,

traçar um esboço acerca da visão constitucional a respeito do processo, do direito à ação e à tutela jurisdicional. Em seguida, procura-se descrever as semelhanças e características diferenciadoras entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, bem como as dificuldades em estabelecer distinções práticas entre ambas. E, por fim, almeja-se avaliar, diante do atual panorama constitucional, o fenômeno da fungibilidade das tutelas de urgência, previsto no §7º do art. 273 do Código de Processo Civil.

Para tanto, o artigo será dividido em três capítulos: *Fundamentação Teórica*, onde será identificado, de modo geral, o posicionamento constitucional em relação ao processo, ao direito de ação e à efetividade da tutela jurisdicional, ressaltando-se a evolução histórica e a nova concepção acerca dos referidos temas; *Tutelas Provisórias: Antecipada e Cautelar*, onde serão caracterizadas a tutela antecipada e a medida cautelar, polemizando seus aspectos diferenciadores e analisando criticamente o rigor técnico com que são tratadas; *A Fungibilidade estabelecida pelo §7º do Art. 273 do CPC*, onde, enfim, será apreciada a conversibilidade das tutelas de urgência, explicando-se como o dispositivo infraconstitucional vem sendo interpretado de modo a se adequar à linha de raciocínio constitucional.

2 Fundamentação teórica

Sabe-se que o homem não vive isolado, mas, ao contrário, depende da sociedade para sobreviver, pois é um ser coexistencial que precisa da interação e da troca de experiências. No meio social, a criatura humana, em constante transformação, age em função da necessidade de alcançar melhores condições de vida, o que gera, inevitavelmente, conflitos intersubjetivos de interesses. Torna-se, então, indispensável a busca de formas capazes de solucionar tais desavenças, e é daí que vem a importância do

Direito, o qual, por sua vez, possui a tarefa de harmonizar as relações sociais e coordenar os interesses controversos.

Nos primórdios da civilização, os litígios eram solucionados através da *autocomposição*, ou, principalmente, da *autotutela*. A primeira, que existe ainda hoje, consiste no meio pelo qual um dos litigantes ou ambos abrem mão de seus interesses ou parte deles, enquanto que a segunda é caracterizada por uma solução imposta de forma arbitrária e violenta por uma das partes conflitantes. Esta última era o regime que prevalecia antigamente, pois não existia um Estado forte capaz de se sobrepor às vontades dos particulares e impor o cumprimento do direito. No entanto, esta forma de composição de conflitos não garantia a justiça e ameaçava a ordem social, visto que o mais forte sempre vencia o mais fraco. Necessitava-se, assim, de uma maior interferência do Direito para que cada indivíduo tivesse sua conduta limitada e regrada.

Diante de tal situação, o sistema da autotutela foi sendo abandonado com o decorrer do tempo, e, pouco a pouco, a vingança privada foi dando lugar à *arbitragem*, através da qual as partes, em comum acordo, escolhiam um árbitro, pessoa da confiança de ambas, para resolver seus conflitos de modo imparcial e amigável. Na vigência desse regime, o Estado ainda não tinha autoridade suficiente para se sobrepor aos indivíduos.

Ocorre que, após os períodos arcaico e clássico do direito romano, com o fortalecimento significativo do Estado, este passou a impor autoritativamente a solução dos litígios, chamando para si a denominada jurisdição. Consequentemente, o ente estatal tornou-se responsável pela tutela dos direitos, cabendo-lhe agir em substituição às partes e dar a cada um o que lhe era devido, da maneira mais justa e pacífica possível.

Para tanto, o Estado passou a dispor do *processo* e os indivíduos da *ação*. Impedidos os particulares de fazer justiça com as próprias mãos, o *processo* surge como o meio

a ser utilizado pelo Estado-Juiz para o exercício da atividade jurisdicional e a *ação* nasce como o instrumento a ser empregado pelos indivíduos para o ingresso em juízo e a busca da justiça.

A concepção acerca do processo e da ação evoluiu ao longo do tempo. Inicialmente, e, mais precisamente, até meados do século XIX, acreditava-se que o próprio direito violado fazia aparecer o direito à ação, permitindo ao seu titular acionar o órgão judicial competente para fazer valer a norma no caso concreto. Assim, a ação era entendida como imanente ao próprio direito substancial, não se concebendo o direito à ação àquele que não fosse detentor do direito material (teoria imanentista da ação). Não havia, portanto, diferença entre direito material e direito processual, nem se cogitava da existência de uma relação jurídica processual distinta da relação jurídica de natureza substancial. O direito processual não possuía autonomia científica, tanto que o processo não era considerado de forma independente, mas sim como um mero aspecto de direito material. Esta foi a fase do *sincretismo*.

Posteriormente, com uma importante polêmica travada na década de 1850, na Alemanha, entre dois juristas de renome, Windscheid e Muther, surgiu a denominada fase *autonomista*. Nesse período, chegou-se à conclusão de que a ação e o processo eram autônomos em relação ao plano de direito material. A partir de então, aceitou-se a existência de uma relação jurídica processual independente da relação jurídica de direito material, reconhecendo-se definitivamente o direito processual como ramo científico autônomo, dotado de princípios, conceitos, institutos e métodos próprios. Diante de tal reconhecimento, essa fase foi marcada pela construção de diversas teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições da ação e os pressupostos processuais.

Embora essa segunda fase tenha contribuído significativamente para a ciência processual diante do estudo

de diversas teorias, houve um exagerado apego à forma em detrimento do objetivo maior do processo, pois este foi examinado através de uma visão puramente introspectiva, voltada apenas à sistematização dos institutos e às discussões doutrinárias demasiadamente técnicas e inócuas, absolutamente desprovidas de interesses pragmáticos e despreocupadas com a função processual pacificadora.

Nesse diapasão, com o amadurecimento de uma postura crítica em relação a esta perspectiva interna e tecnicista do processo, o direito processual, atualmente, vivencia a *fase instrumentalista*, na qual o processo passa a ser examinado sob um ponto de vista externo, isto é, em função de seus resultados. Hodiernamente, toma-se consciência de que o processo só existe em razão de seus fins sociais, políticos e jurídicos. Recorda-se que o Estado, ao invocar para si a atividade jurisdicional, retirando-a das mãos dos particulares, assumiu a missão de produzir a justiça e a paz social, motivo pelo qual se torna imprescindível uma postura estatal ativa capaz de eliminar concretamente as tensões sociais, que antes eram definidas pelos próprios litigantes.

Em outras palavras, percebe-se que, subtraído de cada pessoa o poder de utilizar a força e a violência para dirimir seus litígios, proteger seus direitos e satisfazer suas pretensões, o Estado obriga-se a dispor de instrumentos efetivos para a solução real dos conflitos de interesses. O processo, assim, passa a ser compreendido como um instrumento a serviço da sociedade e do direito material, de tal modo que, ao contrário da fase *autonomista*, neste terceiro período, ora em curso, há uma tendência à reaproximação do direito processual e do direito material, criando-se a mentalidade de que aquele só existe em função deste e não como um fim em si mesmo.

Dessa maneira, considerando que a importância real do processo está em seus resultados, mostra-se necessária a

utilização de meios que o torne efetivo, isto é, apto para servir como verdadeira e eficiente via ao fim que se propõe. Para isso, não bastaria um processo eminentemente técnico e com primor científico, mas sim eficaz e célere, capaz de alcançar os objetivos a que se destina. Vê-se, portanto, a necessidade de abandonar o culto exagerado aos aspectos formais do processo, que, ao invés de garantirem segurança, inibem a realização dos escopos processuais. Para tanto, procura-se, então, “*relativizar o valor das formas e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas*” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 44).

Nesse contexto, todo o sistema processual passa a ser orientado pelo ideal de efetividade, que, além do desapego às formas, demanda o uso de mecanismos voltados a garantir a proteção eficiente dos direitos materiais e a interferência concreta na vida das pessoas. Sob esse enfoque, a Constituição de 1988 previu o já tão falado *direito de ação* ou *direito de acesso à justiça*, como se vê no texto do inciso XXXV do seu art. 5º, segundo o qual nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (princípio da inafastabilidade da jurisdição). Tal direito de agir, dentro do atual panorama do direito processual, passa a conter um sentido bem mais amplo do que aquele pelo qual anteriormente era compreendido.

Agora, diante da nova concepção acerca do processo, a ação sofre uma mudança conceitual, de modo que a mesma passa a ser vista não mais como um mero direito à formulação de um pedido em juízo, mas, especialmente, um direito à realização concreta e efetiva do direito substancial requerido, quando reconhecida a procedência do pleito judicial.

Constata-se que o direito de ação constitui, na verdade, um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. E, como a efetividade da jurisdição só se dá no plano material da tutela dos

direitos, conclui-se que não basta, para o exercício do direito de ação, que o indivíduo possa invocar o Poder Judiciário, é preciso, ainda, que possa influir sobre o convencimento do juízo, obter um pronunciamento judicial (com ou sem resolução do mérito), e, enfim, alcançar a eficácia desse julgamento e a tutela concreta no menor espaço de tempo possível, através de meios executivos aptos, ou, até mesmo, mediante a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e a concessão de medidas cautelares (MARINONI, 2006, p. 215-221).

Nessa linha de raciocínio, verifica-se o dever do Estado-Juiz não só de prestar a atividade jurisdicional, mas também de exercê-la dentro de um prazo razoável, já que a morosidade processual pode tornar inútil a concessão do direito pleiteado. Daí porque a Emenda Constitucional nº 45/2004 agregou ao art. 5º da nossa Lei Maior o inciso LXXVIII, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios garantidores da celeridade de sua tramitação. Tal dispositivo constitucional mostra-se de inteira importância, uma vez que “a demora para a obtenção da tutela jurisdicional obviamente repercute sobre a efetividade da ação”, motivo pelo qual “a ação não pode se desligar da dimensão temporal do processo ou do problema da demora para a obtenção daquilo que através dela se almeja” (MARINONI, 2006, p. 224).

Por essa razão, à luz da idéia de efetividade que atualmente norteia os conceitos de processo e ação, é que se torna imperiosa a adoção pelo Poder Judiciário de técnicas processuais capazes de permitir a realização concreta e tempestiva da tutela de direito substancial.

3 Tutelas provisórias: antecipada e cautelar

Como é de notório conhecimento, a produção do resultado almejado pelo processo, que nada mais é do que a prestação da

tutela definitiva, demanda um considerável lapso de tempo, pois depende de um amplo e profundo debate em juízo (cognição exauriente). Como já visto, essa demora processual acaba por ocasionar consequências indesejáveis que comprometem a efetividade da tutela jurisdicional e a utilidade do processo. Dentre os prejuízos que ocasiona, pode-se destacar: o dano irreparável ou de difícil reparação diante da incompatibilidade entre a natureza do direito em jogo e a lentidão processual (ex: alimentos); e, a ocorrência de eventos que colocam em risco a futura realização do direito reconhecido (ex: desfazimento dos únicos bens que poderiam responder pela condenação) (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p.511).

Diante de tais situações, é que surgem as tutelas provisórias, que, diretamente relacionadas com o acesso à ordem jurídica justa, objetivam garantir a efetividade da tutela jurisdicional. É através delas que o Estado Juiz, diante de uma ocasião emergencial, detém adequadas ferramentas para evitar os prejuízos decorrentes da morosidade e da ausência de praticidade nas decisões judiciais.

Dentre as tutelas provisórias, encontram-se a tutela antecipada e a tutela cautelar. Segundo a doutrina tradicional, enquanto a primeira possui caráter satisfativo por antecipar a fruição do próprio direito material discutido em juízo e entregar o bem da vida almejado, a segunda possui natureza assecuratória por apenas garantir a eficácia de um outro processo e a futura realização do direito pleiteado.

Achamada “tutela antecipada”, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 8952/1994, está prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil e refere-se ao adiantamento, total ou parcial, dos efeitos práticos da tutela jurisdicional pleiteada, que só poderiam ser perceptíveis por ocasião de futura decisão de natureza definitiva. Tal pedido antecipatório é exercitável mediante requerimento da parte em processo já existente, antes do proferimento da sentença ou na pendência

de recurso com efeito suspensivo. Possui como pressuposto necessário a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” e como pressupostos cumulativo-alternativos o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, o “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, além da “existência, total ou parcial, de pedidos incontroversos”.

Por outro lado, a “tutela cautelar”, prevista nos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, restringe-se em manter os elementos do processo em condições de serem úteis para a futura prestação jurisdicional, sem antecipar o provimento de mérito visado pela parte, ou seja, sem atuar diretamente no plano material, voltando-se tão somente para a conservação do plano processual. Desenvolve-se antes ou no curso do processo principal, objetivando assegurar este último (conhecimento e/ou execução). Possui como pressupostos o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

No tocante aos pressupostos, insta salientar que, teoricamente, não obstante “a prova inequívoca da verossimilhança da alegação” e o *fumus boni iuris* representarem uma situação de plausibilidade do direito invocado, o primeiro, requisito para a tutela antecipada, demanda um convencimento mais intenso e profundo do juiz do que segundo, requisito da tutela cautelar, para o qual basta uma mera aparência de direito.

Além dessas distinções, a doutrina tradicional utiliza-se, ainda, do critério da “referibilidade” para diferenciar a tutela antecipada da medida cautelar. Segundo este critério, quando há coincidência entre o que é pleiteado provisoriamente com o que se pretende a final, trata-se de tutela antecipada, enquanto que, na ausência de tal coincidência, a hipótese é de tutela cautelar (BUENO, 2009, p.124).

Embora convencionalmente tenham sido admitidas tais diferenciações entre a medida cautelar e a antecipada, certo é que ambas possuem semelhanças acentuadas entre si, o que

torna injustificável a incessante tentativa de distanciá-las, quando, na verdade, mais útil e razoável seria aproximá-las.

Ambas retratam a denominada “tutela preventiva”, que, juntamente com a tutela repressiva, é assegurada pela Constituição Brasileira no seu art. 5º, inciso XXXV. São preventivas porque, ao contrário das tutelas repressivas que buscam reparar uma lesão a direito, possuem como objetivo justamente evitar a ocorrência da lesão.

Tanto a tutela cautelar como a antecipada são sumárias, temporárias e precárias. Fundam-se em uma cognição sumária, ou seja, em uma análise superficial do objeto da causa, que conduz a um juízo de probabilidade e verossimilhança. São temporárias porque têm eficácia limitada no tempo, durando até o alcance de suas finalidades ou até serem revogadas ou substituídas por outras por se tornarem desnecessárias e inadequadas, ou, enfim, até o momento em que a tutela definitiva as substitui. E, finalmente, são precárias porque podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, quando da alteração dos fatos ou do estado das provas, não produzindo, portanto, coisa julgada material. Em suma, são concedidas diante de uma certa urgência, caracterizada por uma situação de risco à efetividade do direito.

Logo, na essência, ambas são técnicas que visam a um mesmo fim: o de evitar prejuízos que possam advir com a demora na concessão da tutela definitiva, isto é, permitir que o processo produza efetivamente o resultado almejado. Assim, as tutelas de urgência (cautelar e antecipada) trazem técnicas capazes de garantir a efetividade processual, que poderia não vir a ser atingida, caso não fossem concedidas.

Então, independentemente de uma ter caráter *satisfativo* e da outra ter natureza *assecuratória*, como faz entender a doutrina tradicional, ambas foram criadas para fazer valer o chamado “modelo constitucional do processo civil”, em especial os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Pátria (BUENO, 2009,

p. 119). Em outras palavras, a medida cautelar e a antecipada são ferramentas de que o processo se utiliza para assegurar a tutela preventiva, e, desse modo, a tempestividade, a utilidade e a efetividade da atuação jurisdicional. Tais tutelas identificam-se, assim, por servir a uma mesma finalidade: “abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 514).

Como ensina Cássio Scarpinella Bueno, a diferença entre o *satisfazer* da tutela antecipada e o *assegurar* da tutela cautelar é “tênue e repousa muito mais na ênfase do que é pedido ao Estado-Juiz e ao modo de se beneficiar da tutela jurisdicional do que, propriamente, em algo cientificamente comprovado ou que pertença, ontologicamente, à espécie ‘tutela antecipada’ ou ‘tutela cautelar’ (BUENO, 2009, p. 123). Uma medida que para muitos parece satisfazer, para outros parece apenas acautelar, e, vice-versa. Muitas vezes, vê-se que, ao satisfazer de imediato um direito, este está sendo assegurado, bem como que, ao acautelar um direito, permite-se que o mesmo seja satisfeito.

A antecipação da tutela, portanto, não deixa de ser uma prestação acautelatória, pois “tem função idêntica a de todas medidas cautelares, a saber, a garantia do resultado útil (efetividade) da decisão final” (GUERRA, 1997, p. 98). Acontece que, no caso da tutela antecipada, “a única forma de *assegurar* um direito ameaçado é *satisfazendo-o* de imediato, ainda que parcialmente” (BUENO, 2009, p. 122). Ou seja, trata-se de medida jurisdicional que, ao mesmo tempo em que se assegura a fruição de um direito, satisfaz este desde logo. Não é por outra razão que muitos doutrinadores entendem que a “tutela antecipada” seria espécie do gênero “tutela cautelar”.

Quanto às medidas ditas cautelares, constata-se também que estas não deixam de ser providências antecipatórias, pois, como explica Cássio Scarpinella Bueno, ao se assegurar a realização futura de um direito, embora não se adiante o

efeito principal da tutela jurisdicional pleiteada, acaba por se anteciparem efeitos subjacentes à tutela pretendida, que só seriam atingidos por ocasião da decisão final (BUENO, 2009, p. 125/126). Ensina, ainda, José Roberto Bedaque que “toda cautelar, mesmo as conservativas, tem conteúdo antecipatório. O arresto, por exemplo, antecipa possível penhora a ser determinada na execução” (BEDAQUE, 2003, p. 127).

Ademais, verifica-se que a cautelar também possui caráter satisfativo. Enquanto na antecipação da tutela assegura-se o direito satisfazendo-o, na tutela cautelar satisfaz-se assegurando o direito. Assim, dentro do âmbito em que é pleiteada, a medida cautelar é inteiramente satisfativa. Como afirma Cássio Bueno, a cautelar “quando analisada em si mesma e tendo em conta seus próprios fins, é inequivocadamente *satisfativa*” (BUENO, 2009, p. 128).

Portanto, ao contrário dos termos *satisfazer* e *acautelar* representarem idéias antagônicas, traduzem noções que se complementam de acordo com as necessidades do caso concreto. A diferença entre cautelar e antecipada está mais na técnica e no modo pelo qual são exercidas do que na finalidade a que se destinam.

Não há, desse modo, um critério útil, prático e cientificamente comprovado que distinga uma medida da outra. Como afirma Cássio Scarpinella, “não há, do ponto de vista *ontológico*, pelo menos jurídico, o que possa ser entendido como ‘cautelar’ em contraposição ao ‘não cautelar’ ” (BUENO, 2009, p. 3). O ilustre doutrinador conclui, então, que ambas as medidas “não são realidades ontologicamente distintas; no máximo, trata-se de duas facetas diversas de uma mesma realidade que, como tais, complementam-se”(BUENO, 2009, p. 131). À vista disso, o que mais se deve levar em conta no que diz respeito às tutelas cautelar e antecipada é o fato de que ambas servem para conter o perigo da demora.

Dessa forma, o que é de grande valia não é averiguar se há coincidência ou não entre o pedido provisório e o definitivo (critério da “referibilidade”), mas sim identificar se o que está sendo pleiteado sumariamente visa evitar que a morosidade processual comprometa a efetividade da tutela jurisdicional. Isto é o que determina as tutelas provisórias (antecipada e cautelar).

4 A fungibilidade estabelecida pelo §7º do art. 273 do CPC

Considerando que não há uma distinção rígida entre tutela cautelar e tutela antecipada, bem como que não foi encontrado pela doutrina um parâmetro uniforme e objetivo que as diferenciem, várias incertezas do ponto de vista teórico acabaram por ocasionar prejuízos aos jurisdicionados. Em diversas ocasiões, ao se pleitear tutela antecipada, o Poder Judiciário indeferia o pedido por entender que se tratava de medida cautelar, e vice-versa. Questões, então, de ordem puramente formal criavam obstáculos à realização dos fins para os quais haviam sido criadas tais medidas de urgência, comprometendo, assim, a efetividade da tutela jurisdicional, em total contradição ao que vinha sendo proposto pela fase instrumentalista do processo e pelo sistema constitucional do processo civil ditado, especialmente, pelos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da nossa Constituição Pátria.

Sensível a esta situação, a Lei nº 10.444/2002 introduziu o §7º no art. 273 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Criou-se, dessa forma, uma espécie de fungibilidade

(substituição) das medidas urgentes. Todavia, o legislador mencionou apenas a hipótese de o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar e não a possibilidade inversa. Diante dessa situação lacunosa, surgiram duas correntes doutrinárias.

De um lado, encontram-se aqueles que defendem a idéia da “via de mão única”, admitindo somente a chamada fungibilidade “regressiva”, ou seja, a substituição da medida mais rigorosa (tutela antecipada) pela mais singela (tutela cautelar). Negam a possibilidade da fungibilidade “progressiva” (sentido inverso), em virtude dos requisitos para a antecipação da tutela serem bem mais rígidos do que os pressupostos para a concessão da medida cautelar, de modo que a conversão de uma pela outra significaria o deferimento de medida mais gravosa sem o preenchimento dos respectivos requisitos. Além disso, alegam um inconveniente prático quanto à ação cautelar preparatória, pois, neste caso, não haveria como antecipar a tutela jurisdicional, em razão da ausência da ação principal e do pedido final.

Por outro lado, a segunda corrente aceita a chamada fungibilidade de “mão dupla”, entendendo que o dispositivo legal em questão disse menos do que deveria, devendo, portanto, ser interpretado de forma ampla, afastando-se a literalidade do texto, a fim de que seja permitida também a conversão inversa, não prevista expressamente pela lei, qual seja a da medida cautelar para a tutela antecipada (fungibilidade “progressiva”- da medida menos gravosa para a mais rigorosa).

Este segundo entendimento é o que melhor se adequa ao sistema constitucional hoje vigente, ao princípio da instrumentalidade das formas, ao princípio da economia processual e à atual idéia de processo como resultado, pois, segundo os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Brasileira, Lei Maior do nosso ordenamento jurídico à qual todas as demais normas devem obediência, não importa a técnica

utilizada, primordial é evitar a ameaça a direito e garantir a celeridade processual necessária à efetividade da tutela jurisdicional.

Logo, de acordo com o modelo constitucional e a nova concepção de processo, não se pode cogitar que o apego à forma obstaculize o atingimento do fim desejado. Como explica Cássio Scarpinella Bueno, o Direito Constitucional vigente impõe uma “*indiferença de técnicas processuais*”, “tanto faz qual a *técnica* a ser empregada pelo jurisdicionado e pelo magistrado para, diante de cada caso concreto, tutelar (proteger) adequadamente (imunizar) situação de ameaça” (BUENO, 2009, p. 133).

Não se pode olvidar, contudo, que a fungibilidade só ocorre quando presentes os pressupostos da medida a ser concedida. Para tanto, é preciso haver correspondência entre os pressupostos da tutela pleiteada e daquela a ser deferida. No caso, por exemplo, de ser requerida tutela antecipada com fundamento em “abuso de direito de defesa”, “manifesto propósito protelatório do réu”, ou “existência, total ou parcial, de pedidos incontroversos”, não há como se proceder à conversão para tutela cautelar, tendo em vista a falta de correspondência entre os pressupostos, a não ser que estejam também presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Assim, na visão da segunda corrente, é perfeitamente possível tanto a fungibilidade “regressiva” como a “progressiva” quando presentes os pressupostos de urgência (*periculum in mora* e “dano irreparável ou de difícil reparação”) e de plausibilidade do direito invocado (*fumus boni iuris* e “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”).

Ao contrário do que defende a primeira corrente, os defensores do segundo posicionamento não vêem inconveniente na concessão da tutela antecipada quando pleiteada acautelar com base no *fumus boni iuris*, bastando que, para tanto, o juiz esteja suficientemente convencido da verossimilhança da

alegação. Embora tradicionalmente se insista em diferenciar o *fumus boni iuris* da “prova inequívoca da verossimilhança”, como se esta necessitasse de um convencimento maior do juiz do que aquele, não há como negar que esta distinção é mais teórica do que prática.

Como assevera Cássio Scarpinella Bueno,

não há como avaliar, com precisão matemática, qual o grau de convicção do magistrado a respeito dos pedidos que lhe são formulados e das provas e dos argumentos que lhe dão embasamento (BUENO, 2009, p. 138).

Diante de tal situação leciona o doutrinador que o que basta

é que o magistrado entenda *suficientemente* que o requerente da tutela jurisdicional apresenta-se com *mais* razão do que seu adversário e que o seu pedido justifica-se diante de uma situação de *urgência* (BUENO, 2009, p.139).

Assim, conclui o mestre que

a melhor opção que se pode fazer com vistas à efetivação do ‘modelo constitucional do processo civil’ é abandonar qualquer tentativa de tornar *rígida* a distinção entre o *fumus boni iuris* e a ‘prova inequívoca da verossimilhança da alegação’ (BUENO, 2009, p. 139).

Quanto aos problemas práticos alegados pela primeira corrente, veem-se perfeitamente contornáveis. Em se tratando de cautela preparatória e entendendo o magistrado que o caso é de tutela antecipatória e que preenchidos estão os requisitos desta, deve ele conceder a medida, e, ao mesmo tempo, determinar a conversão do procedimento cautelar em comum (sumário/ordinário), intimando o autor para que proceda à

emenda da petição inicial, com a respectiva inclusão do pedido quanto à tutela definitiva, antes da citação do réu. Tomadas tais providências, a questão procedimental estará resolvida e o modelo constitucional estará sendo cumprido.

5 Conclusão

Com a promulgação da Lei nº 10.444 de 10.05.2002, foi introduzido, no ordenamento jurídico brasileiro, o §7º do art. 273 do CPC, surgindo, assim, o fenômeno da “fungibilidade” entre as tutelas de urgência. Verificou-se, no entanto, que tal dispositivo legal mencionou apenas a hipótese de substituição da tutela antecipada pela cautelar e não o caso inverso. Diante de tal situação lacunosa, dúvidas surgiram acerca da possibilidade quanto à alteração da tutela cautelar para a antecipada.

Contudo, quando se leva em consideração os mandamentos constitucionais, certo é que a melhor interpretação é aquela que afasta a literalidade do texto legal, aceitando-se a hipótese de fungibilidade não prevista expressamente, pois, segundo os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Brasileira, indiferente é a técnica processual a ser utilizada, o importante é assegurar a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional. Sendo assim, vê-se que o fim deve sobrepor-se às questões meramente formais, sendo, então, inadmissível comprometer o direito material, sob o argumento de que a medida de urgência pleiteada não foi a tecnicamente correta.

A nossa Lei Maior, sob a influência da fase instrumentalista do processo, concebe o sistema processual em função de seus resultados e considera a ação um direito à tutela jurisdicional efetiva. Sob este ponto de vista, tomou-se consciência de que o Estado, ao invocar para si a atividade jurisdicional, retirando-a das mãos dos particulares, assumiu a missão de produzir a justiça e a paz social, não se concebendo, desse modo, um tecnicismo

exacerbado capaz de impedir a consecução de tal finalidade. Percebeu-se, enfim, a importância de uma postura estatal ativa a serviço da sociedade.

Portanto, é diante dessa concepção acerca dos institutos do “processo” e da “ação”, como instrumentos eficazes para se alcançar a efetividade da tutela jurisdicional, que se torna inquestionável a necessidade de se admitir a fungibilidade pela “via de mão dupla”, numa tendência de se aproximar e não de se distinguir as chamadas *tutelas provisórias*, uma vez que tanto a medida antecipada como a cautelar, ambas espécies do gênero “tutela preventiva”, são ferramentas que, embora com algumas distinções, foram criadas com o mesmo objetivo: evitar os prejuízos decorrentes da morosidade e da ausência de praticidade nas decisões judiciais, com o intuito único de garantir de modo concreto o eventual direito material postulado.

Abstract: This legal article is about the rule entered in §7º of art. 273 from the Code of Civil Procedure, which establishes the possibility of replacing the interlocutory injunction by restraining order, failing to establish a fungibility in the opposite direction. It is necessary to identify how this aforementioned rule and its legal gap have been interpreted according to constitutional provisions, for the Brazilian legal system is entirely based on the 1988 Constitution, our highest law. Considering the prevailing conception about procedural and action institutes as means to achieve the effectiveness of judicial protection, it is important to acknowledge the so-called fungibility through the “two-way street” concept.

Keywords: Provisional measures. Fungibility. Constitution.

Referências

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. v. 2. Salvador: Jus PODIVM, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. v. 1. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Trabalho Forense

Agravo de Instrumento

PROCESSO Nº XXXX.XXXXXX-X

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

AGRAVANTE:

AGRAVADA:

DESEMBARGADOR-RELATOR:

Parecer nº 000

Egrégia Câmara,

Eminente Desembargador-Relator,

Trata-se de Agravo de Instrumento (fls.02/06), interposto por XXXXXXXXX XXXXXX XXXXXX, inconformado com a respeitável Decisão de fl. 14, prolatada pelo Juízo *a quo*, que determinou a imediata busca e apreensão da jovem XXXXXXXXX XXXXXX XXXXXX, portadora de deficiência mental, em Ação de Busca e Apreensão com Pedido de Liminar, ajuizada por XXXXXXXXX XXXXXX XXXXXX.

O Agravante pugna pela suspensão da liminar concedida argumentando, em síntese, que, como pai biológico de XXXXXXXXX XXXXXX XXXXXX, sempre esteve presente em sua vida, até mesmo quando sua filha morava com os avós.

Afirma, ainda, serem infundadas as alegações feitas no sentido de que XXXXXX não sai de casa, não frequenta escola e não é acompanhada por especialistas.

Em contra-razões de fls. 39/42 dos autos, a Agravada, preliminarmente, pugna pelo não conhecimento do Agravo, ao argumento de que faltam-lhe requisitos indispensáveis a sua admissibilidade. No mérito, requer o total improvimento do agravo, mantendo-se a Decisão liminar concedida pelo Juízo *a quo*.

Com vista dos autos, para melhor formar convencimento acerca do mérito recursal, esta Procuradoria de Justiça

promoveu no sentido de que essa Egrégia Câmara determinasse a realização de diligências, para que profissionais habilitados procedessem a uma avaliação psicossocial, consoante Promoção de fls. 54/58.

Em despacho de fls. 60/61, o Eminentíssimo Desembargador Relator indeferiu a Promoção Ministerial supracitada.

Após, abriu-se novamente vista dos autos ao *Parquet* para manifestação pertinente.

É o sucinto relatório. Passa-se a considerar.

Primeiramente, tendo em vista o teor da Decisão de fls. 60/61 dos autos, cabe tecer alguns comentários sobre a atuação do Ministério Público como fiscal da lei, mister precípuo das Procuradorias de Justiça.

A este respeito, sobreleva-se que o perfil atual do Ministério Público foi fixado pela Constituição de 88, nos seguintes termos:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O comando constitucional destaca a essencialidade do *Parquet*, concedendo-lhe legitimidade para atuar em todos os processos judiciais em que o interesse público primário encontra-se subjacente.

Por “interesse público primário” compreende-se aquele de cunho eminentemente social, seja pela natureza da lide ou pela qualidade da parte, concernente a valores relevantes à sociedade como um todo.

Para que esta participação não seja apenas formal, a própria Lei Maior concede ao Membro do Órgão Ministerial garantias e outros instrumentos aptos a viabilizar o bom desempenho da função.

Dentre estes instrumentos está a faculdade de interpor recurso e requerer diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

E a legitimidade para a prática desses atos não resulta de deduções, de interpretação extensiva, analógica ou do princípio dos poderes implícitos. Está prevista EXPRESSAMENTE em lei. Veja-se:

CPC - Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

CPC - Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§ 1o Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§ 2o O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - USUCAPIÃO - DILIGÊNCIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.- FISCAL DO CUMPRIMENTO DA LEI.- NECESSIDADE E UTILIDADE - DEFERIMENTO QUE SE IMPÕE. O Ministério Público tem inteira razão em insistir no implemento das diligências necessárias ao julgamento do processo, e o mesmo deve fazê-lo como fiscal do cumprimento da lei. Daí o deferimento delas. O prosseguimento do processo sem que as diligências necessárias sejam realizadas, resulta em nulidade inevitável, caso haja julgamento. (TJ/MG; Proc. 1.0024.03.161623-8/001(1); Rel. Márcia de Paolibalbino; julgamento em 04/12/2005, Publicação 02/02/2006.)

Aliás, nem poderia ser diferente, pois de nada adiantaria criar uma instituição como o Ministério Público sem lhe conceder mecanismos hábeis a efetivar suas atribuições.

Saliente-se, por oportuno, que o fato de o agravo de instrumento ser recurso interponível de decisão interlocutória, em ação cujo mérito será futuramente apreciado, não retira ou minimiza sua importância fática, até porque o processo não se resume a um emaranhado de papéis em que a função do julgador limite-se a analisá-lo à luz da letra fria da lei.

Com a devida *venia*, o efeito devolutivo dos recursos não representa qualquer óbice para que seja realizada diligência voltada para a apreciação do mérito recursal.

Nas palavras da própria doutrina do mestre Barbosa Moreira¹, “a interposição do recurso transfere ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. Pode variar, de recurso para recurso, a extensão e a profundidade do efeito devolutivo”.

Esclarecedoras a este respeito são as palavras de Cândido Rangel Dinamarco². *In verbis*:

O tribunal reputa-se investido do poder de decidir novamente, por força da devolução que os recursos operam (devolução imediata, gradual, ou diferida, conforme o caso), nos limites da lei e da vontade expressa pela parte que recorre. Todo recurso é limitado por uma precisa dimensão horizontal, estabelecida pela matéria em relação à qual nova decisão é pedida; a uma dimensão vertical, representada pelo conjunto de questões suscetíveis de serem apreciadas; e uma dimensão subjetiva, representativa dos sujeitos a serem possivelmente beneficiados ou prejudicados pelo novo julgamento.

Por amor à argumentação, traz-se à baila a argúcia de Arakem de Assis³. Veja-se:

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro. 25 ed. 2007. p.123.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova Era do Processo Civil. 2007. p. 127.

3 ASSIS de, Araken. Manual dos Recursos. 2007. p. 221.

A essência do efeito devolutivo, relativamente aos meios previstos no art. 496, localiza-se na remessa ao conhecimento do mesmo ou de outro órgão judiciário da matéria julgada e impugnada e, sob algumas condições, passível de ser julgada no órgão *a quo*.

A dimensão horizontal do recurso significa que a parte não pode pleitear do juízo *ad quem* mais do que seria possível obter na decisão contra a qual se recorre.

Por sua vez, a dimensão vertical afeta os pontos controvertidos de fato e de direito. São as possíveis dúvidas referentes à ocorrência dos fatos que fundamentam a pretensão.

Fredie Didier⁴ bem explica a dimensão vertical do efeito devolutivo:

A profundidade do efeito devolutivo determina as questões que devem ser examinadas pelo órgão *ad quem* para decidir o objeto litigioso do recurso. A profundidade identifica-se com o material que há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar”. Continua o autor: “O tribunal poderá apreciar todas as questões que se relacionarem àquilo que foi impugnado.

Dessa forma, se o recurso em exame ataca a decisão liminar concedida em Ação de Busca e Apreensão, nada mais pertinente ao princípio da devolutividade que saber quais as razões fáticas e jurídicas que amparam o provimento ou improvimento do recurso.

Se ambas as partes afirmam ser seus respectivos lares o melhor ambiente para a incapaz, o que o Tribunal vai decidir, acolhendo ou negando provimento ao recurso, é quem dispõe de maiores condições para cuidar de Xxxxxx Xxxxxx, ainda que provisoriamente, isto é, enquanto não prolatada sentença de mérito.

Em razão disso, com as vênias de sempre e salvo melhor juízo, não há a mínima dissonância entre as diligências requeridas

4 JÚNIOR DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Meios de Impugnação às decisões Judiciais e processos nos Tribunais. p. 68 e 70.

por esta Procuradoria e o efeito devolutivo do presente recurso.

Sem embargo disso, importante destacar que cada demanda que chega ao Judiciário tem a sua especificidade, exigindo de todos os participantes do processo a capacidade de captá-las para que seja dado o tratamento adequado.

O Ministério Público, exatamente por exercer a custódia da lei, não pode imiscuir-se dessa tarefa, devendo adotar todas as medidas necessárias ao cumprimento da lei e à efetividade da justiça.

Nesta esteira, é válido transcrever o que assenta José Maria Rosa Tesheiner acerca da atuação do Ministério Público como fiscal da lei. *In verbis*:

Atuando como fiscal da lei, o Ministério Público não é parte, porque nada pede, nem contra ele se pede. Todavia, como às partes, se lhe assegura o direito ou faculdade de requerer, de produzir alegações e provas e de estar presente em atos do processo. O Ministério Público tampouco é juiz. Contudo, antes da sentença, emite parecer, que não tem a natureza de meras alegações, mas constitui como que um projeto de sentença. E o prazo, que para isso lhe é assinado, é impróprio. (sem destaque no original).

Ainda que, usualmente, o Ministério Público, como *custos legis* limite-se a apresentar seu parecer, para o que tem vista dos autos depois das partes, este fato não o despe de suas prerrogativas nem o torna ilegítimo para adotar outras medidas previstas em lei quando entender necessário.

Até porque, como ensina quaisquer manuais de lições propedêuticas do direito, o sistema jurídico brasileiro não admite possa uma lei perecer pelo desuso.

Para a doutrina de José Maria Rosa Tesheiner o Parecer é uma espécie de exame do *thema decidendum*, que oferece ao juiz, da perspectiva dos interesses gerais da sociedade, como contraponto aos interesses essencialmente particularizados das partes.

Neste contexto, as palavras de Cláudio da Costa Machado⁵ bem sintetizam a função do *Parquet* como fiscal da lei:

O Ministério Público ao atuar como *custos legis* não está autorizado a deduzir uma pretensão material contra alguém, nem a defender alguém. Também não lhe é facultado prestar assistência a quem quer que seja, pois como não formula pedido contra ninguém, não está exercendo o direito de ação e, ao não intervir na defesa é porque não está exercendo o direito de exceção. E, por fim, se não ingressa no processo para auxiliar uma das partes é porque não exerce o direito de coadjuvar. Em realidade, ao atuar como *custos legis* o interesse reside em ver a lei perfeitamente aplicada a situações jurídicas de extrema relevância social. É um interesse distinto do das partes e identificável com o do Estado-juiz.

Assim, no presente caso, mesmo diante da faculdade legal de se interpor recurso contra a respeitável Decisão de fls. 60/61, esta Procuradoria, por entender ser a medida mais célere, utilizou-se do mesmo artigo 83 do CPC para requerer as diligências necessárias diretamente de pessoas habilitadas para proceder à avaliação psicossocial.

A persistência em se obter maiores informações sobre o ambiente familiar e o estado psicológico de XXXXXXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXX apresenta-se indispensável exatamente por tratar-se um uma pessoa portadora de deficiência mental.

Nestes casos, mais de que em muitos outros, é dever do ministério Público, assim como o é do Poder Judiciário, agir com o máximo de cautela, evitando, dessa forma, que o resultado do processo traga prejuízo aos interesses da incapaz, ainda que se trate apenas de decisão liminar.

Foi com base na peculiaridade dessas ações de busca e apreensão que no I Encontro de Juízes de Família emitiu-se o enunciado 35 cujo teor é o seguinte:

⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro. p.285.

35. Não se deferirá medida cautelar de busca e apreensão ou alteração de guarda de menor, objetivando não alterar sua rotina de vida, sem que haja prova contundente de violação aos princípios da prevalência do bem estar e da supremacia dos interesses da criança e do adolescente.

Se estas ações por si sós já exigem maior prudência do Magistrado, diante da situação em análise, esta atenção especial eleva-se, posto que as partes fazem sérias acusações uma contra a outra.

Enquanto a Agravada alega que XXXXXXXXXXXX XXXXXXX é fruto de um abuso sexual e que a pensão de que a incapaz é beneficiária não estaria sendo utilizada em seu benefício, o Agravante afirma que o companheiro da Agravada está sendo acusado de ter estuprado XXXXXXXX XXXXXXX.

Quanto ao recurso propriamente dito, precipuamente, constata-se que seus pressupostos de admissibilidade foram satisfeitos, estando em estrita observância ao que determina os arts. 522, 524 e 525 do CPC.

No mérito, com base em tudo o que aqui foi dito sobre a Ação de Busca e Apreensão que envolve incapaz, e fulcrada nos Relatórios “Social” e de “Avaliação Psicológica”, elaborados por técnicos do Ministério Público para subsidiar o parecer em questão, esta Procuradoria entende assistir razão ao Agravante.

Os mencionados Relatórios de Avaliação Psicológica e Social foram conclusivos no sentido de que a jovem XXXXXXX XXXXXXX deve permanecer com o Agravante⁶. Veja-se trecho do primeiro:

(...) Pode-se chegar a conclusão de que atualmente a curatelada vem interagindo de forma positiva com os demais membros do grupo primário em questão, e que a dinâmica familiar desse grupo ocorre de forma satisfatória dentro dos padrões sócio-culturais vigentes. Sendo de seu próprio interesse manifesto continuar neste mesmo lar residindo e manifestando-se de forma contrária à mudança do atual *status quo*.

6 Seguem anexos os Relatórios de Avaliação Social e Psicológica.

Além do mais, o Juízo *a quo* faltou com seu dever de cautela, imprescindível em situações como a presente.

Por todo o exposto, esta Procuradoria manifesta-se pelo conhecimento e provimento do presente Agravo de Instrumento.

É o Parecer.

Manaus, 24 de março de 2008.

MARIA JOSÉ DA SILVA NAZARÉ

Procuradora de Justiça

Ação civil pública com pedido de tutela antecipada

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Especializada da Fazenda Pública Estadual

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS, pela Promotoria de Justiça, cujo titular a esta subscreve, vem, mui respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 127, *caput*, e art. 129, inciso III, ambos da Constituição Federal, art. 3º da Lei nº 7.853/89 e disposições do Decreto Federal nº 3.298/99, também nas disposições da Lei nº 7.347/85, bem como no art. 3º, IV, "a" da Lei Complementar Estadual nº 11/93, e nas demais normas pertinentes, com base no Procedimento Preparatório nº 017/2009 (Distribuição nº. 521.2009.CAOPDC.345966.2009.35425), em anexo, propor a presente a

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

contra:

O GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, na pessoa do Procurador-Geral do Estado, doutor xxxx, com endereço nesta Cidade, na Rua xxxx, município de Manaus /AM e;

COMANDO GERAL DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO ESTADO DO AMAZONAS, localizado na Avenida xxx, município de Manaus /AM, pelas razões fáticas e jurídicas que passa a expor, para ao final requerer:

Da legitimidade processual ativa do Ministério Público

É notório o reconhecimento da legitimidade ativa do

Ministério Público Estadual para agir na defesa dos interesses coletivos, difusos, metaindividuais ou transindividuais, cujos conceitos já foram fartamente debatidos na doutrina e nas superiores instâncias judiciais brasileiras, sendo desnecessários repeti-los.

Do cabimento da ação civil pública

Compete ao Ministério Público relevante missão institucional na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis da sociedade, como se depreende da leitura do artigo 129, da Carta Magna vigente.

Da legitimidade processual passiva dos requeridos

As responsabilidades dos réus e suas posições no pólo passivo da presente ação justificam-se porque são os responsáveis pela situação fática instaurada. A propósito, esse é entendimento pacífico na doutrina brasileira.

No dizer de Edis Milaré¹:

A legitimação passiva estende-se a todos os responsáveis pelas situações ou pelos fatos ensejadores da ação, sejam pessoas físicas ou jurídicas, inclusive a Administração Pública, porque tanto esta como aquelas podem infringir normas de Direito material protetoras dos interesses vitais da comunidade, expondo-se ao controle judicial de suas condutas,

Indiscutível que o Governo do Estado do Amazonas tem a liberdade de articular políticas governamentais, buscando alcançar a *humanização da saúde* e efetivar o *exercício da cidadania* dos amazonenses e residentes no Amazonas, recorrendo-se de sua legitimidade legislativa concorrente para legislar sobre a proteção e defesa da saúde e organização do

¹ MILARÉ, Edis. A Ação Civil Pública na nova ordem constitucional. São Paulo: [s.n.], 1990, p. 22-23.

Corpo de Bombeiros Militar, conforme previstos nos incisos XII e XVI do artigo 18 da Constituição do Estado do Amazonas.

Desta forma, valendo-se da legitimidade constitucional prevista no artigo 113, § 16 da Constituição Estadual, o Chefe do Poder Executivo Estadual *encaminhou* à Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas o *Projeto de Lei Ordinária nº. 157/2009*, transformada, posteriormente, na *Lei Ordinária nº. 3.437, de 16/09/2009*, modificando a estrutura organizacional do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas, dando a este o respaldo legal para a instauração do Concurso Público previsto no Edital nº 001/2009-CBMAM, permitindo, assim, o ingresso de novos servidores militares de saúde que atuarão nas Unidades de Pronto Atendimento - UPAs.

Em promovendo o Governo do Estado modificações na estrutura organizacional do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas e tendo o Comandante Geral desta corporação publicado o edital retrocitado, ambos são legitimados a figurar no pólo passivo da ação e serão representados judicialmente por seus legítimos defensores, consoante determinação contida no inciso I do artigo 95 da Constituição do Estado do Amazonas.

Dos fatos

O Governo Federal vem criando em diversos Estados brasileiros as Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) que são estruturas prestadoras de atendimentos médicos diurnos emergenciais de baixa e média complexidade para atender as demandas da população, funcionando como ponto intermediário entre as Unidades Básicas de Saúde e a Rede Hospitalar, sendo integradas ao Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU/192), à Rede Básica e ao Programa Saúde da Família. Para o funcionamento das UPAs faz-se necessário, além da criação do espaço físico, aquisição e instalação de equipamentos, a seleção para o ingresso no serviço público de diversos profissionais da

área de saúde e outras áreas correlatas.

Assim, no ano de 2008, o *Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro*, subordinado à *Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil*, publicou o *Edital nº. 001/2008* dando conhecimento à coletividade da instauração do *Concurso Público para Provisão de Vagas no Quadro de Oficiais de Saúde nas especialidades de Médico* (socorrista, clínico, pediatra, ortopedista, neurocirurgião, anesthesiologista, endoscopista digestivo e broncoscopista), *dentista, farmacêutico, enfermeiro, assistente social e psicólogo para prestarem serviço nas Unidades de Pronto Atendimento (UPAs)*.

À semelhança do que ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, o Chefe do Poder Executivo do Estado do Amazonas, objetivando a criação das Unidades de Pronto Atendimento, encaminhou à Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, o Projeto de Lei Ordinária Estadual nº. 157/2009, de 07/08/2009 modificando substancialmente a estrutura organizacional do *Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas*, inserindo no mesmo o Subcomando de Pronto Atendimento e Resgate - SUBPAR, responsável direto pela operacionalidade das UPAs. Tal Projeto de Lei tramitou rapidamente e em 16/09/2009 transformou-se na Lei Ordinária nº 3.437/2009.

Urge ressaltar que às atividades do *Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas* claramente delineadas no artigo 116, inciso II (*planejamento, coordenação e execução de atividades de Defesa Civil, prevenção e combate a incêndio, busca e salvamento, realização de perícias de incêndio, relacionados com sua competência e socorro de emergência*) foram acrescentadas, por força da norma retrocitada, as atividades relacionadas a serviço de saúde, até então inexistentes naquela corporação militar, muito embora suas atividades já estivessem claramente delineadas na Constituição do Estado do Amazonas.

Da análise da Lei Ordinária nº 3.437/2009, constata-se, explicitamente, que o SUBPAR tem por finalidade a execução

de múltiplas atividades, dentre as quais a gestão, o controle das ações operacionais, a coordenação e a fiscalização e a prestação de serviços no âmbito da Unidade de Pronto Atendimento - UPA do Estado do Amazonas e do Serviço de Remoção Ambulatorial - SRA na cidade de Manaus, destinadas a executar o atendimento hospitalar de urgência, de complexidade intermediária entre as Unidades Básicas de Saúde (UBS) e a rede hospitalar já preexistentes.

Além disso, está ainda a cargo do SUBPAR, dentre outras atividades, o desenvolvimento de *gestão, coordenação, controle e fiscalização das atividades referentes ao atendimento a pacientes, emprego de equipamentos médicos e medicamentos nas Unidades de Pronto Atendimento na Capital e no Interior do Estado, bem como das atividades do Serviço de Remoção Ambulatorial, realizadas no Município de Manaus.*

Para efetivar as atividades explicitadas pelo legislador ordinário amazonense, responsável pela criação do SUBPAR, faz-se necessária a seleção de candidatos com formação acadêmica nas área de saúde e humanas, assim como candidatos portadores de diploma de ensino médio completo para compor as Unidades de Pronto Atendimento - UPAs, locais onde prestarão serviços, à semelhança dos Serviços de Pronto Atendimento - SPAs, os candidatos aprovados e selecionados.

Assim, o *Comando do Corpo de Bombeiros Militar, através de seu Comandante Geral, fez publicar, em 24/09/2009, no Diário Oficial do Estado, o Edital nº. 001/2009 - CBMAM, dando conhecimento ao público que no período de 26 de outubro a 06 de novembro do corrente ano estará realizando, exclusivamente, via internet, nos sítios <http://www.concursoscopec.com.br> e <http://copec.cetam.am.gov.br>, a abertura das inscrições para o concurso público, composto de três (03) etapas, com a finalidade de selecionar candidatos para a admissão do Curso de Formação, no Quadro de Oficiais de Saúde, no quadro Complementar de Oficiais, Quadro de Praças Combatentes e Quadro de Praças Auxiliar de Saúde.*

Segundo o citado Edital, o Quadro de Oficiais de Saúde será composto por médicos clínicos gerais, médicos pediatras, médicos ortopedistas, farmacêuticos e dentistas. Ao passo que o Quadro Complementar de Oficiais será integrado por candidatos portadores de diplomas de nível superior com formação acadêmica em enfermagem e assistência social. A seu turno, o Quadro de Praça Auxiliar de Saúde será formado por técnicos de enfermagem e auxiliares de consultório dentário - ACD, técnicos de Raio-X e técnico de gesso. Além desses profissionais, almeja o concurso público selecionar candidatos, de ambos os sexos, sem a qualificação alguma na área de saúde para integrar o Quadro de Praças que prestarão serviços na UPAs.

Logo após a publicação do edital do concurso público, o Ministério Público verificou irregularidades no item relativo aos Requisitos Básicos para Admissão no Curso de Formação. Posteriormente, fora protocolada reclamação contra o pagamento exclusivo de gratificação para médico, avaliação física e limitação de idade.

Além disso, a Central de Informação - Denúncia *on-line* do Ministério Público Estadual recebeu outras reclamações gravitando em torno dos requisitos do edital, dentre eles a questão relativa a títulos profissionais e falta de reserva de vagas para as pessoas portadoras de deficiência.

Ilegalidade relativa à não reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência

Quanto à reserva de vagas para pessoas deficientes foram elaborados pela Organização das Nações Unidas os princípios da inclusão social e da oportunidade de trabalho para as pessoas deficientes do qual o Brasil é signatário, já estando instando inseridos em diversos diplomas legais estadual e federal.

A proteção e garantia dos direitos das pessoas portadoras de deficiência é compartilhada entre todos os entes da

Federação brasileira², devendo ser-lhes prestada a assistência social para habilitá-los à integração à vida comunitária. Significa dizer que o Estado tem o dever legal de exterminar todos os obstáculos discriminatórios sociais, permitindo, assim, que os portadores de deficiência alcancem o pleno desenvolvimento de suas faculdades e habilidades, lhes permitindo ingressar no funcionalismo público através de concurso público, sem qualquer discriminação social consoante imperatividade grafada na Carta Magna vigente³ e conquistar uma vaga no mercado de trabalho⁴.

É salutar destacar que deficiência e incapacidade, por si só, não são elementos suficientes para fundamentar a exclusão de seus portadores do mercado de trabalho, porque já fora demonstrado, cientificamente, que pessoas portadoras de deficiências são capazes de desenvolver atividades intelectuais e motoras, respeitando-se suas limitações.

Permitir o ingresso no mercado de trabalho de pessoas deficientes, compartilhando os mesmos espaços com pessoas não deficientes é reconhecer-lhes o exercício do direito fundamental do homem, permitindo-lhe viver com dignidade e alcançar o pleno desenvolvimento de sua personalidade, visto que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Faz-se salutar transcrever, para melhor compreensão e alcance, as definições legais dos termos “DEFICIÊNCIA” e “DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA” inscritas na *Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência*⁵.

Segundo aquela Convenção Internacional, *deficiência* “significa uma restrição física, mental ou sensorial de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”. No normativo

2 Art. 23, II, CF/1988.

3 Art. 7º, XXX, CF/1988.

4 Art. 7º, XXXI, CF/1988.

5 Art. I, 1 e 2, alínea “a”.

brasileiro⁶, a definição de deficiência nos é formulada nos seguintes termos: *toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.*

Importante para melhor compreensão dos fatos, a transcrição das definições legais das modalidades de deficiências explicitadas no artigo 4º do Decreto federal nº 3.298/99.

Deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

Deficiência auditiva - perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte: de 25 a 40 decibéis (db) - surdez leve; de 41 a 55 db - surdez moderada; de 56 a 70 db - surdez acentuada; de 71 a 90 db - surdez severa; acima de 91 db kl surdez profunda; e anacusia.

Deficiência visual - acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;

Deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: comunicação; cuidado pessoal; habilidades sociais; utilização da comunidade; saúde e segurança; habilidades acadêmicas; lazer e; trabalho.

PorexistirnoBrasil,umapercentagemdepessoasportadoras

6 Art. 3º, I, Decreto federal nº 3.298, de 20 dez. 1999.

de deficiência coexistindo com pessoas não deficientes levou o legislador federal a recepcionar os normativos internacionais dedicados à proteção dos interesses e direitos daquelas pessoas, tendo por fundamento básico o *princípio da inclusão social das pessoas portadoras de deficiência*, oportunizando suas *inserções no mercado de trabalho ou incorporação ao sistema produtivo*⁷, reduzindo, desta maneira, a discriminação social concernente a tais pessoas, estando tais princípios manifestados no corpo da Constituição Federal vigente⁸.

Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (física, auditiva, visual, mental ou múltipla) significa

toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais. (grifo)

Mesmo tendo ocorrido uma evolução normativa sobre os direitos das pessoas portadoras de deficiência, mobilizada pela sociedade e concretizada pelo Estado, este através de seus diversos órgãos não respeita as próprias normas por ele ditadas. O princípio da imperatividade somente é válido para os membros da sociedade. Todavia, há situações de irregularidades e ilegalidades criadas pelo Estado que não deveriam existir, porque, em princípio, compete a ele reduzir as desigualdades e diferenças sociais.

No presente caso, o Comandante do Corpo de Bombeiro, órgão do Estado e da Administração Pública ao deixar de reservar vagas (5% a 20% das ofertadas) destinadas às pessoas portadoras de deficiência, materializou a desigualdade social, tanto combatida pelo legislador internacional, pela Organização

⁷ Art. 34, Decreto federal nº 3.298/99.

⁸ Art. 23, II e 203, IV.

das Nações Unidas e legislador federal e estadual. *Infringiu o princípio da inclusão social e da oportunidade de trabalho para quem é tratado de forma diferente.*

As pessoas portadoras de deficiências são tão capazes de executar atividades, respeitando evidentemente, suas limitações, quanto às pessoas não deficientes, principalmente, no caso em discussão, que a seleção de pessoas portadoras de diplomas de curso superior na área de saúde comporão os Quadros de Oficiais de Saúde e irão prestar serviços nas dependências internas das Unidades de Pronto Atendimento - SPA, sendo esta a sua rotina de trabalho, podendo, eventualmente, prestarem atendimento em outros locais que exija a presença de todo o aparato do Corpo de Bombeiros Militar, inclusive de toda a equipe médica que esteja de serviço no dia do sinistro.

SALIENTE-SE que OS MILITARES DO QUADRO DE SAÚDE PORTADORES DE DIPLOMA DE NÍVEL SUPERIOR, NÃO SERÃO OFICIAIS COMBATENTES, NÃO ESTARÃO, DIUTURNAMENTE, NO *FRONT* DO ATENDIMENTO EMERGENCIAL EM CAMPO. AO CONTRÁRIO, ESTARÃO ALOJADOS NAS UPAs AGUARDANDO A CHEGADA DE PACIENTES. Por conseguinte, no caso em discussão nos presentes autos, é ilegal e inconstitucional a vedação à participação de concurso público de pessoa portadora de deficiência física baseada na ausência de APTIDÃO PLENA, porque não se enquadra dentre as funções dos Oficiais do Quadro de Saúde a realização de operação tipicamente de Policial Militar ou do Corpo de Bombeiros Militar Combatente, porque eles não enfrentarão atividades de riscos como ocorre com os Oficiais Combatentes que se exige PLENA APTIDÃO E CAPACIDADE FÍSICA, MENTAL, VISUAL E AUDITIVA, necessária a prestar socorro emergencial e de urgência a quem está sob escombros, dentro de barcos naufragados, etc.

A Constituição Federal impulsiona a sociedade brasileira a não fazer discriminação, edificando princípio de amplo acesso de todos ao concurso público. Portanto, sem qualquer restrição,

não poderá fazê-lo a lei, sob pena de inconstitucionalidade, como professa a doutrinadora Maria Aparecida Gugel⁹.

A partir do momento em que se estabelece APTIDÃO PLENA, instaura-se a discriminação social. Não pode a Administração Pública estabelecer, como critério diferenciador para o preenchimento de vagas a cargo ou emprego público, exigir APTIDÃO PLENA em certame público, impedindo, destarte, que candidatos portadores de deficiência participe do certame, ou venha ser nomeado, em sendo classificado.

Repita-se, os Oficiais de Saúde do Corpo de Bombeiros Militar não enfrentarão delinquentes, não participarão de operações de remoção de pessoas que estão debaixo de escombros ou dentro de barcos naufragados, etc., que exigem plena capacidade física, visual, auditiva e mental.

Ora, qualquer médico, oftalmologista, dentista, enfermeiro, farmacêutico, assistência social portador de deficiência e que esteja em plena atividade laboral é PLENAMENTE CAPAZ, ou seja, TEM APTIDÃO PLENA para exercer suas atividades profissionais em qualquer lugar e circunstância. Portanto, que tem CAPACIDADE CIVIL PLENA, mesmo sendo pessoa portadora de deficiência que, em sendo classificada no concurso público, será avaliada pela equipe multiprofissional. A CAPACIDADE PLENA não é absoluta, fato este que fundamenta o exercício do direito objetivo de participar do concurso público instaurado.

É uma injustiça o fato de que nas Forças Armadas e nas suas forças auxiliares (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar), em TEMPO DE GUERRA, não pode haver pessoas “IMPERFEITAS”, ou seja, PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS. Admitir-se em sentido contrário equivaleria em pensar na raça perfeita idealizada por Hitler.

É completamente discriminatório impedir que alguém participe de qualquer concurso público somente porque é portador de determinada deficiência, sem que tenha havido

⁹ GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiências e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta. Goiânia: UCG, 2006, p. 96.

uma prévia avaliação da interferência da mesma na execução de atividades.

A Administração Pública, meio de externalização da vontade do Estado, deve rever seus conceitos e preconceitos. O binômio “deficiência” x “incapacidade laboral” deve ser transmutado para “eficiência” x “capacidade laboral”.

As leis, regulamentos que norteiam as Forças Armadas e forças auxiliares foram elaboradas e publicadas na época em que os direitos subjetivos dos portadores de deficiência estavam em sua fase embrionária ou gestacional. Atualmente, tais direitos já alcançaram sua maturidade jurídica.

Pode-se, por isso afirmar que tais normativos são retrógrados e estão em descompasso com a atual realidade social e jurídica. Visível a antinomia e inconstitucionalidade de certos normativos que traçam perfis biofisiológicos para o ingresso de cidadãos que pretendem prestar serviços ao Estado brasileiro e reduzir, desta maneira, as desigualdades sociais.

Ilegalidade concernente ao limite máximo de idade

Em relação à fixação dos limites de idades tem o Administrador Público a liberdade de fixar limites máximos de idades aos cargos por ela ofertados, os quais devem ser compatíveis aos cargos a ocupar e atividades a desempenhar pelo candidato, mas convém ressaltar o conteúdo da Súmula nº 683 do Supremo Tribunal Federal.

Segundo a mencionada Súmula “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX¹⁰, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.”

Os Réus têm que valorizar o direito social ao trabalho¹¹, garantido constitucionalmente. Tal direito há de ser conjugado

10 Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

11 São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, (...), na forma desta Constituição.

com as normas grafadas nos artigos 6º, 7º, 37, inciso II da CF/1988 e artigo 109, inciso II, da CE/Amazonas. Estes dois últimos dispositivos constitucionais professam de forma uníssona que *a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos*, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, *na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*.

Embora seja assegurado, constitucionalmente, o direito ao trabalho, há ainda um abismo entre a realidade jurídica e social, porque, lamentavelmente, no Brasil, pessoas com idades superiores àquelas fixadas no Edital n. 001/2009-CBMAM são consideradas, erroneamente, incapazes para exercerem atividades laborativas, muito embora ainda estejam em plena capacidade física e mental.

Há de ser lembrado que o Comando do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas, assim como o Governo do Estado do Amazonas ao instaurarem o Concurso Público, pretendem selecionar profissionais da área de saúde portadores de conhecimentos específicos [médicos (clínicos gerais, pediatras, ortopedistas), odontólogos, farmacêuticos, enfermeiros, assistentes sociais, técnicos em enfermagem, técnico (em Raio-X, em gesso) e auxiliar de consultório odontológico], para atuarem nas Unidades de Pronto Atendimento - UPAs, em caráter de urgência e emergência.

O profundo conhecimento do profissional de saúde e de outras áreas, aliado à habilidade e desenvolvimento intelectual e mental permite a tomada de decisões emergenciais e de urgência que pode representar o salvamento de uma vida. Mas, para que isso ocorra é necessário o amadurecimento profissional, normalmente alcançado quando se alcança a faixa etária superior a 30 anos.

Ajunte-se que em razão da pequena oferta de cargos e empregos especializados há vários profissionais de várias áreas desempregados, aguardando a oportunidade de ingressar na administração pública através de concurso público. Não permitir que pessoas ou candidatos que estejam com idades na faixa etária de 38 a 50 anos a participarem do Concurso Público instaurado pelo Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas, não somente os discrimina, mas os alija do mercado de trabalho.

Para exemplificar melhor que a capacidade de trabalho não tem correlação com a faixa etária e que o amadurecimento intelectual e mental é primordial ao exercício da atividade profissional, diversas pessoas na faixa etária acima da estipulada no Edital n. 001/2009-CBMAM concorrem, anualmente, às vagas para os cargos de Promotor de Justiça, Procurador da República, Procurador do Trabalho, Procurador do Estado, Juiz do Trabalho, Juiz de Direito Estadual e Juiz Federal e as que são aprovadas e demonstram, durante o estágio probatório, suas capacidades intelectuais e laborativas.

Não é justo, impor limite máximo de idade a quem executará unicamente atividade intelectual. A limitação à faixa etária justifica-se quando o candidato vai desenvolver atividades físicas em seu local de trabalho, o que não é o caso dos candidatos que pretendem ingressar nos quadros de oficiais do Corpo de Bombeiros do Estado do Amazonas.

A FIXAÇÃO DOS LIMITES DE IDADE em concurso público DEVE ESTAR AMPARADA EM LEI FORMAL e SOMENTE ESTA PODE IMPOR CONDIÇÕES PARA O PREENCHIMENTO DE CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS. No presente caso, inexistente amparo legal à exigência limitadora etária contida no edital¹².

Néri da Silveira, ex-Ministro do STF, ao pronunciar-se sobre a Adin n. 243-1 RJ, de forma clara e concisa protestando

¹² STF. Precedentes." (AI 723.748-Agr; Julgamento em 30 set. 2008, DJE de 7 nov. 2008).

contra a limitação de idade dos candidatos a concurso públicos, enfatizou o princípio da acessibilidade a cargo público, nos termos seguintes:

[...] tudo se resolverá no próprio petitório competitivo. Se for um tipo de cargo que exija prova de capacidade física, provavelmente, esse candidato, se tiver uma idade avançada, não o preencherá; mas ser for satisfatório seu desempenho na prova de capacidade física, por que ele não pode prover o cargo.

O Superior Tribunal de Justiça, caminhando no mesmo sentido, em diversos julgados reafirmou que concurso público para cargo que exija atividade intelectual não se pode impor limites de idades, como pode ser visto abaixo.

Processo RMS 9512/RS RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1998/0015760-3

Relator(a): Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113); Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 16/09/1999; Data da Publicação/Fonte: DJ 14/02/2000 p. 48 RSTJ vol. 132 p. 509;

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PRELIMINAR DE COISA JULGADA REJEITADA - REQUISITOS - LIMITAÇÃO - IDADE MÁXIMA - IMPOSSIBILIDADE. 1 - Preliminarmente, tratando-se de concursos para provimento do Cargo de Juiz de Direito Substituto (...) 2 - Uniforme e pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça sobre não se poder limitar o acesso a cargos públicos impondo-se limite de idade, mormente em atividades predominantemente intelectuais. Aplicação, pela Administração, do princípio da razoabilidade dos atos públicos. Aferição da capacidade física será feita na devida oportunidade, durante o processo seletivo. Inteligência ao art. 7º, inciso XXX c/c art. 39, parágrafo 2º, ambos da Constituição Federal. 3 - Precedentes (RMS nºs 2.498/RS e 5.009/RS, ambos do STJ, e RE nºs 156.404/BA e 212.066/RS, ambos do STF). 4 -

Preliminar rejeitada e, no mérito, recurso provido para se conceder a ordem.

.....

Processo RMS 10635/PE RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1999/0018479-3

Relator(a): Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106); Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 19/11/2002; Data da Publicação/Fonte: DJ 16/12/2002 p. 348

Ementa: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ SUBSTITUTO. LIMITE DE IDADE MÁXIMA PREVISTO EM LEI ESTADUAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. Nos termos da jurisprudência do eg. STF, desde que se faça de forma razoável, é permitido à lei, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em cargos, funções e empregos públicos. Recurso desprovido.

.....

Concurso público. Lei 7.289/1984 do Distrito Federal. Limitação de idade apenas em edital. Impossibilidade. A fixação do limite de idade, via edital, não tem o condão de suprir a exigência constitucional de que tal requisito seja estabelecido por lei." (RE 559.823-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 27nov. 2007, 2ª Turma, DJE de 1º-2-08). Vide: RE 558.833-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 08-09-2009, 2ª Turma, DJE de 25 set. 2009.

.....

Processo RMS 18759/SC RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0111120-6

Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131); Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA; Data do Julgamento: 09/06/2009; Data da Publicação/Fonte: DJe 01/07/2009

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO. EDITAL Nº 001/CESIEP/2003. IDADE. LIMITE MÁXIMO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL. NATUREZA DO CARGO. PRECEDENTES.

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem concluído

pela possibilidade de previsão em edital de limites de idade mínimo e máximo para o ingresso nas carreiras militares, em razão da atividade exercida, desde que haja lei específica determinando a incidência de tal limitação.

2. (...).

Não se pode impedir, sob a escusa de que idade avançada fixada em edital, não permitirá ao candidato classificado ascender a postos militares superiores, porque é fato notório que certos Policiais Militares da ativa ou Corpo de Bombeiros Militar não conseguem galgar a postos superiores por outros motivos não relacionados à faixa etária.

A partir do momento em que o Comandante do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas impôs limites máximos às idades, instaurou nitidamente uma discriminação por motivo de idade e infringiu o princípio constitucional da igualdade e o direito social ao trabalho.

É discriminatória a argumentação de que a majoração do limite máximo de idade, previsto no item 3.1, alínea “c” do Edital nº 001/2009-CBMAM, resultará na permanência do candidato em curto período no Posto Militar de 2º Tenente e 3º Sargento, além de onerar os cofres públicos.

O normativo que regulamenta a atividade militar no Estado do Amazonas (Estatuto dos Policiais Militares - Lei nº 1.154, de 09/12/1975), fixando os limites de idades para o Policial Militar ir para a RESERVA, pode a qualquer momento ser revisto e modificado e adequado à nova realidade social, inclusive as UPAs que demandarão mais profissionais, porque outras unidades serão criadas.

Merece destacar que os Postos Militares de 2º TENENTE COMBATENTE e 3º SARGENTO COMBATENTE, respectivamente, vão para a reserva FACULTATIVA quando estão com idades de 48 e 53 anos, respectivamente¹³. A seu turno, os OFICIAIS DE SAÚDE VÃO PARA A RESERVA *EX-OFFICIO*, a depender do Posto

13 Arts. 89 e 90, Lei estadual n. 1.154, de 09 dez. 1975.

Militar, quando estão com idades de 59, 56, 52 e 48 anos.

O 2º TENENTE DE SAÚDE, assim como o 3º SARGENTE DE SAÚDE devem integrar o Quadro de Saúde, à semelhança do Estatuto da Polícia Militar do Rio de Janeiro¹⁴, onde estão sediados os candidatos selecionados para prestarem serviços nas UPAS.

Deve o legislador amazonense promover evoluções no Estatuto do PM/AM, adequando-o a nova realidade jurídica instaurada com a Lei Estadual nº. 3.437 de 16/09/2009 que criou o SUBPAR (Subcomando de Pronto Atendimento e Resgate) que comandará e coordenará as UPAs, inserindo todos os Oficiais de Saúde no Quadro “OFICIAIS DE SAÚDE”, dando-lhe o mesmo tratamento isonômico, como ocorre no Estado do Rio de Janeiro.

Não se pode permitir que uma gama de profissionais da área de saúde que pretende participar do concurso público seja impedido somente porque extrapolaram o limite máximo de idade. Que outras oportunidades terão aqueles profissionais para submeterem-se a um novo concurso público. O Estado do Amazonas, lamentavelmente, não realiza certame anualmente. Idade acima da prevista no edital não significa que o profissional já esteja velho e deve ser aposentado. Aliás, a velhice é alcançada com a idade de 60 a 65 anos. Mesmo algumas pessoas idosas e aposentadas ainda são capazes de exercer suas atividades intelectuais.

Os Oficiais de Saúde somente exercerão atividades intelectuais e este é mais um motivo para permitir o engajamento de candidatos ao certame, mesmo que tenham alcançado idade superior ao limite estipulado pelo Comandante do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas.

Reprisando, no sistema jurídico brasileiro predomina os princípios constitucionais da isonomia e da proibição de estabelecimento de diferenças de idade (art. 5º, *caput* 7º, XXX, ambos da Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988). Porém,

¹⁴ Art. 96, Lei estadual nº 443, de 01 jul. 1981.

este último dispositivo constitucional, tem que ser entendido em termo e no limite da razoabilidade, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (RMS 5115/RS RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1994/0038166-2; 6ª Turma; Julgamento em 27 mar. 1995; Publicação no DJ em 19 jun. 1995 p. 18753).

A rigor a fixação de idade em concurso público deve ter previsão legal, como já decidiram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Do direito

Na órbita da normatização internacional, vale esclarecer que, pela primeira vez, os fundamentos dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, assim como sua definição jurídica foram delineadas pelo legislador internacional ao redigir a Resolução nº 30/84, 1975, da Organização das Nações Unidas. Esta medida tornou-se a mola propulsora do legislador federal brasileiro e a partir daquele momento, outros normativos internacionais sucederam defendendo os direitos sociais dos deficientes.

A Organização Mundial da Saúde, em 1980, ao publicar a Classificação Internacional de Impedimento, Deficiências e Incapacidades (CIDID) valorizando o princípio da independência e da inclusão social, demonstrou que o impedimento, deficiência e a incapacidade coexistem em cada pessoa com deficiência e AS SUAS RESTRIÇÕES NÃO LHEM RETIRAM O VALOR, O PODER DE TOMAR DECISÕES, DE ASSUMIR O CONTROLE DE SUA VIDA E DE TER RESPONSABILIDADE¹⁵.

Mas, um importante marco internacional ocorreu em 1981 quando a ONU baixou a Resolução nº 34/154, 1979, ressaltando a participação plena e igualitária das pessoas com deficiência. Outros normativos sucederam, mas merecem ser destacados:

¹⁵ GUGEL. op. cit., p. 27.

Carta para o Terceiro Milênio da Reabilitação Internacional de 09/09/1999, que propõe a criação de políticas que respeitem a dignidade das pessoas com deficiência e inclusão social; Declaração de Washington de 25/09/1999 que incentiva a implantação de políticas públicas para os deficientes; Declaração de Madri, de 23/02/2002 que destaca que as políticas públicas devem respeitar a deficiência das pessoas; Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência e; Declaração de SAPPORO, de 18/02/2002, por ocasião da 6ª. Assembléia Mundial da *Disabled People International – DPI*, realizada em Sapporo, Japão, que valoriza o respeito dos direitos humanos das pessoas portadoras de deficiência e salienta a conscientização do público e das gerações presentes e futuras para aceitar as pessoas com deficiência como participantes iguais na sociedade.

A partir do momento em que houve recepção dos normativos internacionais circunscritos aos direitos das pessoas portadoras de deficiência, o Brasil assumiu compromisso perante a Comunidade Internacional de não somente respeitar os direitos e defender os interesses de tais pessoas, mas principalmente de efetivar medidas concretas.

Todo normativo brasileiro relativo à pessoa portadora de deficiência gravita em torno do princípio da inclusão social, sendo a inserção no mercado de trabalho ou incorporação ao sistema produtivo¹⁶, participação em concurso público, e demais direitos, apenas e tão somente, suas órbitas sociais.

A manifestação do princípio da inclusão social está bem evidenciada na Carta Magna, no momento em que o legislador constituinte, ao tratar da competência material, compartilhou entre todos os entes da federação brasileira a responsabilidade de proteger e garantir dos direitos das pessoas portadoras de deficiência (Art. 23, II, CF/1988) e de prestar-lhes toda a

16 Art. 34, Decreto federal nº 3.298/99.

assistência social, objetivando sua habilitação social (Art. 203, IV, CF/1988) de forma igualitária.

Esta linha legislativa vai ao encontro ao que prevê a Carta para o Terceiro Milênio, aprovada em 09/09/1999, relativa à reabilitação. Segundo este normativo internacional “os direitos humanos básicos são ainda rotineiramente negados a segmentos inteiros da população mundial, nos quais se encontram muitos dos 600 milhões de crianças, mulheres e homens que têm deficiência. Por aquele normativo se busca que as oportunidades iguais para pessoas com deficiência seja uma consequência natural de políticas e leis que apóiem o acesso à plena inclusão em todos os aspectos da sociedade.

Esta inclusão social competiu, primeiramente, ao legislador constituinte de 1988 ao inserir no capítulo “Dos Direitos Sociais” que todas as pessoas residentes no território brasileiro são iguais em direitos sociais, não fazendo distinção entre pessoas natas, naturalizadas e estrangeiros, consagrando, no princípio da igualdade social, vários direitos sociais, dentre eles o direito ao trabalho e estabeleceu vários direitos aos trabalhadores, aí inserindo-se o servidor público. Além disso, aquele legislador proibiu qualquer discriminação à diferença de salário e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil¹⁷ e de admissão de trabalhador portador de deficiência¹⁸.

Tendo por meta a busca da ressocialização e inclusão de pessoas portadoras de quaisquer deficiências, a Política Nacional para a Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência além de elaborar os princípios fundamentais (art. 5º do Decreto federal nº 3.298/99) que somente podem ser efetivados se houver a simultânea participação do Estado e sociedade, estabeleceu princípios, merecendo ser destacado aqueles que têm por objetivos

17 Art. 7º, XXX, CF/1988.

18 Art. 7º, XXXI, CF/1988.

o desenvolvimento de ação conjunta do Estado e sociedade civil para assegurar a plena integração da pessoa portadora de deficiência no contexto sócio-econômico e cultural” e “respeito e aplicação do princípio da isonomia de oportunidades sem privilégios ou paternalismos.

Percebe-se que a participação conjunta do Poder Público e da Sociedade civil insere-se no princípio da inclusão social, porque busca reduzir a fenda abissal das desigualdades sociais das pessoas portadoras de deficiências, recaindo sobre a Administração Pública das três esferas governamentais a obrigação de incluir, através de diversos mecanismos, as pessoas possuidoras de deficiências e desta sorte, permitindo-lhes a participação, em pé de igualdade, de todo e qualquer concurso público¹⁹.

Por exigência legal, os editais devem conter o quantitativo mínimo de vagas para pessoas portadoras de deficiência, bem como a descrição das atribuições e tarefas do cargo ou emprego público²⁰, aplicáveis a candidatos deficientes e não deficientes, que dentro de suas convicções podem desejar participar do concurso público.

Mesmo que o cargo/posto público exija plena higidez,

NÃO ENCONTRA FUNDAMENTO JURÍDICO A FALTA DE PREVISÃO DE RESERVA DE VAGAS EM CONCURSO PÚBLICO, PORQUE SE O CANDIDATO DETENTOR DE DETERMINADA DEFICIÊNCIA DECIDIR EM PARTICIPAR DO CONCURSO PÚBLICO, DEVERÁ TER ACESSO A ELE, COMPETINDO AO ESTADO GARANTIR E EFETIVAR O EXERCÍCIO DE TAL DIREITO, RESERVANDO-LHE VAGA AO CERTAME, CUJAS PROVAS NÃO SOMENTE PERMITIRÁ QUE SEJA TRATADO EM FORMA IGUALITÁRIA COM OS NÃO DEFICIENTES E POSSIBILITARÁ A DEMONSTRAÇÃO DE SEU DESEMPENHO E APTIDÃO, INCLUSIVE NAS

19 Art. 41, Decreto federal nº 3.298/99.

20 Art. 39, II e III, Decreto federal nº 3.298/99 e Art. 7º, § único, “d”, Portaria MP 450/2002.

AVALIAÇÕES FÍSICAS, OS TESTES FÍSICOS DEVEM SER REALIZADOS COM AS ADAPTAÇÕES POSSÍVEIS QUE NÃO DESCARACTERIZAM O CONTEÚDO DAS PROVAS, PERMITINDO-SE A QUALQUER PESSOA O DIREITO DE SE INSCREVER E PARTICIPAR DO EXAME DE SELEÇÃO, consoante orientação da Coordenadoria Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE). Concurso público - Candidatos - Tratamento igualitário. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. Concurso público - Reserva de vagas - Portador de deficiência - Disciplina e viabilidade. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas.” (MS 26.310, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20-9-07, DJ de 31-10-07)

Uma vez os candidatos classificados, os mesmos serão avaliados por uma equipe multiprofissional composta por três profissionais capacitados e atuantes nas áreas de deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato que emitirá parecer, avaliando a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório²¹, observando-se as regras elencadas no artigo 20 da Lei federal nº 8.112, de 11/12/1990 (Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), avaliando-se assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade.

Portanto, não fugindo desta regra que encontra amparo na Lei Maior, deveria o Comandante do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas ter observado o princípio constitucional da isonomia social, regra esta inscrita no artigo 5º, *caput*, aliado ao artigo 37, *caput*, ambos da Lei Maior²² brasileira, que impõe

21 Art. 43, Decreto Federal nº 3.298/99.

22 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

à Administração Pública a reserva de percentual dos cargos e empregos para as pessoas com deficiência.

Por conseguinte, evidente o descumprimento e desrespeito do princípio inclusivo, no Concurso Público instaurado pelo Comandante do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas, ao deixar de reservar vagas aos portadores de deficiência aos Quadros de Oficiais e Complementar de Oficiais, assim como no Quadro de Praças Auxiliar de Saúde para trabalharem nas UPAs.

Repita-se, está obrigado o Comandante do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas -, a observar o princípio constitucional da isonomia social previsto no artigo 5º, *caput*, aliado ao artigo 37, *caput*, ambos da Lei Maior²³ brasileira, que impõe à Administração Pública a obrigação de reservar determinado percentual dos cargos e empregos para as pessoas portadoras de deficiência.

Ainda no campo do direito objetivo constitucional das pessoas com deficiência, a Constituição Estadual²⁴ determina que o Estado deve cuidar da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, competindo-lhe desenvolver programas de proteção, amparo e assistência à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e às pessoas portadoras de deficiência física, sensorial e mental²⁵.

Recai, pois, sobre a Administração Pública a obrigatoriedade de reservar vagas para tais pessoas, assegurando-lhes, deste modo, o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, permitindo-lhes, desta sorte, a efetivação de suas integrações

23 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

24 Art. 17. Respeitadas as normas de cooperação fixadas em lei complementar federal, é da competência do Estado, em atuação comum com a União e os Municípios:

I - *omissis*; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 108. A Administração Pública direta e indireta do Estado e dos Municípios (...).

§ 1º *omissis*;

§ 2º A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

25 Art. 196, IV c/c Art. 244, VIII e X, ambos da Constituição do Estado do Amazonas.

sociais, consoante Decreto federal nº 3.298, de 20/12/1999 (dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência) regulamentador da Lei federal nº 7.853, de 24/10/1989. Aquele decreto de forma clara impõe ao Poder Público o dever legal de assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos (educação, saúde, trabalho, etc).

A integração social encontra sustentação jurídica na Lei federal nº 7.853, de 24/10/1989²⁶. A retro mencionada institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência em qualquer de suas modalidades, que ressalta o princípio da isonomia e oportunidade, justiça social, respeito à dignidade da pessoa humana e bem-estar e exercício dos direitos básicos, inclusive ao trabalho que, na esfera da Administração Pública, somente pode ser efetivada mediante a reserva de vagas em qualquer concurso público instaurado ou que venha a instaurar.

Verifica-se como já entrevisto que o Estado brasileiro assumiu o compromisso de respeitar os direitos subjetivos das pessoas portadoras de deficiência, consagrando-os em normativos jurídicos, dentre os quais a Lei federal nº 8.112/90 que, no título “Do provimento, vacância, remoção, redistribuição e substituição” de cargo público assegura ao portador de deficiência “o direito de se inscrever em concurso público²⁷ para provimento de cargo, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas são

26 Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

27 Art. 41, Decreto federal nº 3.298/99.

reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Os percentuais devem estar previstos no Edital do concurso público, sendo que a porcentagem mínima de 5% a ser reservada pela Administração Pública direta e indireta²⁸ conforme o Decreto nº 3.298/99²⁹. Mesmo percentual mínimo foi estipulado pelo legislador ordinário amazonense, consoante Lei Ordinária Estadual amazonense nº 31, de 09/03/1989, modificada pela Lei 3.243, de 28/03/2008³⁰.

A RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS DEFICIENTES, em concurso público realizado pela Administração Pública, NÃO MAIS SE CIRCUNSCREVE AO ÂMBITO DO PODER DISCRICIONÁRIO DO ADMINISTRADOR. HODIERNAMENTE É UM ATO VINCULADO QUE SE FUNDAMENTA NO ARTIGO 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, pouco importando o idealizador do concurso público, ou seja, Polícia Militar ou Corpo de Bombeiros Militar. Portanto, a inscrição em concurso público é, portanto, simultaneamente, um direito do candidato deficiente e uma obrigação para a Administração Pública. A propósito invoco a Súmula 377 do Superior Tribunal de Justiça.

O portador de visão monocular TEM DIREITO DE CONCORRER, EM CONCURSO PÚBLICO, ÀS VAGAS RESERVADAS AOS DEFICIENTES.

RMS 2521/GO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1993/0002324-1; 5ª. TURMA STJ; JULGAMENTO: 14/10/1997.

EMENTA: ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - VAGA DE DEFICIENTE FÍSICO - OBRIGATORIEDADE.

28 GUGEL. op. cit., p. 74.

29 Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

30 Art. 3º. Os órgãos da Administração Direta e Indireta ficam obrigados a manter em seus quadros de pessoal o mínimo de 5% (cinco por cento) de pessoas portadoras de deficiência física, para provimento de cargo, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras.

§ 1º. O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado o percentual contido no "caput" deste artigo, em face da classificação obtida.

§ 2º. Caso a aplicação do percentual de que trata o "caput" deste artigo resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente".

DEVE-SE RESERVAR PERCENTUAL DAS VAGAS DESTINADAS A CONCURSO PÚBLICO ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIENCIA FISICA, NOS LIMITES ESTABELECIDOS EM LEI. RECURSO PROVIDO.

.....

REsp 331688/RS. RECURSO ESPECIAL 2001/0093843-0; T6 - SEXTA TURMA STJ; JULGAMENTO:20/03/2003
EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO. DEFICIENTE FÍSICO. ARTIGO 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 5º, § 2º, DA LEI Nº 8.112/90. RESERVA DE VAGAS. OBRIGATORIEDADE.

- A inércia do administrador público em não reservar percentual de vagas destinadas a deficiente físico, providência determinada pelo artigo 37, VIII, da Constituição Federal e regulamentado pelo artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, não pode obstar o cumprimento do mandamento constitucional e afastar o direito assegurado aos candidatos de concurso portadores de deficiência. Recurso não conhecido.

.....

REsp 184500/RJ RECURSO ESPECIAL 1998/0057222-8; 6ª. TURMA STJ; JULGAMENTO: 15/10/1998.

CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO DO TESOUREO NACIONAL. RESERVA DE PERCENTUAL DE VAGAS. DEFICIENTE FÍSICO. COMPATIBILIDADE ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO E A DEFICIÊNCIA. MATÉRIA DE FATO. SÚMULA 07/STJ.

- A legislação ordinária, ao definir os limites de alcance da garantia constitucional que prevê a reserva de percentual de vagas em concurso público para provimento de cargo ou emprego público a portadores de deficiência física, condicionou o acesso à compatibilidade entre as atribuições do cargo e as deficiências das quais os candidatos são portadores, estabelecendo um percentual máximo de 20% das vagas oferecidas no edital do certame.

- A decisão que assegura o aproveitamento de portador de deficiência física em concurso público, ao concluir pela compatibilidade das atribuições do cargo a ser provido com a deficiência de que o candidato é portador, não pode ser objeto de revisão por via de recurso especial porque, para tanto, seria imprescindível o revolvimento de todo o quadro fático, o que é defeso nesta instância especial. Recurso especial não conhecido.

A despeito dos normativos internacionais e nacionais valorizando a inserção social das pessoas portadoras de deficiência, o Estado, através de seus órgãos e agentes, é o primeiro a desrespeitar o próprio normativo por ele criado, tornando o concurso público extremamente discriminatório e exclusivo, ao não permitir que os desiguais concorram de forma igualitária.

Reprisando, a acessibilidade a cargos/postos militares é uma realidade jurídica, a qual não poderia ser desconsiderada pelo Comandante do Corpo de Bombeiros Militar, reservando, no Edital nº 001/2009 - CBMAM. Neste deveria ter sido especificado o quantitativo mínimo de 5% (cinco por cento) de vagas destinadas a candidatos portadores de deficiência, por ser um imperativo legal imposto à Administração Pública Direta e Indireta. Todavia, inobservou o Comandante do Corpo de Bombeiro os normativos jurídicos e caso não seja corrigido esta omissão, as pessoas com deficiência serão impedidas de participar do certame e sofrerão prejuízos de ordem moral e financeira, além de social.

Acrescente-se que os futuros integrantes das UPAs desenvolverão, exclusivamente, atividades nas dependências internas de tais unidades de saúde, não havendo razão alguma para se excluir do certame pessoas com deficiências se as mesmas poderão exercer suas profissões compatíveis com suas deficiências. Poderão ser tão capazes e eficientes quanto qualquer outro candidato selecionado desprovido de qualquer deficiência física.

O edital do concurso público deve conter cláusula específica e clara a respeito da distribuição de vagas aos cargos, não podendo o administrador indicar quais os cargos que disponibilizará para pessoas com deficiência, alegando como é muito comum e absolutamente equivocada, a compatibilidade da função à deficiência ou cargos que exijam aptidão plena,

como ressalta a doutrinadora Maria Aparecida Gugel. Acrescenta a doutrinadora que, em geral, a compatibilidade da função à deficiência será aferida no curso do estágio probatório e, em relação à aptidão plena, o conteúdo das provas e exames se encarregará de eliminar candidatos que não detenham aptidão física, sensorial ou mental³¹.

Como regra geral, deve-se registrar que o cálculo de vagas deve ser considerado o número total de vagas oferecidas dividindo-se pelo percentual legal reservado, no caso, em 5% e em ocorrendo resultado fracionado, este será arredondado ao primeiro número inteiro subsequente³². Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifesta, professando que “de ter-se, em face da obrigatoriedade da reserva de vagas para portadores de deficiências, que a faça, a exemplo do disposto no decreto n. 3.298/99, seja elevada ao primeiro número inteiro subsequente, no caso 01 (um), como medida necessária a emprestar-se eficácia ao texto constitucional, que, caso contrário, sofreria ofensa³³.”

O Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados³⁴ tem reconhecido que o

EDITAL DEVE CONTEMPLAR VAGAS PARA PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA E EM SENDO AS VAGAS DISTRIBUIDAS POR ESPECIALIDADES, COMO É O PRESENTE CASO, A CADA ESPECIALIDADE DEVE SER RESERVADO O QUANTITATIVO MÍNIMO DE VAGAS PARA AQUELAS PESSOAS.

E MAIS, AS NOMEÇÕES DAS PESSOAS CLASSIFICADAS DEVE SER ALTERNADA ENTRE PESSOA DEFICIENTE E PESSOA NÃO DEFICIENTE, CONSOANTE ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

RMS 18669/RJ Recurso Ordinário em MS 2004/0104990-3, Ministro GILSON DIPP, 5ª Turma,

31 GUGEL. *op. cit.*, p. 74.

32 Art. 37, § 2º, Decreto nº. 3.298/99

33 RE 227.299-1 MG, Relator Ministro Ilmar Galvão, 14 jun. 2000.

34 MS 8411/DF MS 2002/0062254-0; MS 8208/DF MS 2002/0017970-7.

Julgamento em 07/10/2004.

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - ANALISTA JUDICIÁRIO - ESPECIALIDADE ODONTOLOGIA - CANDIDATO DEFICIENTE - PRETERIÇÃO - OCORRÊNCIA - INOBSERVÂNCIA DO ART. 37,§ 2º DO DECRETO Nº 3.298/99 - RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - ALTERNÂNCIA ENTRE UM CANDIDATO DEFICIENTE E OUTRO NÃO, ATÉ QUE SE ATINJA O LIMITE DE VAGAS PARA OS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA ESTABELECIDO NO EDITAL - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VIII assegura aos portadores de deficiência física a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos. A Administração regula a situação através da Lei nº 8.112/90 e do Decreto nº 3.298/99, estabelecendo que serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso, bem como que o número de vagas correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência deve estar inserta no Edital, respectivamente.

II - Estatui o brocardo jurídico: “o edital é a lei do concurso”. Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. (...).

III - O candidato portador de deficiência física concorre em condições de igualdade com os demais não-portadores, na medida das suas desigualdades. Caso contrário, a garantia de reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos públicos aos candidatos deficientes não teria razão de ser.

IV - No caso dos autos, o impetrante, primeiro colocado entre os deficientes físicos, deve ocupar uma das vagas ofertadas ao cargo de Analista Judiciário - especialidade Odontologia, para que seja efetivada a vontade insculpida no art. 37, § 2º do Decreto nº 3.298/99. Entenda-se que não se pode considerar que as primeiras vagas se destinam a candidatos não-deficientes e apenas as eventuais ou últimas a candidatos deficientes. Ao

contrário, o que deve ser feito é a nomeação alternada de um e outro, até que seja alcançado o percentual limítrofe de vagas oferecidas pelo Edital a esses últimos.

V - (...).

VI - Recurso conhecido e provido.

Mesmo entendimento é defendido pelo Supremo Tribunal Federal consoante a decisão proferida no RE 227299-MG e pelo STJ no acórdão RESP 17013.

Mas, ressalte-se que à regra citada há exceção, em se tratando de quadro de carreira estruturado em especialidades, como é o caso do Edital n. 001/09, em que os cargos da área médica, odontologia, assistência social, farmácia e técnico em saúde está estrutura em Postos Militares (Tenente Médico, Tenente Dentista, Tenente Farmacêutico, Tenente Enfermeiro, Tenente Assistente Social, Sargento Auxiliar de Saúde e Cabo Auxiliar de Saúde). E desta forma, a distribuição das vagas reservadas será proporcionalmente ao número de vagas em cada especialidade, de forma que para todos os cargos ou empregos haja previsão explícita de reserva de vagas para pessoa com deficiência³⁵.

Aplicando-se o percentual fixado na Lei Ordinária Estadual, ou seja, de 5%, conjugado com a previsão legal contida no § 2º da Lei 3.243, de 28/03/2008³⁶ e com o entendimento pacífico do STJ obtém-se o número mínimo de vagas destinadas aos Postos Militares portadores de deficiência, cujo quadro demonstrativo está exposto abaixo que deverá constar no novo Edital do Concurso Público.

35 GUGEL. op. cit., p. 74

36 Art. 3º. Os órgãos da Administração Direta e Indireta ficam obrigados a manter em seus quadros de pessoal o mínimo de 5% (cinco por cento) de pessoas portadoras de deficiência física, para provimento de cargo, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras.

§ 1º. - omissis;

§ 2º. Caso a aplicação do percentual de que trata o "caput" deste artigo resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente"

POSTO/ GRADUAÇÃO MILITAR	Vagas no Edital	Vagas MÍNIMAS p/	Quant. MÍNIMO de vagas arredon- dadas (5%)	Quant. MAXIMO de vagas arredon- dadas (20%)
2º Tenente Médico Clínico	117	5,85	6	24
2º Tenente Médico Pediatra	67	3,35	4	14
2º Tenente Médico Ortopedista	18	0,9	1	4
2º Tenente Dentista	42	2,1	3	9
2º Tenente Farmacêutico	42	2,1	3	9
2º Tenente Enfermeiro	107	5,35	6	22
2º Tenente Assistente Social	42	2,1	3	9
3º Sargento Auxiliar de Saúde (Técnico em Enfermagem)	293	14,65	15	59
Cabo Auxiliar de Saúde (Auxiliar de Consultório Dentário - ACD)	28	1,46	2	7
Cabo Auxiliar de Saúde (Técnico em Raio-X)	28	1,4	2	7
Cabo Auxiliar de Saúde (Técnico em Gesso)	12	0,6	1	3
Quantitativo de vagas para deficientes físicos			46	167

Portanto, como visto, o Comandante do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas reservar NO MÍNIMO 46 (quarenta e seis) vagas e NO MÁXIMO 167 (cento e sessenta e

sete) vagas destinadas às pessoas com deficiência para atuarem, especificamente, na área de saúde.

Outras irregularidades detectadas no Edital n. 001/2009 - CBMAM dizem respeito às idades especificadas para os Quadros de Oficiais e Complementar de Oficiais. Sabe-se que a Administração Pública deva especificar claramente no Edital os requisitos legais que o candidato há de preencher.

Em relação à fixação dos limites de idades tem o Administrador Público a liberdade de fixar limites máximos de idades aos cargos por ela ofertados, os quais devem ser compatíveis aos cargos a ocupar e atividades a desempenhar. Ele tem que valorizar o direito social ao trabalho³⁷, garantido constitucionalmente, conjugando-o com as normas grafadas nos artigos 6º, 7º, 37, inciso II da CF/1988 e artigo 109, inciso II, da CE/Amazonas.

Estes dois últimos dispositivos constitucionais professam de forma uníssona que *a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.*

Embora seja assegurado constitucionalmente o direito ao trabalho, há ainda um abismo entre a realidade jurídica e social, porque, lamentavelmente, no Brasil, pessoas com idades superiores àquelas fixadas no Edital n. 001/2009-CBMAM são consideradas, erroneamente, incapazes para exercerem atividades laborativas, muito embora ainda estejam em plena capacidade física e mental.

Não é razoável impor-se limite máximo de idade a quem executará unicamente atividade intelectual. A limitação à faixa etária justifica-se quando o candidato vai desenvolver atividades físicas em seu local de trabalho, o que não é o caso dos candidatos que pretendem ingressar nos quadros de oficiais do Corpo de

37 São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, (...), na forma desta Constituição.

Bombeiros do Estado do Amazonas.

Dentro da esfera normativo do Estado do Amazonas NÃO HÁ LEI ALGUMA FIXANDO OS PARÂMETROS DE LIMITES MÍNIMO E MÁXIMO DE IDADE PARA O INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO.

O único normativo que trata sobre idades é o Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Amazonas que estipula o tempo de serviço no Posto Militar para irem para a reserva *ex-officio* ou voluntária, conforme já exposto alhures.

A Máxima Corte brasileira em várias ocasiões já decidira sobre a falta de legalidade a fixação de limite máximo de idade em concurso público, conforme se demonstra a seguir:

RE 599171/DF - DISTRITO FEDERAL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA; Julgamento:
06/05/2009
Decisão: DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLICIAL
MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. FIXAÇÃO DE LIMITE
DE IDADE PARA INSCRIÇÃO E PARTICIPAÇÃO EM
CONCURSO PÚBLICO. LIMITAÇÃO CONSTANTE APENAS
DO EDITAL. EXIGÊNCIA QUE DEVE NECESSARIAMENTE
ESTAR PREVISTA EM LEI. JURISPRUDÊNCIA DESTE
SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA
SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário
interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da
Constituição da República. 2. O Tribunal de Justiça
do Distrito Federal e Territórios julgou apelação
e remessa oficial em mandado de segurança, nos
termos seguintes: "ADMINISTRATIVO. MANDADO
DE SEGURANÇA. FIXAÇÃO DE IDADE LIMITE PARA
INSCRIÇÃO E PARTICIPAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO
PARA O CARGO DE POLICIAL MILITAR DO DISTRITO
FEDERAL. RESTRIÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO
(EDITAL) - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA ADEQUAÇÃO. ART. 5.º, INCISO
LIV, CF/88. DELIMITAÇÃO QUE SOMENTE PODE SER
PROMOVIDA POR LEI. ARTIGOS 42, § 1º, E 142, § 3º,
CF/88 - AFRONTA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO

DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO A FIXAÇÃO APENAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO SEM QUE HAJA EXPRESSA E INEQUÍVOCA PREVISÃO EM LEI” (fl. 201). 3. O Recorrente alega que o Tribunal a quo teria afrontado os arts. 37, caput, e inc. I e II, 42, § 1º, e 142, § 3º, inc. X, da Constituição. Argumenta, em síntese, que “a exigência da idade limite está prevista no Estatuto dos Policiais Militares, ao se limitar a permanência no serviço ativo de acordo com o posto ou patente, não configurando, destarte, critério arbitrário ou injustificado. Em verdade, a exigência objurgada compatibiliza-se com as peculiaridades da função policial-militar” (fl. 265). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 4. Razão jurídica não assiste ao Recorrente. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a limitação de idade para ingresso na carreira de Policial Militar não pode estar restrita ao edital do concurso, devendo ser a exigência prevista em lei. Nesse sentido: “1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Concurso público para policial militar. Limitação de idade. Edital que fixa idade limite para o ingresso na corporação, o que a Lei ordinária (L. 7.289/84), não restringiu. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado” (RE 307.112-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 26.5.2006-grifei). O acórdão recorrido, portanto, não divergiu da jurisprudência deste Supremo Tribunal, razão pela qual nada há a prover quanto às alegações da parte recorrente. 5. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 6 de

maio de 2009. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora.

RE 458735/RS - RIO GRANDE DO
SUL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE; Julgamento:
09/09/2005

Decisão: 1. Trata-se de recurso extraordinário, alínea a, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que considerou legítima a imposição do limite máximo de 25 anos de idade para inscrição em concurso público de soldado da Brigada Militar estadual. O aresto atacado com base nos arts. 37, I, e 39, § 3º, da CF/88 fundamentou que além de ter previsão legal (em sentido genérico), reproduzida em edital, a restrição obedece aos parâmetros de razoabilidade exigidos pelo cargo. 2. Nas razões do apelo extremo, o recorrente alega que o Decreto 37.536/97 e o respectivo edital do certame não são instrumentos normativos hábeis para fixar o limite etário máximo, uma vez que os arts. 37, I, 39, § 3º, 42, § 1º, e 142, § 3º, X, da Carta Magna determinam que apenas a lei, em sentido formal e material, pode dispor sobre a questão. 3. Consistente o recurso. Cumpre ressaltar, desde logo, que a regra geral é o acesso de todos aos cargos públicos, salvo limitações decorrentes de lei. Essas ressalvas podem ocorrer, por exemplo, em razão da idade, da altura, da colação de grau em nível superior ou do tempo de prática profissional. Entretanto, elas só são legítimas se forem fixadas, de forma razoável, para atender às exigências das funções do cargo a ser preenchido. Nesse diapasão, o STF, nos julgamentos dos Recursos Extraordinários 327.784-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 18.02.2005, 362.172, rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, DJ de 17.02.2004, 380.251, rel. Min. Carlos Velloso, decisão monocrática, DJ de 25.08.2005, e do Agravo de Instrumento 541.289, rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ de 13.06.2005, entendeu que, em observância ao princípio da reserva legal disposta nos arts. 37, I, e 142, § 3º, da Constituição Federal, somente a lei em sentido formal, dentro dos critérios de razoabilidade, pode determinar requisitos específicos

de ingresso no serviço público militar. Em face desse entendimento, não poderia, portanto, o referido decreto estabelecer limite etário para a inscrição no certame, sendo ilegítima tal exigência. 4. Diante do exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso, para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial. Invertam-se os ônus da sucumbência. Publique-se. Brasília, 9 de setembro de 2005. Ministra Ellen Gracie Relatora.

RE 362172/DF - DISTRITO FEDERAL
 RECURSO EXTRAORDINÁRIO
 Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA; Julgamento:
 04/02/2004

Decisão: 1. Trata-se de recursos extraordinários interpostos por Sérgio Henrique Fonseca Araújo e pelo Ministério Público do Distrito Federal contra acórdão da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que, julgando apelação cível do Distrito Federal, fixou o entendimento de que o limite máximo de 28 (vinte e oito) anos de idade para a admissão ao curso de formação de policial militar do Distrito Federal se mostrava razoável diante das atividades peculiares desenvolvidas pelo militar. Houve embargos de declaração que foram rejeitados. Alegam os recorrentes violação aos arts. 5º, II, 37, 42, § 1º, 84, 142, § 3º, X, da Constituição, uma vez que não poderia o Edital nº 234/98 fixar idade limite para ingresso nos quadros da polícia militar apenas calcado no Regulamento Geral da Polícia Militar do Distrito Federal (Decreto nº 41.095/57). É que a legislação ordinária que regularia a matéria (Lei nº 7.289/84 que dispõe acerca do estatuto dos policiais militares da Polícia Militar do Distrito Federal) não faz qualquer ressalva acerca de idade máxima de admissão no quadro, mas apenas expressamente exige o cumprimento das exigências de higidez física e mental. A falta de previsão legal explícita estaria a caracterizar descumprimento de preceitos constitucionais, como o princípio da legalidade ao criar requisito de ingresso não previsto em lei, e o princípio da isonomia ao estabelecer fator discriminatório ilegítimo no edital.

2. Do exame dos autos e da legislação pertinente, chega-se à conclusão de que, de fato, a Lei 7.289/84, em seu art. 11, não veda a admissão ao curso de formação de policial militar do Distrito Federal aos maiores de 28 (vinte e oito) anos, mas tão-somente, e de forma aberta, preceitua que a matrícula nos estabelecimentos de ensino policial militar respeitará “condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual, capacidade física e idoneidade moral.” Nesse sentido, entendo por inaplicável a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal que autoriza a fixação, em lei, de idade máxima para o ingresso no serviço público, a depender das peculiaridades e especificidades da atividade pública a ser exercida, mesmo para a carreira específica de policial militar (conforme, RMS 21.046, rel. min. Sepúlveda Pertence; e RE 176.081, rel. min. Octávio Gallotti). Não havendo qualquer limitação etária prevista em lei ordinária, não pode o edital arbitrar uma idade acima da qual se vedaria o ingresso na carreira de policial militar, isso porque os arts. 37, I, 143, § 3º, da Constituição, estabelecem verdadeira reserva legal e, por isso, somente a lei pode determinar critérios específicos de admissão a cargos militares (MS 20.973, rel. min. Paulo Brossard).

3. Diante do exposto, conheço dos recursos extraordinários e lhes dou provimento, julgando prejudicada a AC 2 apensada aos presentes autos. Custas ex lege. Publique-se. Brasília, 04 de fevereiro de 2004. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator.

.....

INFORMATIVO Nº 347

PROCESSO RE – 194704

Iniciado o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Piauí contra o inciso VI, do art. 54, da Constituição do mesmo Estado, que estabelece vedação da exigência de limite máximo de idade para prestação de concurso público. Com base no entendimento do Tribunal no sentido de que norma prevista em Constituição estadual que veda a estipulação do limite de idade para ingresso no serviço público diz respeito a requisito relativo ao provimento de cargo e ao regimento jurídico de servidor público,

cuja regulamentação reclama a elaboração de legislação ordinária de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, a Min. Ellen Gracie, relatora, julgou procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, por entender que a mesma viola os arts. 37, I e 61, § 1º, II, c e f, da CF. Acompanharam o voto da relatora os Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso. O Min. Marco Aurélio, em voto-vista, julgou improcedente o pedido, sob o fundamento que a ressalva contida no art. 54, relativa ao art. 39, da Constituição estadual, estaria, na verdade, preservando o princípio da legalidade, no sentido de que sua interpretação seria a de que a Administração, por si só, não poderia fixar limitação de idade, sem que houvesse previsão legal (“Art. 39 - A administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes dos Municípios sujeita-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.”... “Art. 54 - Sem prejuízo do disposto no artigo 39, a administração de pessoal do Estado e dos Município observará:...VI - vedação da extinção de limite máximo de idade para prestação de concurso público;”). Após, a Min. Ellen Gracie indicou adiamento. ADI 2873/PI, rel. Min. Ellen Gracie, 12 e 13.5.1004 (ADI-2873).

A seu turno o Superior Tribunal de Justiça seguindo a mesma diretriz do STF, tem os seguintes entendimentos:

Processo RMS 9512/RS RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1998/0015760-3
 Relator(a): Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113); Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 16/09/1999; Data da Publicação/Fonte: DJ 14/02/2000 p. 48 RSTJ vol. 132 p. 509;
 Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PRELIMINAR DE COISA JULGADA REJEITADA - REQUISITOS - LIMITAÇÃO - IDADE MÁXIMA - IMPOSSIBILIDADE. 1 - Preliminarmente, tratando-se de concursos para provimento do Cargo de Juiz de Direito Substituto diversos (1995 e 1996), não tendo por escopo o mesmo objeto, não se configura coisa julgada

material a concessão da segurança em writ anterior proposto. 2 - Uniforme e pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça sobre não se poder limitar o acesso a cargos públicos impondo-se limite de idade, mormente em atividades predominantemente intelectuais. Aplicação, pela Administração, do princípio da razoabilidade dos atos públicos. Aferição da capacidade física será feita na devida oportunidade, durante o processo seletivo. Inteligência ao art. 7º, inciso XXX c/c art. 39, parág. 2º, ambos da Constituição Federal. 3 - Precedentes (RMS nºs 2.498/RS e 5.009/RS, ambos do STJ, e RE nºs 156.404/BA e 212.066/RS, ambos do STF). 4 - Preliminar rejeitada e, no mérito, recurso provido para se conceder a ordem.

.....

Processo RMS 18759/SC RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0111120-6

Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131); Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA; Data do Julgamento: 09/06/2009; Data da Publicação/Fonte: DJe 01/07/2009 Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO. EDITAL N.º 001/CESIEP/2003. IDADE. LIMITE MÁXIMO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL. NATUREZA DO CARGO. PRECEDENTES.

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem concluído pela possibilidade de previsão em edital de limites de idade mínimo e máximo para o ingresso nas carreiras militares, em razão da atividade exercida, desde que haja lei específica determinando a incidência de tal limitação.

2. Em atenção à jurisprudência consolidada desta Corte no sentido da legalidade da exigência de idade máxima estabelecida pelo Edital n.º 001/CESIEP/2003, da Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão do Estado de Santa Catarina, considerada a natureza peculiar das atividades militares, não há falar em ofensa em direito líquido e certo do recorrente. 3. Recurso ordinário improvido.

Não se pode impedir, sob a escusa de que idade avançada fixada em edital, não permitirá ao candidato classificado ascender a postos militares superiores, porque é fato notório que certos Policiais Militares da ativa ou Corpo de Bombeiros Militar não conseguem galgar a postos superiores por outros motivos não relacionados à faixa etária.

A partir do momento em que o Comandante do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas impôs limites máximos às idades, instaurou nitidamente uma discriminação por motivo de idade e infringiu o princípio constitucional da igualdade e o direito social ao trabalho.

Reprisando, no sistema jurídico brasileiro predomina os princípios constitucionais da isonomia e da proibição de estabelecimento de diferenças de idade (art. 5º, *caput* 7º, XXX, ambos da Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988). Porém, este último dispositivo constitucional, tem que ser entendido em termo e no limite da razoabilidade, como já decidira o Superior Tribunal de Justiça (RMS 5115/RS RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1994/0038166-2; 6ª Turma; Julgamento em 27 mar. 1995; Publicação no DJ em 19 jun. 1995 p. 18753).

A rigor a fixação de idade em concurso público deve ter previsão legal, como já decidira o Superior Tribunal de Justiça.

Processo RMS 5115/RS RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1994/0038166-2

Relator(a): Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084); Relator(a) p/ Acórdão: Ministro ADHEMAR MACIEL (1099); Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA; Data do Julgamento: 27/03/1995; Data da Publicação/ Fonte: DJ 19/06/1995 p. 18753

Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE DE PORTARIA, ARTIFICE... E MOTORISTA. LIMITE MÁXIMO DE IDADE (35 ANOS) FIXADO POR LEI ESTADUAL. O

CANON CONSTITUCIONAL (ART. 7., XXX) TEM DE SER ENTENDIDO EM TERMOS E NO LIMITE DO RAZOAVEL. RECURSO ORDINARIO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

I - Os impetrantes/recorrentes, em numero de 7, foram barrados de se inscreverem em concurso publico para os cargos de agente de portaria, artifice, motorista etc, sob o argumento de que a lei estadual limitava a idade maxima em 35 anos . Como ficaram vencidos, recorreram ordinariamente.

II - O canon constitucional do art. 7., Inciso xxx, aplicavel a administração publica por força do art. 39, Parag. 2º, proibe tratamento diversificado em virtude de “sexo, idade, cor ou estado civil”. Tal dispositivo, porem, tem de ser entendido em termos e no limite do razoavel. E razoavel a limitação para “motorista”, o mesmo, porem, não acontecendo em relação ao artifice, ao agente de portaria etc, dos quais não se exige juventude. Precedentes da turma.

III - Recurso conhecido e parcialmente provido para todos os cargos que não o de “motorista”.

Mesmo tendo conhecimento da jurisprudência predominante no STJ, buscou-se, no normativo jurídico brasileiro estadual amazonense e federal, normas que fixassem limites de idade para determinados cargos, sendo encontrado unicamente a nível federal a Lei nº 4.375, de 17/08/1964 que versa sobre o Serviço Militar. Tal norma federal retificada pela Lei federal nº. 4.754, de 18/08/1965 foi regulamentada pelo Decreto federal nº 57.654, de 20/01/1966.

A Lei federal nº 4.375, de 17/08/1964 - ao tratar da duração do Serviço Militar estabelece em seu artigo 5º, caput, o limite máximo de 45 anos. Limite este fixado como requisito etário no concurso público para o cargo de motorista-segurança.

Lei federal nº 4.375, de 17/08/1964, in verbis:

Da Duração do Serviço Militar

Art. 5º A obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em

que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco).

Entretanto, o estabelecimento de idade máxima encontra, como já afirmado, limite no critério da razoabilidade, sendo este o entendimento pacífico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como pode ser comprovado pela jurisprudência colecionada adiante transcrita.

Por outro lado, há de ser, também, explicitado que a capacidade de trabalho do homem não se esgota quando é alcançada a idade de 40 ou 50 anos. Ao contrário, a capacidade produtiva intelectual está em seu auge, em decorrência do amadurecimento biológico e mental, o que permite ao ser humano tomadas de melhores decisões, inclusive quando se está diante de conflito de interesses.

Nesse contexto se situam, em regra, os operadores de Direito, que se utilizam, especificamente, de sua energia mental e conhecimento intelectual. Este é o motivo pelo qual não se pode fixar limite de idade para cargos públicos que não exige avaliação de capacidade física durante a fase de seleção, além do que a avaliação do candidato será feita durante o estágio probatório, sendo aplicável o princípio da razoabilidade.

Situação semelhante à discutida na presente ação ocorreu em concurso público para o ingresso nos quadros de Oficiais Temporários da Aeronáutica, em que a idade máxima fixada foi de 42 anos. Todavia, foi reconhecido pelo STJ (Processo MS 12773/DF MANDADO DE SEGURANÇA 2007/0087701-9) o direito subjetivo do candidato a ser nomeado ao posto quando já havia completado 43 anos.

O Superior Tribunal de Justiça, em várias ocasiões ao julgar situações semelhantes à discutida na presente ação, pacificou entendimento de que é lícita a fixação de limite máximo de idade para o desempenho de certas funções, tais como Policiais

Militares, MAS DESDE QUE HAJA PREVISÃO EM LEI EM SENTIDO FORMAL, NÃO PODENDO SER SUPRIMIDA POR REGULAMENTO OU EDITAL E SUA COMPROVAÇÃO DEVE SER NO ATO DA POSSE.

Da mesma forma é a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, tendo sumulado a matéria (Súmula 683), segundo a qual “O LIMITE DE IDADE PARA INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO SÓ SE LEGITIMA EM FACE DO ART. 7º, XXX³⁸, DA CONSTITUIÇÃO, QUANDO POSSA SER JUSTIFICADO PELA NATUREZA DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO A SER PRETENDIDO.

A evidência constata-se de uma simples leitura do Edital nº 001/2009-CBMAM que, com exceção de cargo/posto de Soldado Militar, os candidatos selecionados que comporão os Quadros de Oficiais desempenharão atividades médicas específicas conforme suas especialidades (odontológicas, farmacêuticas, ortopédicas, enfermagem e assistência social e auxiliares de saúde).

Mesmo sendo a atividade militar de natureza especial, que exige a imposição, por edital, de requisitos específicos mínimos de ingresso para o serviço público, desde que previstos em lei, a especialidade somente justifica-se para as pessoas que serão Oficiais Combatentes, dos quais se espera um excelente desempenho físico, diferentemente do candidatos-Oficiais que estão sendo selecionados que prestarão serviços na UPAs e excepcionalmente fora das dependências destas quando necessário.

Embora não estejam explicitadas no Edital as atividades a serem desempenhadas por cada Cargo/Posto Militar (Oficial e Praças Auxiliares de Saúde), é perceptível que suas atribuições serão inerentes às suas formações acadêmicas e correlatas com os cargos/postos.

Não há, portanto, impedimento algum de que uma pessoa portadora de deficiência física venha a participar do concurso público, posto que sua deficiência física será avaliada por uma

38 Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

junta médica específica, a qual deverá, necessariamente, ser composta por médicos especialistas da área em que o candidato tenha deficiência, *v.g.*, candidato com deficiência visual deve submeter-se a avaliação com médicos oftalmologistas; candidato com deficiência ortopédica, deve ser avaliado por junta médica integrada por médico ortopedista e fisioterapeuta.

AgRg no REsp 946264/SC AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2007/0095862-6, QUINTA TURMA, Julgamento: 19/06/2008

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. FORÇAS ARMADAS. LIMITAÇÃO DE IDADE. PREVISÃO EM REGULAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUE FIXE O LIMITE ETÁRIO. PRECEDENTES DESTA C. CORTE E DO E. STF. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

A limitação de idade em concurso público para ingresso às Forças Armadas é válida, desde que prevista em lei em sentido formal, não se mostrando compatível com o ordenamento jurídico a limitação etária prevista apenas em regulamento ou no edital do certame. Precedentes desta c. Corte e do e. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental desprovido.

.....

Processo RMS 19937/SC RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0067119-5

Relator(a): Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128); Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 07/11/2006; Data da Publicação/Fonte: DJ 27/11/2006 p. 292

Ementa: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. BOMBEIRO MILITAR. LIMITE MÁXIMO DE IDADE. POSSIBILIDADE. APROVAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em razão de atividades exercidas pelos policiais militares, é legal a exigência de idade limite máxima (26 anos) fixada no Edital n.º 1/ CESIEP/2003 do concurso de Soldado da Polícia Militar

e Corpo de Bombeiros do Estado de Santa Catarina. Precedentes.

2. A Teoria do Fato Consumado não se aplica nas hipóteses em que a participação do candidato no certame ocorreu apenas em virtude de decisão liminar. Precedentes.

3. Recurso ordinário improvido.

.....

Processo MS 12773/DF MANDADO DE SEGURANÇA 2007/0087701-9

Relator(a): Ministra LAURITA VAZ (1120); Órgão Julgador: S3 - TERCEIRA SEÇÃO; Data do Julgamento: 24/10/2007; Data da Publicação/Fonte: DJ 11/12/2007 p. 170

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. QUADRO DE OFICIAIS TEMPORÁRIOS DA AERONÁUTICA. INSCRIÇÃO. IDADE MÁXIMA. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA, QUE, ALIÁS, RESTOU ATENDIDA PELA IMPETRANTE.

1. É legítima a limitação de idade para ingresso nos quadros de Oficiais Temporários da Aeronáutica, por força do art. 42, § 3º, inciso X, da Constituição Federal, não incidindo, no caso, o seu art. 7º, inciso XXX. Precedentes.

2. Ocorrido o período de inscrição de 10/07/2006 a 03/08/2006, é de ser reconhecido o preenchimento da exigência editalícia pela Impetrante que possuía idade limite de 42 (quarenta e dois) anos, à época, sendo certo que somente completou 43 (quarenta e três) anos em 06/08/2006. 3. Ordem concedida.

.....

Idem as decisões proferidas pelo STJ nos seguintes processos:

AgRg no REsp 995041/RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2007/0236405-3

Ministro NILSON NAVES (361), T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento: 25/09/2008

Data da Publicação/Fonte: DJe 15/12/2008

Recurso especial (negativa de seguimento). Alegação de ofensa ao art. 535, II, do Cód. de Pr. Civil (improcedência).

Servidor (militar). Concurso público (impossibilidade de limitação etária). Inexistência de lei específica (caso). Precedente específico (aplicação). Agravo regimental improvido.

.....

RMS 18358/SC RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0064962-7, QUINTA TURMA, Julgamento: 02/08/2005

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR ESTADUAL. LIMITE MÁXIMO DE IDADE. PREVISÃO LEGAL. CARACTERÍSTICAS DO CARGO. POSSIBILIDADE. NORMA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE APRESENTA ABSOLUTA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito desta Corte de Justiça, bem como do eg. STF, a norma constitucional que inibe qualquer tipo de “discriminação” para ingresso em cargos públicos não é absoluta. De acordo com a natureza do cargo e estando prevista tal limitação, a mesma é viável. Precedentes. Recurso desprovido.

.....

AgRg no REsp 995041/RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2007/0236405-3; 6ª. TURMA, JULGAMENTO: 25/09/2008

Recurso especial (negativa de seguimento). Alegação de ofensa ao

art. 535, II, do Cód. de Pr. Civil (improcedência). Servidor (militar). Concurso público (impossibilidade de limitação etária). Inexistência de lei específica (caso). Precedente específico (aplicação). Agravo regimental improvido.

Idêntica decisões são encontradas nos acórdãos AgRg no REsp 1057859 PR 2008/0106567-0 Decisão: 16/04/2009 e AgRg no REsp 1086605 RS 2008/0191573-4 Decisão: 03/02/2009.

É certo que a fixação de idade para o desempenho de determinadas funções deve estar fixada explicitamente

em normativos jurídicos. Todavia, mesmo que tal previsão exista, admitem-se exceções, como explicitado acima pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a ocupação de certos cargos. Mas, é imperioso que os limites de idades tenham suportes em normativo jurídico, sob pena de invalidar a exigência contida em edital, como ocorre no presente concurso público instaurado pelo Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas.

Buscaram-se, no sistema jurídico brasileiro estadual amazonense e federal, normas a respeito da fixação de idades a determinados cargos públicos ou postos militares. No âmbito do campo normativo amazonense inexistiu alguma lei que fundamente o item 3.1, alíneas “b” e “c” do Edital n. 001/2009-CBMAM. Na esfera federal há a Lei nº 4.375, de 17/08/1964 (Lei do Serviço Militar), retificada pela Lei federal nº 4.754, de 18/08/1965 que está regulamentada pelo Decreto federal nº 57.654, de 20/01/1966, sendo a única norma que impõe limite à idade, no que se refere, exclusivamente, a prestação de serviço militar. A citada lei federal, em seu artigo 5º, *caput*, fixa que a obrigatoriedade da prestação do Serviço Militar encerra quando o cidadão alcança a idade de 45 anos, ou seja, até esta idade, qualquer pessoa pode ser convocada a servir a pátria.

Da Duração do Serviço Militar

Art 5º A obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco)

Depreende-se do enunciado legal acima que a obrigatoriedade do Serviço Militar se estende até 45 anos de idade. Não há impedimento algum para que o Militar permaneça nas Forças Armadas além daquele limite até alcançar a idade de

ir para a reserva.

No Estado do Amazonas INEXISTE LEI FORMAL FIXANDO OS PARÂMETROS DE LIMITES DE IDADE PARA O INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO, QUER SEJA NA POLÍCIA MILITAR, POLÍCIA CIVIL, QUER SEJA NO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR.

Ora, uma vez, inexistente, na esfera legislativa estadual, algum normativo fixando as idades máximas mencionadas no Edital n. 001/2009-CBMAM, a conclusão que se chega é que A FIXAÇÃO DOS LIMITES MÁXIMOS DE IDADES EXIGIDOS dos candidatos que pretendem ingressar nos Postos de Oficialato do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas É ILEGAL PORQUE, como já afirmado pelos entendimentos do STF e STJ em diversos acórdãos, *v.g.*, Processo RMS 5115/RS Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 1994/0038166-2 e Processo RMS 18759/SC Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2004/0111120-6 a EXIGÊNCIA DA FAIXA ETÁRIA MÁXIMA DEVE ESTAR RESPALDADA EM NORMA LEGAL.

A inexistência de lei em sentido formal anula o requisito do limite máximo de idade, como tem já decidido o STJ, *in verbis*:

AgRg no REsp 995041/RS AGRAVO
REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2007/0236405-3. Julgamento: 25/09/2008
Recurso especial (negativa de seguimento). Alegação de ofensa ao art. 535, II, do CPC (improcedência). Servidor (militar). Concurso público (impossibilidade de limitação etária). Inexistência de lei específica (caso). Precedente específico (aplicação). Agravo regimental improvido.

Portanto, repita-se, é ilegal a fixação de limites máximos de idades aos candidatos que pretendem ingressar no oficialato do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas aos Postos Militares de 2º Tenente (Médico, Dentista, Farmacêutico, Enfermeiro, Assistente Social), 3º Sargento (Auxiliar de Saúde), Cabo (Auxiliar de Saúde).

Imperativo que o Comando do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas, assim como o Governo do Estado do Amazonas, respeitem o canon constitucional gravado no artigo 7º, inciso XXX, que veda discriminação por motivo de idade. Mas, este princípio tem que ser entendido em termos e no limite do razoável como decidira o STJ. Tal princípio não foi valorizado, tampouco flexibilizado no limite da razoabilidade pelos Requeridos ao redigirem o Edital nº 001/2009 - CBMAM, fixando limites de idades de 37 e 40 anos aos Postos Militares (3º Sargento, Cabo e Soldado, 2º Tenente), sem apontar a fundamentação legal a tal exigência.

Em sendo a matéria relativa à idade a única de cunho eminentemente constitucional, aliado ao fato que os dispositivos constitucionais previstos nos artigos 5º, *caput* e 7º, XXX, ambos da Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988), devem, no caso versado nos presentes autos, a exigência do limite máximo de idade ser flexibilizada, como já professara o STJ em diversas ocasiões.

O Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas, assim como a Polícia Militar/AM estão diretamente vinculados à Secretaria de Estado de Segurança Pública. Todavia, em se tratando de concurso público, a mesma não emprega o mesmo critério. Ora, é bastante rígida, ora é flexível no que se refere aos requisitos de inscrição ao concurso público.

Vale ser lembrado que no Concurso Público para o cargo de Delegado de Polícia realizado, no corrente ano, pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Amazonas, através da Delegacia Geral de Polícia Civil do Estado do Amazonas, divulgado no Edital nº 001/2009 - PCAM modificado pelo Edital nº 002/2009 - PCAM, não fora fixado o limite máximo de idade, consoante análise dos requisitos especificados no item 5 (DOS REQUISITOS PARA A INVESTIDURA NO CARGO), cópias em anexo, diferentemente do Edital nº 001/2009 - CBMAM.

São por estes motivos, aliado à falta de amparo legal, deve o Comando do Corpo de Bombeiros do Estado do

Amazonas SUPRIMIR ou ALTERAR O LIMITE MÁXIMO DE IDADE ESPECIFICADO NO ITEM 3.1, ALÍNEAS “C” DO EDITAL Nº 001/2009 - CBMAM PARA 50 ANOS, PERMITINDO, DESTA MANEIRA, UMA MAIOR UNIVERSALIZAÇÃO DE OPORTUNIDADE DE INGRESSO AO SERVIÇO PÚBLICO.

Do pedido

Liminar de tutela antecipada

Estão presentes os pressupostos que autorizam a concessão liminar de antecipação de tutela, seja com fundamento no artigo 12 da Lei nº 7.347/85, seja com espeque no artigo 273 do CPC.

A matéria de fato (prova inequívoca referida no art. 273 do CPC) está demonstrada pelo próprio conteúdo do Edital do Concurso Público (Item 3.1. do Edital nº 001/2009-CBMAM) que está excluindo do certame pessoas com idades superiores a 40 anos, para concorrer a uma das vagas ao Quadro de Oficiais de Saúde. Da mesma forma, não fora prevista vagas nos limites mínimo e máximo (5% a 20%) para as pessoas portadoras de deficiência.

A verossimilhança da alegação (que em conjunto com a comprovação dos fatos formam o clássico requisito do *fumus boni jures*) decorre das próprias razões expostas nesta inicial e, especialmente, da expressa previsão constitucional e legal da obrigação do Poder Público de promover a inclusão das pessoas portadoras de deficiência por meio da reserva de vagas em concurso público.

Ademais, a legislação federal expressa, inteiro teor do Decreto nº 3.298, e 20/12/99, § 2º do art. 43, cujo texto determina que a equipe multiprofissional avaliará a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.

Em sendo o concurso público composto de fases

eliminatórias, o candidato estará em constante avaliação, inclusive na fase de realização do Curso de Formação e na Investigação Social, seguido do período de estágio probatório, o que justifica mais uma vez que os candidatos deficientes e não-deficientes que estejam acima do limite de idade fixado no edital, possam participar do certame, o que não significa que, automaticamente, estarão participando do Curso de Formação e tomarão posse. O que não é justo é impedi-los de participar do concurso público, porque seria uma injustiça e ilegalidade.

Já o risco de dano de difícil reparação (inciso I do art. 273 do CPC: o *periculum in mora* das liminares e cautelares) está devidamente caracterizado, porque o período de inscrição do concurso público encerrará no dia 06 de novembro do corrente ano. Ora, uma vez alcanço o *dies ad quem*, o Governo do Estado do Amazonas e o Comando do Corpo de Bombeiros Militar não reabrirão ou prorrogarão, administrativamente, as inscrições para as pessoas portadoras de deficiências e para aquelas que estejam com idade superior a 40 anos.

E em sendo realizado o certame, o prejuízo por eventual declaração posterior de sua nulidade será muito mais elevado para a Fazenda Pública e demais candidatos interessados excluídos e impedidos do que a prévia suspensão da sua realização para a promoção dos ajustes necessários às suas inclusões.

Por outro lado, o bem aqui postulado [o direito à integração econômica e social do portador de deficiência - bem tão caro que é incluído (retoricamente) em todos os programas de governo] é de insofismável relevância individual e social, cuja proteção deve prevalecer, na ponderação de valores, consoante a lição de Teori Albino Zavascki: Efetivamente, ao estabelecer que 'o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial', o legislador ordinário está, sem dúvida, estabelecendo restrição

ao direito à segurança jurídica, consagrado pelo art. 5º, LIV, da Constituição. Justamente por isso, e conforme evidenciam os incisos do artigo, tal restrição somente é admitida quando outro direito fundamental (o da efetividade da jurisdição) estiver em vias de ser desprestigiado. O desprestígio pode ocorrer: a) quando 'haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação' (situação que põe em xeque a utilidade prática da futura sentença ante o possível comprometimento do próprio direito afirmado na inicial) ou; b) (...) E a opção do legislador, de adotar como técnica de solução a antecipação provisória do bem da vida reclamado pelo autor, revela claramente que, na ponderação dos valores colidentes, ficou estabelecida uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica.³⁹

Diante do exposto requer o Ministério Público que Vossa Excelência liminarmente, como medida de antecipação de tutela:

DETERMINE ao Comandante do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas e ao Governo do Estado do Amazonas que, no prazo de 24 horas, visto estar prestes a escoar o prazo de inscrição, a:

Adotar, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, nos termos do artigo 461, § 4º, do CPC e dos artigos 11 e 12 da Lei 7347/85, todas as providências necessárias, de cunho normativo ou material, para REPUBLICAR O EDITAL, com REABERTURA DE IDÊNTICO PRAZO DE INSCRIÇÃO, publicando-o na Imprensa Oficial e divulgando-o através dos meios de comunicação disponíveis, inclusive pela internet, devendo o edital conter os seguintes normativos:

a) Reservar o quantitativo de vagas entre os limites de 5% (cinco por cento) a 20% (vinte por cento) de VAGAS, POR ESPECIALIDADE, destinadas às pessoas portadoras de deficiência, consoante tabela abaixo:

39 Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 73-74.

POSTO/GRADUAÇÃO MILITAR	Quant. MÍNIMO de vagas arredondadas (5%)	Quant. MÁXIMO de vagas arredondadas (20%)
2º Tenente Médico Clínico	6	24
2º Tenente Médico Pediatra	4	14
2º Tenente Médico Ortopedista	1	4
2º Tenente Dentista	3	9
2º Tenente Farmacêutico	3	9
2º Tenente Enfermeiro	6	22
2º Tenente Assistente Social	3	9
3º Sargento Auxiliar de Saúde (Técnico em Enfermagem)	15	59
Cabo Auxiliar de Saúde (Auxiliar de Consultório Dentário - ACD)	2	7
Cabo Auxiliar de Saúde (Técnico em Raio-X)	2	7
Cabo Auxiliar de Saúde (Técnico em Gesso)	1	3
Quantitativo de vagas para deficientes físicos	46	167

b) Detalhar as atribuições dos cargos descritos no edital a serem preenchidos;

c) Retificar a redação do Edital n. 001/2009 - CBMAM, item 3.1. alínea “c”, alterando o limite de idade máxima de 40 anos para a idade de 50 anos, de sorte a permitir uma maior universalização de vagas aos profissionais da área médica e correlata.

Pedido principal

A final pede o Ministério Público seja confirmada na integralidade a antecipação de tutela concedida e julgado procedente o pedido a condenar o Estado do Amazonas e o Comandante do Corpo de Bombeiros do Estado do Amazonas a:

1 Especificar, no novo edital:

a- os locais de prestação dos serviços que serão as Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), assim como naqueles em que o Corpo de Bombeiros Militar venha necessitar dos serviços profissionais dos candidatos em situações de urgência e emergência;

b- que os candidatos portadores de deficiência em sendo aprovados e classificados serão avaliados por equipe multiprofissional, composta por um médico e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato, que emitirá parecer, avaliando a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato, inclusive durante o estágio probatório, conforme previsão do artigo 43 do Decreto nº. 3.298/99;

c- que os exames médico e de aptidão física, assim como a avaliação de estágio probatório será realizada pela equipe multiprofissional;

2 Retificar no novo edital a redação do Edital n. 001/2009 - CBMAM, item 3.1:

a- alínea “b”, *in fine*, desmembrando os Cargos/Postos Militares de 3º Sargento e Cabo do Posto Militar de Soldado;

b- alíneas “b” e “c”, alterando os limites de idade máxima de 37 e 40 anos para a idade de 50 anos, de sorte a permitir uma maior universalização de vagas aos profissionais da área médica;

3 Retificar o edital especificando que, no ato de inscrição, o candidato portador de deficiência deverá apresentar laudo médico atestando a espécie e o grau de deficiência com o correspondente Código Internacional de Doença (CID) e a causa provável da deficiência;

4 Viabilizar todos os meios necessários para o candidato deficiente possa realizar as provas do certame, inclusive promovendo as adaptações necessárias para a avaliação individual, dos candidatos durante os testes físicos, por uma equipe multiprofissional e;

5 Vedar a eliminação de candidatos portadores de deficiência durante as fases do exame médico e aptidão física, devendo o exame de compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato ser avaliada na forma do § 2º, do artigo 43, do Decreto nº 3.298/99, correspondente ao estágio probatório.

Requer-se ainda:

a) A citação dos réus o ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, na pessoa do Procurador-Geral do Estado, Sr. Raimundo Frânio de Almeida Lima e o Comandante do Corpo de Bombeiros Militar, Sr. Antônio Dias dos Santos, para querendo, contestar no prazo legal e sob pena de revelia, observando-se as redações dos arts. 172, § 2º e 285, do Código de Processo Civil;

b) A intimação pessoal do autor de todos os atos e termos processuais, nos termos do art. 41, IV, da Lei 8.625/93 e do art. 236, § 2º do Código de Processo Civil;

c) Seja julgada procedente a ação.

Protestando, a final, pela produção de todas as provas em Direito admissíveis, requer o Ministério Público do Estado do Amazonas seja julgada procedente a presente Ação Civil Pública para, sob pena de multa diária a ser arbitrada por esse digno Juízo.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para efeitos meramente fiscais.

Termos em que, pede deferimento.

Manaus, 04 de novembro de 2009.

MIRTIL FERNANDES DO VALE
Promotor de Justiça

Ação de improbidade administrativa

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA ___ VARA ESPECIALIZADA DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DESTA CAPITAL.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS, por meio de seus Promotores de Justiça, infra-assinados, no exercício de suas atribuições legais, nas 13^a e 70^a Promotorias de Justiça Especializadas na Proteção ao Patrimônio Público, com fulcro nos arts. 127, *caput*, e 129, III e IX, 1^a parte, ambos da Constituição Federal da República, e nas disposições da Lei n^o 8.429/92, vêm, perante Vossa Excelência, propor a presente

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

em face de: 207 (duzentos e sete) requeridos, entre vereadores e servidores públicos municipais comissionados, que podem ser citados nos endereços informados ou, na ausência, na sede da Câmara Municipal de Manaus, na Rua Padre Agostinho Caballero Martin, n^o 850 – São Raimundo, Cep: 69027-020, pelas razões de fato e de direito que passam a expor:

I Da legitimidade do Ministério Público

Instituição incumbida da defesa da “ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF/88, art. 127), o Ministério Público tem de promover toda e qualquer medida tendente a resguardar e garantir o pleno exercício da CIDADANIA.

A imperatividade desta norma é repetida pelas Leis Orgânicas do Ministério Público, tanto a Federal (Lei n^o 8625/93) quanto a Estadual (Lei Complementar n^o 11/93), que informam ser função típica do Ministério Público defender

o pleno exercício dos direitos e garantias conferidos pela Carta Política, adotando, em juízo, toda e qualquer medida tendente a resguardar e proteger o cidadão nos direitos que lhe são inerentes, e não tenha dúvida de que o patrimônio público, onde se inclui os bens e direitos de valor econômico, na exegese do art.1º da Lei de Ação Popular, faz parte do rol desses direitos.

Sobre o patrimônio público é oportuno citar o preciso conceito dado pelo conceituado Fernando Rodrigues Martins:

... patrimônio público é o conjunto de bens, dinheiro, valores, direitos (inclusive morais) e créditos pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), através da administração direta ou indireta e fundacional, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores, como também os administrados, vinculados à sua proteção e defesa. Tais elementos, mesmo sob a posse de particular, nunca perderão a qualidade de domínio público dada sua origem: o ente público. Sempre lembrando que os bens públicos podem ter, ainda, natureza artística, histórica, estética turística.¹

Por imperativo constitucional, imposto no artigo 129, idem III, da atual Carta política, tem o Ministério Público a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Quanto à ação de improbidade, a competência para a sua propositura encontra-se explicitada no art. 17 da Lei 8.429/92:

Art.17 - A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

1 MARTINS, Fernando Rodrigues.

Além do ordenamento constitucional e infraconstitucional, a jurisprudência de nossos Tribunais Federais e Estaduais é farta e definitiva quanto à legitimação do Ministério Público para a promoção da defesa do patrimônio público e social, bem como da moralidade pública. Nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 181715/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. O Superior Tribunal de Justiça proferiu inúmeros julgamentos no mesmo diapasão, podendo citar apenas alguns: ROMS 61/82/DF, DJ 01/12/97; ROMS 6197/DF, DJ 18/05/98; RESP 154128/SC, DJ 18/12/98; RHC 5873/PR, DJ 19/12/97; RESP 98648/MG, DJ 28/04/97; ROMS 7423/SP, DJ 03/11/97; RESP 91269/SP, DJ 08/09/97; RESP 123672/SP, DJ 16/03/98; RESP 142699/MG, DJ 16/03/98; RESP 132107/MG, DJ16/03/98.

Em relação especificamente ao caso concreto ora em análise, não há como se admitir contestação à legitimidade ativa do Ministério Público, uma vez que se busca a punição de administradores públicos e terceiros beneficiados pela ilegal concessão da vantagem consistente em bolsa de estudo para custeio de curso de ensino superior, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade, gerando ainda dano ao Erário do Município de Manaus, como se provará.

II Dos fatos

Extraí-se das informações colhidas nos presentes autos de procedimento preparatório que os Vereadores da Câmara Municipal de Manaus, no dia 28 de fevereiro de 2007, editaram a Resolução nº 40, concedendo a cada Vereador o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de bolsa de estudo para custeio de curso de Ensino Superior para graduandos de sua livre escolha, na forma de seu art 2º, a seguir transcrito:

Resolução nº 40, de 28 de fevereiro de 2007:

Art. 1º*omissis*....

Art. 2º. Será fornecido, mensalmente, a cada Vereador o valor de R\$ 3.000,00 a título de bolsa de estudo para custeio de curso de Ensino Superior para graduandos de sua livre escolha.

§1º. Fica estabelecido que cada Vereador deverá fornecer, previamente, à Diretoria de Administração – DIAD, os nomes dos graduandos custeados pela bolsa de estudo, bem como o nome da respectiva Instituição de Ensino e o valor correspondente.

§ 2º. Fica determinado que o valor correspondente à bolsa de estudo será repassado diretamente à Instituição de Ensino pelo setor competente da Câmara Municipal de Manaus.

Essa Resolução e os benefícios por ela concedidos integravam um pacote de concessões para os Edis manauaras, explorado pela imprensa e batizado pela população com o nome de “*o pacote de bondades*”, tendo o Ministério Público instaurado procedimentos investigatórios para apurar as eventuais ilegalidades.

Em face da insatisfação social e da ação do Ministério Público, a Câmara dos Vereadores efetuou mudanças no conteúdo do pacote de benefícios, com a edição de outras normas, entre as quais a Resolução nº 045, de 25 de abril de 2007, que revogou as disposições relacionadas ao auxílio para custeio de ensino superior concedido e disciplinado pela Resolução 040/2007.

Todavia, essa resolução (045) não se limitou a extirpar o comando errado, indo mais além, pois buscou acrescentar em Resolução anteriormente editada por aquela Casa Legislativa (Resolução nº 028/2005), que estabelecia auxílio de bolsa de estudo para os servidores efetivos daquele Poder, a extensão do benefício aos servidores comissionados, fixando também que o percentual do auxílio destinado os servidores efetivos não se aplica aos comissionados.

Para uma melhor compreensão transcrevemos, a seguir, as disposições da Resolução 028/2005 e 045/2007.

Resolução nº 028, de 06 de junho de 2005

AUTORIZA a Presidência a implementar programa de bolsa de estudo parcial ao servidor efetivo da Câmara Municipal de Manaus que estiver cursando Faculdade e dá outras providências.

Art. 1º – Fica a Presidência da Câmara Municipal de Manaus autorizada à implementação de programa de concessão de bolsa de estudo parcial ao servidor do Poder Legislativo Municipal que estiver cursando Faculdade.

Art. 2º – O valor da bolsa fica estabelecido em 50% (cinquenta por cento) do valor da prestação da Faculdade, limitado este valor a R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

Art. 3º – O Presidente no começo de cada semestre, por ato próprio, estipulará o número de bolsas de estudos que serão concedidas.

Art. 4º – Havendo mais candidatos do que bolsas disponíveis, serão adotados os seguintes critérios para a concessão:

I – o servidor com menor remuneração;

II – o servidor com maior tempo de serviço prestado à Câmara Municipal de Manaus;

III – o servidor com idade mais avançada;

Resolução nº 045, de 25 de abril de 2007

Altera a ementa e cria o art. 2º-A na Resolução nº 028, de 21/06/2005

Art. 1º – A ementa da Resolução nº 028, de 21/06/2005, passará a vigorar com a seguinte redação:

“AUTORIZA a Presidência a implementar o programa de bolsa de estudo ao servidor efetivo e comissionado da Câmara Municipal de Manaus que estiver cursando faculdade e dá outras providências”.

Art. 2º – Fica criado o art. 2º-A na Resolução nº 028, de 21/06/2005, com a seguinte redação:

“Art. 2º-A – O percentual estabelecido no art. 2º não se estende aos servidores de cargo em comissão”.

Art. 3º – Esta resolução entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário, em especial o art. 2º e parágrafos da Resolução nº 040, de 28/02/2007.

Na tentativa de disciplinar e justificar o pagamento do auxílio bolsa de estudo aos servidores comissionados, o Sr Presidente da Câmara Municipal de Manaus, no dia 1º de maio de 2007, assinou o ATO nº 126/2007-GP/DIAD, *não publicado*, no qual fixa o valor do auxílio-estudo para os servidores comissionados em R\$ 3.000,00, (três mil reais), acrescentando que, além do pagamento da mensalidade, poderia tal valor ser gasto com livros, apostilas e qualquer outro material relacionado com o custeio da educação do servidor, na forma abaixo:

ATO DA PRESIDÊNCIA Nº 126/2007-GP/DIAD

JOÃO LEONEL DE BRITO FEITOZA, Presidente da Câmara Municipal de Manaus, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 21, parágrafo único, inciso I, alínea “b”, do Regimento Interno,

CONSIDERANDO o disposto na Resolução nº 045, de 25 de abril de 2007;

CONSIDERANDO, ainda o art. 2ºA da referida Resolução;

RESOLVE:

I – FIXAR o valor de até R\$ 3.000,00 (três mil reais) para fins de custeio de educação;

II – ESTABELEECER que o valor contido no item I será exclusivamente para o pagamento de mensalidades, compras de livros, apostilas e qualquer outro material relacionado com o custeio da educação do servidor;

III – REVOGAM-SE as disposições em contrário.
Cientifique-se, cumpra-se e publique-se.
Manaus, 11 de maio de 2007.

JOÃO LEONEL DE BRITO FEITOZA
Presidente da Câmara Municipal de Manaus

Com a assinatura do excêntrico ATO 126/2007-GP-DIAD e mesmo sem a imprescindível publicação, iniciaram-se as concessões do auxílio bolsa de estudo para os servidores comissionados, que vigorou entre os meses de maio de 2007 a abril de 2008, sem que a administração tenha adotado critério algum uniforme para a determinação dos beneficiados. Fazia-se verdadeira farra com o dinheiro público. A única singularidade observada era que todos os beneficiados eram indicados pelos Vereadores, particularidade não justificada pela Diretora de Administração da Câmara Municipal de Manaus, Sra. Wilza Carla Nascimento e Silva, porém, confirmada pela mesma que tal prerrogativa estava sendo respeitada.

Situações aberrantes sobrevieram como: (1) Vereador indicado por si próprio para receber o auxílio, como é o caso do Vereador FRANCISCO NASCIMENTO GOMES, que recebia a importância de R\$ 750,00, por mês, alcançando um total de R\$ 3.750,00 para custear curso de Especialização em Cardiologia, na UFAM; (2) Vereadores indicando os próprios filhos e parentes para serem beneficiários do auxílio, sendo aceito pela administração; (3) Beneficiados que foram nomeados somente para obterem o direito de receber o auxílio; (4) beneficiados que sequer eram servidores da CMM, sejam efetivos, sejam comissionados; e (5) com o dinheiro do benefício eram realizadas despesas que não tinha correspondência com o custeio dos estudos, quer para pagar a mensalidade do curso, quer para tender outras despesas correlatas admitidas pelo inválido ATO 126/2007.

De todo o material coletado no procedimento investigatório, conclui-se que a forma de concessão da bolsa de estudo aos

servidores da Câmara Municipal de Manaus é unicamente a estipulada pela Resolução nº 028/2005, posto que a Resolução nº 040/2007 nenhum efeito produziu, haja vista que foi editada no dia 28 de fevereiro de 2007 e revogada, na parte que se refere a bolsa estudo, em 25 de abril de 2007, e nesse período nenhuma bolsa foi concedida.

Restou ainda cristalina provado que todas as concessões de bolsa de estudo aos servidores comissionados da Câmara Municipal de Manaus em 2007 não respeitaram a norma que concede esse benefício, ou seja, a Resolução 028/2005, notadamente em seus artigos 3º e 4º, já que não houve ato semestral único fixando a totalidade das bolsas a serem concedidas, nem observância dos critérios de desempate.

Note-se que a exigência de fixação prévia de número de bolsas a serem concedidas guarda coerência com as normas de responsabilidade fiscal de observância obrigatória pela administração pública, considerando a exigência de prévia previsão orçamentária e limites fixados para gastos com pessoal, pois apenas admissível tal investimento pela Câmara Municipal se voltado para o aprimoramento de seus servidores efetivos, tendo ainda os cursos correlação com a atividade efetivamente desenvolvida pelo servidor no Órgão.

Ao contrário, o Senhor Presidente da Câmara Municipal de Manaus de maio de 2007 a abril de 2008 concedeu um grande número (superior a 143) de bolsas de estudo. E praticava os atos administrativos aleatoriamente, incluindo e excluindo beneficiados, entre eles, repitam-se, servidores comissionados e pessoas estranhas ao quadro, apenas observando o limite de R\$ 3.000,00 (três mil reais), que entendia ter cada Vereador direito para custeio de curso superior de seus interessados.

Em nenhum momento observou-se a disposição do artigo 3º da Resolução 028/2005, acerca da obrigatoriedade de se estipular, no início de cada semestre, o número de bolsas de

estudo que serão concedidas. O mesmo se deu em relação aos critérios estabelecidos pelo artigo 4º da citada Resolução, posto que a maioria dos beneficiados eram justamente aqueles servidores comissionados que: ou eram parentes (filhos, ex-companheira, namorada de filho e até o próprio Vereador); ou com alta remuneração, como os Chefes de Gabinete; ou com pouco tempo de serviço, ou nenhum, como aqueles que só foram servidores na época em que o benefício estava sendo concedido; e que, na maioria são de pouca idade, jovens. Agravando-se ainda, no caso em que o comissionado recebia o auxílio bolsa de estudo integral, pagava a mensalidade do seu curso, de valor muito abaixo, e o restante entregava para a Chefe de Gabinete, que, segundo ela, repassava para outras pessoas, não servidores, estudantes de curso superior indicadas pelo Vereador.

Quadro a seguir demonstra o número de beneficiados, para qual vereador esses serviam e os valores desembolsados dos cofres públicos:

**QUADRO DOS COMISSIONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS BENEFICIADOS DO AUXÍLIO BOLSA-ESTUDO,
INCLUINDO-SE UM VEREADOR, NOS MESES DE MAIO/2007 A ABRIL/2008**

	BENEFICIADO	VEREADOR VINCULADO	CURSO/FACULDADE	VALOR MENSAL RECEBIDO	MENSALIDADE DO CURSO	MESES RECEBIDOS	TOTAL GERAL
1	Adriana P. Pimentel	Francisco Costinha	Arquit. e Urb./ UNINORTE	800,00	475,50	03/07 A 03/08	10.400,00
2	Adriane A. Rodrigues	Willians C. da Silva	Contabilidade/ FAMETRO	1.000,00	846,00	05/07 A 02/08 E 04/08	11.000,00
3	Aida P. Fernandes	Paulo C. De Carli	Ortodontia/ABC DENT. AM	1.850,00	1100,00	05/07 A 04/08	22.200,00
4	Aline de S. Melo	Roberto S. Rodrigues	Cien. Contábeis./ FAMETRO	1.000,00	420,00	05/07 A 12/07	8000,00
5	Ana Lucia M. Tavares		Administração	421,00		06/07	421,00
6	Ana Paula da C. Vale	Paulo Nasser	Administração/ UNINORTE	421,00	442,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	5.052,00
7	Anderson M. dos Santos		Engenharia Básica	3.000,00		05/07 E 06/07	6000,00
8	Andrey Lucio O. Arcos	Mário B. dos Santos	Gestão Financeira/UNIP	1.808,50	441,35	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	21.702,00
9	Angela Leila P. C. Oliveira	Waldemir José	Especialização/ ESA	250,00		06/07 A 12/07 E 01 A 03/08	2.500,00
10	Benony Michel I. Gomes	Dr. Gomes	Medicina/NILTON LINS	1.500,00	4166,72	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	18.000,00
11	Carla Carina M. de Souza		Serviço Social	1.500,00		05/07	1.500,00
12	Carlos Alberto R. Siqueira	Fabrcício Silva Lima	Administração/ UNIP	410,23	455,93	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	4.922,76
13	Carlos Eirado R. Neto	José I. G. Sena	Direito/ESBAM	230,00	652,86	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	2.760,00

**QUADRO DOS COMISSONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS BENEFICIADOS DO AUXÍLIO BOLSA-ESTUDO,
INCLUINDO-SE UM VEREADOR, NOS MESES DE MAIO/2007 A ABRIL/2008**

	BENEFICIADO	VEREADOR VINCULADO	CURSO/FACULDADE	VALOR MENSAL RECEBIDO	MENSALIDADE DO CURSO	MESES RECEBIDOS	TOTAL GERAL
14	Carlos Pereira	Sildomar Abtibol	Edu. Física/ NILTON LINS	501,20	526,26	05/07 A 12/07 E 01.02/08	5.012,00
15	Cione de V. Duarte	Jairo Ribeiro Dias	Odontologia/FOM	1.000,00	500,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	12.000,00
16	Clícia Simone C. Lima	Sildomar Abtibol	Serviço Social/ UNINORTE	401,50	401,50	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	4.818,00
17	Climário Cabral de M. Filho	Gilmar O. Nascimento	Arquit. e Urb./ ULBRA	700,00	691,80	05/07 A 12/07 E 01.02/08	7.000,00
18	Clistenes C. R. da Silva	Willians C. da Silva	Adm. Em Rede/ ULBRA	1.000,00	563,62	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	12.000,00
19	Conselita N. Da Silva	Sildomar Abtibol	Administração/ UNIP	410,34	455,93	08/07 E 10/07	820,68
20	Consuelo de S. Barros	Paulo Nasser	Serviço Social/ FAMETRO	402,50	402,50	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	4.830,00
21	Cristian G. Correa	Francisco A. Braga	Administração/ ULBRA	1.980,00	220,00	08/07 E 12/07 E 01.02.04/08	15.840,00
22	Cristiane B. Soares	Waldemir José	Pós-Graduação/ FAMETRO	160,00	380,00	08/07 E 12/07 E 01 A 03/08	1.280,00
23	Dalcilene O. Portela	Waldemir José	Gestão do SUS/ UNINORTE	120,00	190,00	08/07 E 12/07 E 01 A 04/08	1.080,00
24	Dalton das N. Picanço	Isaac Tayah	Direito/NILTON LINS	1.963,50	472,86	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	23.562,00
25	Dalva M. da Silva	Massami Miki	Serviço Social/ UNINORTE	1.500,00	401,50	05/07 A 12/07 E 01.02.04/08	16.500,00

**QUADRO DOS COMISSONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS BENEFICIADOS DO AUXÍLIO BOLSA-ESTUDO,
INCLUINDO-SE UM VEREADOR, NOS MESES DE MAIO/2007 A ABRIL/2008**

	BENEFICIADO	VEREADOR VINCULADO	CURSO/FACULDADE	VALOR MENSAL RECEBIDO	MENSALIDADE DO CURSO	MESES RECEBIDOS	TOTAL GERAL
26	Daniel Oliveira da Silva	Jorge Maia da Silva	Ciências da Computação/UNIP	3.000,00	570,00	03/08 E 04/08	6.000,00
27	Daniela de Q. Vieira	Fabrcício Silva Lima	Direito/CIESA	181,54	572,00	09/07 A 12/07 E 01.02.04/08	1.270,78
28	Danielle F. R. Santos	Modesto R. Santos	Medicina/NILTON LINS	3.000,00	4166,72	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	36.000,00
29	Dárcio Ricardo A. Pereira	Carmen G. A. Carrate	Administração/UNINORTE	1.000,00	442,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	12.000,00
30	Delcimar M. Valim	José R. Wendling	Serviço Social/DENIZARD	208,00		05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	2.496,00
31	Diarcara S. Ribeiro	José I. G. Sena	Comunic. Social/UNINORTE	433,00	445,00	07/07 A 12/07 E 01 A 04/08	4.330,00
32	Elison G. de Araujo	Sildoma Abtibol	Administração/NILTON LINS	631,60	662,80	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	7.579,20
33	Eliton Silva Pinto	José R. Wendling	Administração/UNINORTE	421,00	442,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	5.052,00
34	Elizabeth L. da Silva	Mário B. dos Santos	Serviço Social/UNINORTE	351,50	401,50	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	4.218,00
35	Elizabeth P. De Oliveira	Jorge Maia da Silva	Administração/FAMETRO	2.820,00	420,00	05/07 A 12/07 E 01.02/08	28.200,00
36	Ellen Lacerda Collyer	Mário B. dos Santos	Gestão Financeira/UNIP	380,00		05/07 A 12/07 E 01 A 03/08	4.180,00
37	Elta Souza Silva	Lucia Regina Antony	Administração/UNINORTE	421,00	442,00	05,07/07 A 12/07 E 01 A 04/08	4.631,00

**QUADRO DOS COMISSONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS BENEFICIADOS DO AUXÍLIO BOLSA-ESTUDO,
INCLUINDO-SE UM VEREADOR, NOS MESES DE MAIO/2007 A ABRIL/2008**

	BENEFICIADO	VEREADOR VINCULADO	CURSO/ FACULDADE	VALOR MENSAL RECEBIDO	MENSA- LIDADE DO CURSO	MESES RECEBIDOS	TOTAL GERAL
38	Elziani de ^o Barbosa	José Vicente C. Filho	Pedagogia/ULBRA	620,00	220,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	7.440,00
39	Felipe Martins do Vale	Mário B. dos Santos	Com. Social/BOAS NOVAS	210,00	287,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	2.520,00
40	Fraciele M. dos Santos	Fabrcício Silva Lima	Administração/ UNINORTE	771,00	421,00	09/07 A 12/07 E 01 A 04/08	6.168,00
41	Francisco A. A. Amaral	Ellias Emanuel	Com. Social/ UNINORTE	460,00	519,00	09/07 A 12/07 E 01 A 04/08	3.680,00
42	Francisco A. C. e Pinho	Massami Miki	Direito/ UNINORTE	2.000,00	750,00	05/07 A 12/07 E 01,02/08	20.000,00
43	Francisco N. Gomes	Dr. Gomes	Espec. Cardiologia/UFAM	750,00	750,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	9.000,00
44	Francisco M. A. Almeida	Ana Cláudia Fonseca	Geografia/ UNINORTE	1.000,00	335,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	12.000,00
45	Gean Balieiro de Souza	Jorge Luiz P. Costa	Educação Física/ LA SALLE	3.000,00	297,80	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	36.000,00
46	Gerson C. de Carvalho	Mário B. dos Santos	Psicologia/ NILTON LINS	250,00	188,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	3.000,00
47	Giese B. M. S. Montenegro	Maria Mirtes Oliveira	Jornalismo/ UNINORTE	450,00	483,00	05/07 A 12/07 E 01,02/08	4.500,00
48	Glayson Lemos Rocha	Paulo Nasser	C. da Computação/ CIESA	425,00	450,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	5.100,00
49	Gleyson V. P. de Souza	Ayr José de Souza	Gestão em Marketing/UNIP	3.000,00	471,80	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	36.000,00

**QUADRO DOS COMISSONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS BENEFICIADOS DO AUXÍLIO BOLSA-ESTUDO,
INCLUINDO-SE UM VEREADOR, NOS MESES DE MAIO/2007 A ABRIL/2008**

	BENEFICIADO	VEREADOR VINCULADO	CURSO/ FACULDADE	VALOR MENSAL RECEBIDO	MENSA- LIDADE DO CURSO	MESES RECEBIDOS	TOTAL GERAL
50	Helene Moreira de Souza		Administração	199,00		06/07 E 07/07	398,00
51	Helena Ferreira Pereira	Gilmar O.Nascimento	Radiologia Médica/UNIP	300,00		05/07 A 12/07 E 01,02/08	3.000,00
52	Henry Walber D. Vieira	Fabrcio Silva Lima	Pós Grad/ESP.SIT. SAUDE	540,00	542,20	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	6.480,00
53	Italo Antunes Lobo	Paulo Nasser	Arquitetura/ UNINORTE	453,00	475,50	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	5.436,00
54	Ivan Correia da Silva	Jeferson A. da Silva	Direito/NILTON LINS	3.000,00	891,95	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	36.000,00
55	Jackson Luis S. Moreira	Waldemir José	Contabilidade/ UNINORTE	380,00	421,50	08/07 A 12/07 E 01 A 03/08	3.040,00
56	Jaisson de Castro Dácio	Marco Antônio Costa	Administração/ NILTON LINS	631,60	568,44	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	7.579,20
57	Janciney A. De Oliveira	Paulo C. De Carli	Administração/ UNINORTE	250,00	421,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	3.000,00
58	Janice A. De Queiroz	Francisco Costinha	Cien. Biológicas/ UNINORTE	800,00	429,93	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	9.600,00
59	Jeciney da Silva Brito	Amauri Colares	Com. Social/BOAS NOVAS	3.000,00	390,00	07/07 A 12/07 E 01 A 04/08	30.000,00
60	Jetro Santiago de Araújo	Marco Antônio Costa	Direito/UNIP	901,00	812,45	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	10.812,00
61	João F. do Nascimento	José R. Wendling	Pedagogia/ UNINORTE	198,00	247,17	05/07 A 12/07 E 01,02,04/08	2.178,00

**QUADRO DOS COMISSONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS BENEFICIADOS DO AUXÍLIO BOLSA-ESTUDO,
INCLUINDO-SE UM VEREADOR, NOS MESES DE MAIO/2007 A ABRIL/2008**

	BENEFICIADO	VEREADOR VINCULADO	CURSO/FACULDADE	VALOR MENSAL RECEBIDO	MENSA-LIDADE DO CURSO	MESES RECEBIDOS	TOTAL GERAL
62	José de A. M. Viana	José Vicente C. Filho	Recursos Humanos/UNIP	1.800,00	445,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	21.600,00
63	José Maria Negreiros	Maria Mirtes Oliveira	Fisioterapia/UNINORTE	300,00	650,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	3.600,00
64	Josimar Ribeiro F. Silva	Carmen G. A. Carrate	Direito/UNINORTE	1.000,00	750,50	05/07 A 12/07 E 01.02.04/08	11.000,00
65	Juvencio Nunes Filho	Francisco A.C. Braga	??/FAMETRO	420,00		07/07 A 12/07 E 01 A 03/08	3.780,00
66	Kadia Maria G. Batalha		Espec. Em Direito Público	250,00		06/07 A 08/07	750,00
67	Katia Maria S. Cardoso	Isaac Tayah	Serviço Social/EDUCON	224,00	421,50	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	2.688,00
68	Kelly Pinheiro de Oliveira	Jorge Maia da Silva	Serviço Social/DOM BOSCO	180,00		05/07 A 12/07 E 01/08	1.620,00
69	Leyla Roberta N. Figueira	Nelson A. Azedo	Nutrição/UNINORTE	1.000,00	600,00	08/07 A 12/07 E 01 A 04/08	9.000,00
70	Livia Cristina A.C. Lobo	Paulo Nasser	Gest. Negócios/TECNOLOGIA	195,00		05/07 A 12/07 E 01/08	1.755,00
71	Luciana dos S. Silva	Paulo C. De Carli	Direito/ESBAM	400,00	702,00	05/07 A 12/07	3.200,00
72	Luciana Pinto S. Maior	Marco Antônio Costa	MBA/CRISTUS	670,00	652,86	08/07 A 12/07 E 01 A 03/08	5.360,00
73	Luciane Pereira Machado		Formação Gestão em Moda	397,50		06/07 E 07/07	795,00

**QUADRO DOS COMISSONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS BENEFICIADOS DO AUXÍLIO BOLSA-ESTUDO,
INCLUINDO-SE UM VEREADOR, NOS MESES DE MAIO/2007 A ABRIL/2008**

	BENEFICIADO	VEREADOR VINCULADO	CURSO/FACULDADE	VALOR MENSAL RECEBIDO	MENSA-LIDADE DO CURSO	MESES RECEBIDOS	TOTAL GERAL
74	Luis Olavo A. da Silva	Paulo C. De Carli	Economia/UFAM	500,00		05/07 A 12/07 E 01,02/08	5.000,00
75	Maiko de M. Mendonça	Ana Cláudia Fonseca	Comunicação/UNIP	1.000,00		05/07 A 12/07 E 01,02/08	10.000,00
76	Manuel de O. Andrade	Lucia Regina Antony	Direito/UNIP	766,45	812,45	05/07 A 12/07 E 01 A 03/08	8.430,95
77	Mara Rubia L. Loureiro		Letras	300,00		09/07 A 11/07	900,00
78	Marcelo Maciel da Silva	Waldemir José	Educação Física/UNIP	350,00	524,08	06/07 A 12/07 E 01 A 03/08	3.500,00
79	Marcia da Costa Braga		Administração	350,00		05/07 A 09/07 E 04/08	2.100,00
80	Marcia Regina L. Rocha	Vitor Monteiro	Pedagogia/FAMETRO	500,00	380,00	05/07 A 12/07	4.000,00
81	Marcileia Lima Moreira	Jairo Ribeiro Dias	Serviço Social/UNINORTE	1.000,00	240,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	12.000,00
82	Marco Roberto G. Doce	Fabício Silva Lima	Administração/UNINORTE	421,00	442,00	07/07 A 12/07 E 01 A 04/08	4.210,00
83	Marcos R. A. Cerqueira	Roberto S. Rodrigues	Ciências/CIESA	1.000,00	450,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	12.000,00
84	Marcus Paulo S. Sampaio	José R. Wendling	Gerenc.Projetos/IDERTDAM	210,00		08/07 A 12/07 E 01 A 04/08	1.890,00
85	Maria da C. V. Marques	Lucia Regina Antony	Ciên. Contábeis/UNINORTE	401,50	421,50	05/07 A 12/07 E 01,02/08	4.015,00

**QUADRO DOS COMISSONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS BENEFICIADOS DO AUXÍLIO BOLSA-ESTUDO,
INCLUINDO-SE UM VEREADOR, NOS MESES DE MAIO/2007 A ABRIL/2008**

	BENEFICIADO	VEREADOR VINCULADO	CURSO/FACULDADE	VALOR MENSAL RECEBIDO	MENSALIDADE DO CURSO	MESES RECEBIDOS	TOTAL GERAL
86	Maria das G. F. de Araujo	Sildoma Abtibol	Administração/ UNINORTE	421,00	442,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	5.052,00
87	Maria de L. Leão Duarte	Waldemir José	Contabilidade/ UNINORTE	150,00	421,50	08/07 A 12/07 E 01.02.04/08	1.200,00
88	Maria do C. A. Ismail	Nelson A. Azedo	Letras/UNINORTE	1.000,00	330,00	08/07 A 12/07 E 01 A 04/08	9.000,00
89	Maria do P. S. P. Aragão	João Leonel Feitoza	Administração/ NILTON LINS	1.600,00	568,44	05/07 A 12/07	12.800,00
90	Maria Edivânia C. Lima	Francisco A.C. Braga	Serviço Social/ NILTON LINS	573,72	424,20	07/07 A 12/07 E 01.02/08	4.589,76
91	Maria E. Negreiros	Maria Mirtes Oliveira	Farmácia/NILTON LINS	700,00	601,74	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	8.400,00
92	Maria José P. da Silva	Francisco Costinha	/IAES	1.400,00		05/07 A 12/07 E 01.02/08	14.000,00
93	Maria L. S. Menezes	Isaac Tayah	Serviço Social/ FAMETRO	402,50	402,50	05/07 A 12/07 E 01.02/08	4.025,00
94	Mariane A. F. M. Oliveira	Ana Cláudia Fonseca	Fisioterapia/ UNINORTE	1.000,00	682,50	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	12.000,00
95	Marli Jesuina dos Santos	Ari Jorge Moutinho Jr.	Tecn. Estética/ UNINORTE	400,00	420,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	4.800,00
96	Mary Daiana G. de Souza	José Vicente C. Filho	Odontologia/IAES	580,00	1341,34	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	6.960,00
97	Moises da Silveira Aragão	José R. Wendling	Lic. Plena/NILTON LINS	175,00	211,80	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	2.100,00

**QUADRO DOS COMISSONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS BENEFICIADOS DO AUXÍLIO BOLSA-ESTUDO,
INCLUINDO-SE UM VEREADOR, NOS MESES DE MAIO/2007 A ABRIL/2008**

	BENEFICIADO	VEREADOR VINCULADO	CURSO/FACULDADE	VALOR MENSAL RECEBIDO	MENSALIDADE DO CURSO	MESES RECEBIDOS	TOTAL GERAL
98	Monica Lopes Pimentel	Sildoma Abtibol	Serviço Social/ UNINORTE	181,18	431,05	05,06,08 A 12/07 E 01 A 04/08	1.992,98
99	Natalia Maria de S. Maia		Direito	421,00		05/07 A 07/07	1.263,00
100	Nayleide Araujo da Silva	José R. Wendling	Direito/ESBAM	469,00	652,86	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	5.628,00
101	Neila Maria Dantas Azrak	Francisco D. A. Silva	Direito/UNIP	3.000,00	812,45	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	36.000,00
102	Orlanildo de O. Mineiro	Waldemir José	Psicologia/ UNINORTE	120,00	519,00	06/07 A 12/07 E 01,02/08	1.080,00
103	Orleans Murilo A. Araujo	Nelson A. Azedo	Direito/ULBRA	1.000,00	610,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	12.000,00
104	Patrícia Correa Matos	Ari Jorge Moutinho Jr.	Veterinária/ NILTON LINS	834,68	799,20	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	10.016,16
105	Patrícia R. Ferreira	Antônio Carlos Ferreira	Farmácia/NILTON LINS	1.500,00	645,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	18.000,00
106	Paulo Sergio B. Emiliano	Fabício Silva Lima	Contabilidade/LA SALLE	266,00	510,80	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	3.192,00
107	Priscila B. dos Santos	Jairo Ribeiro Dias	Direito/UNIP	1.000,00	612,71	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	12.000,00
108	Raimunda F. C. Dias	Carmen G. A. Carrate	Serviço Social/ UNINORTE	1.000,00	421,50	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	12.000,00
109	Raimundo C. Souza Lima	José R. Wendling	Gestão Serv. Púb./ FATEC	220,00		05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	2.640,00

**QUADRO DOS COMISSONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS BENEFICIADOS DO AUXÍLIO BOLSA-ESTUDO,
INCLUINDO-SE UM VEREADOR, NOS MESES DE MAIO/2007 A ABRIL/2008**

	BENEFICIADO	VEREADOR VINCULADO	CURSO/FACULDADE	VALOR MENSAL RECEBIDO	MENSALIDADE DO CURSO	MESES RECEBIDOS	TOTAL GERAL
110	Reginaldo A. R. Santos	Isaac Tayah	Administração/ DOM BOSCO	410,00	410,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	4.920,00
111	Renato Peron Gomes	Waldemir José	Sist. Informação/ FAMETRO	320,00	390,00	06/07 A 12/07 E 01 A 04/08	3.520,00
112	Rizomar Souza da Costa	Maria Mirtes Oliveira	Enfermagem/ UNINORTE	600,00	639,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	7.200,00
113	Robert Lincoln C. Areias	Ellias Emanuel	Direito/ESBAM	870,00	652,86	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	10.440,00
114	Roberta Souza Silva		Direito	3.000,00		05/07 A 07/07	9.000,00
115	Robson Viana M. Lima	Lucia Regina Antony	Direito/ UNINORTE	715,00	750,50	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	8.580,00
116	Rodrigo Pontes Fonseca	José Iraelton G. Sena	Administração/ UNINORTE	420,00	442,00	05/07 A 12/07	3.360,00
117	Rosalba de Nazaré Pinto	Sildoma Abtibol	Serviço Social/ FAMETRO	181,18	402,05	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	2.174,16
118	Rosângela C. da Silva	Roberto S. Rodrigues	Administração/ UNIP	1.000,00	744,99	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	12.000,00
119	Rosângela Maria C. Silva	João Leonel Feitoza	Itensivista/UFAM	1.400,00	350,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	16.800,00
120	Rosineide N. Matos	Maria Mirtes Oliveira	Serviço Social/ UNINORTE	400,00	401,00	05/07 A 12/07 E 01,02/08	4.000,00
121	Ruth V. da Costa	Waldemir José	Serviço Social/ FAMETRO	200,00	402,50	05/07 A 12/07 E 01 A 03/08	2.200,00

**QUADRO DOS COMISSONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS BENEFICIADOS DO AUXÍLIO BOLSA-ESTUDO,
INCLUINDO-SE UM VEREADOR, NOS MESES DE MAIO/2007 A ABRIL/2008**

	BENEFICIADO	VEREADOR VINCULADO	CURSO/FACULDADE	VALOR MENSAL RECEBIDO	MENSALIDADE DO CURSO	MESES RECEBIDOS	TOTAL GERAL
122	Sabrina R. Ferreira	Antônio Carlos Ferreira	Odontologia/UNIP	1.500,00	961,05	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	18.000,00
123	Safira Maciel de Menezes	Sildoma Abtibol	Tecn. Estetica/ UNINORTE	272,00	420,00	09/07 A 12/07 E 01 A 04/08	2.176,00
124	Sandra Marina M. S. Maia		MBA executivo Gestão P.	185,00		05/07 A 07/07	555,00
125	Sebastiana P. Pontes		Serviço Social	180,00		06/07 E 07/07	360,00
126	Sidney Gomes Vidal	Lucia Regina Antony	Licenc.Comput./ UNINORTE	401,50	450,00	06/07 A 12/07 E 01,02/08	3.613,50
127	Silvânia O. dos Santos	Francisco Braz Silva	Marketing/ NILTON LINS	3.000,00	374,30	08/07 E 12/07	15.000,00
128	Simone G. da Silva	Waldemir José	Gerontologia S./ NILTON LINS	150,00	2930,02	08/07 A 12/07 E 01 A 03/08	1.200,00
129	Sintia Mara P. Medeiros		Psicologia	400,00		06/07 E 07/07	800,00
130	Solange Lima Viana	Waldemir José	Direito Público/ ESA	150,00		09/07 A 12/07 E 01/08	750,00
131	Soraya Priscila I. Gomes	Dr. Gomes	Medicina/NILTON LINS	750,00	4166,72	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	9.000,00
132	Suellen Iannuzzi Marins	Fabrcício Silva Lima	Direito/UNIP	410,23	766,47	07/07 A 12/07 E 01 A 04/08	4.102,30
133	Telma Suely V. Rivera	Paulo Nasser	Administração/ CIESA	330,00	450,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	3.960,00

**QUADRO DOS COMISSONADOS DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS BENEFICIADOS DO AUXÍLIO BOLSA-ESTUDO,
INCLUINDO-SE UM VEREADOR, NOS MESES DE MAIO/2007 A ABRIL/2008**

	BENEFICIADO	VEREADOR VINCULADO	CURSO/FACULDADE	VALOR MENSAL RECEBIDO	MENSALIDADE DO CURSO	MESES RECEBIDOS	TOTAL GERAL
134	Telson Antônio da Silva	José Irailton G. Sena	Direito/ UNINORTE	715,00	750,50	05/07 A 12/07 E 01/08	6.435,00
135	Thais Maia Pinto	Paulo Nasser	Direito/MARTA FALCÃO	743,86	976,32	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	8.926,32
136	Thalyson P. Nascimento	Gilmar O. Nascimento	Medicina/NILTON LINS	2.000,00	4166,72	05/07 A 12/07 E 01,02,04/08	22.000,00
137	Thiago C. da Silva Torres	Willians C. da Silva	Ciê.n. da Computação/ CESF	1.000,00	473,90	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	12.000,00
138	Valdemir Moreira Martins	Ellias Emanuel	Administração/ ESBAM	548,75	439,00	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	6.585,00
139	Valéria da Silva Julião	José Irailton G. Sena	Jornalismo/ UNINORTE	300,00	483,00	07/07 A 12/07 E 01 A 04/08	3.000,00
140	Virginia Malveira Gomes	Maria Mirtes Oliveira	Direito/NILTON LINS	550,00	1100,82	05/07 A 12/07 E 01 A 04/08	6.600,00
141	Willian Santos Costa		Direito	800,00		06/07 E 07/07	1.600,00
142	Yuri R. de Lima Carvalho	José Irailton G. Sena	Design/MARTHA FALCÃO	500,00	420,00	06/07 A 12/07 E 01,02,04/08	5.000,00
143	Zahyra M. M. Monteconrado	Waldemir José	Especializ./ MARTHA FALCÃO	350,00		06/07 A 12/07 E 01 A 03/08	3.500,00
				R\$			R\$
			TOTAL	116.718,06		TOTAL	1.151.378,75

Na sequência, identifica-se o grau de parentesco constatado entre vários beneficiados e Vereadores, comprovado através de fichas funcionais e das declarações dos próprios favorecidos:

Beneficiado	Vereador parente	Grau de Parentesco
Adriane Albuquerque Rodrigues	ex-Vereador Roberto Sabino Rodrigues	Filha
Alisson Venâncio Pereira de Souza	Ayr José de Souza	Filho
Benony Michel Iberon Gomes	Francisco do Nascimento Gomes	Filho
Danielle Figueiredo Rodrigues dos Santos	Modesto Rodrigues dos Santos	Filha
Elizabeth Passos de Oliveira	Jorge Maia	Ex-companheira, segundo a beneficiada
Francisco Nascimento Gomes	O próprio	O próprio
Gleydson Venâncio Pereira de Souza	Ayr José de Souza	Filho
Josimar Ribeiro Fernandes da Silva	Carmen Glória Almeida Carrate	Sobrinho
Maria do Carmo Alves Ismail	Nelson Amazonas Azedo	Sogra
Mary Daiana Gomes de Souza	José Vicente da Costa Filho	Enteada
Patrícia Rodrigues Ferreira	Antonio Carlos de Almeida Ferreira	Filha
Sabrina Rodrigues Ferreira	Antonio Carlos de Almeida Ferreira	Filha
Soraya Priscila Ibernon Gomes	Francisco do Nascimento Gomes	Filha
Thalyson Pereira Nascimento	Gilmar de Oliveira Nascimento	Filho

Após as declarações de diversos beneficiados, selecionados em razão do critério, o alto valor recebido e a suspeição de vínculo de parentesco existente entre eles e algum vereador, chegou-se à conclusão de que grande parte dos beneficiados utilizava o recurso do auxílio bolsa de estudo com outros gastos, além do custeio do curso em Instituições de Ensino Superior. Segue um quadro demonstrando o destino do dinheiro do auxílio dados por vários beneficiados.

Beneficiários	Gastos com o auxílio bolsa-estudo, que não a mensalidade do Curso
Adriane Albuquerque Rodrigues	materiais para desenvolver suas atividades de estudo, xerox, passagem de ônibus e livros.
Aida Pinto Fernandes	livros e outros materiais odontológicos (luvas, broca, massa, aparelhos, elásticos).
Andrey Lucio Oliveira Arcos	paga terceiros para fazer seus trabalhos escolares, em razão de não dispor de tempo suficiente, slides, transporte e alimentação.
Cristian Generosa Correa	livros, xerox, gasolina, lanche.
Dalton das Neves Picanço	livros, combustível, alimentação, materiais de estudo, taxas administrativas da Universidade Nilton Lins.
Dalva Moutinho da Silva	livros e gasolina.
Daniel Oliveira da Silva	transporte no valor de R\$ 1.500,00 que pagava ao Sr. José para lhe levar e trazer da faculdade, livros, apostilas, palestras, seminários e lanche.
Elizabeth Passos de Oliveira	seminários, materiais de estudo, palestras e outros cursos e também pagava a faculdade de outro servidor de nome Daniel Oliveira da Silva.
Francisco de Assis Coelho e Pinho	despesas com passagens de ônibus e táxi, livros e participação em atividades extra-curriculares (seminários e palestras).
Gean Balieiro de Souza	livros, combustível, cursos, alimentação e atividades complementares (seminários, congressos, palestras).

Beneficiários	Gastos com o auxílio bolsa-estudo, que não a mensalidade do Curso
Gleydson Venâncio Pereira de Souza	R\$ 500,00 para o declarante, R\$ 1.000,00 para o servidor Alisson Venâncio Pereira de Souza, seu irmão, R\$ 1.000,00 para a servidora Bárbara e R\$ 500,00 para a servidora Luciane Franco de Lima.
Ivan Correia da Silva	livros, assinaturas de revistas e jornais, transporte e aulas particulares complementares.
Jeciney da Silva Brito	livros, reprografia e outros cursos
José de Arimatéia Moreira Viana	R\$ 500,00 para ajudar o curso de odontologia da Sra. Mary Daiana Gomes de Souza, R\$ 300,00 para ajudar no curso de Pedagogia da Sra. Elziani de Oliveira Barbosa, e R\$ 225,00 arca com despesas de horas complementares (doações de livros, de fraldas descartáveis, chocolates, despesas com gasolina, apostilas, despesas com xerox, etc.).
Josimar Ribeiro Fernandes da Silva	transporte, livros, xerox.
Leyla Roberta Nogueira Figueira	livros, xerox, despesas com ônibus e atividades extra-curriculares (mini cursos, que não lembra quais e quantos realizou).
Lucianne Franco de Lima	livros e alguns cursos promovidos pela UFAM.
Marcileia Lima Moreira	passagem de ônibus, livros, xerox, encadernação, lanche, despesas com formatura.
Maria do Carmo Alves Ismail	livros, vale transporte, xerox, cursos extracurriculares, provedor de Internet e assinatura da Barsa.
Maria do Perpétuo Socorro Pereira de Aragão	livros, materiais para execução de trabalhos para a faculdade, uniformes para executar os trabalhos da faculdade, alimentação, despesas com ônibus.
Maria Elizangela Negreiros	livros, xerox, material de manipulação.
Neila Maria Dantas Azrak	transporte, alimentação, palestras, seminários.
Orleans Murilo Arnaud Araújo	provedor da Internet (Globo e Uol), a Velox (banda larga), apostilas, xerox, livros, despesas com gasolina.

Beneficiários	Gastos com o auxílio bolsa-estudo, que não a mensalidade do Curso
Patrícia Rodrigues Ferreira	livros, xerox, jaleco, vidrarias e lanche.
Rosângela Coelho da Silva	livros, apostilas, passagens de ônibus, lanches, xerox, seminários.
Rosângela Maria Castro da Silva	livros, ônibus e gasolina.
Sabrina Rodrigues Ferreira	livros, jalecos, ceras, xerox, lanche, transporte e instrumentos odontológicos.
Silvânia Oliveira dos Santos	que o restante do auxílio (R\$ 2.620,00) entregava a Sra. Elizângela Alves, Chefe do Gabinete em que trabalhava; que tinha conhecimento que a Sra. Elizângela repassava o dinheiro a outros servidores que faziam curso superior.
Thalysson Pereira Nascimento	livros, xerox, materiais cirúrgicos, jalecos e outros instrumentos.

Concluiu-se, através dos termos de declaração dos beneficiários, que a Câmara Municipal de Manaus não exigia prestação de contas dos comprovantes de pagamentos dos beneficiários, muito menos comprovantes de outros gastos, limitando-se a exigir, somente, comprovante de matrícula na Instituição de Ensino Superior no início de cada período letivo.

No dia 01 de agosto de 2008, a 70ª Promotoria de Justiça tomou termo de declaração da Diretora de Administração da Câmara Municipal de Manaus, Sra. Wilza Carla Nascimento, que, dentre outras informações alegou:

...que o auxílio bolsa-estudo está regulado pela regulamentação 028/2005 com as alterações feitas pela resolução nº 045/2007 e que a resolução 040/2007 na parte que se refere ao auxílio bolsa-estudo (art. 2º e parágrafos) foi revogada pela resolução 045/2007 (art. 3º). Esclarece que o ato da Presidência nº 126/2007 – GP/DIAD fixou em R\$ 3.000,00 o valor do custeio de educação; que com a edição da resolução 045/2007 e do ato nº 126/2007 não mais houve necessidade de fazer convênios com as universidades para concessão de bolsa de estudo; que mesmo tendo a resolução

040/2007 sido revogada, a prerrogativa que por esta resolução era concedida ao Vereador de indicar o nome dos graduandos a serem custeados pela bolsa de estudo, ficou sendo respeitada; que não sabe explicar o motivo pelo qual alguns Vereadores indicaram apenas um beneficiário do auxílio bolsa-estudo enquanto outros indicaram vários; que não partiu da Diretoria de Administração da Câmara Municipal de Manaus nenhuma orientação no sentido de ser indicado apenas um beneficiado por cada Vereador; que a concessão do benefício era feita com o depósito do valor diretamente na conta do bolsista desde 2005, tendo a inclusão dos servidores comissionados iniciado a partir de maio de 2007 e que o benefício foi suspenso no mês de maio de 2008 somente para os servidores comissionados; que a prestação de contas do valor recebido por cada beneficiado era feita da seguinte forma: no início de cada período era exigido o comprovante de matrícula do curso e recomendado a todos que todos os meses entregassem na Diretoria da Administração o comprovante de pagamento das mensalidades do curso e de outras despesas como: livros e cursos, entretanto, muitos beneficiados não apresentavam seus comprovantes, sendo esta uma das razões porque o benefício bolsa-estudo foi suspenso; que o fato de haver vários beneficiados parentes de Vereador, a declarante alega que não tinha conhecimento do grau de parentesco dos beneficiados com os respectivos Vereadores; que a verificação da relação de parentesco seria possível se fosse realizado um maior controle, fato que não é feito até porque não existe lei proibindo a indicação de parentes para concessão desse benefício e para integrar o quadro funcional da Câmara Municipal.

Ante os evidentes atos de improbidade administrativa evidenciados, decidiu o Ministério Público pela propositura da presente ação.

III Das normas constitucionais violadas

1 Da Constituição do Estado do Amazonas

Quando trata dos princípios da Administração Pública dispõe a Constituição do Estado do Amazonas nos §§ 1º e 2º do art. 104:

§ 1º. A atividade da Administração Pública destina-se à consecução dos objetivos do Governo, com a finalidade de promover o bem-estar geral e sujeitar-se-á aos princípios de *legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade*.

§ 2º. A moralidade dos atos do poder público será apurada, para efeito de controle e invalidação, em função de dados objetivos da situação concreta.

§ 3º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.(g.n)

Na seqüência, ao tratar das questões relacionadas aos orçamentos, determina a Carta Estadual no art. 161, *caput*, e § 1º:

ART. 161. - ...*omnis*...

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

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesas de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Finalmente, ao dispor sobre os princípios e garantias a serem observados pelos órgãos e estabelecimentos de ensino estadual e municipal e por escolas particulares, a Constituição Estadual é clara:

Art. 199. O Sistema Estadual de Educação, integrado por Órgãos e estabelecimentos de ensino estaduais e municipais e por escolas particulares, observará, além dos princípios e garantias previstos na Constituição da República, os seguintes preceitos:

I - de observância obrigatória por todos os integrantes do Sistema:

a) igualdade de condições para acesso e permanência na escola;

Art. 200. O Estado e os Municípios aplicarão, anualmente, vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento no ensino público.

§ 1º - *omissis* -

§ 2º - Os recursos estaduais e municipais serão destinados, exclusivamente, ao ensino público de qualquer grau, ramo ou nível, mantido pelo Estado ou pelos Municípios, com ênfase para o atendimento das necessidades do ensino obrigatório.

§ 3º*omissis*.....

(...)

§ 8º - O Poder Público poderá dispensar apoio financeiro às atividades universitárias de pesquisa e extensão, bem como destinar recursos a programas de bolsas de estudos para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência econômica, quando houver falta de vagas e de cursos regulares na rede pública da localidade de residência do educado. (g.n.)

Do todo apurado, tem-se que a igualdade de condições de acesso ao ensino (CE, art. 199, I, “a”) foi totalmente desprezada, na medida em que ficou a cargo de vereador a indicação do beneficiado que, como ficou claro, só escolheu amigos e colaboradores, incluindo os parentes e até a si próprio.

Não houve demonstração de insuficiência econômica. Ao

contrário, a nomeação discricionária atendeu servidores que percebem remuneração que varia de R\$ 600,00 a R\$ 4.000,00, de modo algum correspondendo a critério de insuficiência de recursos. Afrontaram, com esse ato, toda coletividade que teoricamente representam, pois violou-se a igualdade de condições para acesso e permanência na escola (entenda-se aqui universidades) em relação a maioria da população, que é pobre, carecedora na maior parte das vezes de um mínimo básico de educação.

Outrossim, não houve prévia dotação orçamentária, nem inclusão de tais gastos como despesas com pessoal, embora constituíssem verdadeiros salários indiretos, já que rigor algum havia em sua utilização, variando do pagamento de cópia reprográfica à contratação de motorista particular e até, pasma-se, ao financiamento de falsidade ideológica consistente no pagamento de terceiro para fazer os trabalhos escolares do beneficiado que deveria, já que agraciado com bolsa de estudos, ao menos estudar verdadeiramente!

Tais normas encontram correspondência nos artigos 37, *caput*, 205 e 206, I, todos da Constituição Federal.

2 Da Constituição da República

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Art. 169. - *omissis* -

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

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (grifamos)

Acrescente-se que os princípios constitucionais da Carta de 1988 são, há muito, de observância obrigatória por parte dos gestores do dinheiro público, devendo assim ser os fatos narrados na presente ação analisados e resolvidos à luz desses princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, bem como das normas previstas na Lei 8.429/92 e na Lei Civil.

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema e subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremediável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra².

2.1 Da legalidade

O ato administrativo é válido quando expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas.

² MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, [200-], p. 451.

É relevante ressaltar que, na prática dos atos administrativos, os agentes públicos devem percorrer o *iter legal* para obtenção de efeitos regulares. A preterição de determinados atos ou a sua realização em desobediência à norma legal acarreta a nulidade do ato.

A legalidade, como princípio que rege os atos da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF), significa que o Administrador Público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se podendo afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e de expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso, uma vez que a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

O princípio da legalidade na Administração Pública é um dos meios garantidores do Estado de Direito. Se com ele, já são várias as arbitrariedades dos governantes, o que seria dos administrados se não pudessem contar com a certeza de que os ímprobos, aqueles governantes dotados de vontade pessoal soberana, serão responsabilizados por seus atos desvirtuados do interesse geral, do bem comum?

Consultando-se a jurisprudência, na busca de se encontrar a extensão do princípio da legalidade, encontramos a lição do Des. Cardoso Rolim, ao assegurar que o controle jurisdicional sobre a administração é de legalidade, afirmou que:

por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo, indissociável de toda atividade pública. Tanto é ilegal ou ilegítimo o que desatende à lei, como o que violenta a moral da instituição, ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoal, grupos ou partidos favoritos da administração (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 151.580. Rel. Dês. Cardoso Rolim, em 20 out. 1965)³.

3 BARBOZA, Márcia. O Princípio da Moralidade Administrativa. [S.l.]: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

Na análise dos elementos probantes constantes nos autos, estampa-se, com muita clareza que os Requeridos não respeitaram o princípio da legalidade:

- O Senhor *Vereador-Presidente*, JOÃO LEONEL DE BRITO FEITOZA – ordenador de despesas, concedeu um grande número de auxílio bolsa de estudo a servidores da Câmara Municipal de Manaus sem respaldo em nenhuma norma legal, quer da lei orçamentária, já que inexistente autorização específica da lei de diretrizes orçamentárias, permitindo, assim, a evasão imoral dos cofres públicos de no mínimo R\$ 1.151.378,75 (um milhão, cento e cinquenta e um mil, trezentos e setenta e oito reais e setenta e cinco centavos), quer de qualquer lei ordinária, tendo procurado amparar esses atos em Resolução (028/2005) intencionalmente modificada para permitir o favorecimento, flagrantemente inconstitucional e em ato (126/2007) imoral que entre os princípios constitucionais violados destaca-se o da ausência da publicidade;

- Os *demais Vereadores* da Câmara Municipal de Manaus – foram partícipes das mesmas ilegalidades praticadas pelo Senhor Presidente ao beneficiarem seus parentes e assessores de vantagem estabelecida em ato ilegal e imoral, na medida em que indicaram e orientaram os beneficiados, todos integrantes de seus gabinetes; e

- Todos os *beneficiados* – por serem coniventes, ao se beneficiarem de vantagem manifestamente ilegal e imoral, na qual, em muitos casos, o valor recebido a título de bolsa de estudo era bem superior à mensalidade do curso superior que freqüentavam, aplicando-se o recurso público recebido em despesas diversas ou mesmo dividindo o montante.

2.2 Da moralidade

Dentre os princípios constitucionais violados, dá-se especial enfoque ao princípio da moralidade, na medida em que constitui verdadeiro superprincípio informador dos demais

(um princípio dos princípios), já que proporciona, por exemplo, o combate de ato administrativo formalmente válido, porém destituído do necessário elemento moral.

No dizer de Wallace Paiva

a moralidade administrativa tem relevo singular e é o mais importante desses princípios, porque é pressuposto informativo dos demais (legalidade, impessoalidade, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação), muito embora devam coexistir no ato administrativo.

Acrescenta, exsurge a moralidade administrativa como precedente lógico de toda conduta administrativa, vinculada ou discricionária, derivando também às atividades legislativas e jurisdicionais, consistindo no assentamento de que “o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais e voltada à realização de seus fins”, tendo como elementos a honestidade, a boa-fé e a lealdade e visando a uma boa administração. Assim, no atuar, o agente público deve medir atenção ao elemento moral de sua conduta e aos fins colimados, porque a moralidade afina-se com o conceito de interesse público⁴.

Para uma definição moderna do princípio da moralidade administrativa vamos encontrar valiosas lições na doutrina:

A contribuição de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

A moralidade administrativa corresponde à qualidade ética do comportamento virtuoso do agente que encarna, em determinada situação, o Estado Administrador, entendendo-se tal virtuosidade como a conduta conforme à natureza do cargo por ele desenvolvida, dos fins buscados e consentâneos com o Direito, e dos meios utilizados para o atingimento destes fins⁵.

José Augusto Delgado afirma que, *enquanto o princípio da legalidade exige ação administrativa de acordo com a lei, o da moralidade prega um comportamento do administrador que*

⁴ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Proibidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 31.

⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191. Apud BARBOZA, Márcia Noll, op. cit., p. 121.

*demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria ideia do dever de exercer uma boa administração*⁶.

Marçal Justen Filho, em exame sobre o princípio da moralidade pública no Direito Tributário, põe em relevo a ideia de função: *Quando se subordina o ato administrativo ao parâmetro da moralidade pública, tem-se em mente essa submissão do titular do poder ao interesse público e coletivo. O conceito de função retrata, em última análise, a secundariedade do interesse particular e pessoal do agente ao interesse coletivo. "Função pública" significa que o exercício da competência se submete à persecução do interesse público*⁷.

Os atos praticados pelos Requeridos, autorizando e contribuindo para que o dinheiro público, que é destinado a atender aos interesses sociais, fosse desviado para o enriquecimento e beneficiamento ilícito de poucos, constituíram-se em atos imorais, desprovidos de ética.

A posição da doutrina tem sido no sentido da nulidade desses atos, posto que violam o dever da boa administração. Nesta esteira, está a posição do já citado Wallace Paiva: *"O vício de imoralidade administrativa implica a nulidade do ato administrativo, e dificilmente será admitida convalidação, porquanto ele agride pelo menos duas das condições legais exigidas: lesão ao interesse público e prejuízo a terceiros. Ele ocorre pela violação ao dever de probidade administrativa"*⁸.

2.3 Da impessoalidade

A forma de concessão do auxílio de bolsa de estudo na Câmara Municipal de Manaus é exemplo perfeito da inobservância do princípio da impessoalidade, pois se deu ao vereador a prerrogativa (ilegítima) de indicar quem quer que entendesse ser o merecedor do auxílio, dentro do limite de despesa de R\$

6 DELGADO, José Augusto. Princípio da moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988. Revista Trimestral de Direito Público, n. 1, 1993, p. 209. Apud BARBOZA, Márcia Noll, op. cit., p. 121

7 JUSTEN FILHO, Marçal. O Princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 11, 1995, p. 47.

8 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Op. cit., p. 112.

3.000,00. Desde modo, outra não é a conclusão: “não é a pessoa jurídica de direito público, o Município, que concede a bolsa de estudo ao munícipe, e sim, a pessoa do senhor vereador, que a dá a seu amigo, parente (em inquestionável nepotismo), conhecido ou até a si mesmo”.

Ainda do escórbio do Doutor Fernando Rodrigues Martins, temos a seguinte lição:

O princípio da *impessoalidade* é matiz constitucional que impulsiona a Administração Pública a tratar objetivamente cada cidadão, sempre buscando o bem comum da coletividade, daí porque liga-se, em muitos casos, ao princípio da igualdade e relaciona-se com a própria finalidade pública⁹

Prosseguindo, cita outros doutrinadores:

A publicista Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere-se ao princípio da impessoalidade em duas vertentes. A primeira relacionada com a própria finalidade pública que deve nortear a Administração, ou seja, a “Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas”. Na segunda circunstância leciona, com esteio nos ensinamentos de José Afonso da Silva, que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal¹⁰.”

Essa ignóbil promoção pessoal do vereador, além de ferir o consagrado princípio da impessoalidade, insculpido no artigo 104, § 1º, da Carta Estadual, compatível com o artigo 37, *caput*, da CF, afronta também o princípio da igualdade de condições de acesso ao ensino público (CE - art. 199, I, “a”, e CF – art. 206, I), na medida em que fica a cargo do vereador a indicação do beneficiado, que certamente só escolheu os amigos e colaboradores.

⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Op. cit., p. 106.

¹⁰ *Ibid*, p 107.

É o evidente benefício a pessoas determinadas, ferindo o disposto no art. 200, § 8º, da CE, que autoriza o auxílio do Poder Público Municipal segundo critérios que privilegiam, a uma, o ensino fundamental e médio, a duas, as atividades de pesquisa e extensão universitárias e, fundamentalmente, a pessoas carentes, com dificuldade de acesso ao ensino.

2.4 Da publicidade

Além da violação aos princípios constitucionais acima relacionados, o Senhor Presidente da Câmara Municipal de Manaus também desrespeitou o princípio da publicidade, na medida em que deixou de publicar na imprensa oficial o ATO 126/2007, que estabelece o valor de R\$ 3.000,00 para os servidores comissionados utilizarem para o pagamento de mensalidades, compras de livros, apostilas e qualquer outro material relacionado com o custeio de sua educação.

O Prof. José dos Santos Carvalho Filho é muito feliz na seguinte colaboração:

O princípio da publicidade indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.

IV Da improbidade administrativa

A responsabilização do agente público pelo mau uso do poder que o povo lhe confere está bem estratificada em nosso direito positivo, e a contribuição doutrinária sobre o assunto é marcante, como, a título de exemplo, temos a preambular e excelente visão do ilustre Wallace Paiva Martins Júnior:

Embora o poder seja de elementar uso regular do agente público, e nessa medida também represente um dever para o alcance dos fins objetivados pelo direito, muitos investidos nessa condição o empregam como uma fonte inesgotável de aquisição, usufruto, distribuição e transmissão de regalias e mordomias, um modo de obter vantagens ilícitas para si ou para outrem (coronelismo, filhotismo, nepotismo, empreguismo etc.), como um meio para distribuir favores ou prejudicar direitos, exercer o poder de maneira abusiva, em concurso com pessoas físicas e jurídicas de direito privado, motivo pelo qual não é de hoje a preocupação legislativa concreta com o fenômeno da imoralidade administrativa¹¹.

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que consiste, segundo José Afonso da Silva,

no dever de o funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar dos poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao Erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem¹².

Após fixar, no caput, do art. 37, da CR, o caminho que deve ser seguido pela Administração Pública, em todos os níveis, a Lei Maior sanciona com severidade os atos de improbidade administrativa, ao dispor no § 4º, do mesmo art. 37, in verbis:

Art. 37. ...omissis...

.....
 § 4º. *Os atos de improbidade administrativa, importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

¹¹ MARTINS JUNIOR, op. cit., 2001, p. 1.

¹² DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, [200-], p. 616.

A atual Constituição da República, portanto, ao consagrar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade na Administração Pública e ao prever sanções ao Administrador Público que pratique atos de improbidade, criou regras de observância obrigatória aos agentes públicos, com o objetivo de conter os atos de corrupção que passaram a fazer parte do cotidiano das pessoas jurídicas de direito público no Brasil.

O dever de probidade está, portanto, constitucionalmente integrado à conduta do administrador como elemento indispensável à legitimidade de seus atos, tanto que em nosso ordenamento jurídico são estabelecidas sanções políticas, administrativas e penais aos autores de atos de improbidade (art. 37, § 4º, da Constituição Federal).

Dáí concluir-se que os atos que implicaram nas concessões das bolsas de estudo aos servidores da Câmara Municipal de Manaus, sem amparo em norma legal e violando princípios constitucionais, em benefício de poucos, que são parentes ou assessores dos senhores vereadores, implicou em desvio de finalidade e lesão ao patrimônio público.

Pela exposição dos fatos, conclui-se, de maneira incontestável, o desvio de poder na Administração Pública, confiada aos Senhores PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MANAUS e aos demais VEREADORES, acima indicados, por autorizar e promover a concessão, da forma como foi feita, em favorecimento de parentes, amigos e assessores, das referidas bolsas de estudos, e aos BENEFICIADOS que são parentes, amigos e assessores dos senhores vereadores, ao aceitarem espontaneamente um benefício manifestamente inconstitucional e sem amparo legal, causando elevados prejuízos ao Erário Público Municipal, praticando, assim, atos que se ajustam entre “os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário e os que atentam contra os princípios da administração Pública”, especialmente os previstos nos artigos 10, caput e

incisos I, IX e XII e 11, caput, incisos I e IV, respectivamente, da Lei nº 8.429/92, in verbis:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

Dúvida não resta de que o Senhor Presidente da Câmara Municipal de Manaus incorreu em todos os atos de improbidade acima tipificados, como ordenador de despesas e autoridade que assinou todos os atos concessivos das bolsas de estudo ilegais, decorrendo de suas ações dano ao Erário Municipal no valor de R\$ 1.151.378,75 (hum milhão, cento e cinquenta e um mil, trezentos e setenta e oito reais e setenta e cinco centavos), a que tem obrigação de ressarcir, por força do mandamento expresso no § 5º, do art. 37, da Constituição Federal, acrescido de correção monetária e demais cominações legais.

Aliás, ainda que não previsto constitucionalmente, o Código Civil (art. 927) consagra o princípio geral da obrigatoriedade da reparação do dano.

Os demais vereadores requeridos, com exceção do ato tipificado no inciso IV do artigo 11 da LIA, concorreram para a prática dos atos concessivos dos mencionados auxílios de bolsa de estudo, estando suas condutas enquadradas nas disposições do artigo 3º da Lei 8.429/92, a seguir transcrito:

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indiretamente.

São, outrossim, solidariamente responsáveis ao ressarcimento do Erário Municipal os Srs. Vereadores, esses limitados aos valores percebidos pelas pessoas que indicaram, na forma dos quadros que integram esta inicial, igualmente corrigidos.

Quanto aos beneficiários do auxílio, que tiraram proveito da prática dos atos inconstitucionais e ilegais, obtiveram enriquecimento ilícito com a referida prática, estando assim, também incursos, além de nas infrações, tipificadas como ato de improbidade administrativa, previstas no art. 10, *caput e* incisos I e IX, e 11, *caput e* inciso I, c/c art. 3º, todos da LIA, no *caput* do art. 9º da LIA, sendo solidariamente responsáveis pela devolução dessas quantias aos cofres públicos.

V Da necessária declaração incidental de inconstitucionalidade

A Resolução 028, de 21 de junho de 2005, na sua redação original e agravada com a redação dada pela Resolução 045/2007 é gritantemente inconstitucional. Soma-se a isso sua aplicação distorcida, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais federais e estaduais da legalidade, impessoalidade e moralidade, bem como à disposição específica do art. 200, § 8º, da CE, que autoriza o auxílio do Poder Público

Municipal segundo critérios que privilegiam, a uma, o ensino fundamental e médio, a duas, as atividades de pesquisa e extensão universitárias e, fundamentalmente, a pessoas carentes, com dificuldade de acesso ao ensino.

Também demonstrado que a igualdade de condições de acesso ao ensino (CE, art. 199, I, “a”) foi totalmente desprezada, na medida em que estabelece a Resolução 028/2005 a implementação de bolsa de estudo somente para os servidores do Poder Legislativo Municipal. Tal aberração desvia a finalidade do recurso público destinado à educação, posto que o público a ser beneficiado por esse benefício fica restrito a um pequeno grupo, e não a toda a sociedade.

O Ato 126/2007, do Senhor Presidente da Câmara Municipal de Manaus, não publicado, do mesmo modo afronta aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da publicidade.

Ante flagrantes e apontadas inconstitucionalidades, a justiça social reclama que tais normas, a Resolução 028/2005, com a redação dada pela Resolução 045/2007, e o Ato 126/2007, todas da Câmara Municipal de Manaus, sejam declaradas inconstitucionais, o que, incidentalmente requer o Ministério Público.

VI Do pedido

Pelos fatos e fundamentos acima expostos, requer:

- PRELIMINARMENTE:

1. Para os fins do disposto no art. 17, § 7º, da Lei n. 8429/1992, modificado pela Medida Provisória nº 2.2225, de 4/09/2001, a notificação dos Requeridos para manifestarem-se no prazo e forma da lei;

2. Liminarmente e independente da providência estabelecida no art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92, com redação determinada pela Medida Provisória nº 2.245-45, de 04.09.01, seja oficiado por esse MM. Juízo aos Cartórios de Registro de Imóveis desta cidade, bem como ao DETRAN/AM a fim de que indiquem os bens registrados em nome dos réus, para que sejam tornados indisponíveis os que alcancem o valor a ser ressarcido, tudo a fim de garantir a efetividade de eventual execução de sentença;

3. Em sendo recebida esta petição inicial, após apresentação de defesa preliminar, seja determinada a citação dos réus para, querendo, contestarem a presente ação no prazo legal, sob pena de confissão quanto à matéria de fato e sob os efeitos da revelia;

4. Seja ordenada a citação do Município de Manaus, através de seu representante legal, para, querendo, integrar o pólo ativo da presente ação, em atenção ao art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92;

- NO MÉRITO:

5. Seja declarada a inconstitucionalidade incidental da mencionada Resolução nº 028, de 21 de junho de 2005, já com a redação dada pela Resolução 045, de 25 de abril de 2007, e do ATO 126/2007, assinado pelo Senhor Presidente da Câmara Municipal de Manaus, por violação às normas insertas nos apontados dispositivos das Cartas Federal e Estadual;

6. Seja julgada a procedência total do pedido, com a consequente *CONDENAÇÃO* dos réus por infração aos termos dos dispositivos abaixo relacionados da Lei nº 8.429/92:

- Senhor, então Vereador Presidente da Câmara Municipal de Manaus, XXXX XXXXXXXX XX XXXXXX XXXXXX, arts. 10, *caput* e incisos I, IX e XII, e 11, *caput* e incisos I, XII;

- Os demais Vereadores nominados, arts. 10, *caput* e incisos I, IX e XII, e 11, *caput* e inciso I, todos c/c art. 3º do mesmo diploma legal;

- Os beneficiados arrolados no pólo passivo desta petição inicial

nos números 41 a 207, arts. 9º, *caput*, art. 10, *caput e incisos I e IX*, e 11, *caput e inciso I, c/c art. 3º*, todos da LIA, aplicando-lhes, por conseguinte, no que couberem, as penas previstas no art. 12, incisos I, II e III deste mesmo Diploma Legal, dosadas por esse culto Juízo.

7. Requer-se, também, seja o Sr. Presidente da Câmara Municipal de Manaus, Vereador XXXXX XXXXXXXX XX XXXXXXX XXXXXXX igualmente *CONDENADO AO INTEGRAL RESSARCIMENTO AO ERÁRIO MUNICIPAL* do valor correspondente a todos os auxílios de bolsa de estudo indevidamente concedidos, R\$ 1.151.378,75 (hum milhão, cento e cinquenta e um mil, trezentos e setenta e oito reais e setenta e cinco centavos), na qualidade de ordenador de despesas, assim como, *solidariamente*, sejam os demais requeridos, vereadores e servidores comissionados, *CONDENADOS* à devolução aos cofres municipais dos valores, respectivamente, percebidos pelas pessoas que indicaram e que irregularmente usufruíram, na forma dos quadros que integram esta inicial.

Para esse efeito, *ATUALIZANDO-SE* os valores acima mencionados, que deverão sofrer correção monetária desde os seus respectivos desembolsos até o efetivo ressarcimento, bem como juros de mora desde a citação.

- Dos pedidos finais

1. A dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, à vista do exposto no art. 18, da Lei nº 7.347/87;
2. Sejam as intimações ao Ministério Público autor feitas pessoalmente, dado o exposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil, e art. 116, Inciso V, da Lei Complementar Estadual nº 011/93;
3. Seja deferida a produção de todas as provas em direito admitidas, notadamente a pericial, a testemunhal, o depoimento

pessoal dos réus, a juntada de documentos novos e tudo o mais que se fizer mister à completa elucidação e demonstração dos fatos articulados na inicial.

Protesta-se pela possibilidade de aditamento da presente ação, seja para aumentar a responsabilidade civil dos Requeridos, seja para incluir novos agentes passivos, na hipótese do surgimento de elementos probantes, como as informações relativas às concessões do auxílio bolsa de estudo aos servidores efetivos da Câmara Municipal de Manaus, ainda em apuração.

Dá-se à causa, para os efeitos fiscais, o valor de R\$ 1.151.378,75 (hum milhão, cento e cinquenta e um mil, trezentos e setenta e oito reais e setenta e cinco centavos), para efeitos de alçada.

Termos em que,
Pedem deferimento.

Manaus, 09 de outubro de 2008.

EDGARD MAIA DE ALBUQUERQUE ROCHA

Promotor de Justiça
70^a Promotoria de Justiça

NEYDE REGINA DEMOSTHENES TRINDADE

Promotora de Justiça
13^a Promotoria de Justiça

FARID MENDONÇA JÚNIOR

Estagiário de Direito

DOCUMENTOS EM ANEXO:

- Autos do Procedimento Preparatório n° 046/2008-70^a PJ/PPP

Apelação Cível

PROCESSO Nº XXXX.XXXXXX-X

APELAÇÃO CÍVEL

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

APELANTE: XXXXXXXXXXX XXXXXX XXXXXX.

APELADO: Estado do Amazonas.

**DESEMBARGADOR-RELATOR: Desdor. XXXXXXXXXXX XXXXXX
XXXXXX.**

Parecer nº 000

Egrégia Câmara,

Eminente Desembargador-Relator,

Cuida-se de Apelação Cível (fls. 179/183), interposta por XXXXXXXXXXX XXXXXX XXXXXX, irrisignado com a r. Sentença prolatada pelo XXXXX xx XXXXXXX xx XXXXXXXXXXX XXXXXXX, nos autos da ação de indenização movida em face do Estado do Amazonas, que julgou totalmente improcedente o pedido de fixação de danos morais, formulado em decorrência da ação penal instaurada contra o Recorrente.

O Apelante vem requerer a reforma da decisão ora atacada, para o fim de acolher os pedidos constantes da inicial, fazendo-o pela circunstância de, segundo seu entendimento, ter sido injustiçado com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, deixando-o *sub judice* por mais de 06 (seis) anos, fato este que teria causado-lhe constrangimento perante a sociedade em que vive e inviabilizado sua promoção na carreira; alega também inexistir qualquer indício de cometimento de crime, apto a fundamentar a exordial acusatória. Afirma, ainda, tratando-se de responsabilidade objetiva, ser desnecessário demonstrar o dolo para se tornar manifesto o dever de indenizar.

No ensejo das contra-razões de fls. 188/194, o Recorrido afirma estarem ausentes todos os requisitos ensejadores do

dever de indenizar, assim como a prática de conduta danosa atribuível ao Estado, razões pelas quais pugna pelo improvimento do recurso.

Após, abriu-se vista dos autos ao *Parquet* para manifestação pertinente.

É o relato. Passe-se a considerar.

Preliminarmente, constata-se o preenchimento, pelo Recorrente, de todos os pressupostos formais de admissibilidade do recurso de Apelação, estando em perfeita consonância com os artigos 508, 513, e 514, do Código de Processo Civil.

Quanto ao *meritum causae*, os autos revelam tratar-se de um caso típico de pedido de indenização por danos morais, formulado com base no suposto constrangimento a que o Recorrente se submetera, no decorrer da ação penal contra si instaurada e, ao final, julgada improcedente por falta de provas para condenação.

A reparação pleiteada enquadra-se, em sentido amplo, no chamado erro judiciário, previsto no art. 5º, LXXV, da CF, segundo o qual o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Ao deparar-se com situações do gênero, a doutrina e a jurisprudência seguem duas diretrizes, ora reconhecendo o dever de indenizar, ora eximindo os entes estatais de qualquer responsabilidade.

Na primeira proposição, ao admitir a obrigação de reparar o dano, com fulcro nas balizas da responsabilidade objetiva, o fazem sempre que patentead o erro judiciário ou, ainda, quando evidente a injustiça, o despropósito ou a má-fé de que se reverteu a instauração da persecução penal.

Na segunda situação, entendem não haver uma relação direta ou vinculação entre a absolvição criminal, estabelecida com base no art. 386, IV, e a responsabilidade civil preceituada no art. 37, § 6º, da Carta Magna.

Estabelecidas essas premissas, verifica-se que, no caso *sub judice*, razão não assiste ao Recorrente, eis que, em nenhum momento, ficou demonstrado ter agido, o Órgão Ministerial, de forma desarrazoada, muito menos injusta, fraudulenta, despropositada.

Segundo narrativa do próprio Apelante, a inicial acusatória foi instaurada com base nas conclusões do Inquérito Policial Militar, estando, portanto, em perfeita harmonia com os ditames legais.

Por certo, de outro modo não poderia ser, pois, diante da notícia de crime, sobretudo se a autoria é imputada a um servidor público, no exercício das funções, ao Estado não resta outra alternativa senão, utilizando-se dos meios legítimos e por intermédio do titular privativo da ação penal, apurar a verdade dos fatos.

Cabe ressaltar que a *persecutio criminis*, da qual é instrumento o processo penal, tem como função precípua exatamente a descoberta da verdade.

Partindo-se deste prisma, a sentença penal absolutória, prolatada ao final do processo, não resulta, e nem poderia ser diferente, no dever estatal de indenizar o agente a ele submetido.

Nela, o vencedor não é apenas o acusado, que se livra do *jus puniendi*, das garras do Príncipe. O Estado também vence, na medida em que produz uma resposta socialmente adequada, traduzida na condução de uma investigação responsável, evidenciando a todos a luta pela manutenção da paz e do equilíbrio da vida em sociedade.

O que é inadmissível, na social democracia, é justamente a condenação de um indivíduo sem a comprovação cabal, incontestante, de que infringiu a norma penal incriminadora, posto que entraria em conflito com os pressupostos da justiça, entre os quais se insere o conhecimento concreto dos fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica.

As lições propedêuticas do Direito já preceituam que as normas e princípios integrantes desta importante ciência humana não podem ser interpretados de forma isolada, sob pena de quebrar, fragmentar a harmonia do sistema.

Isso significa que uma norma não pode assegurar ao Estado a legitimidade para investigar os prováveis atores de ilícito e ao mesmo impor a obrigação de indenizar, como simples decorrência do exercício desse direito, sobretudo se a absolvição fundar-se na insuficiência de provas para a condenação.

Obviamente, por outro lado, não se estar a defender a lide temerária, assim compreendida como a iniciada sem qualquer indício de autoria e prova da materialidade, esta sim, merecedora de reprimenda, e, por via de consequência, indenizável.

Não obstante, se o dano irreparável é considerado uma aberração, algo incompatível com o Estado Democrático de Direito, este, por sua vez, considerado o pilar da responsabilidade estatal objetiva, a reparação sem existência ou comprovação efetiva do dano também o seria, numa proporção ainda maior.

Dessa forma, a simples alegação de dano moral, sem provas, vista apenas como decorrência lógica do processo penal, não encontra arrimo na responsabilidade civil, nem mesmo na objetiva.

Assim assentou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 592811/PB. *In verbis*:

DIREITO CIVIL - INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA - DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ - SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. I - Inviável o recurso especial se a questão federal que ele encerra não foi objeto de debate pelo acórdão recorrido nem opostos embargos declaratórios para sanar eventual omissão. II - No âmbito do recurso especial, é inadmissível revisar entendimento assentado em provas, conforme está sedimentado no enunciado 7 da Súmula desta Corte. III - Só se conhece

de recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional, se o dissídio estiver comprovado nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafos 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. IV - *Em princípio, a ação penal instaurada pelo Ministério Público, para apurar a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa denunciada venha a ser inocentada. Desse modo, para que se viabilize pedido de reparação, é necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada, e de má-fé. Recurso especial não conhecido.* (RESp; Rel. Min. Castro Filho; T3; DJ 26/04/2004 p. 172 RSTJ vol. 186 p. 364) (Sem destaque no original).

Na verdade, este entendimento já está pacificado no STJ, é o que consta do Acórdão a seguir transcrito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRISÃO PREVENTIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REEXAME DO SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 07/STJ. ABSOLVIÇÃO CRIMINAL. ART. 386, INCISO VI, DO CPP. NÃO-VINCULAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO CÍVEL. I - O acórdão recorrido, ao dirimir a controvérsia, entendeu ser incabível a indenização por danos morais, pela falta de prática de ato ilegal por parte dos agentes públicos, inexistindo nexo de causalidade entre a ação do Estado e o dano. II - Atestou, ainda, que incorreu erro judiciário, não havendo que se falar em ilegalidade da prisão preventiva ou de excesso de prazo dessa, sendo que, para rever tal posicionamento, seria necessário o seu reexame, que serviu de sustentáculo ao convencimento do julgador, ensejando, no caso, a incidência da Súmula nº 07/STJ. III - *A jurisprudência desta Corte já se manifestou acerca da não-vinculação da absolvição criminal, com base no art. 386, inciso VI, do CPP, à responsabilidade cível do ente Estatal. Precedente: REsp nº 594.392/MA, Rel.*

Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 13/09/04. IV - Agravo regimental improvido.(AgRg no REsp 826814/RS; Rel. Min. Francisco Falcão; T1;DJ 01/06/2006 p. 169). (Sem destaque no original).

Além do mais, o axioma da presunção de inocência não se contrapõe ao direito de investigar do Estado, até porque no sistema jurídico constitucional não existem direitos absolutos, ainda que se enquadrem na categoria de direitos fundamentais.

Simultaneamente ao dever estatal de respeitar e proteger os direitos dos indivíduos, em face de toda a sociedade e de seus próprios órgãos, subsiste a legitimação para investigar e submeter os possíveis infratores ao processo penal, garantindo, a todo momento, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Na mesma linha da jurisprudência do STJ, Rui Stoco¹ entende que apenas o erro substancial e inescusável, plasmado no dolo, na fraude ou na culpa *stricto sensu*, poderá empenhar a responsabilidade do Estado por erro judiciário.

Cabe ainda ponderar que se o oferecimento da denúncia, *de per se*, já justificasse o manejo da ação indenizatória, estar-se-ia desguarnecendo as magnas funções do Ministério Público, consagradas na Lei Maior, de tutela do interesse público.

Assim sendo, considerando todas as nuances do caso concreto e com base nas razões expostas, este Graduado Órgão Ministerial manifesta-se pelo conhecimento do recurso de Apelação e, no mérito, pelo total improvimento.

É o parecer.

Manaus, 06 de outubro de 2008.

MARIA JOSÉ DA SILVA NAZARÉ

Procuradora de Justiça

¹ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1048.

Financiamento público do terceiro setor: Parecer

**47ª PROMOTORIA DE FUNDAÇÕES E MASSAS FALIDAS
PROCESSO Nº 030/2009-MP/47ª PJFMF
ASSUNTO: APURAR FATOS ATINENTES AO REPASSE DE R\$
29 MILHÕES DE REAIS, PELO GOVERNO DO ESTADO DO
AMAZONAS, A ASSOCIAÇÕES CIVIS, FUNDAÇÕES PRIVADAS
OU ENTIDADES FILANTRÓPICAS, DURANTE O ANO DE 2008
INTERESSADOS: DEPUTADO FEDERAL W E VEREADOR Y**

PARECER Nº 005/2009

Versam os autos de procedimento instaurado tendo em vista representação formulada pelo *Deputado Federal W*, e pelo *Vereador Y* onde noticiam ter o Governo do Estado repassado R\$ 29 milhões de reais a entidades privadas, compreendendo o Terceiro Setor.

Requerem providências, por parte do Ministério Público, para que seja verificado se princípios constitucionais foram observados quando deste repasse e indagam se as entidades em questão realmente existem? Se os seus estatutos e contratos sociais estão adequados a legislação em vigor? Se os serviços foram realmente prestados? E se os políticos ligados as entidades obtiveram alguma vantagem pessoal decorrente deste repasse?

Instruem a representação cópia de matérias dos matutinos locais.

A representação foi encaminhada a Promotoria de Fundações e Massas Falidas, que, em expediente dirigido ao Procurador-Geral, informou que apenas as denúncias relacionadas as Fundações A, B e C estariam na esfera de atribuição desta Promotoria.

É, resumidamente, o relatório.

A respeito, assim se posiciona esta Promotoria:

Conceito de Terceiro Setor

As entidades do Terceiro Setor, popularmente conhecidas como ONGS, constituem-se nas sociedades instituídas fora da esfera governamental, são basicamente as associações e fundações (Código Civil).

Ressalte-se que com o fim do regime militar as organizações saíram da clandestinidade e o novo cenário democrático permitiu às instituições sociais o engajamento nas mais diversas causas, especialmente nas políticas públicas.

As ações do Terceiro Setor passaram a ser reconhecidas pelos governos e empresários como essenciais no combate aos graves problemas sociais brasileiros.

Primeiro Setor (público/governo)

Na visão moderna o Estado tem demonstrado interesse em redefinir seu papel interagindo com a sociedade civil organizando e democratizando o processo produtivo e implementando políticas públicas.

Procura, assim, interagir com a sociedade civil organizada, criando mecanismos que promovam a participação cidadã em organismos que têm assumido a execução direta de ações públicas/sociais.

A reversão do atual quadro das desigualdades sociais deve ocorrer através de diálogo entre empresas, sociedade civil e governo.

Segundo Setor (privado/mercado)

Setor da indústria e do comércio, se caracteriza pela prestação de serviços e produção e comércio de bens, visando obtenção de lucro para o empreendedor. No entanto,

acompanhando o que ocorre em outras sociedades, na brasileira as empresas também têm despertado para a necessidade de participar na diminuição das desigualdades sociais.

Terceiro Setor (organizações privadas com atuação social)

Este Setor é derivado de uma conjugação entre as finalidades do Primeiro Setor (Estado) e a metodologia do Segundo Setor (Mercado), ou seja, é composto por organizações que visam benefícios coletivos e de natureza privada.

É um setor que surgiu com a participação do cidadão, as ações por ele efetuadas são tipicamente extensões da esfera pública não executadas pelo Estado e caras demais para serem geridas pelo mercado.

Dos títulos e qualificações

Como forma de distinguir as entidades sem fins lucrativos que desenvolvem uma determinada política pública em prol da sociedade, daquelas que têm seus objetivos voltados exclusivamente para os associados (associações de classe), as diversas esferas do governo (Federal, Estadual e Municipal) passaram a titular e qualificar as entidades que, efetivamente, realizam atividades “públicas”.

Atualmente, os títulos e qualificações previstos são os seguintes:

- a) organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP (Lei 9790/99)
- b) utilidade pública federal, estadual e municipal
- c) organização social – OS (Lei 9637/98)
- d) Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (filantrópica)
- e) Entidade de Apoio às Instituições Federais e Estaduais de Ensino Superior (fundações de apoio).

É oportuno ressaltar que as qualificações retro mencionadas não devem ser confundidas com a forma jurídica de que se revestem as entidades sem fins lucrativos. Estas, obedecido ao artigo 44 do Código Civil, só poderão se organizar sob a forma de associação ou fundação.

No que pertine as qualificações vejamos:

ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP

A Lei 9790/99 inaugurou em nosso ordenamento um novo instituto a regular as relações do Estado com as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, qualificadas como OSCIP, a saber, o Termo de Parceria.

Para se qualificar como OSCIP, é imprescindível que a fundação ou associação tenha sido constituída com a finalidade de desenvolver qualquer das atividades previstas no artigo 3º da Lei 9790/99. Essa qualificação tem conferido alguns benefícios até então inexistentes, como a possibilidade de remunerar os integrantes do órgão diretivo e a possibilidade de que as doações realizadas às entidades qualificadas como OSCIP sejam abatidas do Imposto de Renda devido pela empresa doadora.

TÍTULOS DE UTILIDADE PÚBLICA

O título de utilidade pública representa o reconhecimento, por parte do Estado, de que uma determinada pessoa jurídica atua efetivamente em prol da coletividade, desenvolvendo ações complementares à sua própria atuação, de forma total ou parcialmente gratuita.

CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

Este certificado é o reconhecimento, por parte do Poder Público Federal, de que a instituição presta serviços beneficentes de assistência social aos seus usuários, sem finalidade lucrativa, desenvolvendo ações de:

- Proteção à família, infância, maternidade, adolescência e velhice.
- Amparo a criança e adolescentes carentes.

- Prevenção, habilitação, reabilitação e integração à vida comunitária de pessoas Portadoras de deficiências.
- Promoção de assistência educacional ou de saúde gratuita.
- Integração ao mercado de trabalho.
- Desenvolvimento da cultura.
- Atendimento e o assessoramento aos beneficiários da Lei Orgânica de Assistência Social e a defesa e garantia de seus direitos.

Para que a instituição seja qualificada pelo CNAS é necessário que ela seja portadora do Título de Utilidade Pública Federal, além de estar credenciada no Conselho Municipal, ou Estadual, ou Distrital de Assistência Social, além de outras exigências.

Após a emissão do certificado pelo CNAS a instituição estará apta a pleitear a concessão de benefícios junto ao Poder Público. Entre esses benefícios é importante registrar a imunidade da cota patronal do INSS, da contribuição do financiamento da seguridade social – COFINS e da contribuição provisória de movimentação financeira - CPMF.

Financiamento público do Terceiro Setor

1 Imunidades tributárias no Terceiro Setor

O Terceiro Setor é financiado pelo Poder Público através de imunidades e isenções tributárias, e ensina Leandro Marins que “imunidade tributária é norma constitucional de delimitação da competência das entidades tributantes de promover a oneração de certas pessoas, em função de características próprias estabelecidas”¹

Conceituando imunidade tributária Hugo de Brito Machado assevera que

imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição, é incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de

1 SOUZA, Leandro Marins de. Tributação do terceiro setor no Brasil. São Paulo: Dialética, 2004.

incidência tributária aquilo que é imune. É limitação de competência tributária.²

As imunidades tributárias do Terceiro Setor e seus dispositivos constitucionais são:

a) imunidade tributária a impostos das instituições de educação e de assistência social (artigo 150, VI, “e” da CF/88).

b) imunidade tributária a impostos das entidades sindicais dos trabalhadores (artigo 150, VI, “c” da CF/88)

c) imunidade tributária a contribuição para a seguridade social das entidades beneficentes de assistência social (artigo 195, parágrafo 7º da CF/88).

2 Isenções tributárias das entidades do Terceiro Setor

Como visto, as imunidades tributárias atuam, por determinação constitucional, no âmbito da delimitação das competências tributárias. Por outro lado, a isenção tributária é concedida por norma de estrutura que se manifesta no âmbito do exercício da competência tributária, também estabelecida constitucionalmente.

A respeito ensina Rubens Gomes de Sousa, que

isenção é favor fiscal concedido por lei, que consiste em dispensar o pagamento de um tributo devido. Na isenção o tributo é devido, porque existe a obrigação, mas a lei dispensa o seu pagamento; por conseguinte, a isenção pressupõe a incidência porque é claro que só se pode dispensar o pagamento de um tributo que seja efetivamente devido.³

As isenções tributárias possuem fundamento constitucional, pois a Carta Magna ao estabelecer os princípios vetores da tributação, previu hipóteses em que as pessoas

² MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

³ SOUSA, Rubens Gomes de. Compêndio de legislação tributária. edição póstuma, coord. IBET. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

políticas podem optar por não fazer incidir determinado tributo sobre certas pessoas ou atividades, através das isenções.

Algumas das isenções tributárias concedidas às entidades do Terceiro Setor são:

a) Isenção tributária a contribuições para a Seguridade Social destinada às Entidades Beneficentes de Assistência Social (artigo 55 da Lei 8.212/91): Cota patronal, Cofins, CSLL e Contribuição ao SAT.

b) Isenção Tributária ao Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das Instituições de Caráter Filantrópico, Recreativo, Cultural e Científico e Associações Civis (artigo 15 da Lei 9.532/97)

c) Isenção Tributária ao Imposto de Renda das Sociedades e Fundações de Caráter Beneficente, Filantrópico, Caritativo, Religioso, Educativo, Cultural, Instrutivo, Científico, Artístico, Literário, Recreativo e Esportivo das Associações e Sindicatos que tenham por objeto cuidar dos interesses de seus Associados, salvo Entidades Educacionais, de Assistência á Saúde, de Administração de Planos de Saúde, de Prática Desportiva de caráter profissional e de Administração de Desporto (artigo 30 da Lei 4506/54, artigo 28 do Decreto-Lei nº 5.844/43 e artigo 18 da Lei nº 9.532/97).

d) Isenção Tributária a Contribuição ao Salário-Educação das Escolas Comunitárias, Confessionais ou Filantrópicas, das organizações de fins culturais e das organizações hospitalares e de assistência social (artigo 1º da Lei 9.766/98 e artigo 3º do Decreto 3.142/99).

e) Isenção Tributária ao Imposto de Importação e ao Imposto sobre Produtos Industrializados destinada às Instituições de Educação e de Assistência social (artigo 2º, I, “b” da Lei 8.032/90, artigo 1º, IV da Lei 8.402/92 e artigos 135,I, “b” e 245 do Decreto nº 4.543/2002).

f) Isenção Tributária ao Imposto de Importação e ao Imposto sobre Produtos Industrializados e ao Adicional ao Frete

para Renovação da Marinha Mercante, destinada às Instituições Científicas e Tecnológicas (artigo 2º, I, “b” da Lei 8.032/90, artigo 1º, IV da Lei 8.042/92 e artigos 135, I, “b” e 245 do Decreto 4.543/2002).

g) Isenção Tributária ao Imposto de Importação dos objetos de arte recebidos por doação por museu (artigo 1º da Lei 8.961/94 e artigos 135, II, “p” e 178 do Decreto 4.543/2002.

h) Isenção Tributária ao Imposto sobre Produtos Industrializados das Instituições de Educação ou de Assistência Social (artigo 7º, II e IV da Lei 4.502/64 e artigo 51, I do Decreto 4.543/2002.

3 Demais benefícios fiscais relacionados ao Terceiro Setor

Além das imunidades e isenções tributárias, o ordenamento jurídico pátrio prevê outras hipóteses de benefícios fiscais relacionados ao Terceiro Setor.

No âmbito federal, destacam-se algumas hipóteses de fomento das atividades do Terceiro Setor, a saber:

a) dedução, do imposto de renda, de doações efetuadas por pessoas jurídicas a instituições de ensino e pesquisa.

b) dedução, do imposto de renda, de doações efetuadas por pessoas jurídicas a entidades civis sem fins lucrativos e de utilidade pública.

c) Lei de Incentivo à Cultura (Lei Rouanet)

d) Lei de Incentivo as Atividades Áudio Visuais (Lei do Audiovisual)

e) Fundos federais, estaduais e municipais dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (Lei 8.069/90).

4 Outras formas de financiamento público do Terceiro Setor

Outros mecanismos de financiamento público das entidades do Terceiro Setor estão inseridos na chamada

“*atividade administrativa de fomento*”. Abaixo estão relacionados os principais instrumentos jurídicos da atividade de fomento prevista no ordenamento jurídico brasileiro. São eles:

TRANSFERÊNCIAS ORÇAMENTÁRIAS

Este tipo de financiamento realiza-se pela concessão de subvenções sociais, auxílios e contribuições, disciplinados na Lei 4.320/64 e no Decreto 93.872/86. *As subvenções sociais* são suplementação de recursos repassados pelo Poder Público a empresas, sociedades de economia mista e entidades privadas sem fins lucrativos que tenham por objetivo a prestação de serviços na área social, médica e educacional, a fim de cobrir as despesas de custeio de tais entidades. De acordo com o art. 12, 2º da Lei 4320/64, as subvenções estão inseridas no âmbito das transferências correntes. *Os auxílios* constituem modalidades de transferência de capital (investimentos ou inversões financeiras) derivadas das Leis Orçamentárias e concedidas a entidades sem fins lucrativos.

Vale ressaltar que segundo Sabo para habilitar-se para o recebimento de subvenções sociais e de auxílios, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão apresentar uma série de documentos como :declaração de funcionamento regular da entidade beneficiária nos últimos 5 (cinco) anos emitida por autoridades locais e provada regularidade do mandato da diretoria, etc.

Essas subvenções, vale salientar, são utilizadas quando o ente governamental não tem interesse ou está impossibilitado de exercer diretamente as ações nessas áreas, quando, então, poderá suplementar e incentivar a iniciativa de particulares.

As contribuições são transferências correntes ou de capital concedidas em virtude de lei especial, destinadas a pessoas de direito público ou privado sem finalidade lucrativa e sem a exigência de contraprestação direta de bens e serviços.

INCENTIVOS FISCAIS

Embora repassados por empresas privadas a entidades do terceiro setor, esses recursos devem ser considerados de natureza pública, pois são oriundos da renúncia

fiscal do Poder Público em favor do incentivo a projetos culturais (ex. Lei Rouanet).

CONVÊNIO (LEI 8.666/93).

O mestre Hely Lopes Meirelles define “convênio” como acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre essas e organizações particulares, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

Apesar de tanto o convênio quanto o contrato terem em comum o fato de constituírem um acordo de vontades, o convênio não constitui modalidade de contrato, uma vez que no contrato os interesses são opostos e contraditórios, enquanto no convênio os partícipes comungam do mesmo interesse e visam a um objetivo comum.

O convênio constitui uma das formas de instrumentalizar o fomento que o Estado procura dar as entidades do Terceiro Setor que prestam serviços públicos não exclusivos. Através dele o Estado pode, por exemplo, repassar subvenções sociais para tais entidades. A entidade que recebe estes recursos, que são públicos, deve prestar contas ao repassador os recursos bem como ao Tribunal de Contas.

CONTRATO ADMINISTRATIVO (LEI 8666/93)

A expressão contrato administrativo refere-se aos ajustes que a Administração, nesta utilidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime jurídico de direito público.

Apesar de o contrato administrativo, em si, não constituir propriamente um instrumento de fomento, ou seja, de incentivo ou proteção a atividades que despertem o interesse público, a disciplina legal dos contratos administrativos, estabelecida na Lei 8.666/93, confere tratamento diferenciado às entidades do terceiro setor, especialmente no que se refere às hipóteses em que a Administração está autorizada a contratar tais entidades sem a necessidade de prévio procedimento licitatório, quais sejam:

a)- contratação de instituição brasileira incumbida

regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou da instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos(art. 24, XIII da Lei 8.666/93).

b)- contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da administração pública, para prestação de serviços ao fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado (art. 24, xx).

c)- a celebração de contratos de prestação de serviço com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão (art. 24, XXIV).

CONTRATO DE GESTÃO (Lei 9.637/98)

O contrato de gestão é o instrumento utilizado para formalizar parcerias entre o Poder Público e entidades qualificadas como organizações sociais (art. 5º). Por meio dele, fixam-se metas a serem cumpridas pela entidade e, em troca, o Poder Público auxilia de diversas formas, tais como a cessão de bens públicos, a transferência de recursos orçamentários ou, ainda, a cessão de servidores públicos.

O jurista Marçal Filho, no ensino da natureza jurídica do contrato de gestão, reconhece a sua maior similaridade com o convênio do que com o contrato administrativo, dada a ausência de interesses divergentes.

Inclusive, a Lei 9.637/98 não explicita os procedimentos e critérios a serem adotados para a seleção da OS que irá celebrar o contrato de gestão, referindo apenas à sua submissão, após a aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado e/ou Secretário, ou autoridade supervisora da área correspondente a atividade fomentada. Entretanto, devem ser observados os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade.

Uma vez firmado o contrato de gestão, a Administração pode dispensar a licitação para a celebração de

contratos de prestação de serviço com as OS, desde que para a execução de atividades contempladas no Contrato de Gestão, conforme disciplina do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93.

É conveniente salientar que a CF em seu artigo 37, parágrafo 8º, incluído no texto pela EC 19/98, instituiu uma outra modalidade de contrato de gestão, podendo este também ser celebrado entre administradores de órgãos e entidades da administração direta e indireta e o Poder Público, com a finalidade de lhes conferir maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira em contrapartida ao cumprimento de metas de desempenho.

TERMO DE PARCERIA (LEI 9.790/99)

O termo de parceria é o instrumento destinado à formação de vínculos de cooperação entre o Poder Público e entidades qualificadas com o OSCIP (art.9º).

O acompanhamento e a fiscalização da execução do objeto do termo de parceria são de responsabilidade do órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

CONTRATOS DE PROGRAMA

São eles instrumentos previstos na Lei 11.107/2005 e relativos à gestão associada de serviços públicos através de consórcios públicos de natureza jurídica de direito privado.

Portanto, não existe vedação legal ao repasse de verbas públicas as entidades do Terceiro Setor, o que é indispensável é uma adequada fiscalização destas verbas públicas pelo órgão com estrutura e atribuição específica para assim agir, ou seja, os *Tribunais de Conta dos Estados e o Tribunal de Contas da União*.

Vejamos o que dispõe a Constituição Federal no tocante a matéria:

Artigo 70- A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à

legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

Parágrafo único- Prestará contas a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada que utilize, arrecade, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, que, em nome desta assuma obrigações de natureza pecuniária.

O controle externo pelos Tribunais de Contas

Submetem-se ao controle dos Tribunais de Contas, nos termos dos artigos 70, parágrafo único e 71, inciso II da CF/88, as entidades sem fins lucrativos que recebam recursos do Estado com o propósito de atender ao interesse público.

Segundo Costa o controle exercido pelas Cortes de Contas sobre os recursos repassados às organizações não-governamentais dá-se, basicamente, de duas formas: direta e indiretamente. DIRETAMENTE, através de denúncias encaminhadas por cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos, bem como por meio das tomadas de contas especiais. INDIRETAMENTE, através dos exames dos processos de prestação de contas.

A respeito de tais prestações, novamente citando Costa, existem diversas formas de apresentação, entretanto os documentos e informações exigidos, na maioria dos casos, são parecidos e para conhecimento desta documentação aconselhável a leitura da IN STN 01/97, que disciplina a prestação de contas das entidades com as quais a Administração tenha celebrado convênio.

Veja, por atuarem em prol da sociedade, as organizações não-governamentais captam recurso em nome de uma causa pública. E é por esta razão que existe a imperiosa necessidade de exercer o controle dos bens e valores públicos, com uma

análise rigorosa dos pactos efetuados entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos, competindo às Cortes de Contas fiscalizar a correta atuação destes entes, com vistas a assegurar que os recursos a elas transferidos sejam corretamente empregados.

Inclusive, é justo ressaltar que as inovações introduzidas pela reforma administrativa, no sentido de elevar os níveis de transparência da administração Pública, lançaram uma nova luz sobre a forma de atuar dos Tribunais de Contas, tornando necessária a adoção de controles mais adequados a esta nova visão de Estado.

Nesta corrente, o Tribunal de Contas da União, mediante a decisão nº 592/1998-Plenário, manifestou o entendimento de que relativamente às entidades do Terceiro Setor, o “controle da legalidade deve ceder espaço ao controle teleológico ou *finalístico*”.

Poderão, para exercer este controle, utilizarem modernas técnicas de auditoria, com fundamento no artigo 71, IV da CF/88.

Da função institucional de velar pelas fundações

Entre as incumbências do Ministério Público reserva-lhe a CF a defesa da ordem jurídica, e, no que pertine às fundações, elas nascem, vivem e se extinguem sob a vista do Ministério Público.

A expressão velar abrange, entre vários aspectos, o exame da escritura de instituição, a da suficiência ou não de seu patrimônio, e da sua dotação inicial para o cumprimento dos fins a que se destina, da composição de seus órgãos e da regularidade de seu funcionamento.

Judicialmente, o Promotor de Justiça poderá adotar várias providências como:

a) anular atos praticados pelos administradores da entidade se contrários ao estatuto

- b) cobrar a integralização da dotação inicial de todos os instituidores, uma vez que são responsáveis solidariamente
- c) propor ações de remoção de diretores.
- d) cobrar prestação de contas
- e) propor a extinção da fundação.

Da normatização da atuação no âmbito do Ministério Público

Em face do velamento atribuído ao Ministério Público por força do artigo 66 do Código Civil, o Promotor de Justiça intervém em todos os atos que possam prejudicar a entidade. Verificando a conta dos administradores, através da denominada prestação de contas, para qual existe, no âmbito do Estado do Amazonas, ato específico a reger a matéria, que é o ATO PGJ Nº 270/2003/PGJ de 17 de setembro de 2003 (cópia em anexo), bem como pela Lei Complementar Estadual nº 11/93.

Entenda-se a atividade de velar pelas fundações de direito privado, atribuição do Ministério Público conforme disposto nos artigos 62 a 69 do Código Civil Brasileiro, tem seu início com a autorização do registro da escritura pública e do estatuto da entidade no Cartório competente. Prossegue por meio de análises contábeis e jurídicas de sua prestação de contas anual, da aprovação de alterações estatutárias, de eventuais visitas e da possibilidade de comparecimento à reuniões dos órgãos da entidade.

Além destes diplomas legais, da doutrina, e da jurisprudência, o Ministério Público utiliza-se de outras fontes de informação externas para adotar medidas legais, entre as quais podemos citar:

- a) informações prestadas pelo Tribunal de Contas do Estado quando da análise da prestação de contas dos órgãos públicos que repassam verbas para as entidades fundacionais.

b) informações provenientes do Banco Central acerca das contas bancárias movimentadas pelas entidades estudadas.

O Tribunal de Contas ainda poderá provocar o Ministério Público para adoção de medidas legais no caso de irregularidades. Portanto, quando as entidades do Terceiro Setor recebem “verbas públicas” quer através de Convênios, contratos, etc, o controle da legalidade deste ato, do ponto de vista da administração pública, é exercido pelo Tribunal de Contas que, em encontrando alguma irregularidade, remete ao Ministério Público para as providências legais.

Terceiro setor. Fundações e a isonomia eleitoral

Abordando outro item das representação deve-se atentar que, apesar de não existir vedação legal para a presença de políticos na administração das entidades do Terceiro Setor, especificamente nas fundações, existem regras a serem respeitadas.

A primeira regra é o prazo de desincompatibilização de dirigentes de Fundação que desejam concorrer a cargo eletivo. Isto é muito importante, pois o dirigente da fundação, dependendo do objeto da mesma, principalmente se for em Assistência Social ou Saúde, exerce uma publicidade natural que, não se desincompatibilizando, certamente desequilibrará o pleito eleitoral, sem prejuízo de possíveis captações de voto (crime eleitoral).

A desincompatibilização, nas Fundações privadas, mereceu a seguinte decisão do TSE:

Desincompatibilização – fundação privada

Consulta. Fundação vinculada a partido político, Desincompatibilização dos dirigentes.

a)- Não há necessidade de desincompatibilização de

dirigentes de fundações vinculadas a partido político quando mantidas exclusivamente pelos recursos do fundo partidário.

b)- Caracteriza-se a inelegibilidade dos dirigentes de tais fundações quando estas dependem de subvenções públicas para existirem.

Por analogia, este posicionamento se estende as demais fundações de direito privado, se recebem subvenções públicas.

Ainda é cabível a seguinte indagação: como se avalia a posição dos administradores de Fundações que distribuem, por exemplo, cestas básicas e remédios, e que indiretamente apoiam determinado candidato?

Não se pode taxar de crime eleitoral a conduta do administrador que o ano todo presta assistência a população. Todavia se o mesmo apoia determinado candidato, a Fundação passa a ser um meio velado de propaganda eleitoral, de modo que poderá o fato caracterizar captação de votos, bem como propaganda eleitoral extemporânea ou proibida.

Neste caso, o Ministério Público notifica a fundação durante o período eleitoral recomenda a designação de membro inidôneo da sociedade para que faça esta assistência, ou seja, determinará o afastamento do administrador, colocando no lugar pessoa sem vinculação política, até o final do pleito.

Conclusão

Tendo em vista as razões acima expostas, o Ministério Público passará a responder as indagações dos Ilustres Deputado Federal e Vereador, especificamente no tocante as Fundações A, B e C:

a) As entidades em questão realmente existem?

R: As fundações de direito privado A, B e C existem, estando seus atos constitutivos e demais arquivados no Cartório do Registro de Pessoas Jurídicas, bem como no gabinete desta

Promotoria, apresentando, anualmente, prestação de contas a este órgão ministerial e que está aberto para consulta dos interessados.

b) Se existirem, de fato e de direito, estão os seus objetivos sociais e seus estatutos de acordo com o que lhes preceitua a legislação vigente?

R: A escritura pública, estatuto e demais atos estão de acordo com a legislação vigente, inclusive adaptados ao Novo Código Civil Brasileiro.

c) Têm essas entidades estrutura para realizar os serviços para os quais foram contratadas?

R: Na visão desta Promotoria a estrutura apresenta-se adequada aos serviços prestados, serviços assistenciais e educacionais.

d) Foram os serviços realmente prestados? E se foram prestados os serviços, foram eles prestados pelas próprias entidades ou por terceiros?

R: O Tribunal de Contas do Estado tem a atribuição de examinar a prestação de contas destes repasses feitos pelo Poder Público a entidades de direito privado, e, encontrando irregularidades encaminhar ao Ministério Público para responsabilização não só do administrador público como também do dirigente da entidade fundacional.

e) Foram os recursos recebidos pelas instituições realmente aplicados em atividade de ordem social prevista na CF/88?

R: Cabe a Corte de Contas Estadual realizar esta avaliação e encaminhar ao Ministério Público para as providências cabíveis.

f) Os políticos locais mencionados na representação obtiveram benefícios ou vantagens pessoais em decorrência de qualquer forma de participação nas entidade em questão?

R: Esta Promotoria verificou que quando da última eleição, as entidades não eram administradas por candidatos. Quanto

a possível realização de propaganda eleitoral não encontrou evidência, não deixando de ressaltar que cabe as autoridades encarregadas de fiscalizar a regularidade da propaganda eleitoral realizar checagem, e possível tomada de providências legais.

Por todas as razões acima, não encontrando irregularidade, aguardando o posicionamento da Corte de Contas Estadual, posiciona-se pelo arquivamento da presente representação no que pertine as Fundações A, B e C.

Comunique-se aos interessados.

Manaus, 08 de julho de 2009.

KATIA MARIA ARAUJO DE OLIVEIRA
Promotora de Justiça