

# Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DO TOCANTINS

Ano VI nº 11

2013



# Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DO TOCANTINS

***Revista Jurídica do  
Ministério Público do Estado do Tocantins***

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf)  
Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP)

Vera Nilva Álvares Rocha Lira  
Procuradora-Geral de Justiça

José Maria da Silva Júnior  
Subprocurador-Geral de Justiça  
Coordenador do Cesaf

João Rodrigues Filho  
Presidente da ATMP

Ficha Técnica:

Coordenador  
José Maria da Silva Júnior

Conselho Editorial  
Clenan Renaut de Melo Pereira  
Elaine Marciano Pires  
João Rodrigues Filho  
José Kasuo Otsuka  
Miguel Batista de Siqueira Filho

Revisão  
Geraldo da Silva Gomes  
Luciana Duailibe

Projeto Gráfico e Diagramação  
Bruno Fleuri

*José Maria da Silva Júnior*  
(Coord.)

# Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DO TOCANTINS

Ano VI nº 11

*Palmas, Tocantins*  
2013

©2013, Ministério Público do Estado do Tocantins

## Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins

Ano VI . nº 11 . 2013

Tiragem: 500 exemplares

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de José Maria da Silva Júnior. Palmas: Cesaf, ano 6, nº 11, 2013.

228 pág.

Periodicidade semestral

ISSN: 1984-168 x

1. Responsabilidade civil - Estado - atos judiciais 2. Crime de menor potencial ofensivo 3. PEC 37 4. Provas de concursos públicos - controle judicial 5. Direito 6. Ética - meio ambiente - Hans Jonas 7. Recursos hídricos - intervenção estatal - direito de uso 8. Eficiência - princípio constitucional - Pública 9. Discricionabilidade - concurso público - aspectos jurídicos 10. Procurador-Geral de Justiça - atribuição - ação civil pública - juízes de primeira instância 12. Inteligência criminal - repressão ao crime organizado  
I. Título

CDU: 34 (05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins.

É permitida a reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de total responsabilidade de seus autores.

Procuradoria-Geral de Justiça  
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,  
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte  
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins  
(63) 3216-7600  
[www.mpto.mp.br](http://www.mpto.mp.br) - [cesaf@mpto.mp.br](mailto:cesaf@mpto.mp.br)

Associação Tocantinense do Ministério Público  
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,  
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte - 1º andar  
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins  
(63) 3216-3250  
[www.atmp.org.br](http://www.atmp.org.br) - [atmp@uol.com.br](mailto:atmp@uol.com.br)

# Editorial

A décima primeira edição da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins consagra a política de publicação da Instituição.

Esta edição traz um elenco de temas atuais, com seus respectivos autores trabalhando conteúdos do Direito e refletindo, interdisciplinarmente, a partir das ciências humanas, sociais e sociais aplicadas.

A Revista Jurídica cumpre sua missão ao ampliar esse espaço interdisciplinar de difusão e produção do conhecimento.

Os artigos publicados versam sobre aspectos intrínsecos dos institutos do Direito, buscando também salientar princípios ético-filosóficos sobre a responsabilidade e efetividade das ações do Estado, relação entre a dimensão ética, recursos naturais e o meio ambiente, e dimensão deontológica, entre outras angulações trabalhadas.

Salienta-se que, para o *Parquet*, é de extrema importância que a Revista Jurídica espelhe as percepções e abordagens teórico-metodológicas dos autores e do Ministério Público Estadual, como um todo, sendo espaço de discussão, reflexão e difusão democrática do conhecimento.

*José Maria da Silva Júnior*  
*Procurador de Justiça*  
*Coordenador do Cesaf*



# Sumário

1. A Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de atos judiciais .....	11
<i>André Ramos Varanda e Wellington Gomes Miranda</i>	
2. O concurso de crimes de menor potencial ofensivo e garantia à transação penal .....	39
<i>Caleb de Melo Filho</i>	
3. PEC 37, um debate ainda necessário .....	67
<i>Cynthia Assis de Paula</i>	
4. Outras angulações sobre o parâmetro de controle judicial em provas de concursos públicos .....	81
<i>Danilo Canêdo Guedes</i>	
5. Lacunas no direito .....	105
<i>Flávia Souza Rodrigues</i>	
6. Ética e meio ambiente a partir das contribuições de Hans Jonas.....	121
<i>Jacqueline Orofino da Silva Zago de Oliveira</i>	
7. Intervenção estatal nos recursos hídricos: outorga do direito de uso .....	135
<i>João Luis da Costa Jucá</i>	
8. A eficiência como princípio constitucional: uma análise de sua efetiva implementação por meio do Gesública.....	149
<i>Leandro Ferreira da Silva</i>	

9. Aspectos jurídicos da discricionariedade no âmbito dos concursos públicos ..... 165

*Leilson Mascarenhas Santos*

10. Atribuição do Procurador-Geral de Justiça em inquérito civil e ação civil pública perante juízes de primeira instância..... 191

*Pedro Jainer Passos Clarindo da Silva*

11. Inteligência criminal em prol da prevenção e repressão ao crime organizado no Brasil .....207

*Vinicius de Oliveira e Silva*

# A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de atos judiciais

André Ramos Varanda<sup>1</sup>  
Wellington Gomes Miranda<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho visa pesquisar como os tribunais pátrios têm decidido sobre a celeuma jurídica que envolve a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário. Em que situações os juízes serão responsabilizados por vícios na prestação jurisdicional. Até que ponto esta responsabilização pode comprometer a soberania do Poder Judiciário, a independência funcional dos magistrados e a intangibilidade da coisa julgada. Hodiernamente, é incabível em nosso cenário jurídico a tese da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, uma vez que este tratamento diferenciado dispensado ao Poder Judiciário seria capaz de comprometer a harmonia entre os poderes, dando a este o status de superpoder. Ademais, os magistrados são agentes públicos, logo, se submetem à disposição constitucional que versa sobre responsabilidade objetiva do Estado por atos de seus agentes, bem como ao Código de Processo Civil e a à Lei Orgânica da Magistratura Nacional

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça Titular da 2ª Promotoria de Porto Nacional - TO.

<sup>2</sup> Analista Ministerial em Ciências Jurídicas do Ministério Público do Tocantins. Graduado em Medicina Veterinária (UEMA), Bacharel em Direito (UNIDESC/GO), especialista em Direito do Trabalho (FUCESI/BA).

– LOMAN que trata expressamente sobre a responsabilidade civil dos magistrados.

**Palavras-chave:** *Responsabilidade; Atos judiciais; Erro judiciário; Independência.*

## 1. Introdução

No aspecto relacionado à evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, cumpre ressaltar que durante um período da humanidade vigorava a teoria da irreparabilidade civil do Estado, característica do período do absolutismo, associando a responsabilidade estatal à responsabilidade pessoal do rei, fundamentado nos dogmas: “O rei não erra” (The king can do no wrong), “O Estado sou eu” (L’État c’est moi), “O que agrada o príncipe tem força de lei” (Quod principi placuit habet legis vigorem).

Nesta época restava ao administrado promover ação contra o servidor causador do dano, não podendo responsabilizar o Estado, que se mantinha inerte. Todavia, ante a insolvência do servidor, que em muitos casos não possuía recurso para reparar o dano, a ação de indenização restava frustrada.

Atualmente, é inconcebível a ideia de irresponsabilidade do Estado, pois de fato representaria a negação do próprio direito, sendo considerado uma verdadeira formulação aporética, a lei como fonte primária do direito é emanada pelo Estado que, na sua função de dizer o Direito, deve submeter ao império legal.

Ademais, o Estado, por ser dotado de personalidade jurídica, é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, logo não se justifica a ausência da obrigação de reparar os danos causados por seus agentes. Destaca-se como marco histórico o caso emblemático de reconhecimento da responsabilidade do Estado, no famoso aresto Blanco, em que a menor Agnes Blanco foi atingida por um vagonete de uma companhia nacional de beneficiamento de fumo enquanto brincava na rua, proferido pelo Tribunal de Conflitos do Estado

francês, em 1º de fevereiro de 1873, no qual a responsabilidade do Estado não seria nem geral nem absoluta, mas deveria ser regulada por leis especiais.

Segundo Mello (2010), somente em 1946 os Estados Unidos passaram a admitir a responsabilidade civil do Estado, através do *Federal Tort Claims Act*, Lei Federal de Reclamações por Danos, a qual admitia a Responsabilidade Extracontratual do Estado, permitindo aos cidadãos processar, em um tribunal federal, o governo dos Estados Unidos em casos de danos cometidos por servidores públicos ou por pessoas que exercem função pública. Modelo seguido pela Inglaterra que, em 1947, editou o *I Crown Proceeding Act*, ato do Parlamento do Reino Unido, possibilitando a responsabilização civil da Coroa britânica.

Assim, com a institucionalização da responsabilidade civil do Estado, evolui-se para a segunda fase da responsabilidade subjetiva estatal, fundada na culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, preponente, mandante, representante).

Por outro lado, severas críticas surgiram quando da representação do Estado por seus agentes, uma vez que, segundo a corrente organicista, o Estado é concebido como organismo vivo, integrado por um conjunto de órgãos que desempenham determinada função. Todavia, com base na teoria da aparência, a vontade e ações desses órgãos não são dos agentes humanos que neles atuam, mas do próprio Estado que nessa qualidade é representado por seus agentes.

O Estado não é representado por seus agentes, mas age através deles e dos órgãos em que atuam. Como pessoa jurídica que é, o Estado não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica própria. Estas, só os seres físicos possuem. Não podendo o Estado agir diretamente, por não ser dotado de individualidade fisiopsíquica, sua vontade e sua ação são manifestadas pelos seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade e atuem em seus órgãos. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.249)

Nesse sentido, percebe-se uma imputação direta dos atos dos agentes ao Estado, sendo que há íntima relação entre a vontade e ação do Estado e de seus agentes, caracterizando-se em uma relação orgânica. Desta forma, as ações desempenhadas pelos agentes representam a atividade do próprio Estado, que deve ser responsabilizado pelas consequências danosas eventualmente praticadas.

## 2. A culpa anônima

Para a caracterização da responsabilização subjetiva do Estado, é necessário a abordagem sobre culpa do serviço ou falta de serviço público (*faute du service*) que se caracteriza quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente, gerando por isso o dever de indenizar do Estado.

Nesse caso, o Estado deixou de acionar convenientemente o serviço público judiciário, não proporcionando à parte a prestação jurisdicional necessária, constituindo falha no serviço.

Para Mello (2010), a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes da ausência do serviço ou do seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar o dever de reparar os agravos provocados por falha do serviço estatal.

Cumprе salientar que há corrente minoritária da doutrina que não faz distinção entre a culpa anônima e a responsabilidade objetiva. Entretanto, para a maioria dos doutrinadores, ambos os institutos são distintos, vez que a falha ou ausência do serviço público não possui o condão de elidir a modalidade subjetiva da responsabilidade.

Em face da presunção da culpa, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese da culpa –, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade (MELLO, 2010, p. 1004).

Em inúmeros casos de responsabilidade por falta de serviço admite-se a presunção da culpa, devido à grande dificuldade da vítima em demonstrar que o serviço público não foi realizado adequadamente, cabendo neste caso a inversão do ônus da prova, conforme se vê no aresto do acórdão transcrito:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - OMISSÃO - FALTA DO SERVIÇO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - MORTE DE POLICIAL DURANTE TRANSFERÊNCIA DE PRESO - NÃO-COMPROVAÇÃO DA CULPA ESTATAL (PUBLICIZADA) - IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS FATOS NO RECURSO ESPECIAL PARA CARACTERIZAÇÃO DA CULPA E DO IMPRESCINDÍVEL NEXO - SOBERANIA DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA NAS PROVAS - ARTS. 302 E 535 DO CPC - NÃO-VIOLAÇÃO.1. Desenvolvida fundamentação bastante para a compreensão dos motivos afivelados ao convencimento e fonte da conclusão, mostra-se despcienda a exaustão de todas as razões postas, não se consubstanciando ofensa ao artigo 535, II, CPC. Deveras, vezes a basto tem sido exaltado que a finalidade da jurisdição é compor a lide e não a discussão exaustiva em torno de padrões legais e de todos os enunciados do contraditório. Demais, privativamente incumbe ao julgador estabelecer as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, atividade excluída da vontade dos litigantes. (REsp 197.921/DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 23.10.2000) 2. Se a Fazenda Estadual esmerou-se em combater especificamente todos os pontos da inicial, em sua contestação, não há falar em presunção de veracidade dos fatos narrados.3. **A responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva.** Jurisprudência predominante do STF e do STJ. Desde a inicial, vieram os recorrentes discutindo a falta do serviço estatal por omissão, o que é bem diferente de se discutir o fato do serviço para aplicação da responsabilidade objetiva.4. Ir além, para analisar o que requerido pelos recorrentes em sede de recurso especial, implica revolvimento da matéria fática, uma vez que, em razão da devolutividade vinculada deste recurso, não se pode, a esta altura, ir além para verificar se a omissão do Estado em garantir ao policial assassinado a devida escolta para a transferência do preso teria sido causa determinante para a ocorrência do sinistro. Assim, também não se pode desbordar do quadro fático preestabelecido para analisar a existência do necessário nexo causal entre a alegada omissão e o evento fático. Recurso especial improvido. (REsp 471.606/SP, Rel.

Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2007, DJ 14/08/2007, p. 280) (grifo nosso)

## 2.1 A responsabilidade objetiva do Estado

A responsabilidade civil objetiva do Estado se caracteriza pela ocorrência de dano derivada de uma conduta lícita ou ilícita, que gera a obrigação de indenizar. Porquanto, para sua caracterização, basta a demonstração da ocorrência da relação causal entre o comportamento e o dano.

O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos e efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito (MELLO, 2010, p.1007).

Percebe-se que, nesta, prescindível é a análise da culpa anônima ou fato de serviço, sendo necessário ao administrado demonstrar a existência da relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido.

### 2.1.1 Teoria do risco administrativo

A concepção da responsabilidade objetiva do Estado deriva da evolução da sociedade que, com base no princípio da equidade, implementa a teoria do risco social como fundamento da ordem pública e jurídica, segundo o qual há uma valorização da vítima em detrimento do autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, dando ensejo ao que se denomina de socialização dos riscos.

A teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles

que são beneficiados pela atividade da administração pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que causou. O que se tem que verificar é apenas a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado (CAVALIERI FILHO, 2010, p.243).

Por razões e critérios idênticos aos que vêm sendo expostos, a responsabilidade objetiva extremada configura a teoria do risco integral, cujo dever de indenizar ocorre apenas com a demonstração do dano, sendo inaplicáveis na espécie as excludentes de responsabilidade, tais como culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior, que têm o condão de afastar o nexo de causalidade e não o dano.

Uma vez que a Sociedade não pode passar sem estes estabelecimentos, instituídos em proveito de todos, é natural que ninguém em particular sofra gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam sob custódia do Estado.(...) Aliás no caso de danos oriundos de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, o art. 21, letra “c”, da Constituição expressamente estabelece que “ a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”. Em última instância, estas hipóteses de danos ora cogitadas se distanciam muito dos casos em que o prejuízo é causado diretamente pelo Estado. É que a lesão deriva de uma situação criada pelo próprio Estado. É o próprio Poder Público que, embora sem ser autor do dano, compõe, por ato seu, situação propícia à eventualidade de um dano (MELLO, 2010, p.1019)

Em que pese a inadmissibilidade da aplicação das excludentes do dever de indenizar do Estado, quando aplicável a teoria do risco integral, tal fato não induz à adoção da concepção do Estado como segurador universal, mas possibilita a otimização na restituição dos prejuízos decorrentes de atos ilícitos.

### 3. Da responsabilidade por danos causados pelos atos judiciais

#### 3.1 Da fase da irreparabilidade

A responsabilidade civil por atos judiciais tem ensejado divergências doutrinárias, posto que há uma corrente minoritária que defende a irreparabilidade dos danos decorrentes dos atos judiciais, prevalecendo na seara jurídica a teoria do risco administrativo, cuja responsabilização dos magistrados independe de apreciação de culpa.

O jurista Maximiliano (2001), ao comentar o artigo 194 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1946, ressalta a constitucionalização da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Tanto a União, como o Estado e o Município, respondem pelos atos dos seus funcionários. Verifica-se, entretanto, uma originalidade, estabelecida por motivos de ordem política e social; os membros do Congresso Nacional não são responsáveis, civil nem criminalmente, pelos seus votos, mas o Tesouro indeniza o prejuízo que eles causam; ao contrário, os juízes podem ser processados e punidos, livre, entretanto, o erário de ressarcir o dano resultante das sentenças. A irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos juízes advém a independência da Magistratura, prerrogativa, esta que tem como consequência lógica o tornar exclusivamente pessoal a responsabilidade. (MAXIMILIANO, 2001, p.259-260)

É cediço que os juízes não são responsáveis pelos danos que suas decisões equivocadas possam produzir, uma vez que o questionamento da responsabilidade jurídica do Estado comprometeria a segurança jurídica do litígio já ultimado. Por outro lado, a matéria poderia ser questionada em sede de revisão e de rescisão da sentença, gerando a possibilidade de indenização dos prejuízos suportados pelo jurisdicionado.

## 3.2 Posicionamento jurisprudencial

Os tribunais brasileiros, sob o argumento de que a administração da justiça é um privilégio da soberania, têm entendido pela irresponsabilidade civil do Estado por atos do Poder Judiciário, salvo nos casos declarados em lei.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO JUDICIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 162, 458, II, E 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. INADMISSIBILIDADE (CPC, ART. 541, PARÁGRAFO ÚNICO; RIS TJ, ART. 255, §§ 1º E 2º). PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 162458II535III CPC 541 PARÁGRAFO ÚNICO RIS TJ 255§§1. A incidência dos arts. 41 e 49 da LOMAN -ao contrário do que sustenta o agravante -foi rejeitada de maneira motivada, pelos seguintes fundamentos: (I) inexistência de dolo do agente, ou seja, não restou configurada sua intenção de caluniar, difamar ou injuriar; (II) as palavras, termos e expressões supostamente ofensivas foram proferidas no estrito contexto da causa em julgamento; (III) não houve impropriedade ou excesso de linguagem passível de ensejar a responsabilidade civil do magistrado. 41 49 LOMAN 2. Não resta caracterizada a suposta violação dos arts. 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC, porquanto o TRF da 1ª Região, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos apresentados pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a lide. 165458535IIICPC 3. A divergência jurisprudencial, além da similitude fático-jurídica, deve ser devidamente demonstrada e comprovada (CPC, art. 541, parágrafo único; RISTJ, art. 255, §§ 1º e 2º), sob pena de não-conhecimento. CPC 541 parágrafo único 4. Agravo regimental desprovido. (805344 DF 2006/0181970-8, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 27/03/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03/05/2007 p. 222).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DECISÃO QUE NÃO APRECIA PEDIDO DE INTIMAÇÃO DE TESTEMUNHAS PARA AUDIÊNCIA E REFERE-SE À DECISÃO ANTERIOR, QUE DETERMINARA A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE ENTREGA DE BENS MÓVEIS E SEMOVENTES (GADO) APREENDIDOS, PARA AFIRMAR O SEU CUMPRIMENTO

REGULAR. IRRESIGNAÇÃO QUE VERSA ALEGADA **RESPONSABILIDADE CIVIL DA MAGISTRADA PROLATORA PELO CUMPRIMENTO, REPUTADAMENTE IRREGULAR, DO ANTERIOR DECISUM**, A NECESSIDADE DE SUA NULIFICAÇÃO E TAMBÉM DE EXONERAÇÃO DO DEPOSITÁRIO ANTES NOMEADO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO À FALTA DE APRECIÇÃO DOS PEDIDOS OBJETIVAMENTE FORMULADOS. AGRAVO QUE SE MOSTRA INADMISSÍVEL NAQUILO QUE SE DIRIGE CONTRA A DECISÃO ANTERIOR, CUJA IMPUGNAÇÃO ESTÁ PRECLUSA. **INADMISSIBILIDADE QUE É TAMBÉM MANIFESTA NO TOCANTE À REQUERIDA EXONERAÇÃO DO DEPOSITÁRIO E RESPONSABILIZAÇÃO DA MAGISTRADA**, QUE SÃO MATÉRIA QUE NÃO CONSTOU DA DECISÃO AGRAVADA, E QUE POR ISSO NÃO É OBJETO DE DEVOLUÇÃO POR ESTE AGRAVO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM AMPARO NO ART. 557, CPC, EM VISTA DE SUA MANIFESTA INADMISSIBILIDADE.557CPC.(23862 RJ 2009.002.23862, Relator: DES. LUIZ FERNANDO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 25/06/2009, TERCEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 30/06/2009)

### 3.3 Argumentos favoráveis à responsabilidade civil do Estado por atos judiciais

Os que defendem a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais refutam o argumento da irresponsabilidade fundada na soberania do judiciário, que elevaria o Poder Judiciário a uma posição de hierarquia em relação aos demais poderes, importando na violação da harmonia dos poderes.

[...] a independência dos magistrados também não explica a irresponsabilidade estatal, justificando, quando muito, a irresponsabilidade pessoal do juiz. Entre a responsabilidade do Estado e a independência do juiz não há qualquer incompatibilidade. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.273)

Nesse lanço, o Professor Sé apud Dias (2006) faz algumas considerações:

a) não se justifica a exigência de um texto especial que estabeleça a responsabilidade civil da Fazenda Pública por atos dos juizes; b) sem texto expresso, essa responsabilidade tem sido reconhecida nos Estados Unidos (onde é tradicional o princípio da imunidade), na França, e no Uruguai. No Brasil, embora o art. 82 da Constituição de 1891 cogitasse de responsabilidade pessoal dos Estados por falta deles. Nem foi por texto expresso que os tribunais admitiram a culpa anônima do serviço público, antes da Constituição de 1946; c) o silêncio quanto à responsabilidade civil do Estado não a exclui, tem decidido a Corte Constitucional da Itália;d) as leis processuais reconhecem, em certos casos, a responsabilidade pessoal dos magistrados. Esta não contraria nem exclui responsabilidade civil do Estado, antes a consagra, como sucedeu aos casos antes apontados;e) a soberania do Poder Judiciário não desobriga o Estado da obrigação de indenizar os prejuízos causados por atos judiciais. Não há autonomia entre a soberania e responsabilidade, como não há relativamente ao Poder Executivo; f) a independência dos magistrados não explica a imunidade, pois não há posição entre ele e a responsabilidade do Estado. Esta não atinge a independência funcional dos juizes; g) o argumento da coisa julgada tem valor relativo, limitado a presunção de verdade que dela emana. Se não há coisa julgada, ou se esta é desfeita pelos meios competentes, não como invocá-la. (AGUIAR, 2006, p.877)

Cabe obter per que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu § 6º do artigo 37, dispõe sobre a responsabilidade civil objetiva do Estado, aplicando-a à Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, CRFB, 1988)

Para alguns doutrinadores, a constitucionalização da responsabilidade civil do Estado fortaleceu a corrente da responsabilização estatal por atos judiciais, uma vez que o magistrado, na qualidade de agente público, atua em nome do Estado. Assim,

a atividade judiciária não é excepcionada no texto constitucional, porquanto o juiz, no seu mister, representa o Estado.

Cumprе ressaltar que a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário está previsto como um direito fundamental do cidadão, sendo protegido pelo núcleo pétreo da Carta Magna, conforme depreende do artigo 5º, inciso LXXV, que: “*o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*”.

### 3.4 Responsabilidade pela atividade jurisdicional – ato judicial típico

Durante a tramitação do processo, muitos atos judiciários são praticados, alguns exclusivamente pelo magistrado e outro por serventuário da justiça para o preparo e andamento do processo. Assim classifica-se como atos judiciais típicos: as decisões, sentenças, liminares e acórdão. Enquanto que os atos não jurisdicionais são praticados no exercício da atividade judiciária.

O ato judicial típico, que é a sentença, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, nas hipóteses do art. 5º LXXV, da CF/88. Nos demais casos, tem prevalecido no STF o entendimento de que ela não se aplica aos atos do Poder Judiciário. Ficará, entretanto, o juiz individual e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento de providências de seu ofício, nos expressos termos do art. 133 do CPC cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado (MEIRELLES, 2003, p.631).

Segundo Cavalieri Filho (2010), os erros judiciais ocorrem no exercício da função jurisdicional típica, tanto da modalidade *in iudicando* como *in procedendo*, logo a incidência de erros de julgamento e de raciocínio, de fato ou de direito na atividade jurisdicional é inevitável.

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C LUCRO CESSANTE. EXCESSO

PRATICADO POR MAGISTRADO TRABALHISTA. ATIVIDADE JUDICIÁRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL. CABIMENTO. LUCRO CESSANTE. AUSÊNCIA DE PROVA.1. Em tese os atos judiciais típicos só geram responsabilidade estatal nas hipóteses previstas no art. 5º, LXXV, da CF. Já os atos de juízes desprovidos de natureza jurisdicional, ou seja, de caráter administrativo, são passíveis de responsabilização do Estado com base no art. 37, parágrafo 6º da CF. 5º LXXV CF 37 parágrafo 6º CF (sic) 2. Situação em que o juiz trabalhista, por entender configurada a prática do delito de falsificação de documentos pelo advogado ora apelado, solicita a abertura de investigação policial consignando, no final do decisum, que o recorrido “advoga contra a honestidade, contra a ética e contra o Código Penal, e no momento, a única medida correicional a ser tomada a respeito dos fatos aqui estudados, data vênua, é encaminhar os comparsas de ilegalidade à apuração e possível correição criminal”.Código Penal 3. A ilicitude da conduta que dá ensejo ao dever de indenizar não decorre do pedido de instauração do inquérito policial, posteriormente arquivado, e sim dos excessos cometidos no cumprimento desse dever legal, quando atingem a honra e dignidade do autor. 4. O excesso cometido pelo magistrado não pode ser enquadrado no conteúdo decisório do despacho, pois reflete apenas uma opinião pessoal externada através de um ato processual, ou seja, constitui-se, portanto, em mero ato administrativo.5. O cumprimento do dever legal deve se restringir ao suficiente e necessário para a concretização da ordem jurídica e a efetivação do interesse público.6. Externado o ato, mediante intimação das partes e de seus procuradores, não há como não reconhecer a ocorrência de dano na esfera moral do autor em face da imputação atribuída a ele de advogado criminoso, mormente quando o exercício da advocacia pressupõe, no mínimo, a honestidade. Mantida, pois, a condenação a título de danos morais no valor de R\$ 10.000,00. 7. Não existindo prova de que houve diminuição da procura dos serviços prestados pelo advogado recorrido, não se pode deferir indenização pelos lucros cessantes em função da impossibilidade de se presumir o prejuízo. Reforma da sentença para excluir da condenação os lucros cessantes que seriam apurados mediante liquidação por artigos.8. Apelação da União provida em parte.(331962 CE 0006131-62.2000.4.05.8100, Relator: Desembargador Federal Leonardo Resende Martins (Substituto), Data de Julgamento: 26/05/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 17/06/2009 - Página: 230 - Nº: 113 - Ano: 2009).

Não resta dúvida de que equívocos são inerentes à atividade humana, logo não seria possível o exercício da jurisdição sem eventuais erros, não cabendo a responsabilização do Estado por essas ocorrências, sob o risco de inviabilizar a própria justiça.

Visando retificar eventuais erros, a lei prevê a possibilidade de interpor recursos processuais que podem levar a demanda ao duplo grau de jurisdição, podendo chegar ao Supremo Tribunal Federal.

Não se pretende, evidentemente, a responsabilidade do Estado em termos amplos de modo a comprometer a independência funcional dos juízes, sem a qual estes viveriam em permanente sobressalto ante o receio de serem responsabilizados civilmente em ação direta ou por via regressiva, a chamado da Fazenda Pública (AGUIAR, 2006, p.880)

Em que pese às diversas possibilidades de erros judiciais, é uníssono na doutrina e na jurisprudência dos nossos tribunais que existe a responsabilidade do Estado nessas hipóteses, conforme prevê o Art. 5º, LXXV da CRFB.

Por erro judiciário deve ser entendido o ato jurisdicional equivocado e gravoso a alguém, tanto na órbita penal como civil; ato emanado da atuação do juiz (decisão judicial) no exercício da função jurisdicional. (AGUIAR, 2010, p.275).

Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. VERBA HONORÁRIA. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 7/STJ, 282 E 356/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATUAÇÃO DE MAGISTRADO. REPARAÇÃO DE DANOS. INDENIZAÇÃO.72823561. É possível majorar ou reduzir o valor fixado como indenização, em sede de recurso especial, quando entender irrisório ou exagerado, por se tratar de discussão acerca de matéria de direito e não de reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.2. Estando a indenização fixada em valor excessivo, deve ser reduzida para trezentos salários-mínimos, importância que está em harmonia com o entendimento pacífico desta Corte.3. Não há como reconhecer a existência de dissídio, quando não há verossimilhança entre o acórdão recorrido - que

não examinou a questão sob o ângulo aventado pela recorrente - e o paradigma trazido aos autos.4. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido. (697458 SP 2004/0151688-2, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 01/06/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 16/06/2006 p. 153)

Por outro lado, a comprovação do erro judiciário é matéria de grande dificuldade probatória, pois ante o princípio do livre convencimento do juiz, poderá ocorrer divergência na sua forma de interpretação da lei ou na apreciação da prova. Assim, torna-se necessária uma decisão contrária à lei ou às provas dos autos, como no caso de erro quanto a pessoa, aplicação de dispositivo impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, ocasionado por dolo, má-fé ou fraude.

Nesse sentido:

**PRISÃO – ABSOLVIÇÃO RESPONSABILIDADE CIVIL AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**  
Logo o Magistrado Criminal houve por bem, diante do conjunto probatório, proceder provimento absolutório, não resultando daí culpa ou dolo, elementos subjetivos do injusto que poderiam ensejar eventual responsabilidade civil do Estado Decisão mantida Nega-se provimento ao recurso. (9214780612007826 SP 9214780-61.2007.8.26.0000, Relator: Xavier de Aquino, Data de Julgamento: 14/02/2011, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/02/2011)

**RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS** - Logo que se verificou a falta de provas, o Magistrado colocou o recorrente em liberdade, não resultando daí culpa ou dolo, elementos subjetivos do injusto que poderiam ensejar eventual responsabilidade civil do Estado - Decisão mantida - Nega-se provimento ao recurso. (994060733450 SP, Relator: Xavier de Aquino, Data de Julgamento: 02/08/2010, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 25/08/2010)

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROVA TESTEMUNHAL. DISPENSA PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-CONFIGURAÇÃO.** O Juiz é o destinatário da prova e a ele incumbe decidir sobre a necessidade ou não de sua produção. Assim sendo, convencendo-se o Magistrado da desnecessidade

da oitiva das testemunhas arroladas pela autora, tem livre arbítrio para dispensar a prova que entende prescindível para a formação do seu convencimento, conforme dispõe o artigo 130 do CPC. Agravo a que se nega seguimento, de plano. (Agravo de Instrumento Nº 70035704345, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 09/04/2010)130CPC(70035704345 RS , Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Data de Julgamento: 09/04/2010, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/04/2010)

Importante trazer à baila a disposição da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN que expressamente traz em seu capítulo III, artigo 49, a possibilidade da responsabilização dos magistrados em casos de dolo, fraude ou prevaricação.

Da Responsabilidade Civil do Magistrado

Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:  
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;  
II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias.(BRASIL, LOMAN, 1979)

A jurisprudência dos tribunais pátrios é no sentido de que somente atos ilícitos praticados pelos magistrados nos casos de dolo, abuso de poder e desvio geram o dever de indenização do Estado.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO Indenização por danos materiais e morais provenientes de omissão de juiz na condução de processo Magistrada que atuou nos parâmetros da legalidade e dentro da situação fática? Somente nos casos de dolo, abuso de poder ou desvio dele, é que aflora a indenização, porquanto ilicitude? (TJSP, Ap. 137.732.5/3, Rel. Des. Ricardo Anafé) Improcedência mantida Recurso não provido. (380961320098260053 SP 0038096-13.2009.8.26.0053, Relator: Francisco Vicente Rossi, Data de Julgamento: 13/02/2012, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/03/2012)

Nesse diapasão, cumpre ressaltar a relativização da coisa julgada amparada constitucionalmente. Questiona-se como reputar errada uma sentença transitada em julgado se ela é a lei do caso concreto, a vontade de Estado para determinada relação jurídica? Como provar que a decisão está errada sem o processo de rescisão? Como poderá a sentença remanescer entre as partes e ser considerada errada em face do Estado?

Não estamos advogando a tese de que será sempre necessária a ação rescisória ou revisão criminal para que possa ter lugar a indenização por erro judicial. A existência de desconstituição do julgado como pré-condição, obviamente, só se refere à decisão de mérito. Casos poderão ocorrer em que o erro judicial fique desde logo evidenciado, tornando possível a imediata ação de indenização, como por exemplo, o excesso de tempo de prisão por omissão, esquecimento ou equívoco; prisão sem formalidades legais, não relaxamento de prisão ilegal etc... O que não nos parece aceitável é a amplitude que vem se procurando dar ao conceito de erro judicial, ao ponto de considerá-lo sinônimo de falta de prova. O benefício da dúvida, que no Direito Penal leva à absolvição do réu (*in dubio pro reo*), não tem o condão de servir de fundamento para a reparação civil. Falta de prova não é sinônimo de erro judicial, nem mesmo *lato sensu*. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.276).

Sobre a intangibilidade da coisa julgada, nossos tribunais têm decidido pela relativização deste instituto jurídico.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NÃO APLICAÇÃO NA ESPÉCIE. LEI DECLARADA CONSTITUCIONAL PELO STF.1. A Primeira Seção desta Corte Superior, ao apreciar o REsp 1.189.619/PE, mediante o procedimento previsto no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), entendeu que: “1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, atribuiu aos embargos à execução eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Por tratar-se de norma que excpecciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada restritivamente, abarcando, tão somente, as sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que: (a) aplicaram norma declarada inconstitucional; (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional; ou (c) aplicaram

norma com um sentido tido por inconstitucional. 2. Em qualquer desses três casos, é necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso e independentemente de resolução do Senado, mediante: (a) declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto; ou (b) interpretação conforme a Constituição. 3. Por consequência, não estão abrangidas pelo art. 741, parágrafo único, do CPC as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação firmada no STF, tais como as que: (a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional, ainda que em controle concentrado; (b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; (c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; e (d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado. 2. Na espécie, trata-se de título executivo judicial que deixou de aplicar norma declarada constitucional pelo STF, isto é, ao passo em que a Suprema Corte tenha concluído pela constitucionalidade da contribuição destinada ao INCRA, o título executivo entendeu pela sua inexigibilidade. Assim, não se tratando de aplicação de lei tida por inconstitucional pelo Supremo muito menos de interpretação incompatível com a Constituição, não há falar em incidência do disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1265409/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 14/02/2012)

A intangibilidade da coisa julgada quando em conflito com os direitos fundamentais, ambos amparados constitucionalmente, deve ser sopesada pela aplicação da técnica de ponderação de interesse, podendo resultar na possível relativização da coisa julgada diante do caso em concreto.

### 3.5 Responsabilidade por ato jurisdicional cautelar

A previsão legal das medidas cautelares tem ampliado o poder de cautela do magistrado, tornando campo fértil para a responsabilização civil do Estado ocasionada pelo deferimento de medidas cautelares danosas, antecipação de tutela, prisão preventiva etc.

Há se ponderar que nesses casos, para que ocorra o dever de indenizar por parte do Estado, é necessário demonstrar vício

na prestação jurisdicional motivada por erro judicial, abuso de autoridade, ilegalidade do ato.

Decretada a medida nos termos e nos limites da lei, não há como responsabilizar o Estado, ainda que gravosa ao destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato. O direito e o ilícito são antíteses absolutas – um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não existe ilícito. Vem daí o princípio que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito, nem no estrito cumprimento do dever legal. Há que entender-se, então, que a responsabilidade do Estado, de que trata o art.37 § 6º, da Constituição, só é de admitir-se nas hipóteses de atos eivados de ilicitude. O Estado só responde por atos ilícitos nos casos expressamente previstos na Constituição e na lei. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.277).

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS DOS JUÍZES. CF. art.37, § 6º. I- A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do STF. II – Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com erro judiciário – CF, art. 5º, LXXV - mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III – Negativa de trânsito ao RE(STF, RE 429.518/ SC. Relator Ministro Carlos Veloso, segunda turma , julgado em 04.10.2004)

A decretação de prisão preventiva e posterior absolvição do acusado têm suscitado nos tribunais diversos questionamentos envolvendo a responsabilização civil do Estado pelo constrangimento suportado pelo indivíduo que ficou preso indevidamente. Nesse caso, há se ponderar que a prisão preventiva é uma prisão cautelar, ou seja, decretada somente quando preenchidos os requisitos da lei. Logo, não há como responsabilizar o Estado nesse casos, uma vez que a decisão de encarceramento tem fundamento na Constituição e na lei. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “C”. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. ERRO JUDICIÁRIO NÃO-CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. REINTEGRAÇÃO DE SERVIDOR. PERCEPÇÃO DOS VENCIMENTOS DO PERÍODO

AFASTADO. POSSIBILIDADE.1. Não se conhece de Recurso Especial em relação a ofensa ao art.535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.2. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.3. A alteração do entendimento adotado pelo Tribunal de origem, a fim de perquirir eventual existência de erro judiciário a justificar a indenização por danos morais, demanda reexame das provas dos autos, o que é obstado pela Súmula 7/STJ.4.O servidor público reintegrado ao cargo, em virtude da declaração judicial de nulidade do ato de demissão, tem direito aos vencimentos e às vantagens, que lhe seriam pagos durante o período de afastamento . Precedentes do STJ.5. Recurso Especial parcialmente provido.(REsp 1169029/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 15/03/2011)

### 3.6 Responsabilidade pela atividade judiciária

Entende Cavalieri Filho (2010) que os danos causados ao jurisdicionado pela atividade administrativa realizada pelo judiciário enseja o dever de indenizar com fundamento no art. 37, § 6º, da CRFB ou por culpa anônima nos casos de denegação da justiça pelo juiz, negligência no exercício da atividade, falta de serviço judiciário, desídia dos serventuários e mazelas do aparelho policial.

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO. INCÚRIA OU DESÍDIA DOS AGENTES ESTATAIS. ATIVIDADE JUDICIÁRIA. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO MATERIAL A PARTICULARES. CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. EXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO, PREJUÍZO

SOFRIDO E NEXO CAUSAL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. RESSARCIMENTO MATERIAL DEVIDO, COM CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. SENTENÇA REFORMADA. ALTERAÇÃO QUE COMPORTA REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDAS. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA. APELAÇÃO DA PARTE RÉ PARCIALMENTE PROVIDA.1. “No que diz respeito aos danos causados pela atividade judiciária, aqui compreendidos os casos de denegação da justiça pelo juiz, negligência no exercício da atividade, falta do serviço judiciário, desídia dos serventuários, mazelas do aparelho policial, é cabível a responsabilidade do Estado amplamente com base no art. 37, § 6º, da Constituição ou na culpa anônima (falta do serviço), pois trata-se, agora sim, de atividade administrativa realizada pelo Poder Judiciário. (...)” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 284). 2. Apelações cíveis conhecidas. 3. Apelação (1) provida. 4. Apelação (2) parcialmente provida.37§ 6ºConstituição (7294582 PR 0729458-2, Relator: Ruy Francisco Thomaz, Data de Julgamento: 01/03/2011, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 591)

APELAÇÃO CÍVEL \_ RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Erro judiciário - Prisão em flagrante - Danos materiais e morais suportados em virtude da permanência no estabelecimento prisional - Réu absolvido em sede recursal por insuficiência de provas - Inadmissibilidade de indenização - Prisão cautelar que não denota abuso de poder ou ilegalidade - Independência do magistrado para a prolação da sentença - Ato de soberania interna do Estado não passível de ressarcimento por danos eventualmente causados às partes ou a terceiros - Inexistência de má-fé, abuso de poder, dolo ou erro judiciário - Não configuração da hipótese de reconhecimento à justa indenização - Danos decorrentes da atividade judiciária não compreendidos nas hipóteses de responsabilidade civil consagradas pelo artigo 37, § 6.º, da Constituição Federal - Pedido inicial julgado improcedente - Confirmação da r. sentença impugnada \_ Improvimento .37§ 6.constituição Federal (6628385000 SP , Relator: Prado Pereira, Data de Julgamento: 24/09/2008, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/10/2008)(sic)

Observa-se que a posição doutrinária e jurisprudencial tem reconhecido que a prestação dos serviços judiciários configura um serviço público essencial e, por conta disso, não há como o Estado

deixar de ser responsabilizado por danos decorrentes da falha na prestação jurisdicional relacionada com a culpa anônima ou fato do serviço, sem que isso venha comprometer a soberania do Judiciário, conforme se depreende da ementa do Acórdão transcrito.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. ATO JUDICIAL TÍPICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ERRO JUDICIÁRIO. AFASTAMENTO DO DEVER DE INDENIZAR. DESPROVIMENTO DO RECURSO.1. A responsabilidade objetiva do Estado, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, é de natureza geral, aplicando-se a toda a atividade administrativa desenvolvida pelo Ente estatal, entre estas a atividade judiciária. Todavia, há que se atentar para a distinção estabelecida na própria Constituição, quanto à responsabilidade do Estado pela prática de atos judiciais típicos, prevista no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal.37§ 6ºConstituição FederalConst ituições5ºLXXVConstituição Federal2. Do cotejo dos dispositivos constitucionais referidos, depreende-se a diferenciação pretendida pelo constituinte quanto à responsabilização do Estado em relação aos efeitos danosos decorrentes de decisões ou medidas deferidas pelo Poder Judiciário, no efetivo exercício da função jurisdicional, entendendo-se que o Estado só poderá ser responsabilizado nestes casos se ficar provado o erro judicial, in iudicando ou in procedendo, que se traduz como ato judicial contrário à lei ou a realidade dos fatos, ou motivada por dolo, fraude, ou má-fé.3 - Todavia, tal não foi comprovado. O que se verifica no caso em análise é que o autor teve sua prisão preventiva decretada por ter lhe sido imputado o delito tipificado no artigo 121, § 2º, incisos I e IV do Código Penal, com base na prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, somados aos depoimentos colhidos no inquérito policial que apurou o assassinato do menor, a informação de que o suspeito do homicídio encontrava-se em local não sabido, a representação pela decretação da prisão pelo Delegado de Polícia e o requerimento do Ministério Público. Não restou caracterizado qualquer ato ilícito por parte do Estado, afastando-se, assim, o dever de indenizar.121§ 2ºIIVCódigo Penal4. DESPROVIMENTO DO RECURSO.(11397220098190064 RJ 0001139-72.2009.8.19.0064, Relator: DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 29/03/2011, NONA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 06/05/2011)

É indubitável que o serviço judiciário viciado, mal-organizado, sem instrumentos materiais e humanos adequados pode, igualmente, tornar inútil a prestação jurisdicional e acarretar graves prejuízos à parte interessada pela excessiva demora, podendo, em muitos casos, ocasionar a perda do objeto ante a deterioração dos bens das partes, desaparecimento do devedor e extinção do patrimônio do litigante, dentre outros motivos.

### 3.7 Responsabilidade pessoal do juiz

O juiz, no exercício da sua função jurisdicional, poderá ser responsabilizado civilmente pelos danos que causar aos jurisdicionados em caso de dolo ou fraude de sua parte, ou quando sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DO ATO JUDICIAL. ART. 37, § 6º, DA CF/88. 1.37§ 6ºCF/88 Realmente, embora a matéria seja controvertida, entendo que a responsabilidade civil do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da CF/88, compreende, também, os atos judiciais.37§ 6ºCF/88- Em artigo de doutrina, intitulado “Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais”, publicado na Revista Arquivos do Ministério da Justiça, a. 50, nº 189, jan./jun. 1988, concluí, a pp. 76/7, verbis: - “A responsabilidade do Estado por atos judiciais funda-se na regra geral sobre responsabilidade da Fazenda Pública por prejuízos causados na organização ou no funcionamento do serviço público. Ora, na medida em que o disposto no § 6º do art. 37 da Lei Maior enunciou o princípio da responsabilidade objetiva do Estado por ato de seus agentes, exercendo o Poder Judiciário um serviço público e sendo o magistrado o seu agente, é inarredável a conclusão de que os seus atos caem no âmbito dessa regra geral.- Com efeito, essa é a melhor exegese do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, a que melhor atende à sua finalidade e ao próprio espírito da Constituição, o que não deve ser desprezado pelo intérprete. [...]40385 RS 2006.71.00.040385-0, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 27/04/2010, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 05/05/2010)

Cumpra esclarecer que a responsabilidade civil do Estado não isenta a responsabilidade pessoal do magistrado, que poderá ser atingido em via regressiva de indenização, apenas nos casos do artigos 133 do CPC e 49 da LOMAN, podendo o prejudicado promover uma ação de perdas e danos diretamente contra o juiz ou acionar o Estado, ou ainda os dois, que serão litisconsortes passivos e solidariamente responsáveis.

De fato, a limitação da responsabilidade pessoal do juiz visa resguardar a independência funcional dos magistrados, contudo, no estado democrático de Direito não se sustenta a ideia da imunidade do Estado-juiz. Nesse sentido, a jurisprudência tende a afastar a tese da irreparabilidade dos danos originários do mau funcionamento dos serviços judiciários.

#### 4. Considerações finais

Há um edificante princípio jurídico que, objetivando proteger os interesses, os direitos e as obrigações do homem no âmago da sociedade, estabelece a todos os indivíduos mentalmente saudáveis e capazes a obrigação de responder por prejuízos cometidos a outrem, mediante dolo ou por atuação negligente, imperita e imprudente. Essa obrigação, do ponto de vista do Código Civil, será determinada exclusivamente sobre a extensão do dano, e não pelo grau da culpa, seja ela grave, leve ou mesmo levíssima.

Em que pese a estrutura inerente à magistratura, há convicção de que os juízes são alcançados pelos tentáculos da lei se causam, com dolo ou fraude, danos ou prejuízos a um bem jurídico protegido, por ato de sua ilustre profissão.

Essas afirmações referem-se ao que denominamos de responsabilidade civil dos magistrados que, de acordo com o novo Código Civil, gira na órbita da responsabilidade subjetiva, cabendo ao jurisdicionado o direito à inversão do ônus da prova, ante a sua hipossuficiência probatória.

No entanto, no atual panorama que vive o Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça tem exercido importante papel na fiscalização da atuação dos magistrados, punindo de modo exemplar alguns membros do Poder Judiciário e serventuários da justiça que enveredam pelo caminho da desídia e cometem fraude no exercício da sua função jurisdicional e atividade judiciária, maculando a nobilitante função judicante.

Assim, não existe mais espaço para adoção da irresponsabilidade civil do Estado e dos magistrados por danos causados aos jurisdicionados por atos judiciais praticados de forma dolosa, fraudulenta ou por deixar de praticá-lo, sem que com isso ocorra qualquer violação à soberania do Poder Judiciário ou à independência funcional dos magistrados.

Contudo, por mais experiente e conceituado que seja o magistrado, este responderá por danos resultantes de culpa consubstanciada em quaisquer de suas modalidades: negligência, imperícia ou imprudência do ato judicial. Nem poderia ser de outra forma porque, senão, estar-se-ia desrespeitando o princípio legal da equidade, estabelecido pela Constituição Federal, de que todos somos iguais perante a lei no que se refere a direitos e obrigações.

Em verdade, é o mencionado princípio geral uma edificante norma ético-jurídica, capaz de dar maior segurança aos magistrados e serventuários da justiça zelosos e capazes que primam pela eficiência na prestação jurisdicional à população.

Por fim, o presente artigo foi embasado em amplo e sistematizado repertório bibliográfico e jurisprudencial para que possa ser útil aos profissionais do Direito, propiciando-lhes uma melhor compreensão da dinâmicas de nossas leis e uma ideia transparente das dificuldades inerentes à complexidade da responsabilização do Estado por atos judiciais, despojado da intenção martirizar a nobre classe dos magistrados e serventuários da Justiça.

## Referências

- AMARANTE, A. I. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 4.ed. Belo Horizonte. Del Rey. 1998.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Brasília, DF, Senado Federal, 1988.
- BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. DOU, Brasília, DF, 2002.
- BRASIL, **Lei Complementar de 14 março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1979.
- CAHALI, Y. S. (coordenador). **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CRETELLA JR. **Curso de direito romano e o direito civil brasileiro**. 22. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7.
- FERREIRA, A. B. H. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GILISSEN, J. **Introdução história ao direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 1999.
- FILHO, S. C. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 2001
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, W. B. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, S. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

SERPA LOPES, M. M. **Curso de direito civil: fontes contratuais das obrigações – responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

STOCO, R. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: RT, 1997.

VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.



# O concurso de crimes de menor potencial ofensivo e garantia à transação penal

Caleb de Melo Filho<sup>1</sup>

## RESUMO

O texto procura analisar aspectos do concurso de crimes de menor potencial ofensivo, bem como a garantia dos institutos despenalizadores a partir da Lei nº 11.313/06. Para tal, expõem-se a criação constitucional da competência dos Juizados Especiais, a divergência entre a jurisprudência das Turmas Recursais e do Superior Tribunal de Justiça e as proposições legislativas que tramitam no Congresso Nacional sobre o tema. Frente a isso, frisa-se a importância de se observar o direito do acusado em ter o franco acesso aos institutos despenalizadores, pautando pela necessidade de mudança da jurisprudência do STJ e ao final apresentando-se algumas sugestões.

***Palavras-chave:*** Lei nº 11.313/06; Legislação; Juizado especial; Crimes; Concurso; Competência.

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça Titular da Promotoria de Figueirópolis - TO. Bacharel em Direito, especialista em Processo - Grandes Transformações (LFG/UNAMA).

## 1. Introdução

A transação penal foi inserida no ordenamento pátrio com a Lei nº 9.099/95, como forma de autocomposição das lides penais, inovando a persecução penal quando os delitos não repercutam de forma gravosa na sociedade. Trouxe assim a efetivação do princípio da intervenção mínima do direito penal, princípio que não está sendo observado pela jurisprudência, não obstante a previsão expressa da Lei nº 11.313/06.

Na ausência de previsão legal referente ao concurso de infrações de menor potencial ofensivo entre si, o Superior Tribunal de Justiça usurpa o Poder Legislativo quando afasta a competência dos juizados especiais, o que tem merecido repúdio dos magistrados e promotores dos juizados especiais, editando enunciado contrário ao afastamento da competência constitucionalmente prevista.

Pretende, este trabalho, discutir o tema pontuando as divergências e sugerindo, ao final, providências a serem adotadas.

## 2. Competência constitucional dos juizados especiais

A competência dos Juizados Especiais Criminais é ditada pela natureza da infração penal, estabelecida em razão da matéria e, via de regra, de caráter absoluto, tendo em vista possuir base constitucional (Art. 98, I da Constituição Federal). Nesse sentido, sustentam Mirabete (1997) e Grinover (2010), respectivamente:

A competência do Juizado Especial Criminal restringe-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme a Carta Constitucional e a lei. Como tal competência é conferida em razão da matéria, é ela absoluta, de modo que não é possível sejam julgadas no Juizado Especial Criminal outras infrações, sob pena de declaração de nulidade absoluta. (MIRABETE, 1997, p. 28).

A competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta. Não é possível, portanto, que nele sejam processadas outras infrações e, se isso suceder, haverá nulidade absoluta. (GRINOVER, 2010, p. 69)

Igualmente se posiciona Bitencourt (2010, p. 59), para quem “a competência *ratione materiae*, objeto de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, apresenta-se da seguinte forma: crimes com pena máxima cominada não superior a um ano e contravenções penais.”

Embora seja competência constitucional (art. 98, I da Carta Magna), a própria Lei 9.099/95 traz três exceções sendo em razão do rito, impossibilidade de citação do acusado ou em havendo complexidade da causa. Vejamos:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, **excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.**

...

Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

Parágrafo único. **Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum** para adoção do procedimento previsto em lei.

...

Art. 77. Omissis

§ 2º **Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66** desta Lei.” (grifamos) (BRASIL, 1995)<sup>2</sup>

No que respeita aos delitos cujo trâmite processual tem rito especial, como no caso dos delitos previstos na Lei de Imprensa, embora no âmbito dos tribunais estaduais e do STJ, majoritariamente a competência dos juizados especiais já fosse reconhecida, o

<sup>2</sup>. BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário oficial da União, 27 set.1995.

Excelso Pretório, afastou essa competência (ver STF - HC 88547, de 23.06.2006). Esse entendimento, contudo, não implicou em modificação da competência, mantendo a jurisprudência prevalecente a mesma interpretação (BRASIL, 2005).<sup>3</sup>

### 3. Do concurso heterogêneo de crimes

Sabe-se que por força dos art. 76 e seguintes do Código de Processo Penal Brasileiro em casos de concurso de delitos em situações de conexão ou continência ocorre a reunião dos processos para julgamento simultâneo, sendo certo que o objetivo da lei processual não é outro senão evitar julgamentos conflitantes em situações nas quais haja de alguma forma ligação entre as condutas delitivas ou seus agentes. Também se pode mencionar como justificativa para o processo simultâneo a necessidade de uma melhor e mais efetiva coleta de provas.

Para tratar do concurso de crimes neste trabalho, definir-se-á como *concurso homogêneo* o existente no concurso dos delitos de menor potencial ofensivo entre si e de *concurso heterogêneo* o existente entre os delitos de menor potencial ofensivo e os delitos comuns.

Ao estabelecer a Carta Magna, a previsão de criação dos Juizados Especiais para o processo e julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo, e sendo estes considerados os que não tivessem como pena máxima superior a 02 (dois) anos, questão que se pôs a debate foi a definição da competência em existindo eventual concurso de crimes de crimes de menor potencial ofensivo entre si e entre estes e outros delitos.

De fato, no caso de *concurso homogêneo*, pode ocorrer que o somatório das penas dos delitos de menor potencial ofensivo ultrapasse o limite estabelecido para a fixação da competência dos juizados especiais, v.g., no caso dos crimes de desacato e resistência (ambos de

<sup>3</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 159166/SP, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, SEXTA TURMA, Brasília, julgado em 24/11/1998, DJ 01/02/1999, p. 240.

menor potencial ofensivo, com penas máximas de dois anos), quando a jurisprudência oscilava ora admitindo o processamento nos juizados especiais, ora remetendo para a vara criminal. Convém salientar que não há previsão legal para esse tipo de concurso de crimes, pois após o transcurso de 11 (onze) anos da edição da LJE, somente adveio a regulamentação do *concurso heterogêneo* (*ex vi*, Lei 11.313/06).

Em um julgamento de recurso especial, tratando de um caso de *concurso heterogêneo* - lesão corporal culposa e homicídio culposo -, o Colendo Superior Tribunal de Justiça pontuou a inviabilidade da suspensão condicional, já afirmando que o somatório das penas que resulte em uma pena máxima superior a 02 (dois) anos, retirava a também a possibilidade de transação penal (ver STJ - REsp 159155, de 24.11.1998) (BRASIL, 1999)<sup>4</sup>.

Ponto de pertinente relevância a ser considerado é que o Superior Tribunal de Justiça não se inserir entre as cortes revisoras dos julgados dos juizados especiais, visto que da sentença monocrática o recurso é remetido às turmas recursais e, acima destas, o recurso cabível haverá de ser endereçado ao Supremo Tribunal Federal. No entanto, suscitados conflitos de competência entre os juizados especiais e os juízos criminais, estes são apreciados por aquela corte.

Um dos primeiros acórdãos do STJ específicos em termos *concurso homogêneo* de delitos de menor potencial ofensivo que se tem notícia (ver REsp 575336, de 01.04.2004), afasta a competência do JECRIM em razão do somatório das penas máximas, seja em decorrência dos concursos formal, material ou continuidade delitiva (BRASIL, 2004).<sup>5</sup>

O concurso de infrações comuns com penas mínimas não superiores a 01 (um) ano sempre foi de competência do juízo comum e essa competência não é estabelecida na Constituição. Uma coisa é tratar de diferentes modos de aplicação de determinado instituto

---

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 159166/SP, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, SEXTA TURMA, Brasília, julgado em 24/11/1998, DJ 01/02/1999, p. 240.

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 575336/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, Brasília, julgado em 01/04/2004, DJ 03/05/2004, p. 208.

(suspensão condicional do processo) e outra coisa bem distinta é se mudar, sem lei, uma competência firmada pela Lei Maior.

Com efeito, o fato de estabelecer o artigo 89 da LJE a previsão de suspensão condicional do processo aos delitos com penas mínimas não superiores a 01 (um) ano não tornam crimes comuns em crimes de menor potencial ofensivo e nem o inverso, pois prevê a possibilidade de suspensão do processo tanto aos delitos de menor potencial ofensivo quanto os comuns. Vejamos:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, **abrangidas ou não por esta Lei**, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (BRASIL, 1995) (grifos nossos)<sup>6</sup>

Relembremos que o CPP (Art. 77) já previa o *sursis processual* no caso de condenações não superiores a 02 (dois) anos e, convenhamos, a maioria dos delitos com penas mínimas não superiores a 01 (um) ano dificilmente não têm a fixação da pena em montante que não admitisse a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (Art. 44, CP) ou o *sursis*.

Nesse sentido, a Lei nº 9.099/95 trouxe um significativo avanço para a celeridade processual, visto que naqueles tipos de delitos o Estado não precisaria desenvolver todo o complicado e exaustivo trâmite do processo, e não executar a pena. Passou-se assim a aplicar a suspensão condicional já na primeira audiência.

O processo, enquanto instrumento da pacificação social desde quando se aboliu a vingança privada, deve também ser entendido como uma forma compositiva dos litígios. A inovação trazida pela Lei nº 9.099/95 foi autocomposição, que se pode obter com a transação penal - de modo similar ao aplicado do direito anglo-saxão -, a qual tem demonstrado ser uma das formas mais eficazes de solução de

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário oficial da União, 27 set.1995.

conflitos penais. E a opção da *Carta Magna* foi no sentido de atribuir a competência para a solução dos litígios de menor potencial ofensivo aos juizados especiais (Art. 98, inc. I).

Ocorre que, em uma inconcebível usurpação da função legislativa, o STJ resolveu legislar para o caso do *concurso homogêneo* de infrações de menor potencial ofensivo, impedindo a apreciação no âmbito dos juizados especiais.

Suponha que determinado agente, na condução de seu veículo, agindo com imperícia, venha a atropelar várias vítimas, causando nestas lesões corporais. O delito a ser imputado é o previsto no artigo 303, do CTB, em concurso formal (art. 70, CP).

Levando em conta a jurisprudência do STJ, pergunta-se: o só fato de ser praticado em concurso formal transforma o crime de menor potencial ofensivo em crime comum?

É pertinente salientar, quanto a esse entendimento do STJ, artigo apresentado pela Promotora do Estado do Paraná, Suzane Maria Carvalho do Prado:

E o fundamento de que se valeu o Ministro Relator para afastar a competência constitucional do Juizado Especial Criminal foi o de que, se cometidos em concurso, os crimes não poderiam ser considerados isoladamente (como de menor potencial ofensivo que são), desnaturando-se de sua lesividade mínima para serem tratados no Juízo comum.

**Em admitindo essa argumentação, obrigatoriamente seria de se afastar dos delitos de menor potencial ofensivo, cometidos em concurso, a aplicação do artigo 119 do Código Penal quando da análise da prescrição no caso concreto. Porque, se não podem ser tratados isoladamente para fins de competência (que é constitucional), por que o poderiam quando da análise da prescrição? (com o mesmo olhar, de que a prática de vários delitos de menor potencial ofensivo faria deles um crime de médio ou grande potencial ofensivo a ser julgado pela Justiça comum, poderia se dizer que uma turma de anões não é uma turma de anões, e sim, pela soma de todos os anões, um homem de estatura média ou grande). (PRADO, 2009) (grifos nossos).**

No mesmo sentido, pertinente também se trazer à colação posicionamento de Luiz Flávio Gomes:

Em síntese: já não é possível somar a pena máxima da infração de menor potencial ofensivo com a da infração conexa (de maior gravidade) para excluir a incidência da fase consensual. A soma das penas máximas, mesmo que ultrapassado o limite de dois anos, não pode ser invocada como fator impeditivo da transação penal. A infração de menor potencial ofensivo (conexa) deve, dessa maneira, ser analisada isoladamente (é esse o critério adotado para a prescrição no art. 119 do Código penal). Cada infração deve ser considerada individualmente (GOMES, 2006).

De fato, quando se trata da prescrição de delitos praticados em concurso, a opção do legislador do Código Penal é no sentido de computação individualizada das infrações, de acordo com o art. 119: “No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.”

Assim já pontuava a jurisprudência do Excelso Pretório, sedimentado na Súmula 497:

QUANDO SE TRATAR DE CRIME CONTINUADO, A  
PRESCRIÇÃO REGULA-SE PELA PENA IMPOSTA NA  
SENTENÇA, NÃO SE COMPUTANDO O ACRÉSCIMO  
DECORRENTE DA CONTINUAÇÃO.

Valendo-se do artigo 119 do Código Penal, por analogia, no III Encontro Estadual de Magistrados de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, realizado em maio de 2006 e no XIX Encontro Estadual de Juizados Especiais Cíveis e Criminais-FONAJE, realizado em outubro de 2007, no Estado de Aracaju/SE, restou firmado que no caso de concurso de crimes (material ou formal), o mesmo entendimento seria aplicado.

Com efeito, foi editado o Enunciado FONAJE nº 80: “*No caso de concurso de crimes (material ou formal) e continuidade delitiva, as penas serão consideradas isoladamente para fixação da competência*”, o qual foi cancelado no XXI Encontro, posteriormente revigorado com redação diferenciada, desta feita no XXIX Encontro, estando atualmente previsto no Enunciado nº 120 (2011), nos seguintes termos: “O concurso de infrações de menor potencial ofensivo não

afasta a competência do Juizado Especial Criminal, ainda que o somatório das penas, em abstrato, ultrapasse dois anos.”

Importante frisar que neste mesmo sentido deliberaram os Promotores de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no II Encontro Criminal realizado em 2006, ocasião em que restou lavrada a Ementa nº 171, nos seguintes termos:

A prática de delitos de menor potencial ofensivo em concurso formal, material ou em continuidade, não retira dos delitos sua característica de menor potencial ofensivo, não transferindo a competência do julgamento para o juízo comum.

O STJ, como alhures salientado, não sendo órgão revisor das decisões dos juizados especiais, coerente e pertinente que estes adotem regramento próprio no que diz respeito à sedimentação de seus julgados, o fazendo por meio do Fórum Nacional dos Juizados Especiais-FONAJE. E assim se fez, editando o Enunciado 80, posteriormente modificado pelo Enunciado 120.

Poucos são os tribunais que disponibilizam em suas páginas na internet jurisprudência dos seus juizados especiais ou quando o fazem, a pesquisa é dificultada pela falta de alimentação de seus bancos de dados. Mas dentre a maioria dos que disponibilizam podemos constatar a interpretação é no sentido de que a competência dos juizados especiais é de índole constitucional e deve ser reconhecida, de modo que o Enunciado FONAJE nº 120 tem sido aplicado, a exemplo:

Nas Turmas Recursais do Rio Grande do Sul: (ver Apelação Crime nº 71000937821, de 09.10.2006 e Recurso Crime nº 71004433272, de 21.10.2013) (BRASIL, 2006)<sup>7</sup>;

<sup>7</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Crime nº 71000937821 – TRCriminal-RS. Porto Alegre. Rel. Juiz de Direito Alberto Delgado Neto, 09.10.2006. “...Com respeito às posições divergentes, que efetivamente existem, inclusive em nível de Tribunais Superiores, tenho que a acumulação de ações penais num único procedimento não tem potencial jurídico de modificação de competência, pois havendo dois processos distintos para cada delito em nada haveria para ser arguido. Este argumento, a meu ver, demonstra que ao sistema interessa a cumulação de ações e o julgamento

Nas Turmas Recursais do Rio de Janeiro: (ver HC nº 0003261-50.2011.8.19.0044, de 26.04.2013 e Apelação nº 0002497-03.2011.8.19.0032, de 19.07.2013) (BRASIL, 2013)<sup>8</sup>.

---

de delitos qualificados como de menor potencial ofensivo pelas estruturas jurisdicionais próprias, com esta competência.”

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Crime Nº 71004433272, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Porto Alegre, Relator: Madgeli Frantz Machado, Julgado em 21/10/2013. “...É entendimento assente perante esta Turma Recursal que o concurso, material ou formal, de crimes, assim como a continuidade delitiva, não afasta a competência dos Juizados Especiais quando a soma das penas ou o acréscimo previsto ultrapassam o limite legal de dois anos, uma vez que se trata de competência em razão da matéria.”

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Habeas Corpus nº 0003261-50.2011.8.19.0044, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, Relator: Ana Luíza Coimbra Mayon Nogueira, Julgado em 26/04/2013. “... Somatório das penas que não afasta a competência dos Juizados Criminais e Turma Recursal para processo e julgamento. Enunciado FONAJE.”

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação nº 0002497-03.2011.8.19.0032, Turma Recursal dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, Relator: Cláudia Márcia Gonçalves Vidal, Julgado em 19/07/2013.

“...Arguida a incompetência do Juizado Especial Criminal ante o somatório das penas máximas cominadas em abstrato aos delitos imputados, decido por reconhecer a competência dos juizados, orientando-me pelo Enunciado nº 120 do FONAJE. Figura em seu texto que “O concurso de infrações de menor potencial ofensivo não afasta a competência do Juizado Especial Criminal, ainda, que o somatório das penas, em abstrato, ultrapasse dois anos”. Irrelevante, portanto, que as penas dos crimes somadas sinalizem patamar superior ao mínimo previsto para determinar a competência dos Juizados Especiais Criminais. A concepção do citado entendimento é a familiaridade e a classe de delitos que se sujeitam aos Juizados, não se justificando o declínio, apenas, por força de eventual concurso. Rejeito a preliminar de incompetência.”

- Nas Turmas Recursais do Mato Grosso: (ver Correição Parcial nº 1422/2006, de 06.03.2007) (BRASIL, 2007).<sup>9</sup>

A transação penal se insere dentro de um modelo constitucional garantista de intervenção mínima do sistema criminal, isto é, de aplicação das medidas criminais quando necessárias e na medida da necessidade. No momento em que a transação penal trunca o seguimento do processo tradicional, com reflexos no *ius puniendi* do Estado, há que ser buscada uma interpretação ampliativa e razoável. Ademais, a aplicação de medidas alternativas à pena privativa de liberdade e ao desenvolvimento regular do processo, sem os efeitos da sanção criminal advinda de um decreto condenatório, delimita a eficácia do direito de punir do Estado.

A pluralidade de infrações criminais pode resultar de uma só conduta do agente (concurso formal), ou de mais de uma conduta (concurso material). Ainda, a pluralidade de resultados pode, por uma ficção jurídica, ser considerada um só delito (crime continuado). Nesses casos aplica-se a pena pelo sistema da cumulação material ou da exasperação, regras criadas em favor do réu, sem que haja absorção de tipicidade.

A Súmula do STJ determina a aplicação das regras do concurso material, formal e do crime continuado nas hipóteses da transação penal, sendo esta a orientação também utilizada para afastar a competência dos juizados especiais no que concerne à transação penal. Portanto, são regras de aplicação de pena, as quais não alteram a tipicidade e a ilicitude da conduta. E não havendo alteração do fato infracional, os benefícios legais devem incidir sobre cada unidade fática, sempre que isso for mais favorável ao acusado, na medida em que as normas do concurso, repita-se, foram instituídas com o intuito de beneficiar o autor do fato.

<sup>9</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Correição Parcial nº 1422/2006, 2ª Turma Recursal, Cuiabá, Relator: João Bosco Soares da Silva, Julgado em 08/03/2007.

“...Nos casos de concurso material, devem as penas ser isoladamente consideradas, para fins de competência dos Juizados Especiais, nos moldes do Enunciado nº 78 do FONAJE. É absurda a alegação de que isto configure inversão tumultuária”.

Uma interpretação pela soma das penas prejudica e limita o conceito de infração de menor potencial ofensivo e o cabimento dos institutos despenalizadores instituídos pela Lei nº 9.099/95. De se notar que o próprio legislador, no concurso de crimes, optou por afastar o interesse de punir do Estado, considerando cada unidade fática, de forma isolada pra fins de prescrição da pretensão punitiva (*ex vi*, art. 119 do CP). A consideração das infrações, de forma isolada, foi adotada pela Lei nº 11.313/2006, quando determinou, nas hipóteses de conexão e de continência, no juízo comum ou no Tribunal do Júri, a aplicação da composição civil e da transação penal à infração criminal de menor potencial ofensivo (art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95 e art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01) praticada em concurso com crimes comuns.

#### 4. Do concurso heterogêneo

Nos casos de *concurso heterogêneo* as soluções eram distintas, pois ora aplicava-se a *vis atractiva* para submeter-se o julgamento ao juízo criminal, ora aplicava-se a cisão dos processos. E quando os processos tramitavam nas varas criminais geralmente não eram conferidos aos réus o direito às medidas despenalizadoras da Lei nº 9.099/95.

Assim, a divergência da doutrina e da jurisprudência era de toda sorte, sendo vários conflitos de competência submetidos a julgamento nos tribunais estaduais, havendo decisões contraditórias (ver TJDF, CC nº 183394, de 12.11.2003 e TJRS, CC nº 70038637021, de 25.11.2010) (BRASIL, 2003).<sup>10</sup>

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, CC nº 183394, 20030020090636CCP, Relator: MARIO MACHADO, Câmara Criminal, Data de Julgamento: 12/11/2003, Publicado no DJU SECAO 3: 10/12/2003. Pág.: 67). “...A conexão de crime da competência do Juizado Especial Criminal com crime da competência do Juízo Criminal Comum não determina a competência do último para o simultaneus processus. Isto porque a competência dos Juizados Especiais Criminais para as infrações de menor potencial ofensivo é norma de índole constitucional (CF, art. 98, I), que não pode ser modificada por norma infraconstitucional (art. 79, caput, do CPP), notadamente em prejuízo do autor do fato, que, no Juizado Especial Criminal, se beneficia das normas despenalizadoras

No sentido da cisão de processos são, ainda, as lições de Guilherme de Souza Nucci (2008):

Não deve haver junção de processos, tendo em vista que a competência do Juizado Especial Criminal é estabelecida na Constituição Federal, sendo especial em relação à Justiça Comum (Art. 98, I).

Por outro lado, poder-se-ia sustentar que o JECRIM deveria atrair as demais infrações, o que, no entanto, não é possível, pois a Constituição Federal não prevê a possibilidade de ampliação da competência. Aliás, seria inadmissível que o procedimento célere e específico das infrações de menor potencial ofensivo pudesse abrigar o julgamento de outros feitos, que demandam maior dilação instrutória. Por isso, devendo-se respeitar a competência especial do JECRIM e não havendo possibilidade de junção dos processos, impõe-se a separação dos julgamentos.” (NUCCI, 2008).

No ano de 2000, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 243, pontuando que se em razão do concurso de crimes o mínimo da pena superasse o limite do art. 89 da LJE, restaria excluída a incidência dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

---

e de uma mais rápida solução. A solução correta é tramitarem os processos separadamente, o relativo à infração penal de menor potencial ofensivo no Juizado Especial Criminal e o alusivo ao crime comum no Juízo Criminal...”

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 3ª Câmara Criminal, CC nº 70038637021, Rel. DES. ODONE SANGUINÉ, Porto Alegre, julgamento em 25.11.2010.

“...o crime tipificado no art. 28 da lei nº 11.343/06 é delito de menor potencial ofensivo, conforme estabelecido no art. 61 da Lei nº 9.099/95. A competência do Juizado Especial Criminal decorre do art. 98, inciso I, da CF, de modo que regras de conexão ou continência fixadas por lei ordinária não são capazes de afastá-la. No caso em tela, sendo dois fatos diversos cometidos, em tese, por dois autores distintos, correta a cisão do feito para o julgamento do delito de menor potencial ofensivo pelo Juizado Especial Criminal e do delito previsto no art. 33 da lei nº 11.343/06 pela Vara do Juízo Comum.”

E esse entendimento tem sido utilizado, *concessa venia*, de modo equivocado, para fundamentar tanto o *concurso homogêneo* quanto o *concurso heterogêneo* (ver STJ - REsp 625498, de 11.10.2004 e HC 33009, de 01.08.2005) (BRASIL, 2004)<sup>11</sup>

## 5. A Lei nº 11.313/06

Nesse quadro de insegurança jurídica, em 2004, o então Senador Demóstenes Torres apresentava o Projeto de Lei nº 119/2004, onde pontua a divergência da jurisprudência e a necessidade de se manter a transação penal, sendo pertinente se trazer à baila a justificação da mudança, *litteris*:

A atual redação do art. 60 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e do art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, vem permitindo a subsistência, na jurisprudência, de decisões que, ignorando a observância das regras de conexão e continência, determinam o desmembramento de processos em que se apurem infrações consideradas comuns e de menor potencial ofensivo, não obstante se encontrem elas enlaçadas pela necessidade de reconstrução crítica e unitária das provas envolvidas. **Tal entendimento, além de acarretar a demora na prestação jurisdicional, deixa margem à prolação de decisões contraditórias, a despeito da identidade do conjunto probatório dos delitos, causando inegável espécie entre os jurisdicionados**, que não compreendem por que razão,

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 625498/SP, Quinta Turma, Rel. Minl Laurita Vaz, DJ de 11/10/2004.

“...Verificando-se que o somatório das penas máximas cominadas em abstrato ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n.º 10.259/01, impõe-se a fixação da competência da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Manuel. Precedentes do STJ...”

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 33.099/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ de 01/08/2005.

“...Somente se aplica a transação penal, em conformidade com o novo conceito de crimes de menor potencial ofensivo, trazido pela Lei n.º 10.259/2001, aos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima prevista não exceda a 2 (dois) anos, sendo irrelevante, nos delitos cuja pena máxima em abstrato seja superior ao referido patamar, a previsão legal de pena de multa, nas formas alternativa ou cumulativa...”

por exemplo, o autor de um homicídio que, no momento da prática do delito, portava substância entorpecente para uso próprio, deve ser julgado por dois juízos distintos, o tribunal do júri e o juizado especial criminal, respectivamente.

Cumpre, pois, tornar expresso que, havendo conexão ou continência entre a alçada dos juizados especiais e crimes cuja pena deste foro o exclua, a competência fica a cargo do juízo com atribuições para processar e julgar o crime mais grave, aplicando-se, dessa feita, o disposto no art. 78, II, do Código de Processo Penal. Não é só. **A fim de que não se prejudique o réu, impõe-se consignar que, nesses casos, prevalece à aplicação, quanto ao crime de menor potencial ofensivo, dos institutos despenalizadores da transação penal e da composição dos danos civis.**” (grifos nossos) (BRASIL, 2013)<sup>12</sup>.

E com a aprovação do projeto, adveio a Lei 11.313, de 28 de junho de 2006, modificando as normas que regem o *concurso heterogêneo*. A lei altera os artigos 60 e 61 da lei nº 9.099/95, e o artigo 2º da lei nº 10.259/2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Vejamos:

**Lei nº. 9.099/95** (grifos nossos):

*Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.*

*“Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.*

*Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.*

<sup>12</sup> BRASIL, Senado Federal, disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=36170&tp=1>>. Acesso em 22.11.2013.

## **Lei nº. 10.259/2001:**

Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

*Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.*

A modificação legislativa positivou a jurisprudência, já uníssona, no que concerne à sujeição à competência dos juizados especiais estaduais os delitos cuja pena máxima não excedesse 02 (dois) anos, tal qual já previa a Lei nº 10.259/01, que criou os juizados especiais federais. Também positivou a jurisprudência majoritária, no que respeita à submissão aos juizados especiais a apreciação dos delitos que previam rito especial, porém com penas não superiores a 02 (dois) anos (delitos contra a honra, posse de drogas para uso próprio etc.).

Como se pode constatar pela redação expressa da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (antigamente denominada Lei de Introdução ao Código Civil), a interpretação de norma há de ser feita levando-se em consideração os fins sociais a que ela se destina. No Art. 5º tem-se: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*” (BRASIL, 1942)<sup>13</sup>.

E o fim social – não observado pela jurisprudência do STJ - é delineado na justificação do autor do projeto de lei, não sendo demais novamente se transcrever:

*A fim de que não se prejudique o réu, impõe-se consignar que, nesses casos, prevalece a aplicação, quanto ao crime de menor potencial ofensivo, dos institutos despenalizadores da transação penal e da composição dos danos civis.*

<sup>13</sup> BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942., Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.(Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010).

Alinhavadas tais considerações, uma pergunta não quer calar: qual o motivo de remeter o processo ao juiz criminal nos casos de *concurso homogêneo*, a fim de que este aplique os mesmos institutos despenalizadores para os quais o juizado especial já se encontra devidamente aparelhado?

Acrescente-se à problemática o trâmite do processo, pois o rito processual do JECRIM é diferente, não havendo recurso em sentido estrito e sim reclamação; recurso inominado, com prazo de 10 (dez) dias, com as razões inclusas, no lugar do recurso de apelação em 05 (cinco) dias, com apresentação de razões recursais em 08 (oito) dias.

Insuficientes tamanhos equívocos, a jurisprudência ainda resiste em aplicar os institutos despenalizadores trazidos pela Lei nº 11.313/06, ao argumento de que estaria preclusa a sua postulação após a instrução do feito (ver STJ HC 82.258, de 01.06.2010) (BRASIL, 2010)<sup>14</sup>.

Quando há uma mudança legislativa, notadamente com a alteração de paradigmas, a aceitação dela não é tarefa das mais fáceis de ser assimilada.

Ao contrário do que previa – e pontualmente ainda prevê - a jurisprudência do STJ e de vários tribunais estaduais, agora é expressamente viável a possibilidade de transação penal, seja no *concurso homogêneo*, seja no *concurso heterogêneo*, no que diga respeito ao delito de menor potencial ofensivo, bem como a composição dos danos civis, independentemente do somatório das penas máximas cominadas às infrações conexas ser superior a 02 (dois) anos.

A presença do delito de menor potencial ofensivo, com a novel norma, indica a necessidade de duas fases no processo: a fase consensual e a parte litigiosa, onde a primeira poderá excluir a segunda. E não observada a dupla fase haverá violação ao devido

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 82.258/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 23/08/2010.

“...A transação penal é instituto despenalizador de natureza pré-processual, que resta precluso com o oferecimento da denúncia, com o seu recebimento sem protestos, bem como com a aceitação da proposta de suspensão condicional do processo. Precedentes...”

processo, pois não há mais espaço para a chamada discricionariedade regrada em aplicar ou não as medidas despenalizadoras.

Não cabe mais a invocação de discricionariedade do membro do Ministério Público no que tange à propositura da transação penal e nem da recusa do magistrado em homologá-la quando proposta, pois a transação penal é direito subjetivo do acusado, sendo de peculiar importância trazer à baila as lições de Eugênio Pacceli de Oliveira:

Partindo do pressuposto da insuficiência do sistema penal e da inadequação das penas privativas da liberdade, a Lei nº 9.099/95 prevê hipóteses expressas em que a imposição de pena privativa de liberdade não será a melhor solução para o caso penal. Por isso, estabeleci situações nas quais, preenchendo o acusado determinados requisitos, elaborados a partir da consideração da natureza do crime, da apenação e das condições pessoais do agente, o primeiro passo a ser seguido pelo *parquet* será a propositura da transação penal.

Ora, se essa é a prioridade, segundo comando expresso da lei, o Estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual condenatório, quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao fato seria a via conciliatória da transação penal. Note-se que quem está estabelecendo qual seria a medida mais adequada ao fato e ao seu autor é exatamente a lei. Cuida-se de opção situada no campo da política criminal, essa, sim, discricionária, em princípio.

Não vemos, então, repetimos, a apontada discricionariedade regrada. É a lei que estabelece, minudente e completamente, as hipóteses em que não deverá aplicar, senão como última alternativa, o modelo condenatório. É também a lei que deve determinar a orientação da política criminal e das sanções mais adequadas ao caso penal. Ao Ministério Público reserva-se a atribuição, relevantíssima, de implementação dessa política. Não, porém, com reserva de discricionariedade quanto ao cabimento ou não da transação. O cabimento, ou seja, a definição de suas hipóteses, já é previsto expressamente na lei, cabendo aos aplicadores do Direito, fundamentadamente, o exame acerca de sua ocorrência.

A transação penal, pois, constitui direito subjetivo do réu. A discricionariedade que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação: restritiva de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95.

O principal problema decorrente dessa afirmação, como vimos, é de ordem operacional. De fato, não é possível nenhuma transação, como ato bilateral que é, senão com a participação de ao menos duas

partes. É por isso que não se pode permitir que o próprio realize, como o réu, a transação penal. A presença de Ministério Público é mesmo indispensável.

Não entendendo o órgão do *parquet* ser o caso de transação, por ausência dos requisitos, por exemplo, a solução será a remessa dos autos ao órgão superior com competência de revisão, como é o caso do Procurador-Geral de Justiça (art. 28, CPP), no âmbito da Justiça Estadual, e da Câmara de Coordenação e Revisão (art. 62, Lei Complementar nº 75/93), na Justiça Federal.

Aliás, a partir da consolidação da jurisprudência da Suprema Corte sobre a aplicação da suspensão condicional do processo (Súmula 696), aqui já referida e apreciada (item 14.3.1), a aplicação subsidiária dos citados dispositivos (art. 28, CPP, e art. 62, Lei Complementar nº 75/93) parece inquestionavelmente tranquila.

Como se percebe, a solução não é perfeita, na medida em que deixaria fora do controle judicial a aplicação ou não de determinada norma instituidora de direito subjetivo.

Pensamos, porém, que o aludido controle poderia ser feito em etapa posterior, isto é, após o oferecimento da denúncia, quando esse for o posicionamento final e em última instância do Ministério Público (no sentido do não cabimento da transação penal). Nesse caso, se o juiz entender que a hipótese era efetivamente de transação penal, por preencher o acusado todos os requisitos previstos em lei e por se tratar de infração penal para a qual ela seja cabível, deverá rejeitar a peça acusatória, por falta de justa causa (art. 395, III, CPP), ou mesmo por falta de interesse de agir (art. 395, II, CPP). Fundamento: a existência de solução legal mais adequada ao fato e ao suposto autor, à disposição do autor da ação penal. Haveria, assim, uma alternativa legal ao processo condenatório escolhido pelo Ministério Público. (OLIVEIRA, 2012).

Com efeito, não há se falar em preclusão da fase consensual e nem de sua recusa, pois se trata de direito do réu ter a possibilidade de compor objeto da lide penal, seja com a composição civil do dano, seja com a transação penal, já que tais medidas impedem o processo em relação ao delito de menor potencial ofensivo. Assim determina a Lei nº 11.313/06 e assim deve ser.

## 6. A expectativa de mudanças no caso de concurso homogêneo

A Lei nº 11.313/06 trouxe modificações com relação ao *concurso heterogêneo* de delitos, por tratar do concurso das infrações de menor potencial ofensivo com delitos comuns, fixando nesses casos a competência das varas criminais.

Em uma breve consulta ao site da Câmara dos Deputados, constatamos que embora projetos tramitem no sentido de ampliação de abrangência para a aceitação da competência dos juizados especiais, com exclusão das causas de aumento (concurso material, formal e continuidade), outros tendem a piorar.

De fato, o Deputado Vicente Chelotti apresentou, em 23.03.2006, o Projeto de Lei nº 6.799/2006, com a seguinte proposição (BRASIL, 2006)<sup>15</sup>:

Art. 2º. O art. 2º, da Lei Federal nº 10.259, de 12.07.2001, passa a vigorar, dando nova redação ao seu parágrafo único e reenumerando-o para § 1º e acrescentando o § 2º:

Art. 2º.....

§ 1º. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine, isolada ou cumulativamente, pena máxima não superior a 4 (quatro) anos, ou multa, exceto os dolosos contra a vida.

**§ 2º. Para a caracterização de infração penal de menor potencial ofensivo será considerada a sua pena máxima cominada em abstrato, desprezando-se eventuais causas de aumento e diminuição de pena. (grifos nossos)**

Esse projeto teve parecer pela sua rejeição na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania daquela casa legiferante, não havendo qualquer indicativo de que será aprovado.

Em que pese aos apontados equívocos, quadro pior se avizinha, pois tramita também na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7.308/2006, de autoria do Deputado Ronaldo da Cunha Lima,

<sup>15</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados, disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=318482>>. Acesso em 22.11.2013.

apresentado em 11.07.2006, com a positivação da jurisprudência do STJ:

Art. 2º. O art. 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo para os efeitos desta Lei as contravenções penais, os crimes culposos, bem como os crimes dolosos a que a lei comine pena privativa de liberdade máxima não superior a dois anos cumulada ou não com multa, independentemente de procedimento especial previsto em lei.

Parágrafo único. Em caso de concurso de infrações de menor potencial ofensivo, o Juizado Especial Criminal será competente para apreciar e julgar a matéria **desde que a soma das penas privativas de liberdade máximas a elas cominadas não supere dois anos.** (grifos nossos)

Observe-se que esse projeto pretende tanto positivar a jurisprudência que exclui a competência do juizado especial no concurso de delitos, como inserir os delitos culposos no rol daqueles de menor potencial ofensivo. Contudo, em parecer da Comissão de Constituição e Justiça houve apresentação de substitutivo, que retira a proposta de alteração do *caput*, propondo-se a seguinte redação (BRASIL, 1995)<sup>16</sup>:

Art. 2º O art. 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 61. ....

Parágrafo único. Em caso de concurso de infrações de menor potencial ofensivo, o Juizado Especial Criminal será competente para apreciar e julgar a matéria desde que a soma das penas privativas de liberdade máximas a elas cominadas não supere dois anos.”

Esse projeto, contudo, está sem movimentação desde 12.05.2011.

Ao supor que o Projeto de Lei nº 7.308/06 seja aprovado nos termos propostos no substitutivo, só restará a decretação de sua

<sup>16</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados, disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=329942>>. Acesso em 22.11.2013.

inconstitucionalidade pelo controle difuso. Assim, quando o membro do Ministério Público discordar, deverá provocar o juiz, em cada processo, a fim de que afaste a norma para aquele caso, decretando sua inconstitucionalidade, possibilitando a apreciação nos juizados especiais.

## 7. Considerações finais

O presente trabalho objetiva evidenciar que a jurisprudência do STJ não é uníssona e que não pode ser a última palavra. E o fazemos, conforme fundamentos utilizados na edição do Enunciado FONAJE nº 120, para invocar prevalência da regra de competência firmada pela Constituição.

E nesse contexto, posto em evidência o conflito de opiniões, ousamos sugerir a adoção de algumas medidas possíveis de adoção em situações de concurso de crimes. Ao se deparar com um delito de menor potencial ofensivo praticado em situação de concurso de crimes *homogêneo* onde a cumulação das penas máximas superem 02 (dois) anos, quatro seriam as opções do membro do Ministério Público:

- 1) adotar o entendimento do Enunciado FONAJE nº 120 para o fim de postular, no juizado especial, a designação de audiência preliminar para a conciliação, reparação civil ou a apresentação de proposta de transação penal, independente do concurso de crimes e, frustrada esta, apresentar denúncia oral ou escrita, facultando a suspensão condicional do processo independentemente de o mínimo cumulado das penas superar um ano;
- 2) adotar o entendimento parcial do Enunciado FONAJE nº 120 para o fim de postular, no juizado especial, a designação da audiência preliminar e, frustrada a conciliação, reparação civil ou a transação penal, oferecer denúncia oral ou escrita, com apresentação na cota de proposta de suspensão processual, se a soma das penas mínimas não superar um ano (aplicação da Súmula 243 do STJ);
- 3) não adotar o entendimento do Enunciado FONAJE nº 120 e requerer, perante o juízo da vara criminal, a designação de audiência preliminar, para o fim de postular a designação da audiência preliminar e, frustrada a conciliação, reparação civil ou a transação penal, oferecer denúncia oral ou escrita, com apresentação na cota

de proposta de suspensão processual, se a soma das penas mínimas não superar um ano (aplicação da Súmula 243 do STJ);

4) não adotar o entendimento do Enunciado FONAJE nº 120, nem a súmula 243 do STJ para postular, perante o juízo da vara criminal, a designação de audiência preliminar, para o fim de postular a designação da audiência preliminar e, frustrada a conciliação, reparação civil ou a transação penal, oferecer denúncia oral ou escrita, com apresentação na cota de proposta de suspensão processual, independente de a soma das penas mínimas superarem um ano.

Se assim não o fizer o *Parquet*, caberá ao magistrado aplicar o preceito do art. 28, do CPP, ou rejeitar a denúncia por ausência de justa causa ou falta de interesse de agir.

Na linha argumentativa desse trabalho, logicamente, opta-se pela primeira alternativa, sendo importante frisar que em vista da possibilidade da reparação civil, na audiência preliminar é sempre interessante a intimação da vítima para fins de composição civil dos danos ou a conciliação. Inviabilizadas estas ou não sendo cabíveis, necessária a deliberação quanto à transação penal e, não aceita, oferecer a denúncia.

Noutro prisma, estando diante de um delito de menor potencial ofensivo praticado em situação de concurso de crimes *heterogêneos*, deverá o *Parquet* buscar a designação de audiência preliminar, se for o caso, postulando a intimação da vítima para fins de composição civil ou conciliação. Inviabilizadas estas ou não sendo cabíveis, seja deliberado quanto à transação penal no que respeita ao delito de menor potencial ofensivo e, não aceita, oferecer a denúncia em relação a todos os delitos.

Com efeito, no *concurso heterogêneo*, deve ser considerada isoladamente a infração de menor potencial para o fim de designar audiência preliminar, na qual seja possível a autocomposição, o que evitará o processo. Há sempre de se ter em consideração que em relação aos delitos de menor potencial ofensivo a composição dos danos civis entre a vítima e o autor do fato, quando homologada, implica na extinção da punibilidade.

Outra solução cogitada e admitida por alguns é o oferecimento de denúncia com relação ao crime comum e a apresentação de proposta de transação penal em sede de interrogatório do réu. Não concordamos, em razão do inconveniente que se dará se o réu não aceitar a transação, quando então haverá de ser aditada a denúncia, reabrindo o prazo para defesa, possibilitando o estouro do prazo para a formação da culpa. Essa recusa poderá até ser utilizada como estratégia de defesa.

Observar que, estando o réu preso, restará inviável a aplicação da transação penal, no que diz respeito à aplicação imediata de pena alternativa que implique prestação de serviços à comunidade, a não ser que tais serviços possam ser prestados de dentro do estabelecimento onde estiver recolhido o preso. Porém, não se pode deixar de atentar para o fato de que tal procedimento muitas vezes não será recomendável, haja vista aos conhecidos problemas de segurança pelos das cadeias públicas. De qualquer forma, sendo possível outras medidas, como a composição civil ou conciliação, importante não se excluir a fase consensual, evitando-se nulidades.

Considerando que muitos desconsideram a aplicação das medidas despenalizadoras determinadas pela Lei nº 11.313/06 no concurso de crimes, identificando o membro do Ministério Público que o processo transcorreu sem oportunizar a fase consensual, pertinente postular ao final da instrução – na fase de requerimentos – o chamamento do feito à ordem, já apresentando a proposta de transação penal e as alegações finais com relação ao delito comum.

Com a efetiva aplicação da Lei nº 11.313/06, acreditamos que poderemos alcançar grandes vantagens para o prosseguimento dos feitos relativos a crimes com lesividade diminuta, dando sequência à política de racionalização do direito criminal brasileiro.

Vários tribunais estão instituindo núcleos de composição de litígios, nada impedindo que se façam gestões nas comarcas no sentido de que a fase compositiva seja realizada com um conciliador, com o Ministério Público apresentando previamente sua proposta escrita de transação penal, que será lida pelo conciliador ao acusado para

que manifeste sua concordância, submetendo eventual composição à homologação do juízo.

Assim, a agilidade na solução de litígios de menor complexidade propiciará aos órgãos da persecução penal um ganho estrutural de tempo e material humano, destinado à aplicação da lei penal em relação à condutas que verdadeiramente afligem os cidadãos brasileiros em tempos tão conturbados como os de hoje.

## Referências

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 27 set.1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus** nº 88547, 1ª Turma, Brasília, DF, Relator: Ministro Cezar Peluso, Diário da Justiça, 09 de junho de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 159166/SP**, Rel. Ministro Anselmo Santiago, Sexta Turma, Brasília, julgado em 24/11/1998, DJ 01/02/1999, p. 240.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 575336/SC**, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, Brasília, julgado em 01/04/2004, DJ 03/05/2004, p. 208.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 27 set.1995.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Apelação Crime nº 71000937821** – TRCriminal - RS. Porto Alegre. Rel. Juiz de Direito Alberto Delgado Neto, 09.10.2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Recurso Crime Nº 71004433272**, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Porto Alegre, Relator: Madgeli Frantz Machado, Julgado em 21/10/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **Habeas Corpus** nº 0003261-50.2011.8.19.0044, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, Relator: Ana Luíza Coimbra Mayon Nogueira, Julgado em 26/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **Apelação** nº 0002497-03.2011.8.19.0032, Turma Recursal dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, Relator: Cláudia Márcia Gonçalves Vidal, Julgado em 19/07/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso, **Correição Parcial** nº 1422/2006,, 2ª Turma Recursal, Cuiabá, Relator: João Bosco Soares da Silva, Julgado em 08/03/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, CC nº 183394, 20030020090636CCP, Relator: Mario Machado, Câmara

Criminal, Data de Julgamento: 12/11/2003, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 10/12/2003. p. 67).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 3ª Câmara Criminal, CC nº 70038637021, Rel. Des. Odone Sanguiné, Porto Alegre, julgamento em 25.11.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 625498/SP**, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 11/10/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 33.099/SP**, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 01/08/2005.

BRASIL, **Senado Federal**, disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=36170&tp=1>>. Acesso em 22.11.2013.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942., Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.(Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 82.258/RJ**, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 23/08/2010.

BRASIL, **Câmara dos Deputados**, disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=318482>>. Acesso em 22.11.2013.

BRASIL, **Câmara dos Deputados**, disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=329942>>. Acesso em 22.11.2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativos à pena de prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 59.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Juizados especiais criminais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 69.

GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 11.313/2006: novas alterações nos Juizados Criminais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, nº 1113, 19 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8675>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 28.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 285.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Suzane Maria Carvalho. Concurso de infrações de menor potencial ofensivo entre si e a permanência do feito no juizado especial criminal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 30, junho. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao030/suzane\\_prado.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao030/suzane_prado.html)> Acesso em: 23 nov. 2013.

# PEC 37, um debate ainda necessário

Cynthia Assis de Paula<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo dá continuidade ao debate deflagrado na sociedade brasileira em torno da Proposta de Emenda Constitucional nº 37, também conhecida por PEC 37. A proposta pretendia reduzir o poder do Ministério Público ao retirar da instituição o direito de investigar crimes. Vale-se da Constituição da República e de sinalizações teóricas de pensadores e estudiosos da filosofia e do direito para evidenciar que a proposta viola objetivos fundamentais da República, não contribui com a tarefa de investigar e cria obstáculos à concretização de direitos básicos do cidadão.

**Palavras-chave:** *Filosofia do direito; Investigação criminal; Ética; Constituição; Ministério Público.*

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça Titular da Promotoria de Araguaçu - TO. Graduada em Direito, cursando Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT).

## 1. Brevíssimas considerações iniciais sobre ética. limites éticos à atuação político-legislativa

No Brasil, inúmeras são as vezes que assuntos de extrema importância para a vida da nação ora são amplificados pelos meios massivos de comunicação, para depois serem esquecidos abruptamente, ora permanecem na pauta das discussões e perdem força na medida em que são vulgarizados por opiniões sem base racional na vida cotidiana das pessoas.

Em geral, as emendas constitucionais correm esse risco, quando se tornam pautas midiáticas. Transformam-se em manchetes de noticiários, causam mobilização social ou não e, depois, caem na vala comum do esquecimento. A Proposta da Emenda Constitucional (PEC) 37 pode seguir o mesmo caminho, caso não haja prosseguimento de ações que permitam dar continuidade às discussões e, ao mesmo tempo, manter em pauta a reflexão acerca da importância da ética para a sociedade brasileira.

O presente texto aborda um estado de discussões sobre a PEC 37 tendo com ponto de partida alguns elementos da dimensão ética e da participação dos legisladores na defesa dos direitos básicos do cidadão.

Ao se discutir num prisma teórico-filosófico sobre a relação sociedade e ética, John Finnis (2012), ao focalizar o estudo do tema a partir de Aristóteles, considera que seu estudo é “a ação humana (praxis) ou são as opiniões sobre a ação humana ou ainda as opiniões corretas sobre a ação humana ou, inclusive, a soma de todos esses tópicos”.

Também Miguel Reale realçou nessa ação humana, para além dos juízos de valores, a dimensão da imperatividade:

As leis éticas, ou melhor, **as normas éticas, não envolvem apenas um juízo de valor sobre os comportamentos humanos, mas culminam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória na coletividade.** Da tomada de posição axiológica ou valorativa resulta a *imperatividade* da **via escolhida, a qual não representa assim mero resultado de uma nua decisão, arbitrária, mas é a**

**expressão de um complexo processo de opções valorativas, no qual se acha, mais ou menos condicionado, o poder que decide.**  
(REALE, 2002) (grifo nosso).

Ao trazer o mesmo conceito para o campo deontológico profissional, Eros Sarleno o expande para as pessoas jurídicas e instituições:

ética profissional de maneira simplificada seria um conjunto de regras destinado a promover as boas relações profissionais e correlatamente, podemos pensar que a ética corporativa expande este conceito para a esfera das pessoas jurídicas.<sup>2</sup>

Dentre as inúmeras classificações, escolas, correntes de pensamento em torno da ética, uma forma defendida por Nalini (2001) subjaz sobre a chamada **ética dos bens**, que defende a existência de um valor fundamental denominado “bem supremo”. Este será a realização do fim próprio da criatura humana, que é capaz de se propor fins e estabelecer meios, através dos quais buscará alcançar a finalidade a que se propôs.

Ao trazer a reflexão sobre o conceito de ética dos bens para o seio das instituições brasileiras, é importante também abordar a ética da responsabilidade e a da convicção. Estas últimas foram aplicáveis ao movimento liderado por setores do aparato policial com apoio de grupos políticos em plena e legítima atuação no Congresso Nacional brasileiro. Remete-se à tramitação da PEC 37 e, sobretudo, às justificadoras do maior movimento nacional organizado com o claro propósito de reduzir o poder do Ministério Público.

A propósito ética da responsabilidade e ética da convicção, entende-se que elas não são irreduzivelmente opostas, pois uma ética não exclui necessariamente a outra. A ética da responsabilidade não é a ausência completa de convicção e a ética da convicção não é a completa ausência de responsabilidade. Ocorre que há uma relevante oposição, tendo em vista a irracionalidade ética do mundo,

---

<sup>2</sup>. <http://www.consciencia.org.br/accel/txt001.htm>, consultado em 26.06.2013.

entre a atitude de quem se conforma, exclusivamente, pela ética da responsabilidade ou pela da convicção (WEBER, 1998):

A ação social, como toda ação, pode ser determinada: 1) de modo racional referente a fins: por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para alcançar fins próprios, ponderados e perseguidos racionalmente. 2) de modo racional referente a valores: pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e inerente a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado (WEBER, 1991, p. 15).

E, para o legislador, ou melhor, para os homens com vocação política, Da Costa (2009) citando Argüello (1997), registra a seguinte lição que merece ser repetida na íntegra:

O homem de vocação política tem que ter três qualidades: a paixão, o sentimento de responsabilidade e o senso de proporção. A paixão representa a devoção a uma “causa”, conferindo ao ator político o potencial para modificar a história ou se recuperar frente a um fracasso. Sem a paixão não haveria comprometimento pessoal, conseqüentemente a atividade política se degeneraria em um negócio de técnicos. Ocorre que a paixão, na ausência do sentimento de responsabilidade, seria apenas uma “excitação estéril”. Outrossim, o senso de proporção representaria o “fator psicológico fundamental do homem político” (ARGÜELLO, 1997 apud DA COSTA, 2009, p. 25).

O conceito de ética merece ser expandido para alcançar as instituições públicas, pois diversas lesões a direitos subjetivos individuais e coletivos praticadas no âmbito do serviço público, em oposição ao interesse comum, comprometem o futuro de outras instituições e colocam sob risco de negligência e de proteção insuficiente vários direitos fundamentais e atacam até mesmo o Estado Democrático de Direito.

Algumas questões necessariamente são colocadas: poderia o legislador ordinário restringir os instrumentos instituídos para a persecução penal? As corporações poderiam, na defesa dos seus

interesses, reduzir o alcance da Constituição esvaziando o poder outorgado ao Ministério Público? No presente artigo, parte desses questionamentos é abordada e respondida provisoriamente.

## 2. A PEC 37 e mudanças na Constituição Federal

A Proposta de Emenda Constitucional – PEC 37 – buscou alterar o texto constitucional para acrescentar o parágrafo 10º ao artigo 144 da Constituição Federal, com a disposição de que a apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º seja incumbência privativa das Polícias Federal e Cíveis dos Estados e do Distrito Federal.

Dentre as justificativas de seu autor, deputado federal Lourival Mendes, constata-se:

A falta de regras claras definindo a atuação dos órgãos de segurança pública neste processo tem causado grandes problemas ao processo jurídico no Brasil. Nessa linha, temos observado procedimentos informais de investigação conduzidos em instrumentos, sem forma, sem controle e sem prazo, condições absolutamente contrárias ao estado de direito vigente. (...) Este procedimento realizado pelo Estado, por intermédio exclusivo da polícia civil e federal propiciará às partes – Ministério Público e a defesa, além da indeclinável robustez probatória sensível à propositura e exercício da ação penal, também os elementos necessários à defesa, tudo vertido para a efetiva realização da justiça.

A PEC 37 tinha por objetivo impedir a investigação criminal pelo Ministério Público, transferindo a atribuição/dever para um outro órgão, o qual passaria a deter com exclusividade o poder de investigar as infrações penais.

As associações de policiais, apoiadas por fortes grupos políticos em atuação no Congresso Nacional, fizeram a proposta tramitar na frente de centenas de outras proposições legislativas, levando o Ministério Público a se articular com toda a sociedade para provocar um amplo debate com vistas ao arquivamento da proposta. Nesse ínterim, restou registrado o surpreendente apoio institucional da

Ordem dos Advogados do Brasil, um dos baluartes da democracia e grande responsável pelos avanços democráticos positivados na Constituição Federal de 1988.

Ocorreu convergência do movimento articulado pelo Ministério Público brasileiro com manifestação popular, culminando no arquivamento da PEC pelo plenário do Congresso Nacional na noite de 25 de junho de 2013.

O arquivamento da proposta não encerrou o debate que sobrevive dentro de parcela da sociedade brasileira. Essa parcela insiste na tentativa de redução dos poderes do Ministério Público, razão pela qual é necessário continuar o diálogo franco e transparente com a Nação e evitar toda e qualquer forma de esquecimento político intencional.

### 3. Do patrimônio público, interesses sociais indisponíveis e os direitos fundamentais

Retoma-se um conceito importante para os estudiosos do direito – as emendas constitucionais “(...) espécies normativas fruto do trabalho do *poder constituinte derivado reformador*, através do qual se altera o trabalho do poder constituinte originário, pelo acréscimo, modificação ou supressão de normas”. (LENZA, 2009, p. 411).

Ao contrário do constituinte originário, que é juridicamente ilimitado, o poder constituinte derivado é condicionado, submetendo-se a algumas limitações, expressamente previstas, ou decorrentes do sistema. Trata-se das limitações expressas ou explícitas (*formais ou procedimentais, circunstanciais e materiais*) e das implícitas. (LENZA, 2009, p. 411).

Antevendo que os problemas do agir humano, principalmente no campo político, são um farto espaço para a reflexão e debate sobre a ética, o constituinte originário instituiu no texto constitucional diversas limitações ao poder constituinte derivado. Isso se evidencia nos artigos que tratam dos direitos e garantias individuais (art. 60, §

4º) e nas limitações implícitas pertinentes à proposta Legislativa de impedir a investigação criminal pelo Ministério Público.

A PEC 37 foi manifestação do poder/função legislativo(a) do Estado na tentativa de violar diretamente direitos e garantias individuais (direitos fundamentais dos cidadãos que têm resguardada pela lei penal a proteção aos bens jurídicos mais importantes, tais como vida, patrimônio, liberdade).

O Estado, enquanto espaço de representação da sociedade politicamente organizada, possui como elementos constitutivos ao lado do poder, o povo, o território e os seus objetivos. Isso exige que os órgãos que exercem o poder do Estado observem sempre os objetivos propostos pela Constituição Federal no atendimento ao titular do poder – o povo. Exemplifica-se por meio do artigo 3º da Constituição Federal de 1988:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Também não se pode olvidar dos fundamentos do Estado Brasileiro que constam no artigo 1º da Carta Magna, notadamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana, posto que:

A) A cidadania “qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático”. (SILVA, 2005, p. 104).

B) A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. (SILVA, 2005, p. 104).

Após a 2ª Guerra Mundial, notadamente com a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, surge o neoconstitucionalismo com uma revalorização dos princípios, os quais passam a ser dotados de força normativa e se encontram presentes por todo o texto da Constituição Brasileira de 1988. Junto a isso, a grande valorização necessária da ligação entre ética, direito, moral e justiça.

A propósito do texto “O conceito de dignidade na filosofia moral de Kant”, disponível na biblioteca virtual da Universidade Federal de Santa Catarina, é possível extrair o seguinte pensamento:

A dignidade das pessoas, portanto, é o que constitui a única condição capaz de fazer com que algo seja um fim em si mesmo. Deste modo, a dignidade das pessoas é o que lhes atribui valor absoluto, pois as caracterizam como fim objetivo. Ora, se cada pessoa é um fim objetivo, então, diz Kant, nenhuma pessoa pode ser utilizada unicamente como meio. Isto significa que a dignidade “dos seres racionais – enquanto pessoas – põe um limite, em certo sentido, a todo livre arbítrio”. O limite que a dignidade estabelece para todo o livre arbítrio é, segundo Kant, uma restrição a toda vontade. Kant afirma que “o homem, e em geral todo ser racional, existe como um fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento; mas, em todos os seus atos, tanto no que

se refere a ele próprio, como no que se refere a outros seres racionais, ele deve sempre ser considerado como fim<sup>3</sup>.

Daí a afirmação de que os direitos fundamentais, em um conceito material, nada mais são do que posições jurídicas necessárias à satisfação, à concretização da dignidade da pessoa humana, que é o seu núcleo.

Portanto, a grande preocupação do constitucionalismo contemporâneo é com a efetividade dos direitos fundamentais, assim, deve-se pensar sempre na maximização dos atores que podem fazer valer o direito violado ou impedir que este venha a sê-lo, notadamente na seara criminal em que, pelo princípio da *ultima ratio* do direito penal o legislador confere proteção criminal aos bens jurídicos mais relevantes ao ser humano.

Eis a principal razão para se rejeitar a proposta contida na PEC 37: ela concentra poder, reduz a participação dos agentes sociais, num movimento totalmente contrário ao que ordena a Constituição. Se a PEC propusesse a ampliação de legitimados a investigar estaria em consonância com os princípios e contribuiria com a concretização dos objetivos constitucionais.

O princípio da Divisão Orgânica de Poderes do Estado (art. 2º, CF) estabelece que o poder estatal se manifesta através de órgãos independentes no exercício das funções: (...) Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O Ministério Público, mesmo não constando de forma expressa do dispositivo especificamente reservados aos poderes no texto constitucional, encontra-se posicionado topograficamente em capítulo do Título IV, que trata da Organização dos Poderes e isso aliado às atribuições e garantias de poder conferidas a Instituição pela Lei Maior permite a defesa de que trata-se de um “quarto poder”.

Independente da natureza jurídica “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado,

---

<sup>3</sup> <http://www.cfh.ufsc.br/imprimat/artigos/artigo-dignidade>, consultado em 29.07.2013.

*incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*<sup>4</sup>.

Dá se afirmar que o Ministério Público é essencial à própria existência do Estado, posto que não existe Estado Democrático sem a existência de direitos fundamentais e sem ele a rede de proteção aos direitos fundamentais restaria enfraquecida. Além disso, garantir a atribuição de investigar ao Ministério Público é um mecanismo de combate à impunidade.

A tentativa de impedir a investigação criminal foi um atentado direto aos direitos fundamentais dos cidadãos que têm resguardados pela lei penal a proteção a diversos bens jurídicos como vida, patrimônio, liberdade, honra. A exclusão do Ministério Público da defesa desses direitos humanos não só comprometeu a promoção da ação penal pública (art. 129, I, CF), mas implicou em retrocesso social e atentado não só a sua autonomia (art. 129, § 1º, CF) como também contra a própria democracia.

A fundamentação da proposta olvidou das garantias e dos direitos dos investigados, também o controle de eventuais abusos é feito pelas corregedorias do Ministério Público, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pela Ordem dos Advogados do Brasil, pela Defensoria e, como se não bastasse, também pelo Poder Judiciário.

Embora ainda não se tenha decisão do plenário da Corte Constitucional Brasileira, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, notadamente com fundamento na Teoria dos Poderes Implícitos, se posiciona a favor do Poder de Investigação Criminal do Ministério Público Brasileiro.

A controvérsia acerca do poder de investigação do Ministério Público é de longa data e já foi objeto de diversos recursos ao Supremo Tribunal Federal, quase todos manejados em processos dos chamados “crimes do colarinho branco”.

Em interessante julgado, o Ministro Celso de Mello definiu o conteúdo da teoria:

---

<sup>4</sup> Artigo 127 da CF

A outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos (BRASIL, DF, STF, MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 29.05.2007).

Nesse sentido, já existiam várias manifestações do Supremo Tribunal Federal anteriores à propositura da indigitada PEC 37, tais como a que analisou os efeitos da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público sobre o princípio do contraditório:

Afastou-se, de outro lado, qualquer alegação de que o reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público poderia frustrar, comprometer ou afetar a garantia do contraditório estabelecida em favor da pessoa investigada. Nesse sentido, salientou-se que, mesmo quando conduzida, unilateralmente, pelo Ministério Público, a investigação penal não legitimaria qualquer condenação criminal, se os elementos de convicção nela produzidos — porém não reproduzidos em juízo, sob a garantia do contraditório — fossem os únicos dados probatórios existentes contra a pessoa investigada, o que afastaria a objeção de que a investigação penal, quando realizada pelo Ministério Público, poderia comprometer o exercício do direito de defesa. (BRASIL, DF, STF, HC 89837/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU 20.10.2009).

Afinal, o extenso rol de responsabilidades constitucionais que legislador ordinário outorgou ao Ministério Público reclama, lógica e conseqüentemente, a adoção dos meios necessários a conferir efetividade às suas atribuições:

Ponderou-se que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público (CF, art. 129, I, VI, VII, VIII e IX), supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público (teoria dos poderes implícitos). Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, esvaziar-se-iam, por completo, as atribuições constitucionais expressamente concedidas ao Ministério Público em sede de persecução penal, tanto em sua

fase judicial quanto em seu momento pré-processual. (BRASIL, DF, STF, HC 89837/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU 20.10.2009).

É importante para a democracia não se confundir colheita de elementos de provas – ato inerente ao controle das instituições e dos poderes e, que, portanto, pode e deve ser exercido por uma extensa gama de órgãos e instituições, inclusive o próprio Povo (controle popular) – com atribuição institucional:

... perfeitamente possível que o órgão ministerial promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Entendeu-se que tal conduta não significaria retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (artigos 129 e 144), de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos, mas também a formação da opinião delicti. Ressaltou-se que o art. 129, I, da CF atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública, bem como, a seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. Aduziu-se que é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos poderes implícitos, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Destarte, se a atividade-fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, é inconcebível não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a denúncia. (BRASIL, DF, STF, HC 91661/PE, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 10.3.2009).

Reputou-se não haver óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, especialmente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias. Aduziu-se, tendo em conta ser princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios, que se a atividade fim — a promoção da ação penal pública — foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não haveria como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a

denúncia. (BRASIL, DF, STF, RE 535478/SC, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 28.10.2008).

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) regulou a investigação criminal pelos promotores de justiça, determinando seja ela complementar e supletiva à da polícia, deixando bem claro que a instauração do procedimento investigatório “**não exclui a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos legitimados da Administração Pública**”<sup>5</sup>.

Ou seja, mesmo quando a investigação é deflagrada pelo Ministério Público, é respeitado o trabalho dos demais órgãos legitimados. Desse modo, a Constituição vem sendo cumprida à risca, por meio da colaboração investigativa, forças-tarefa, diálogo institucional, ampliação de agentes legitimados à persecução penal.

#### 4. Considerações finais

Os últimos acontecimentos da história política do Brasil, com a condenação de um grande número dos chamados poderosos em todas as instâncias do Poder Judiciário, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, são a demonstração mais evidente de que estamos no caminho certo quando o assunto é enfrentamento dos crimes do “colarinho branco”.

E esse importante momento, é bom que se diga, foi construído graças às comunhão de esforços entre os diversos ramos do Ministério Público e das Polícias Federal, Civil e Militar. Cooperação institucional é a palavra de ordem que deve guiar as ações daqueles que querem verdadeiramente combater a expropriação do patrimônio público e contribuir para a construção de um país verdadeiramente livre, justo e solidário.

Portanto, o norte a ser impresso à questão não deve ser outro que não: a ampliação dos legitimados com a disponibilização dos

---

<sup>5</sup> Resolução n.º 13 do Conselho Nacional do Ministério Público.

meios e da estrutura necessária ao bom desempenho das funções que a Constituição reserva a cada uma das instituições.

## Referências

- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Brasília, DF, Senado Federal, 1988.
- DA COSTA, Maurício Mesurini. **Ética da responsabilidade e ética da convicção**: proposta de uma racionalidade para o controle judicial de políticas públicas. **Revista Urutágua**, nº 19. set/out/nov/dez. Maringá (PR), DCS/UEM, 2009.
- FINNIS, John. **Fundamentos da ética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. (Teoria e filosofia do direito).
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2001.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2009.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARLENO, Eros. **Em foco**: ética institucional. Consultado em <http://www.consciencia.org.br/accel/txt001.htm>.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 4ª ed. São Paulo: Cultrix, 1998.

# Outras angulações sobre o parâmetro de controle judicial em provas de concursos públicos

Danilo Canêdo Guedes<sup>1</sup>

## RESUMO

O controle judicial nos atos de concurso público é um tema de suma importância no cenário nacional. O presente texto objetiva evidenciar os parâmetros do controle incidente em provas de concurso. O estudo defende a hipótese de que o controle deve se dar sob o aspecto da legalidade em sentido amplo, em vista de a discricionariedade da banca examinadora ser limitada pelos critérios técnicos e o direito posto. O concurso público trata-se de um procedimento administrativo de obrigatoriedade imposta pela Constituição Federal, cujo objetivo é conferir igualdade de competição através da ampla concorrência. Existem casos específicos em que as bancas examinadoras ferem direitos dos candidatos, levando-os a buscarem tutela no Poder Judiciário. A escolha do tema visa contribuir para a análise do debate jurídico acerca dos parâmetros do controle judicial em provas de concursos públicos para verificar novos entendimentos e conceitos.

**Palavras-chave:** *Concurso público; Parâmetro; Controle; Judiciário; Legislação.*

---

<sup>1</sup> Analista Ministerial em Ciências Jurídicas do Ministério Público do Tocantins. Bacharel em Direito, especialista em Direito Administrativo (Anhanguera).

## 1. Introdução

O concurso público é o meio igualitário de acesso a cargos públicos, pautado no critério de seleção pelo mérito. Trata-se de um procedimento administrativo voltado para uma finalidade específica, qual seja, selecionar o candidato melhor preparado.

Existem, todavia, casos específicos em que a Administração Pública, representada pela banca examinadora, fere direitos dos candidatos na elaboração e correção das provas, levando o interessado a buscar guarida no Poder Judiciário. Momento em que surge a seguinte controvérsia: até que ponto o Poder Judiciário pode controlar os atos administrativos do Concurso Público? Como é configurado a invasão do mérito administrativo pela análise do Juiz?

O poder conferido à essa banca examinadora dos órgãos públicos, ou às terceirizadas, não é irrestrito, sendo este o aspecto a ser abordado pelo presente estudo, ou seja, a possibilidade de um controle mais amplo incidente sobre as elaborações e correções de provas de concurso público. Assim, ao se pautar no fato de que o referido instituto é composto por atos administrativos concatenados a fim de cumprir com o interesse público, deve-se então haver um respeito às normas e regras do Direito em vigor.

Vale ressaltar que o Direito não abrange somente à legislação aplicada, e sim princípios e direitos fundamentais. Assim, a legalidade é mais abrangente no controle dos atos do concurso público.

O presente artigo focaliza-se na possibilidade de abertura de discussão sobre o controle do Judiciário incidente nas provas de concurso, ao observar, por análises proferidas no campo jurisprudencial, que o posicionamento atual encontra-se estagnado e conveniente, tanto para a Administração Pública, quanto para os juízes, enquanto o direito dos candidatos por diversas vezes é desprezado.

## 2. Aspectos gerais

É inegável a importância dos concursos públicos na atualidade, pois são verdadeiros instrumentos de promoção dos princípios da isonomia, impessoalidade e eficiência, dentre outros.

A seleção do melhor candidato para ocupar um cargo público tem encontrado algumas barreiras, especialmente pela falta de regulamentação do assunto, que acaba ficando a cargo da interpretação dada pela Administração Pública, consubstanciada, na prática, pela terceirização a bancas examinadoras.

Ocorre que, comumente, esse poder conferido às bancas examinadoras foge aos parâmetros do Direito e acaba eivando de arbitrariedade os concursos públicos e acarretando em prejuízo para os candidatos. Com base no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que garante a inafastabilidade da jurisdição frente a ameaça de direitos, pode-se afirmar que o Brasil adotou o sistema da jurisdição una, que se caracteriza pela possibilidade de submissão das causas administrativas ao controle do Poder Judiciário.

É sabido que concurso público é um processo administrativo, ou seja, um conjunto de atos administrativos e, por este motivo, deve ser submetido a qualquer das formas de controle que a administração está sujeita.

Como o controle administrativo nem sempre se mostra eficaz, especialmente pela baixa qualificação de alguns gestores, os atos dos concursos acabam sendo submetidos ao crivo judicial. Ocorre, que ainda não está bem definido até que ponto pode o Poder Judiciário decidir, sob pena de invadir-se aspectos discricionários da Administração Pública.

## 3. Natureza dos atos de elaboração e correção das provas

Compete à banca examinadora, ou a empresa contratada - quando for o caso, a elaboração e correção das provas de concurso público, possuindo uma margem de liberdade em elaborar, de acordo

com as matérias previstas no edital, as questões a serem cobradas no momento da avaliação. Isso determina a discricionariedade desses atos, pois é a banca examinadora que irá definir quais serão os critérios de aplicação e correção das provas.

Mello (2008) assinala que o mérito administrativo é o campo de liberdade suposto na lei para que o Administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, ou seja, transfere ao administrador a opção de eleger a solução ideal para melhor cumprir-se com o interesse público. Desta forma, “no âmbito da discricionariedade, deve-se buscar a melhor decisão em favor do interesse público perseguido pela lei, o que sugere adotar-se, dentre as possíveis soluções, a que seja razoável ao senso comum.” (MACHADO JÚNIOR, 2008, p. 83)

Em face da inexistência de uma lei geral que regule o instituto do concurso público, confere-se à banca examinadora, quando da elaboração do edital e aplicação das provas, uma análise de conveniência acerca do conteúdo e das regras do certame.

Ressalte-se que, a conveniência, constante nos atos discricionários, deve ser um critério adotado em benefício do interesse exclusivamente público, e não do agente público que o pratica. De acordo com Justen Filho (2005), a discricionariedade consiste numa autonomia de escolha exercitada sob a égide da lei e nos limites do Direito, significa dizer, que esta atuação não pode traduzir um exercício prepotente de competências, não autorizando, portanto, escolhas voltadas ao bel-prazer de quem pratica o ato, por liberalidade ou para satisfação de interesse secundário, sob pena de caracterizar-se um ato arbitrário.

Noutro aspecto, há que se ressaltar que as bancas examinadoras possuem a chamada:

discricionariedade técnica, proveniente da liberdade de adotar, dentre um leque de posições cientificamente razoáveis, aquela que melhor atenda ao escopo do concurso público, a partir dos critérios eleitos pela comissão e tendo em vista o princípio da eficiência administrativa. (MAIA e QUEIROZ, 2007, p. 192)

A liberdade que as bancas organizadoras possuem na consecução do concurso público, deve pregar respeito aos limites técnicos e científicos, que é o que garante a finalidade deste instituto, qual seja: a seleção pelo mérito do candidato mais apto a ingressar no serviço público. Assim, as matérias cobradas nas provas devem guardar relação com o cargo a ser preenchido. Exemplificando: para o concurso de engenheiro da Justiça do Trabalho não é razoável cobrar a disciplina de Direito Penal, porquanto é totalmente incompatível com as características do cargo.

Neste sentir, Motta (2007) evidencia que:

Quando a jurisprudência menciona a expressão ‘discricionariedade técnica’, há que se considerar a inarredável presença dos limites técnicos às liberdades de escolhas, sob pena de esvaziar-se o sentido lógico dessa espécie de discricionariedade, que é mais limitada que outras modalidades. Essa discricionariedade não é pura, mas sim técnica, o que revela sua maior limitação frente à ciência e aos paradigmas técnicos de controle e qualidade. (p. 178)

Desta forma, há que se destacar que a discricionariedade nos atos do concurso público não é tão ampla, pelo contrário, possui limitação nos critérios objetivos de natureza técnico-científica, além de submeter-se aos parâmetros dos princípios da razoabilidade, legalidade, moralidade e impessoalidade, sob pena de ser anulado.

Os princípios administrativos são de extrema importância, pois servem como base orientadora que condiciona a atuação da Administração Pública, inclusive no exercício do poder discricionário. Desta forma, “mesmo as disposições constitucionais pertinentes a concursos públicos devem ter seu sentido e alcance desvendados à luz dos princípios maiores informadores da atuação da Administração Pública.” (MOTTA, 2007, p. 170).

## 4. Parâmetros do controle judicial

O controle judicial sobre atos administrativos discricionários é um tema amplamente debatido na doutrina e jurisprudência, devido ao fato de a Constituição Federal, em seu art. 2º, prever o princípio da separação dos poderes. Sendo assim, a discussão gira em torno da possibilidade de controle desses atos pelo Poder Judiciário, observando a possibilidade de reanálise do mérito administrativo da banca examinadora sob o aspecto da legalidade em sentido amplo.

Registre-se, de início, que o Poder Judiciário, atuando em sua competência precípua, qual seja, a jurisdicional, jamais poderá revogar um ato editado pela Administração Pública, mas somente anulá-lo, quando ferir a legalidade. Somente a própria Administração pode revogar seus atos.

Destaca-se que o posicionamento que predominava era de que o Poder Judiciário não poderia, em nenhuma hipótese, adentrar na análise dos critérios de conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário, como se observa do texto defendido por Meirelles (2006):

O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. (p. 160)

No entanto, esse entendimento vem sendo ampliado pela doutrina (JUSTEN FILHO, 2005; MELLO, 2008), no sentido de que o Poder Judiciário pode fazer uma análise sobre o aspecto da legalidade do ato administrativo discricionário. Da mesma forma, a jurisprudência também evoluiu, como se observa do julgamento do Agravo Regimental (AgRg) no Recurso Extraordinário (RE) 365368-7/SC, em que o Supremo Tribunal Federal, por meio de voto proferido pelo Relator do Processo, Ministro Ricardo Lewandowski, firmou o entendimento de que:

[...] embora não caiba ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, o exame de sua discricionariedade é possível para a verificação de sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam, evitando-se, assim, eventuais lesões ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Destaca-se, entretanto, que pertinente às provas de concurso público, essa possibilidade de análise judicial sobre atos discricionários ainda se dá de forma insuficiente e estagnada, sobretudo em vista do disposto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que prescreve: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se do direito fundamental à inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário.

Conforme salienta Didier Júnior (2011):

Ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. [...] Nosso sistema jurídico adota a jurisdição una. Diferentemente do que ocorre na França, por exemplo, não há uma jurisdição administrativa para o conhecimento de causas originárias de atos da administração – talvez seja pela influência do direito administrativo francês que pululem concepções reticentes quanto ao controle judicial dos atos da Administração Pública. Qualquer que seja a espécie de lide, em nosso sistema, poderá ser examinada pelo Poder Judiciário. (p. 111/112)

O parâmetro de controle jurisdicional já foi sugerido pela própria Constituição, ao estabelecer o pleno acesso à justiça como direito fundamental, ou seja, o Poder Judiciário atuará para apreciar e, se for o caso, reparar qualquer lesão a direito.

O concurso público é uma ferramenta que veio para moralizar e conferir igualdade ao acesso a cargos públicos, fruto do sistema burocrático de atuação da Administração Pública. Assim sendo, fechar os olhos para um maior controle acerca de seus atos, é conferir margem para uma atuação irregular do administrador, podendo macular-se os princípios administrativos, vigas mestres do sistema jurídico.

Nesse diapasão, tem-se que a legalidade, a que o ato administrativo se prende, deve ser analisada sob um aspecto mais

amplo, para isso, os princípios também devem ser considerados e não somente o texto legal. Assim, “diz-se, portanto, válido o ato administrativo quando editado em compatibilidade com o ordenamento jurídico, o que engloba não apenas a lei, mas também a Constituição e seus princípios fundamentais”. (SILVA, 2001, p. 35)

Os princípios fundamentais e os aplicados ao Direito Administrativo são de suma importância para o ordenamento jurídico, pois servem como base interpretativa e regulamentar. Mello (2008) afirma que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo 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, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (p. 942/943)

As disposições pertinentes a concursos públicos constam da própria Constituição Federal, devendo ter seu sentido e alcance desvendados à luz dos princípios informadores da atuação da Administração Pública, não podendo o legislador e o aplicador das normas deles se afastar. (MOTTA, 2007)

Com respeito à atividade judiciária, Martins Júnior (*apud* MAIA e QUEIROZ, 2007) sustenta que ela:

é, apenas e tão somente, restauradora da juridicidade da Administração Pública tendo como parâmetro os princípios expressos no ordenamento jurídico, de modo a restaurar ou preservar as bases do Estado Democrático de Direito. Deste modo, o juiz, diante do caso concreto, pode extirpar os males do defeito ou do excesso, porque a competência discricionária visa a justa medida, isto é, a opção pela solução ótima e eficiente que melhor atenda ao interesse público. (p. 192/193)

Desta maneira, o “Poder Judiciário pode controlar a discricionariedade administrativa, pois esta decorre da lei, seja no

caso em que a lei dá opções de agir ao administrador público, seja no caso dos conceitos jurídicos indeterminados.” (MACHADO JÚNIOR, 2008, p. 83)

É importante destacar o entendimento de Mello (*apud*, MACHADO JÚNIOR, 2008) de que os princípios da moralidade, finalidade, razoabilidade, derivam do próprio princípio da legalidade, assim, o controle dos atos administrativos fulcrado nesses princípios, nada mais seria do que um controle de legalidade.

Desta forma, violada a ordem jurídica dos que participam de um concurso público, os que forem atingidos em seus direitos podem ingressar em juízo para defendê-los de forma ampla, a fim de que o certame observe os princípios e outras normas que condicionam sua validade.

Assume-se, neste artigo, que o Poder Judiciário tem ampla liberdade no controle do ato administrativo discricionário da banca examinadora de concurso público, precipuamente nos atos de elaboração e correção de prova. O que se propõe é uma análise no sentido de observar se os atos da banca não estão extrapolando os limites de sua discricionariedade técnica ou ferindo princípios, a fim de resguardar o interesse dos candidatos.

Isso não significa que se uma questão de prova estiver maculada o Juiz deva criar uma nova em seu lugar ou mesmo vincular a atuação da Administração Pública, e sim que este ato, após um controle de legalidade em sentido amplo, seja anulado, para que esta proceda da forma correta, segundo os parâmetros legais. Defende-se a anulação do ato administrativo eivado de ilegalidade em sentido amplo, quando o Ente Público não exerça seu poder de autotutela.

Essa medida é necessária, pois, o que se vê, é que na maioria dos concursos públicos existem excessos por parte da banca examinadora, que ferem princípios, como o da publicidade, vinculação ao edital, razoabilidade e moralidade, dentre outros. “Onde for detectado ofensa a normas e princípios jurídicos, haverá vício quanto à legalidade passível de controle judicial, não aproveitando à Administração Pública e seus agentes mera invocação de exercício de competência discricionária.” (MOTTA, 2007, p. 181)

O controle de legalidade em sentido amplo não invade a competência precípua da Administração Pública, porque o que se busca justamente é o predomínio do interesse público. Os concursos hodiernos já não são mais como os de antes, justamente por conta da crescente fiscalização e publicidade incidente sobre seus atos, que afasta o descrédito que antes possuíam, principalmente os estaduais e municipais, que o controle era mínimo, o que acarretava em quebra da igualdade no acesso a cargos públicos, por atos ímprobos.

Na atualidade, os candidatos conhecem seus direitos, assim, quando são maculados, tem que se resguardar o direito fundamental do acesso à justiça, para que estes possam impugnar atos emanados de forma autoritária, a fim de restabelecer a ordem jurídica, em vista do princípio da legalidade administrativa.

O parâmetro de controle judicial dos atos da banca examinadora encontra-se, além do texto legal, nos princípios e fundamentos constitucionais, bem como nos princípios infralegais. Ressalte-se, ainda, que, por não existir uma lei específica regulando o concurso público, o controle de legalidade em sentido amplo, ganha um maior respaldo, pois objetiva que os atos do certame estejam de acordo com os princípios da razoabilidade, moralidade, vinculação ao edital, igualdade, impessoalidade, dentre outros.

Nesse aspecto que o Poder Judiciário deveria ampliar o entendimento que predomina atualmente, pois não se pode deixar de analisar vícios em elaboração e correção de prova somente pelo fundamento da impossibilidade de invasão do mérito administrativo, pois, nesse caso, os direitos fundamentais dos candidatos ficam a mercê desse cômodo posicionamento.

Deve-se analisar caso a caso de acordo com a legalidade em sentido amplo, ou seja, conjuntamente com o edital do certame e os princípios que regem a Administração Pública, porquanto a discricionariedade das bancas examinadoras não pode ser intangível a ponto de macular direitos constitucionais.

## 5. Casos de violação à legalidade

### 5.1 Questões com conteúdo não previsto em editais e o princípio da vinculação ao edital

O edital de abertura é a lei interna de um concurso público, pois, após sua publicação, vincula tanto a Administração, quanto os candidatos (MELLO, 2008). Esta premissa ganha força principalmente pelo fato de não existir uma normativa específica que regule os atos de um concurso público.

O edital deveria conter de forma clara e objetiva todas as regras que irão prevalecer no certame a ser lançado. É nele que são lançadas as matérias a serem cobradas no momento da prova, como forma de direcionamento para a preparação dos candidatos.

A Administração Pública, representada pela banca examinadora, tem ampla discricionariedade técnica para determinar quais matérias serão cobradas, discriminando os tópicos de cada disciplina. Todavia, após a elaboração e publicação do edital, o conteúdo programático vincula a elaboração das questões constantes na prova, não se podendo fugir do disposto no edital de abertura.

Neste sentido, Maia e Queiroz (2007) ensinam que:

[...] é preciso, desde logo, delinear os limites do poder discricionário das bancas examinadoras em sede de provas objetivas de concursos públicos. Entendemos que a discricionariedade, nessa seara, reside, em primeiro lugar, na própria elaboração do edital, por intermédio da delimitação *in genere* do conteúdo programático das provas, da escolha das disciplinas e temas objeto dos exames, da estipulação dos critérios de avaliação das questões e de sua correção, com a indicação, quando for o caso, dos respectivos pesos das matérias e métodos para sua adequada ponderação, da definição de parâmetros para a nota de corte, se cabível, e das respectivas fórmulas matemáticas representativas de tal metodologia. Em um segundo instante, o poder discricionário residirá na delimitação *in concreto* do conteúdo programático previsto no edital na ocasião de confecção das provas. É dizer, a banca examinadora, diante do universo de opções constantes do edital, tem a liberdade de valorar e selecionar os “trechos” das disciplinas, matérias e temas que serão objeto

específico de avaliação nas provas. Após tal operação, a banca examinadora se vincula às consequências de sua prévia escolha, visto que as questões formuladas serão avaliadas, a partir de sua aplicação, sob o enfoque puramente técnico-científico. (p. 160)

A jurisprudência tem pacificado o entendimento de que a elaboração de questão de concurso fora do edital programático é eivada de vício, sendo, portanto, caso de nulidade. Inclusive, no julgamento Mandado de Segurança (MS) nº. 30.860-DF, o Supremo Tribunal Federal afirmou que: “admite-se, excepcionalmente, a sindicabilidade em juízo da incompatibilidade entre o conteúdo programático previsto no edital do certame e as questões formuladas ou, ainda, os critérios da respectiva correção adotados pela banca examinadora<sup>2</sup>”

Da mesma forma é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê do julgamento do Agravo Regimental (AgRg) no Recurso Especial (REsp) 1244266 RS 2011/0059596-6, realizado pela 2ª Turma: “Excepcionalmente, em havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, ou a ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes. [...]”

Portanto, se a banca examinadora não fizer a revisão de questão com conteúdo fora do edital programático, no sentido de anulá-la sob o aspecto da autotutela, os candidatos podem ingressar em juízo para que o Poder Judiciário faça o controle de legalidade do ato administrativo.

## 5.2 Ausência de resposta aos recursos e o princípio da publicidade

A publicidade dos atos administrativos é condição de eficácia e moralidade. Mais especificamente, no campo das correções das provas de Concurso público, as bancas examinadoras devem

---

<sup>2</sup> Informativo nº. 687 do Supremo Tribunal Federal, com julgamentos de 5 a 9 de novembro de 2012.

apresentar uma motivação justa, adequada e razoável às respostas aos recursos interpostos pelos candidatos em face dos gabaritos ou respostas padrões. Isso porque, é através da motivação, aliada a ampla publicidade dos atos administrativos, que os candidatos têm condições de controlar a atuação da Administração Pública em concursos públicos.

A banca examinadora tem o dever de se pronunciar quando instada via recurso. Todavia, hodiernamente não são todos os concursos em que isto ocorre, pelo contrário, a maioria somente apresenta justificativa das questões que foram anuladas, deixando de lado as impugnações não acatadas.

A falta de publicidade e motivação na análise de recurso transborda arbitrariedade, pois, existem casos claros de questões com gabarito errado que, quando impugnadas, a banca examinadora simplesmente não apresenta resposta ao recurso, ficando o candidato sem nenhuma alternativa de combate ao vício.

A esse respeito, Figueiredo (*apud* FERRAZ e DALLARI, 2007, p. 76) sustenta que “[...] a falta de motivação viola as garantias constitucionais do acesso ao Poder Judiciário, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, constituindo-se em vício gravíssimo”.

O ato de correção é discricionário, entretanto, trata-se de uma discricionariedade técnica, limitada aos parâmetros previstos no edital. Assim, como forma de dar mais transparência e moralidade ao concurso público, deve sim a banca examinadora apresentar respostas aos recursos, mesmo os desprovidos. Porque só desta forma saber-se-á se a posição adotada está de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência pátria.

Essa medida é necessária para que os direitos dos candidatos não sejam ameaçados, tendo em vista que não pode a banca examinadora simplesmente afirmar que um dado recurso é improcedente sem apresentar motivação adequada.

O controle judicial, neste caso, dar-se-á sob o aspecto da legalidade em sentido amplo, tendo em vista que ferem os princípios da moralidade, ampla defesa e da publicidade dos atos administrativos.

Neste sentido, Machado Júnior (2008) aponta que:

Restando identificada a violação a princípio constitucional, dar-se-á o controle jurisdicional. A exemplo, a ausência ou a restrição de divulgação do resultado (gabarito) do certame fere, dentre outros, o princípio da publicidade dos atos administrativos. Fato muito corriqueiro tem sido a Banca Examinadora negar provimento a recurso administrativo contra quesito do certame sem indicar a motivação, ou seja, as razões de fato e de direito para não acatar a pretensão do candidato. Isso certamente fere o princípio da motivação e da ampla defesa. (p. 155)

Com base no julgamento do RE 666796 PR pelo Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Luiz Fux, nota-se que a posição jurisprudencial atual não reconhece a hipossuficiência do candidato frente à banca examinadora e adota a linha cômoda de não interferir nos critérios de correção desta, cite-se trecho da ementa:

Ao Poder Judiciário não cabe, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora do concurso público para reexaminar os critérios de correção das provas e o conteúdo das questões formuladas, exceto no que respeita à cobrança de conhecimento de matéria não prevista no edital do certame.

Ressalte-se, entretanto, que, acerca desta problemática, o que se propõe é que o Poder Judiciário determine que a banca examinadora se manifeste e garanta os direitos dos candidatos, não se falando em análise de mérito, consubstanciado na revisão da correção da questão.

O que se pretende é que, em provas de concurso público, no momento da análise dos recursos dos candidatos, a banca examinadora representante do órgão pública motive a rejeição ou acolhimento dos desses, sob pena de caracterizar-se ato abusivo e arbitrário, passível de anulação pelo Judiciário, para que se garanta os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

### 5.3 Correção de questões com fulcro em entendimento jurídico minoritário e o princípio da razoabilidade

Conforme já analisado, o concurso público tem como finalidade precípua selecionar o candidato mais apto a ingressar no serviço público. A forma de seleção dá-se pelo mérito dos candidatos, porquanto serão aprovados aqueles que se saírem melhor no processo de avaliação.

Um ponto que tem gerado discussão entre candidatos de concursos jurídicos é a questão da correção das provas. É certo que a banca tem ampla liberdade na elaboração e correção das questões de concurso público, entretanto, e conforme já debatido nesse estudo, essa liberdade é técnica e científica. Isso representa que as questões, principalmente objetivas, devem envolver temas atuais e predominantes ou mesmo consolidados na área de seleção.

O que se observa é que, em alguns casos, a banca examinadora considera, quando da avaliação das questões, posicionamentos isolados ou correntes minoritárias. Certamente, essa posição da banca é carregada de arbitrariedade, tendo em vista que exige dos candidatos um ponto de vista jurídico minoritário, em prejuízo de um entendimento consolidado, sem que conste no edital, parâmetros para que estes se preparem.

De acordo com Sousa (2007):

Talvez a melhor solução seja eleger critérios objetivos para aferição da legalidade ou, pelo menos, razoabilidade da correção. Em sintonia com o art. 24 do PLS 92/2000, adotamos os seguintes critérios ou parâmetros para que o magistrado possa conhecer da resposta do candidato, e confrontá-la com a correção da comissão, à luz da jurisprudência dominante, nos concursos da área jurídica. (p. 50)

Ainda nesse ponto de vista, Maia e Queiroz (2007) sustentam que:

Veja-se, com efeito, que não é dado à banca examinadora, por mera conveniência e oportunidade, consagrar uma posição acadêmica isolada ou polêmica no bojo de uma prova objetiva, em detrimento de uma construção técnico-científica consolidada, a não ser que

estabeleça, na própria proposição, que a sua resposta está *vinculada* a determinado estudo científico ou proposição doutrinária específica ou a qualquer parâmetro de conhecimento tecnicamente aceitável, dentre os existentes. (p. 108)

O posicionamento de Osório (apud MAIA e QUEIROZ, 2007) assinala que:

O princípio constitucional da interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos está embutido e deriva do devido processo legal substancial, estando acolhido na Constituição Brasileira de 1988. Por esse princípio, que se interpreta à luz da razoabilidade, uma Banca Examinadora não poderia, num concurso público dominado pela legalidade, igualdade, eficiência e impessoalidade, administrativas, adotar qualquer dos seguintes procedimentos ilícitos:

(a) eleger como correta uma alternativa incorreta à luz da doutrina e jurisprudência dominantes. [...] (p. 108/109)

Ao se imaginar que cada banca examinadora de concursos de órgãos diferentes (ou cada empresa específica na elaboração de provas de concurso) tivesse um posicionamento específico acerca de um determinado tema, não seria razoável exigir que o candidato se preparasse de acordo com entendimento de cada banca examinadora, e sim que se preparasse de acordo com estudos técnicos predominantes em cada matéria cobrada.

Desta forma, tem-se que:

[...] para adotar uma tese minoritária no certame é necessária previsão expressa no edital e as obras que constem tais correntes no sentido de evitar qualquer prestígio a determinado candidato, respeitando sempre os princípios da moralidade, impessoalidade, isonomia. (MARIANO JÚNIOR, on line, 2012)

Caberia ao Poder Judiciário controlar esses atos arbitrários que ferem o princípio da razoabilidade, podendo, caso comprovado, anular questão que não esteja amparado pela melhor jurisprudência ou doutrina, quando não conste no edital, elementos objetivos que

garantam ao candidato condição de se preparar, como referências bibliográficas ou posicionamento de tribunais.

## 5.4 Vício evidente em questão e os princípios do julgamento objetivo e da moralidade

As bancas examinadoras deveriam adotar critérios objetivos quando da elaboração de questões, afastando-se assim qualquer possibilidade de abuso de poder ou desvio de finalidade. Essa objetividade das provas de concurso leva a um controle mais efetivo e garante um respaldo aos candidatos, tendo em vista que se torna mais palpável a averiguação acerca da validade das questões.

As bancas examinadoras, na elaboração de provas objetivas, devem evitar questões vagas e dúbias, ou seja, sem um conteúdo exato. Deve-se evitar em questões de múltipla escolha conteúdo que comporte mais de uma resposta, sob pena de eivá-las de vício insanável.

Fato comum em provas de concurso público, principalmente na modalidade objetiva, é a apresentação de enunciados com mais de uma alternativa correta ou mesmo sem nenhuma proposição certa, que, quando não analisados corretamente pela banca examinadora, no sentido de anulá-las, fere direitos dos candidatos, ante a falta de elementos técnicos no momento da correção.

Desta forma, caso o interessado comprove que há mais de uma alternativa correta ou nenhuma a se marcar, a questão poderá ser analisada pelo critério da legalidade, passível de anulação pelo Judiciário e posterior atribuição de pontos a todos os candidatos do certame.

Na contribuição com o tema, Maia e Queiroz (2007) sustentam que:

[...] não é menos verdade que, ultimamente, a construção pretoriana vem, paulatinamente, deixando de aplicar o entendimento acima em situações que evidenciam, de forma patente, o equívoco da banca examinadora na avaliação e na correção da prova objetiva. Não se trata, neste caso, de substituição dos critérios da Administração pelos do Poder Judiciário, mas de conformação da conduta da banca

examinadora aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da eficiência, bem como aos parâmetros delineados pela técnica e pelos estudos científicos consagrados quando da realização e aplicação das provas objetivas. (p. 198)

Sobre o tema, Machado Júnior (2008) salienta que:

[...] em sendo a prova objetiva, a qual já pressupõe uma resposta correta, não podem existir quesitos acerca de temas polêmicos ou que ensejem mais de uma solução possível, uma vez que o candidato não teria oportunidade de discordar fundamentadamente da solução indicada como única no quesito, devendo ser infirmada a questão. (p. 163)

Destarte, o controle exercido pelo Poder Judiciário, ao revisar a questão e demonstrar que está dúbia ou capaz de ensejar mais de uma solução adequada, termina por se valer de critérios científicos e pedagógicos para decidir a causa. (MACHADO JÚNIOR, 2008)

Nesse ponto, acerca das provas com questões possuindo erros evidentes (sem alternativa correta ou com mais de uma alternativa correta), a jurisprudência tem procedido de uma forma inovadora, fazendo um juízo negativo a fim de anular questões viciadas, quando não anuladas ou revogadas pela Administração Pública. É o que se depreende do julgamento, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso em Mandado de Segurança (RMS) 28204 MG 2008/0248598-0: “É possível a anulação judicial de questão objetiva de concurso público, em caráter excepcional, quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente primo *ictu oculi*. Precedentes. [...]”

A partir do momento que o ente público fica inerte a respeito de erros materiais em provas de concurso público, fere-se os princípios da moralidade e boa-fé, reguladores da atividade pública, atingindo-se, também, por via reflexa, o princípio da legalidade em sentido amplo. Ressalte-se que esse posicionamento, plenamente viável no ordenamento jurídico brasileiro, não exclui por completo o âmbito de livre decisão política do administrador, ou seja, o mérito administrativo. (MACHADO JÚNIOR, 2008).

## 6. Considerações finais

O instituto do concurso público adquire cada vez mais uma carga relevante no cenário jurídico brasileiro. É inegável sua importância hodierna, pois é o instrumento apto e obrigatório para ter acesso a cargos públicos, sendo verdadeiro garantidor dos princípios da moralidade, impessoalidade, isonomia e eficiência na Administração Pública.

O impacto que a abertura de um concurso público provoca no mundo sócio-profissional pátrio é de suma relevância. O Brasil virou um país de ‘concurseiros’, devido à valorização dos cargos públicos, sendo que a concorrência em certames, que abrem a todo momento, é cada vez maior.

É por essas razões que se deve ter um maior controle incidente sob esse instituto, para que os direitos dos candidatos, na qualidade de cidadãos, sejam respeitados. A ausência de regulamentação é um fator que dificulta a análise acerca da abusividade das provas de concurso público, conferindo um maior poder às bancas administradoras.

As bancas possuem uma discricionariedade na abertura e desenvolvimento do certame, porém, deve-se levar em conta que essa liberdade tem limite, que deve ser respeitado sob pena de infringir normas do direito em vigor. Desta forma, a liberdade conferida no momento da elaboração e correção das provas de concurso esbarra nesse parâmetro, não sendo razoável a cobrança de matérias nem além e nem aquém do que o certame exige.

Além disso, pelo princípio da legalidade, a Administração Pública tem o dever de agir conforme a lei determina, porém, sua atuação deve guardar respeito, também, aos princípios a que se submete: moralidade, impessoalidade, publicidade, igualdade, razoabilidade, dentre outros.

O que se propõe é conferir aos candidatos, quando não conseguirem administrativamente, o direito de acesso à justiça para ter seus direitos resguardados, de acordo com o princípio do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Esse direito decorre do fato de que no Brasil vigora o sistema de jurisdição

una, ou seja, os incidentes não resolvidos na esfera administrativa podem ser submetidos à apreciação judicial.

O posicionamento do Poder Judiciário que predomina, não condiz plenamente com o Estado Democrático de Direitos, pois, em muitos casos, os direitos dos candidatos são malfadados por conta de um entendimento cômodo de que não se pode adentrar no mérito da elaboração das provas de concurso público, não restando nenhuma ferramenta para o combate de atos ilegais e abusivos.

Esse entendimento tem servido de escudo para as bancas examinadoras agir com arbitrariedade e incompatibilidade com os princípios administrativos. O que se tem que ter em mente é que ampliar a possibilidade de controle judicial nas provas de concurso público tem como finalidade precípua garantir o próprio princípio da legalidade, porém, em um sentido mais amplo, sem esvaziar o conceito de mérito administrativo e sua natureza discricionária.

Essa possibilidade não acarreta em invasão de competência de um Poder em outro, pois, pelo princípio da sindicabilidade, os atos administrativos estão sujeitos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, com base nos sistema de freios e contrapesos.

O Poder Judiciário não pode se omitir em casos de violação a direitos dos candidatos somente com base na impossibilidade de invasão do mérito administrativo, pois, cada caso é um caso e, conforme amplamente demonstrado nesse artigo, essa discricionariedade da banca examinadora é limitada pelos conceitos técnicos e científico, bem como pelos princípios administrativos aplicados ao concurso público. Assim, não há que se falar em invasão do mérito administrativo e sim controle de legalidade em atos administrativos não sanados pelo controle administrativo derivado da autotutela.

Os casos específicos apresentados: questões com conteúdo fora do edital; ausência de publicidade em respostas aos recursos apresentados; questões com base em jurisprudência minoritária, sem conferir parâmetros no edital e questões com vícios aparentes, não sanados pela banca examinadora; são exemplos claros de como a Administração Pública, na elaboração de provas de concurso,

pode ferir os princípios da publicidade, moralidade, razoabilidade, julgamento objetivo, vinculação ao edital do certame; e, por conseguinte, acabam por ferir o princípio da legalidade.

Nesses casos, ou em outros semelhantes, o Poder Judiciário, quando instado a se manifestar, pode sim exercer o papel constitucional lhe foi conferido e anular os atos que contenham vícios insanáveis, garantindo-se assim o pleno direito dos candidatos.

Portanto, partindo-se da constatação que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, é de suma relevância que a jurisprudência pátria amplie o entendimento que predomina para adaptar-se ao contexto atual dos concursos públicos e adentrar no controle dos atos discricionários de aplicação e correção das provas de concurso público quando estiverem em conflito com a os limites técnicos e científicos; legislação; edital e princípios administrativos.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.244.266/RS**. Agravante: Alexandro Castro. Agravado: Itamê Sandri Westphalen e outro. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 22 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21030651/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1244266-rs-2011-0059596-6-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº. 28.204/MG**. Recorrente: Paulo Sérgio Cassiano. Recorridos: Estado de Minas Gerais, Rodrigo Giurizatto Martins e Robson Ribeiro de Faria. Relatora: Ministra Eliana Calmon, 05 fev. 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=853044&sReg=200802485980&sData=20090218&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=853044&sReg=200802485980&sData=20090218&formato=PDF)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 365368-7/SC**. Agravante: Município de Blumenau. Agravado: Câmara Municipal de Blumenau. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 maio 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469872>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 30.860/DF**. Impetrante: Marcelo Santos Correia. Impetrado: Procurador Geral da República. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=30860&classe=MS&origem=A&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 579951/RN**. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Requerido: Município de Agua Nova e outra. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 28 ago. 2008. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=579951&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 666796/PR**. Requerente: Tarcísio José Karvat. Requerido: União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 15 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4180977>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodvim, 2011, vol. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concurso público**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAIA, Márcio Barbosa Maia; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. **Controle jurisdicional das provas objetivas do concurso público**. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_lnk=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11531](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_lnk=revista_artigos_leitura&artigo_id=11531)>. Acesso em 27 de fev. de 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. Niterói: Editora Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOTTA, Fabrício (org.). **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. **Controle judiciário dos concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007.

TOURINHO, Rita. **Concurso público no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

# Lacunas no direito

Flávia Souza Rodrigues<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo faz uma análise da problemática das lacunas no direito e suas respectivas formas de colmatação, e, nesse contexto, procura-se identificar se o sistema jurídico é lacunoso e se o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) foi recepcionado pela Constituição Federal, em face do advento do constitucionalismo principiológico. Utilizando-se dos métodos teóricos e dedutivos, conclui-se que o reconhecimento da existência das lacunas no ordenamento jurídico depende do modo de conceber o sistema. Nesse trabalho, reconhece-se a lacunosidade no ordenamento jurídico em face da realidade complexa e dinâmica do direito, que tem na constituição federal a fonte legitimadora de toda atividade hermenêutica, e, portanto, possui supremacia sobre as demais fontes subsidiárias de preenchimento das lacunas da lei. Assim, sob esse ângulo, o artigo 4º da LINDB não foi recepcionado pelo ordenamento constitucional vigente, em vista do seu caráter eminentemente positivista.

**Palavras-chave:** *Lacunas no direito; LINDB; Constituição Federal.*

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça Titular da 2ª Promotoria de Paraíso-TO. Mestre em Direito (Fadisp).

## 1. Introdução

O presente trabalho se propõe a analisar a problemática das lacunas no direito, delineando, inicialmente, a historicidade das lacunas e a sua natureza dentro do ordenamento jurídico, e, depois, a completude ou não do sistema jurídico.

Superadas as questões iniciais de constatação da existência ou não de lacunas, faz-se a necessária investigação das formas previstas em lei para colmatá-las, como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Feitas essas digressões, este estudo finaliza analisando se o art. 4º da LINDB foi recepcionado pela CF/88 e em caso positivo, investiga-se se há hierarquia entre os meios de integração, frente à nova hermenêutica constitucional pós positivista.

## 2. Surgimento histórico do problema das lacunas nos sistemas jurídicos

O problema das lacunas nos sistemas jurídicos surgiu quando se pretendeu positivizar o direito, estabelecendo a lei como a única forma para regular as relações jurídicas e sociais para solução dos conflitos. E a positivação do direito surgiu na época da Revolução Francesa, no final do século XVIII, com a formação do Estado de Direito em suas características de Poderes separados (Executivo, Legislativo e Judiciário), Estado este que assume o monopólio de administrar, legislar e principalmente o de julgar.

Esse fenômeno da positivação do direito se fortalece com a criação, pela Constituinte de 1790, do Tribunal de Cassação francês, responsável e detentor do poder de controle da legalidade das decisões judiciais, ou seja, o Poder Judiciário deveria apenas aplicar a lei dentro de restrita interpretação.

Com a eclosão desses acontecimentos, nasce a questão das lacunas nos sistemas, pois nem sempre a lei tratava de todas as situações e com isso não se dava solução a todos os conflitos, o que

colocava os juízes diante de um paradoxo: julgar com a existência de lacunas da lei, mas obrigados a segui-la.

Reconhecendo a impossibilidade lógica de regulamentar todas as condutas, o legislador prescreveu normas de colmatação (Art. 4º da LINDB: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito), com o escopo de estabelecer a “plenitude do ordenamento”.

Hodiernamente, a discussão dogmática se fixa na completude ou incompletude do ordenamento jurídico, que implica no reconhecimento da existência ou inexistência das lacunas.

### 3. Lacunas e sistema jurídico

Do latim “lacuna”, diminutivo de *lacus* ou *vazio*<sup>2</sup>, o termo significa “buraco, vão, deficiência.

A expressão lacuna concerne a um estado incompleto do sistema ou, como diz Binder, há lacuna quando uma exigência do direito, fundamentada objetivamente pelas circunstâncias sociais, não encontra satisfação na ordem jurídica (LARENZ, apud DINIZ, 2007).

Para Maria Helena Diniz, o termo “lacuna” foi introduzido em sentido metafórico, para designar os possíveis vazios, ou melhor, os referidos casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução; em que há, por outras palavras, uma impossibilidade lógica de solução normativa a um caso, dentro de um sistema. (VON WRIGHT apud DINIZ, 1999, p. 27).

Três são as espécies de lacunas: 1. normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2. ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais (o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso tecnológico, etc.); 3. axiológica, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito

---

<sup>2</sup> <http://www.dicionarioetimologico.com.br>, acessado em 22/11/2013.

normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.

Segundo a professora, a ideia de lacunas é vista em uma concepção de sistema jurídico. Assim, dentro de um sistema fechado e completo, em relação a um conjunto de casos e condutas, não há que se falar em lacunas, enquanto em um sistema aberto e incompleto, pode-se falar na existência destas.

Os autores dividem-se em duas principais correntes antitéticas: a que afirma pura e simplesmente a inexistência de lacunas, sustentando que o sistema jurídico forma um todo orgânico sempre bastante para disciplinar todos os comportamentos humanos; e a que sustenta a existência de lacunas no sistema, que, por mais perfeito que seja, não pode prever todas as situações de fato, que constantemente se transformam, acompanhando o ritmo instável da vida (ENNECCERUS apud DINIZ, 2007, p. 100).

Nesse norte, no capítulo seguinte, far-se-á a análise das correntes afirmadora e negadora da existência das lacunas jurídicas.

### 3.1 Corrente da completude e inexistência das lacunas nos sistemas jurídicos

Entre as correntes que negam a existência das lacunas, temos o positivismo jurídico. O positivismo sustenta a absoluta autonomia da ciência do direito, sem considerações de qualquer outra natureza que não seja a do próprio sistema jurídico, tomado como sistema fechado, cujo método sedimentou-se na dogmática tradicional e suas técnicas específicas na interpretação, na integração de lacunas e na aplicação das normas.

O pensamento positivista, especificamente na discussão da existência ou não de lacunas jurídicas, pode ser concentrado em Hans Kelsen (1881-1973), autor da Teoria Pura do Direito, que sustentava inexistirem lacunas no sistema, fundamentando que *tudo aquilo que não está proibido por lei, está permitido*, o que a doutrina chama de dogma da completude do sistema jurídico (BARRETO, 2006, p. 507).

O caráter da completude ou da plenitude do sistema normativo, na concepção de Kelsen, está ligado à ideia de inexistência de lacunas no sistema, pois para o autor, todo e qualquer comportamento pode ser considerado como regulado, no sentido positivo ou negativo – pela ordem jurídica, na solução dos conflitos levados à apreciação dos magistrados.

A crítica a esse modelo, evidencia DINIZ (2007, p.101), é que “esse princípio não constitui uma norma jurídico-positiva, não conferindo, portanto, direitos e obrigações a ninguém, sendo, assim, um mero enunciado lógico, inferido da análise do sistema normativo. Falta normatividade do referido dogma. Com isso, afirma a professora, essas teorias fracassam no empenho de sustentar que todo sistema jurídico é uno, completo, independente e sem lacunas, pois concebem o direito sob uma perspectiva estática.”

Esse princípio da regulação negativa foi superado. No direito administrativo, o raciocínio é inverso à sua tese, ou seja, ao administrador público só é permitido fazer aquilo que está previsto na Lei, sendo irrelevante a ausência de proibição, de tal forma que, se a Lei não disciplinar o ato, ele é ilícito se praticado pelo administrador sem autorização legal, logo, é equivocada a afirmação de que tudo o que não está proibido na lei seria permitido.

Hans Kelsen defendia a tese das lacunas do Direito e a omissão do legislador como sendo “ficções”. Para ele, se, em alguns casos, se fala de uma lacuna do direito, não porque uma decisão seja logicamente impossível ante a falta de disposições aplicáveis, e sim, simplesmente, porque a decisão logicamente possível aparece ao órgão aplicador como inoportuna ou injusta, desse modo, o legislador “recorre” à ficção de que a ordem jurídica vigente, em certos casos, não pode ser aplicada, não por uma razão ético-política subjetiva, mas por uma razão lógico-objetiva - de que o juiz somente pode fazer-se de legislador quando o direito apresentar uma lacuna.

Na análise da professora Maria Helena Diniz (2007, p.107), por admitir a lacuna como mera ficção em razão de um motivo prático, que é estabelecer limites ideológicos à atividade judicial, conclui-se que Kelsen, ao nível da decisão judicial, reconhece a incompletude.

De notar-se, pois, que a plenitude do ordenamento jurídico é inconsistente, porque parece enxergar por detrás do processo de criação da norma, pelo legislador, um indivíduo ou conjunto de indivíduos cuja vontade seja identificável e estática. Ao contrário, o direito é uma realidade dinâmica, que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-as, adaptando-as às novas exigências e necessidades da vida, inserindo na história, brotando do contexto cultural. (DINIZ, 2007, p. 102).

Resumindo, verifica-se que a questão da plenitude do ordenamento jurídico, sob uma perspectiva dinâmica ou estática, depende da posição ideológica que se adote. Ou se diz que não há lacuna porque o próprio sistema criou um meio de integrá-las, ou se diz que se o sistema encontrou um meio de integrá-las é porque elas existem.

### 3.2 Correntes da incompletude, que admitem a existência das lacunas

Para uma parcela da doutrina, o sistema jurídico é aberto e incompleto, revelando o direito como uma realidade complexa, havendo situações onde não há uma norma expressa para determinado caso.

O direito é uma realidade dinâmica, que abarca experiências históricas, sociológicas e axiológicas que se complementam. Logo, as normas, por mais completas que sejam, são apenas uma parte do direito, não podendo identificar-se com ele. O sistema jurídico não tem um aspecto uno e imutável, mas sim multifário e progressivo (DINIZ, 2007, p. 102 e 103).

Portanto, a teoria das lacunas não deve ser analisada sob uma consideração estática do direito, porque isso traz como consequência, uma visão errônea do fenômeno. O direito deve ser considerado sob o prisma dinâmico, em constante mutação, reconhecendo-se assim, a sua lacunosidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal reconhece a deficiência legislativa ao permitir e até assegurar como direito fundamental o mandado de injunção, conforme prevê o Art. 5º, inciso LXXI, e a ação de inconstitucionalidade por omissão, § 2º do artigo 103, ambos da CF/1988.

Como se vê, a carta magna faz referência à existência da lacuna no sistema jurídico e inclusive apresenta instrumentos jurídicos para suprir tal falta.

Outrossim, ao nível infraconstitucional, pela leitura do artigo 4º da LINDB (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) e do artigo 126 do CPC, vê-se que o sistema jurídico brasileiro reconhece a lacunosidade do direito, apresentando-se, pois, um sistema incompleto, o qual se utiliza destas fontes subsidiárias do direito para fechá-lo, colmatá-lo.

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (LINDB).

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (CPC)

As normas supra, a um só tempo, reproduzem a proibição do *princípio do non liquet*<sup>3</sup> e também significam que o ordenamento é dinamicamente completável (STRECK, 2007, p. 105), através de uma autorreferência ao próprio sistema jurídico, permitindo a decisão judicial por princípios, analogia e costumes, institutos esses que serão tratados na sequência deste trabalho como meios de fundamentação de julgamentos, integração e colmatação de lacunas no sistema.

---

<sup>3</sup> Non liquet (do latim non liquere: “não está claro”) é uma expressão advinda do Direito Romano que se aplicava nos casos em que o juiz não encontrava nítida resposta jurídica para fazer o julgamento e, por isso, deixava de julgar. ([http://pt.wikipedia.org/wiki/Non\\_liquet](http://pt.wikipedia.org/wiki/Non_liquet)).

## 4. Meios de integração de lacunas previstos no artigo 4º da LINDB

O artigo 4º da LINDB prevê três meios para integrar a lacuna: analogia, costumes e princípios gerais de direito, que interpretados constituem em normas. Contudo, para os limites deste trabalho, não se fará um estudo aprofundado desses institutos, apenas meros apontamentos de conceituação, segundo o jurista José Roberto Bedaque<sup>4</sup>:

“Analogia<sup>5</sup> é mecanismo destinado a suprir eventual omissão legal. Adotam-se, para situações não reguladas de forma expressa pelo legislador, regras previstas para hipóteses semelhantes. Mediante interpretação, o aplicador da lei procura estender o alcance do texto legal a casos não mencionados expressamente, mas análogos à situação amparada pelo sistema legal.

Costumes<sup>6</sup> são regras gerais, não escritas, mas aceitas pelos destinatários, que as consideram obrigatórias. Identificam-se no conceito de costume o elemento objetivo (uniformidade) e subjetivo

<sup>4</sup> In MARCATO, Antonio Carlos. (Coordenador). Código de processo civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004 p. 351.

<sup>5</sup> O seguinte acórdão, originário do TJRS, fundamenta decisão com base na analogia. EMENTA: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. O desconto em folha de pagamento é cláusula válida do negócio jurídico entre as partes, não cabendo revogação unilateral da autorização, salvo justificação em contrário, que no caso não há, porque a pretensão motiva-se na analogia à impenhorabilidade do salário.” (TJRS – Agravo de Instrumento nº 70014093512 – Decisão monocrática – Comarca de Porto Alegre – Agravante: Gisselda da Silva Trassante – Agravados: Banco BMG S.A. e COOPERPOA – Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores Públicos – Relator: Des. CARLOS CINI MARCHIONATTI – j. 19.01.2006.

<sup>6</sup> Acórdão utilizando costume em litígios rurais. EMENTA: “VENDA DE GADO – SENDO NEGÓCIO EM QUE É COSTUME SER FEITO VERBALMENTE, NÃO NEGA VIGÊNCIA AO ART. 141 DO CÓDIGO CIVIL ACÓRDÃO QUE O ADMITE PROVADO APENAS POR TESTEMUNHAS, PRINCIPALMENTE SE CONFIRMADO, POSTERIORMENTE, POR GESTOS E ATITUDES DO VENDEDOR – RAZOÁVEL INTERPRETAÇÃO DA LEI E DISSÍDIO DE JURISPRUDÊNCIA NÃO COMPROVADO – APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 400 E 291 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (STF – Recurso Extraordinário nº 68.704 – MG – 1ª Turma – Recorrente: José Martins Cardoso

(aceitação). Em determinadas regiões rurais, as propriedades são separadas por cercas de arame, sendo que, costumeiramente, é utilizado determinado número de fios. Embora inexista norma legal a respeito, o costume pode ser invocado para solução de litígios envolvendo despesas necessárias à divisão dos imóveis rurais.

Inadmissível a adoção de costume contrário ao que dispõe norma legal (*contra legem*). Apenas se aceita o costume *praeter legem*.

Princípios gerais de direito são postulados maiores, de valor genérico, que inspiram determinadas normas do ordenamento. Embora não previstos expressamente, são considerados como integrantes do sistema, pois se encontram à base das regras legais”.

As consequências previstas para o pagamento indevido no Código Civil de 1916 (arts. 964/971) decorriam do princípio maior, segundo o qual é vedado o enriquecimento sem causa, cuja aplicação é perfeitamente admissível, ainda que não acolhido de forma expressa pelo sistema. Por isso, a revogação dessas regras pelo Código atual não obsta o direito subjetivo de quem pagou indevidamente.

Outrossim, os preceitos romanos *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um que é seu), são os primórdios dos princípios gerais de direito<sup>7</sup>.

---

– Recorrido: Hermínio Martins Cardoso – Relator: Min. BARROS MONTEIRO – j. 07.11.1969 – RTJ 54:63).

<sup>7</sup> REPARAÇÃO DE DANOS - RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - EMPRESA DE EXTRAÇÃO DE AREIA E SEIXO - AUSÊNCIA DE LICENÇA EXPEDIDA PELO DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DANO ILEGÍTIMO.

... cingindo-se à indenização por exploração de extração de areia e seixos, que não está autorizada, devidamente, pelo órgão competente, torna a atividade a latere do ordenamento, e isso não pode gerar, a meu ver, com todo respeito, direito a uma indenização. Por isso, na esteira do voto do eminente Relator, estou inteiramente de acordo, porque, com todo o respeito a quem comunga posicionamento em contrário, seria uma subversão, a meu ver, à própria norma jurídica do Direito, que *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.556 - TO (2008/0003271-8)).

## 5. Equidade: outras fontes de integração de lacunas

Apesar de não citada na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, pode-se dizer que a equidade pode ser considerada fonte de integração e tem como função adequar uma norma geral à realidade do caso concreto, a fim de encontrar uma decisão que demonstre a maior proximidade possível com a justiça.

Rubem Nogueira entende que a equidade é “*uma feliz retificação da justiça rigorosamente legal*”. Segundo ele,

**A equidade**, no entendimento dos doutores, **é a justiça do caso particular**, destinada a abrandar o excessivo rigor da lei. Ela não destrói a lei: completa-a. Ontologicamente, não é distinta da Justiça, mas uma modalidade dela. Na *Ética a Nicômaco*, diz Aristóteles que o equitativo é também justo e vale mais do que o justo em certas circunstâncias. O próprio do equitativo consiste precisamente em restabelecer a lei nos pontos em que se enganou por causa da fórmula geral de que se serviu. (NOGUEIRA, 2007, pp. 36-37).

Agostinho Alvim dividiu a equidade em “*legal*” e “*judicial*”. Diz ele, verbis:

A **equidade legal** seria a contida no texto da norma, que prevê várias possibilidades de soluções”, enquanto que “a **equidade judicial** ocorre quando o legislador, explícita ou implicitamente, incumbe o órgão jurisdicional a usá-la na decisão do caso concreto. (ALVIM, 1941, p. 3).

A equidade pode ser entendida, então, como uma alternativa dada ao juiz para ajustar as generalidades que a lei apresenta a determinado caso concreto, dando-lhe, assim, um sentido de justiça. Portanto, nos casos em que há ausência de norma, o juiz poderá usar a equidade de forma a suprir tal lacuna.

## 6. O art. 4º da LINDB e a Constituição Federal de 1988

Após o levantamento teórico das formas de integração das lacunas, busca-se analisar se o artigo 4º LINDB foi recepcionado pela CF/1988, e, se há hierarquia na ordem estabelecida no dispositivo. Importante parcela da doutrina reconhece que o artigo 4º da LINDB foi recepcionado pela Carta Política de 1988 e o próprio Supremo Tribunal Federal faz uso constante do artigo 4º da LINDB, dando a ele valor jurídico significativamente especial para tutelar os direitos e garantias individuais, o que se exemplifica através da seguinte ementa que protegeu a pequena propriedade rural<sup>8</sup>, *in verbis*:

PENHORA – Impenhorabilidade – Pequena propriedade rural – conceito constitucional aplicado por analogia ao Estatuto da Terra – Inteligência do art. 5º, XXVI, da CF e da Lei 4.504/64. Para viabilizar a aplicação do art. 5º, XXVI, da CF é válida a utilização do conceito de propriedade familiar constante do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), pois a falta de lei anterior ou posterior necessária à aplicabilidade de regra constitucional, principalmente quando criadora de direito ou garantia fundamental, **pode ser suprida por analogia.** (RE 136.753-9/RS – Sessão Plenária – j. 13.02.1997 – rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 25.04.1997), grifei, *in RT* 742-185.

Outro argumento da recepção do art. 4º da LINDB repousa no fato de ser ele um preceito legal de uma *lei de superposição* (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro), já que serve aos mais variados ramos do Direito (civil, penal, trabalhista, constitucional, processual, etc.), logo, se ajusta nas engrenagens do sistema jurídico brasileiro quando necessário, quando lacunoso.

Esse posicionamento, contudo, não é absoluto.

---

<sup>8</sup> “A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamentos de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;” (CF/88, Art. 5º, inciso XXVI).

Com o advento da Carta Política de 1988, o país entrou na era do pós-positivismo. Nesse novo modelo, a lei cede lugar à constituição, que ocupa o topo do ordenamento jurídico, consagrando o princípio da supremacia constitucional.

Segundo PEREIRA (2006, p. 45), na era pós-positivista, os princípios, sobretudo os constitucionais, atingem o patamar de juricidade, figurando a Constituição, como fonte de toda legitimidade para representar a extensão e o limite de qualquer atividade hermenêutica.

Sob esse ângulo, o professor Rogério Ferraz Donnini<sup>9</sup> apregoa que o artigo 4º da LINDB não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois não se compatibiliza com o sistema (*aberto e móvel*) do Código Civil de 2002. Defende a ideia de que o primeiro método a ser investigado no caso de omissão da lei é a existência de princípio constitucional, não havendo hierarquia na ordem estabelecida no artigo supra:

No sistema do atual Código Civil, que é **aberto e móvel**, consistente de regras e princípios, a exemplo do que sucede com a Constituição Federal, **não teria qualquer sentido a obediência inflexível à regra do art. 4º da LICC**, que estatui, como dissemos, uma ordem para se colmatar uma lacuna: analogia, costume e princípios gerais do direito. Na sistemática atual, cada vez mais distante do método de interpretação clássico da escolástica, também denominada dogmática, ou mesmo da escola histórico-evolutiva, ao se deparar com a ausência de norma específica escrita, deve o intérprete investigar se há um princípio positivado para aplicar ao caso concreto. Se ainda assim não se obtém a solução do caso concreto, deve o juiz buscar uma solução justa, equânime, seja por meio dos princípios gerais do direito, da analogia ou do costume, **independentemente de uma ordem pré-estabelecida.**

**Para a colmatação de lacuna no sistema atual, o magistrado deve se utilizar de uma interpretação a partir do texto constitucional**, haja vista que se toda norma se manifesta, se exprime sempre a partir de um princípio, tem esse de estar em consonância com os princípios fundamentais insertos em nossa Lei Maior.

---

<sup>9</sup> In Temas Atuais de Direito. (Academia Paulista de Direito). Coordenadores: Rogério Ferraz Donnini e Roque Antonio Carrazza. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 285 e 286.

Independentemente da constatação de uma lacuna, em qualquer caso nada obsta que o exegeta se valha dos elementos básicos da interpretação preconizados pelo sistema histórico-evolutivo (gramatical, lógico, histórico e sistemático). Entretanto, **não mais se admite uma decisão judicial que venha de encontro aos ideais de justiça, sob o simples fundamento de que determinado dispositivo legal preveja um dado comportamento, pois desde o advento da Constituição Federal de 1988, seguida pelo Código de Defesa do Consumidor e do atual Código Civil, nosso sistema jurídico de direito positivo foi aberto para os mandamentos de justiça**, com a inserção dos princípios fundamentais, que nada mais representam senão os postulados de direito natural.

Assim leciona Lenio Streck (2007, p. 112) referindo-se à inconstitucionalidade dos artigos 4º da LINDB e 126 do CPC, na era do neoconstitucionalismo: “Os dispositivos, a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos), e sua frontal incompatibilidade com uma leitura hermenêutica do sistema jurídico, superadora do esquema sujeito-objetivo (filosofia da consciência), mostram-se tecnicamente inconstitucionais (não recepcionados). Com efeito, com relação à LICC, na era dos princípios, do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, tudo está a indicar que não é mais possível falar em “omissão da lei” que pode ser “preenchida” a partir da analogia (sic), costumes (quais?) e os princípios gerais do direito”.

Continua o jurista: “Ora, ao se manter, nesta quadra da história, uma “lei de introdução ao direito” (sic) pautada na interpretação do Código Civil e nos parâmetros para uma aplicação “geral” do direito, está-se contribuindo para uma resistência de um modelo (positivista) em relação ao novo constitucionalismo, que ingressa na história justamente para superar o antigo modelo. Desse modo, jamais se terá a constitucionalização do direito civil; no máximo, ter-se-á uma “codificação” da Constituição . É por isso que uma (nova) LICC apenas confirma a resistência.”

Ante o exposto, parece mais palpável o entendimento de que, a partir da edição da CF/88, diante da lacuna da lei, o juiz está obrigado a decidir de maneira fundamentada (CF/88, art. 93, inciso IX), e *essa*

*é a única obrigação a ser seguida pelo magistrado e exigida pelas partes. Agora, se será fundamentado seu julgamento na analogia, nos costumes ou nos princípios gerais de direito ou em todos eles, desde que não contrarie o sistema jurídico em que está pautado e os princípios constitucionais ali previstos, explícitos ou implicitamente, não há qualquer impedimento para que o magistrado use de uma forma de integração ao invés da outra, ou de todas, até mesmo porque os próprios artigos 4º da LICC e 126 do CPC não hierarquizaram os processos de integração e nem de interpretação.*

## 7. Considerações finais

1. O problema das lacunas tem origem no período da positivação do Direito a partir do século XVIII.

2. A discussão da existência ou não da lacuna relaciona-se com o modo de conceber o sistema. Em um sistema normativo como um todo ordenado, fechado e completo, não há que se falar em lacunas.

3. Para os positivistas, não havia lacunas nos sistemas jurídicos, apenas ficções, por haver tão-somente uma divergência entre o Direito positivo e outro “Direito” considerado melhor ou mais justo.

4. Em um sistema jurídico aberto e incompleto, revelando o direito como uma realidade complexa, pode-se falar na existência de lacunas, quando é vislumbrado que não há uma solução expressa para determinado caso.

5. É inegável a existência de lacunas em razão da impossibilidade de se prever todas as relações jurídicas das gerações presentes e futuras, pois o direito é naturalmente dinâmico, acompanhando a evolução social, política, econômica e cultural.

6. O sistema jurídico brasileiro reconhece a existência de lacunas, tanto que o legislador constitucional estabeleceu a possibilidade do mandado de injunção (CF/88, LXXI), assim como o legislador infraconstitucional previu expressamente a possibilidade de omissões da lei no art. 4º da LINDB e em outros dispositivos.

7. Tecnicamente, há apenas lacunas da lei e não do sistema jurídico, pois ele próprio indica os critérios de colmatação. Os meios de integração das lacunas são: princípios constitucionais, a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade.

8. A ordem estabelecida no artigo 4º da LINDB para integrar as lacunas no sistema jurídico não necessita ser seguida hierarquicamente, basta que o juiz fundamente suas decisões e o faça com justiça.

9. A rigor, o artigo 4º da LINDB não foi recepcionado na Constituição Federal de 1988, em face da supremacia dos princípios constitucionais ante as formas de integração previstas no referido artigo, contudo, não havendo antinomia entre estas e aqueles, não há qualquer impedimento para que o magistrado use de uma forma de integração ao invés da outra, ou de todas, *até mesmo porque os próprios artigos 4º da LINDB e 126 do CPC não hierarquizaram os processos de integrações e nem de interpretações.*

## Referências

- ALVIM, Agostinho. Da equidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 30, nº 132, p. 3-8, jul. 1941.
- BARRETO, Vicente Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Unisinos/Ed. Renovar, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 12ª ed. adaptada à Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DONNINI, Rogério Ferraz & CARRAZA, Roque Antonio. (Coord). **Temas atuais de direito**. (Academia Paulista de Direito). São Paulo: Malheiros, 2008.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martín. **Tratado de derecho civil**. Trad. de Blas Pérez González e José Algér. Buenos Aires: Bosch, 1948.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Barcelona: Ariel, 1966.
- \_\_\_\_\_. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.
- NOGUEIRA, Rubem. **Curso de introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- VON WRIGHT. **An essay in deontic logic and the general theory of action**. Amsterdã: North-Holland Publishing Company, 1968.

# Ética e meio ambiente a partir das contribuições de Hans Jonas

Jacqueline Orofino da Silva Zago de Oliveira<sup>1</sup>

## RESUMO

A partir da obra “O Princípio da Responsabilidade”, de Hans Jonas, o presente artigo analisa, inicialmente, a ética tradicional a fim de demonstrar sua insuficiência para salvaguardar o meio ambiente equilibrado assegurado no artigo 225 da Constituição Federal, diante do avanço da técnica e da ciência. Pretende-se demonstrar que a ética jonasiana vem ao encontro do tratamento constitucional conferido ao meio ambiente, destacando que a propagação e o conhecimento das ideias de Jonas podem contribuir para a proteção ambiental, constituindo a heurística do medo o contraponto do desenvolvimento tecnocientífico.

***Palavras-chave:*** *Ética; Responsabilidade; Técnica; Ciência; Meio ambiente.*

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça Titular da 3ª Promotoria de Colinas do Tocantins. Graduada em Direito (UEL), especialista em Direito Tributário (Unitins), cursando Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT).

## 1. Introdução

Escolas jurídicas doutrinárias, tendências e correntes de representantes dos pensamentos filosófico, sociológico e antropológico perpassam constantemente o campo do Direito. Dentre as áreas de conhecimento que se associaram à reflexão jurídica nas últimas décadas do século XX e nesta segunda década do século XXI, a do Meio Ambiente é aquela que mais possibilita reflexões e aportes inter e multidisciplinares.

Nesse sentido, ao se focalizar temáticas aderentes à relação meio ambiente e Direito, a proteção ambiental no meio jurídico torna-se destaque. Para ela também concorrem inúmeros pensadores, pesquisadores e vertentes do pensamento filosófico, sociológico, etc. Inclusive, pode-se também salientar aqueles pensadores que a partir da relação tecnologia e ética remetem a importantes questionamentos e contribuições a temática da proteção ambiental.

O presente texto, ao ter como ponto de partida a preocupação da sobrevivência humana num meio ambiente sadio e protegido, recorre às contribuições do filósofo alemão Hans Jonas (1903-1993) para realizar uma reflexão sobre o papel da ética da responsabilidade na atualidade.

## 2. Considerações iniciais sobre os trabalhos de Hans Jonas

Um dos escritos clássicos de Hans Jonas foi “O Princípio da Responsabilidade” publicado na Alemanha (1970) e Inglaterra (1984). No Brasil, sua obra possui divulgação recente a partir de traduções, artigos acadêmicos e resenhas publicadas desde a primeira década do século XXI (JONAS; 2006; SANTOS et al., 2011; SÉVE, 2007).

De acordo com dados biográficos, Hans Jonas propôs uma nova ética, após vivenciar as agruras causadas pela bomba atômica na 2ª Guerra Mundial, como judeu perseguido. Sobrepôs-se aos ideais do Iluminismo e verificou que com o final da 2ª grande guerra iniciou-se

a guerra fria na qual foi acirrada a disputa pelo controle da tecnologia e da ciência como forma de dominar o mundo, o que levou Hans Jonas a propor o seu princípio ético da responsabilidade.

Diante da constatação de que o desenvolvimento da técnica pode causar destruição em proporção inimaginável e que seus objetivos e consequências não são alcançados por uma concepção ética tradicional, Jonas propõe uma postura para o comportamento humano, por considerar inconcebível o desenvolvimento tecnocientífico destituído de consciência universal e vislumbrar o risco da humanidade vir a se destruir por meio do avanço tecnológico. A ética proposta não aniquilava a tradicional, mas somava-se a ela, guiando o agir do homem contemporâneo que goza do desenvolvimento científico. O autor destacava que

A experiência tem ensinado que os desenvolvimentos tecnológicos postos em marcha pela ação tecnológica com objetivos de curto prazo tendem a se autonomizar, isto é, a adquirir sua própria dinâmica compulsiva, com um crescimento espontâneo graças ao qual, como dissemos, eles se tornam não só irreversíveis como também autopropulsionados, ultrapassando de muito aquilo que os agentes quiseram e planejaram (...) Entra aqui em ação a mencionada impotência de nosso saber com respeito a prognósticos de longo prazo (JONAS, 2006, p. 78)

Com o desenvolvimento da tecnologia, o homem passou a ter total domínio sobre a natureza e o uso irresponsável das inovações técnicas vem causando a sua gradativa e irreversível destruição. O uso da técnica sem moderação, alijado de uma reflexão ética, faz com que seja ignorado seu alto poder de transformação e destruição.

A “situação limite” a que chegamos – no tocante à crise ambiental – está associada de forma direta à postura filosófica – incorporada nas nossas práticas cotidianas – de dominação do ser humano em face do mundo natural, adotada desde a ciência moderna, de inspiração cartesiana, especialmente pela cultura ocidental. (JONAS, 2006, p. 37).

Diante da constatação feita por Hans Jonas de que com o desenvolvimento da técnica, a ação humana, durante o curso da história, não considera a irreversibilidade de seus efeitos, revelando-se ilimitada, destituída de prudência, resta evidenciada a necessidade de uma nova proposta ética.

(...) no caso da ética, é preciso dizer que ela tem de existir. Ela tem de existir porque os homens agem, e a ética existe para ordenar suas ações e regular seu poder e agir. Sua existência é tanto mais necessária, portanto, quanto maiores forem os poderes do agir que ela tem de regular (...) Por isso, a capacidade de ação de um novo tipo exige novas regras da ética e talvez mesmo uma ética de novo tipo (JONAS, 2006, p. 65-66)

Isso porque na ponderação que deve permear os assuntos de potencial apocalíptico a ética tradicional revela-se ultrapassada, por não contar com previsões de longo prazo, preocupando-se somente com o que é próximo e deixando que o futuro cuide de si (STARLET, 2013).

A leitura do “Princípio Responsabilidade” de Hans Jonas (2006), escrito em 1970, permite verificar que seu conteúdo e a ética proposta pelo autor encontra-se atualizada e, se devidamente compreendida e difundida, pode constituir-se importante fator de proteção ambiental.

Fundada na heurística do medo, a ética proposta no Princípio Responsabilidade enfatiza que a prudência deve sobrepor-se ao desejo e propõe uma mudança de paradigmas e de comportamento, a fim de que o homem passe a pensar de forma coletiva e a agir de modo a garantir a existência das futuras gerações e da natureza.

### 3. Da ética “tradicional” à proposta de Jonas

As éticas tradicionais em Hans Jonas são aquelas cujas heranças estão vinculadas diretamente às tradições religiosas judaico-cristãs e ao pensamento filosófico kantiano. Para ele, essas éticas não têm habilidade e são insuficientes no lidar com a sociedade tecnológica (JONAS, 2006).

Diniz (2012), ao analisar as preocupações de Jonas sobre o antropocentrismo kantiano, salienta:

O antropocentrismo é resultado direto da irrelevância ética da natureza e, por consequência, do dualismo e do kantismo. Isso porque para Kant, a liberdade está sediada na razão e, portanto, a ética também (posto que o determinismo a inviabiliza). Se a razão é exclusividade da *res cogitans*, conclui-se que o fim de todas as coisas é o homem (DINIZ, 2012, p. 4).

Essa irrelevância ética da natureza preocupa Jonas, não no sentido de colocar a primeira sobre a ética e o homem, mas de incluí-la de maneira especial e protagônica também nas reflexões sobre o bem-estar e o estar bem no mundo.

Diniz salienta que Jonas, com relação às éticas tradicionais, pensa-as como apostas:

Suponha-se uma ação executada com o objetivo de alcançar um benefício. Uma determinada convergência de ações alheias e eventos naturais pode, eventualmente, desviar a sequência de causas e efeitos desencadeada por essa primeira ação e fazê-la resultar em uma desgraça. Nesse sentido, todas as ações humanas são apostas. À semelhança do que ocorreu com a vulnerabilidade da natureza por meio da técnica, a temporalidade das ações éticas se expandiu à medida que avançou o poder técnico. (DINIZ, 2012, p.7)

A ética clássica não tem como objetivo a responsabilidade humana com as vidas futuras e com a natureza. Volta-se para o aspecto individual e contemporâneo e, por isso, revela-se inservível para tratar dos desafios da civilização, referentes ao relacionamento do homem com o meio em que vive.

A ética kantiana contempla o homem como fim em si mesmo. Os fatores extra-humanos são considerados meros meios para as realizações da humanidade. Sob essa ótica, somente o homem seria digno de respeito e, por isso, não tem o dever de se preocupar com as gerações futuras, com as consequências indesejadas do progresso tecnocientífico e com aquilo que é extra-humano.

O Princípio da Responsabilidade destaca que o homem é responsável pela natureza por exercer poder sobre ela, sendo que a existência de um sujeito consciente constitui pressuposto da responsabilidade. O que se verifica é que o determinismo em alcançar o desenvolvimento tecnológico elimina a consciência e conseqüentemente deixa de haver responsabilidade.

Nesse cenário atual, a ausência de consciência e de responsabilidade faz com que o homem se torne um risco para a humanidade e para a sobrevivência da espécie humana, na medida em que coloca em perigo o equilíbrio do ecossistema, na busca pelo desenvolvimento e aplicação de novas técnicas.

A ética dita tradicional, de caráter antropocêntrico, nega-se em se preocupar e responsabilizar o homem por aquilo que seja extra-humano, como o ecossistema. Volta-se exclusivamente para o aspecto individual e imediato e sob esse enfoque as questões éticas advindas do desenvolvimento tecnocientífico e da sua intervenção na natureza, cujos efeitos são remotos, futuros e cumulativos, não são relevantes para essa ética clássica.

A natureza não é vista como fonte de recursos, é destituída de valor intrínseco, mas como potência superior ao homem e tida como ameaça à humanidade como a técnica é hoje. O mundo extra-humano que faz parte da capacidade produtiva do homem é considerado eticamente neutro, sob a ótica tradicional.

Segundo a ótica da ética tradicional, consideram-se somente as relações intersubjetivas, reduzindo-as ao presente que é partilhado pelo agente e por aquele que sofre sua ação. As conseqüências futuras da ação humana são creditadas ao acaso. Ocorre que a técnica desenvolvida para gerar bem-estar e felicidade ganhou vida própria e seu desenvolvimento constitui a principal finalidade da ação humana. Nesse cenário, tudo o que for possível sob o ponto de vista técnico deve ser realizado, sem qualquer limitação de natureza ética.

Os conhecimentos tecnológicos e científicos, que deveriam ter o desenvolvimento, o bem-estar social e a dignidade e qualidade de vida humana como suas finalidades maiores, passam a ser, em decorrência de sua instrumentalização inconsequente levada a cabo

pelo ser humano, com todo o seu poder de criação e destruição, a principal ameaça à manutenção e à sobrevivência da espécie humana, assim como de todo o ecossistema planetário. (SARLET, 2013, p. 38)

A ética jonasiana funda-se na heurística do medo, partindo do pressuposto de que o homem tornou-se perigoso para a humanidade, ao utilizar-se do progresso tecnológico sem responsabilidade, colocando em risco o equilíbrio da biosfera. A responsabilidade do homem é proporcional ao aumento do seu poder de transformação e da previsão dos eventuais danos que suas ações possam desencadear. O medo não significa não agir, mas fazê-lo com precaução, antevendo possíveis soluções para os problemas decorrentes de sua ação, com a finalidade de frear o agir egoísta. Isso porque se constata excesso de poder de fazer em relação ao reduzido poder de prever. Ou seja, o medo significa assumir a responsabilidade pelo futuro da humanidade.

(...) na busca de uma ética da responsabilidade a longo prazo (...) Precisamos da ameaça à imagem humana – e de tipos de ameaça bem determinados – para, com o pavor gerado, afirmarmos uma imagem humana autêntica. (...) O que nós *não* queremos, sabemos muito antes do que aquilo que queremos. Por isso, para investigar o que realmente valorizamos, a filosofia da moral tende a consultar o nosso medo antes do nosso desejo (JONAS, 2006, p. 71).

Ao colocar em prática a tecnologia e da ciência desenvolvidas, o homem deve antever as consequências que elas podem ocasionar e estar preparado para propor soluções aos problemas verificados e inesperados. O que significa dizer que o medo deve traduzir-se em agir com precaução, com responsabilidade, de modo a evitar que o pior venha a ocorrer e ter condições para prever os resultados de seu comportamento e corrigi-lo quando indesejável. Trata-se do próprio instinto de preservação da espécie humana.

Ao utilizar-se do progresso tecnocientífico, o homem deve fazê-lo com cautela e prudência, pois não é possível antever todos os efeitos a longo prazo desse uso. O medo, portanto, serve para diminuir o ritmo do desenvolvimento do conhecimento científico, que

é ilimitado. Constitui um limite para o uso de algumas tecnologias, freando a compulsão pelas descobertas científicas a qualquer preço, sem sopesar suas consequências.

Diante da ausência de conhecimento para antever os resultados que estejam além e sua capacidade de previsão, as alternativas para o agir humano, em se tratando de progresso técnico e científico, são o comedimento e a prudência.

É do temor fundado, enquanto representação do mal, que surge a atitude ética, como forma de evitar que o pior venha a ocorrer, diante do risco da incerteza. Pretende-se, com isso, preservar o futuro da vida humana e extra-humana, protegendo o meio ambiente do uso desenfreado da tecnociência.

A nova proposta visa permear o agir humano, a fim de que se volte não só para as relações inter-humanas, mas também para a relação do homem com o que é extra-humano: o comportamento do homem deve buscar o bem para si e seus contemporâneos, que sofrerão os efeitos de sua ação, bem como para o futuro da humanidade, do ecossistema e da natureza.

A ética jonasiana volta-se não somente ao futuro da humanidade. Preocupa-se também com o planeta e o meio-ambiente preservado em condições de habitabilidade para as futuras gerações, pois a natureza preservada constitui pressuposto de existência da espécie humana. Não se fundamenta na reciprocidade, pois não é possível esperá-la das gerações futuras e por isso é revolucionária em relação à ética tradicional, por não esperar retorno. É comparável ao dever dos pais de cuidar dos filhos, sem esperar algo em troca.

Sob esse enfoque, censura o excesso de domínio que o homem exerce sobre a natureza, que possa dar causa a sua destruição. A ética jonasiana preconiza que o homem é responsável pelo mudo animal, vegetal, mineral, pela biosfera e estratosfera, como forma de assegurar a subsistência da humanidade.

## 4. A tutela do meio ambiente na Constituição Federal de 1988

Com ciência dos Direitos Humanos de 1ª e 2ª Geração, a Constituição Federal consagra o meio ambiente ecologicamente equilibrado, de titularidade coletiva, como Direito de 3ª Geração, priorizando o princípio da solidariedade, a par da liberdade e da igualdade proclamadas pelas duas primeiras gerações de direitos.

Da união do art. 225 da Constituição Federal com o art. 1º, inciso III, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, é possível extrair que para a concretização deste é indispensável o mínimo de equilíbrio e qualidade ambiental. Degradações ambientais que venham a transgredir esse mínimo preconizado pelo constituinte importam em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O art. 225 da Constituição Federal revela uma tendência do constituinte, a ser seguida pelo legislador ordinário, de ampliar a ética proposta por Kant. Esta restringe a dignidade ao aspecto individual e antropocêntrico, enfatizando que o homem não pode ser meio para satisfação de vontade alheia, mas deve ser sempre um fim em si mesmo, destacando a autonomia, a liberdade e a racionalidade como atributos do homem. Para Kant, o extra-humano tem valor relativo, que somente será reconhecido como meio para satisfazer a necessidade humana.

A tutela ambiental proposta pela Constituição Federal pressupõe que a dignidade não se restringe apenas ao aspecto individual e antropocêntrico. Saliencia que o meio ambiente equilibrado é condição essencial para a sobrevivência do homem enquanto espécie, constituindo-se, portanto, como condição de existência para as gerações presentes e futuras.

A tutela atribuída à personalidade humana representa uma proteção abrangente em face de todas as possibilidades de sua violação, o que deve, necessariamente, acompanhar a evolução e a complexidade das relações sociais contemporâneas, captando a dimensão ecológica dessas. (Sarlet, 2013, p. 50)

Conforme se verifica do art. 225, o constituinte vislumbrou que o meio ambiente equilibrado é condição para a vida saudável do ser humano e que cabe ao Poder Público e à coletividade preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A ética kantiana de caráter antropocêntrico revela-se insuficiente para assegurar o direito humano ao meio ambiente equilibrado, por tratá-lo como simples meio para que o ser humano atinja suas finalidades.

Para a compreensão e difusão da ética jonasiana, enquanto complemento daquela proposta por Kant, é inevitável que o Poder Público cumpra o que determina o dispositivo constitucional já referido e promova a educação ambiental e a conscientização pública como forma de assegurar a preservação do meio ambiente.

Na atualidade, tem-se verificado que predominam entre os seres humanos a individualidade e o egoísmo. As atitudes do homem voltam-se a garantir sua subsistência e seu próprio bem-estar, no momento presente. Nesse cenário, a ética kantiana, eminentemente antropocêntrica, torna-se muito mais aceitável e difundida, em oposição à ética jonasiana, que está mais próxima do que preconiza o constituinte.

Acrescente-se que a urgência das necessidades e a fluidez das relações fazem com que as preocupações humanas tenham caráter imediatista, voltando-se somente ao momento atual, de modo que o futuro não constitui preocupação da humanidade.

Some-se a isso o fato de que, em regra, a exploração dos recursos ambientais está voltada a atender interesses puramente econômicos e consumeristas, motivo bastante para que aqueles que exploram o meio ambiente o façam preocupados somente com o desenvolvimento da melhor técnica para que esses objetivos – econômico e consumerista – sejam atingidos, sem observar o que preconiza a Constituição Federal no compasso com a ética jonasiana.

Verifica-se, portanto, que a verdadeira preservação ambiental, como forma de assegurar o equilíbrio do ecossistema e a proteção da natureza como cenário não só da vida humana saudável, mas também como palco da vida extra-humana e meio de assegurar a sobrevivência das futuras gerações, somente será viável se, ao atender ao disposto na

Constituição Federal, o Poder Público implantar uma política pública eficiente e efetiva, voltada para a educação e conscientização pública, por meio da qual se poderá difundir a ética de Hans Jonas.

A partir do conhecimento e compreensão da ética jonasiana, acredita-se que o homem passará a reger suas relações inter-humanas e com o Estado de maneira a evitar que o uso de novas técnicas e o desenvolvimento científico não impliquem em destruição ambiental em níveis que afrontem o princípio da dignidade da pessoa humana, atendendo ao que determinou a Constituição Federal.

## 5. Considerações finais

A ética da responsabilidade, frente às éticas tradicionais, constitui meio mais eficaz de tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito humano de 3ª geração, fundado na solidariedade, e pode ser apontada como forma de salvaguardar o ecossistema e o planeta.

Na atualidade, o que se verifica é a predominância do individualismo e do egoísmo. As atitudes do ser humano voltam-se para si e para o bem-estar próprio. Nesse cenário, torna-se muito mais difundida e aceita a ética tradicional, por ter caráter antropocêntrico, voltado para o bem-estar individual do homem que é visto como um fim em si mesmo, enquanto tudo o que é extra-humano constitui somente meio para que o homem satisfaça suas necessidades.

Some-se a isso o fato de as relações humanas regerem-se pelo imediatismo, o que acarreta como consequência a despreocupação com o futuro e a responsabilidade somente com a atualidade.

Acrescente-se que, em relação ao meio ambiente, o homem acredita na reversibilidade dos efeitos de suas ações devastadores no ecossistema e no planeta, de modo que a natureza continua sendo tratada como meio para que ele atinja seus objetivos, dentre eles o de desenvolver técnicas que possam, ao menos em tese, recuperá-la, a fim de assegurar o direito das gerações futuras.

Não existe uma política pública eficiente destinada a difundir a educação ambiental e a conscientização coletiva como formas de assegurar o meio ambiente equilibrado, direito das presentes e futuras gerações.

Por meio da educação, será possível difundir e compreender a ética jonasiana que, indubitavelmente, constitui importante meio de assegurar o que preconiza a Constituição Federal em matéria ambiental.

## Referências

- ALENCASTRO, Mario Sergio Cunha, Heemann, Ademar. **Hans Jonas: as bases filosóficas para uma ética da sustentabilidade.** Disponível em: [http://www.unifae.br/publicacoes/pdf/sustentabilidade/mario\\_ademar\\_hansjonas.pdf](http://www.unifae.br/publicacoes/pdf/sustentabilidade/mario_ademar_hansjonas.pdf)
- BATTESTIN, Cláudia; GHIGGI, Gomercindo. **O princípio da responsabilidade de Hans Jonas: um princípio ético para os novos tempos.** Disponível em [http://sites.unifra.br/Portals/1/ARTIGOS/numero\\_06/battestin\\_5.pdf](http://sites.unifra.br/Portals/1/ARTIGOS/numero_06/battestin_5.pdf).
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.** Texto promulgado em 05 de outubro de 1988. Vademecum. 6 ed. Rideel: São Paulo, 2009.
- CALDAS, Raimunda Diva Ribeiro. **Hans Jonas: uma proposta ética à civilização tecnológica.** Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/pet/article/view/541>.
- DINIZ, Daniel Alves da Silva Lopes. **As limitações das éticas tradicionais e a fundamentação da ética da responsabilidade segundo Hans Jonas.** In: Cadernos do PST Filosofia. Vol. 3, nº 5, jan-dez, 2012, p. 2-14.
- GABRIEL, Fábio Antônio. **Hans Jonas: ética e responsabilidade.** Disponível em: <http://www.portaleducacao.com.br/pedagogia/artigos/20925/hans-jonas-etica-e-responsabilidade>.
- JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- KUAIAVA, Edvaldo Antônio. **A responsabilidade como princípio ético em Hans Jonas e E. Levinas: uma aproximação.** Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1844/1374>.
- MELO, Isaac. **Ética da responsabilidade de Hans Jonas.** Disponível em: <http://almaacreana.blogspot.com.br/2009/12/etica-da-responsabilidade-de-hans-jonas.html>.

SANTOS, Robinson dos. **O problema da técnica e a crítica à tradição na ética de Hans Jonas.** Disponível em :<http://www.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/30/11.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfanf. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SGANZERLA, Anor. **Natureza e responsabilidade: Hans Jonas e a biologização do ser moral.** São Carlos: UFSCar, 2012.

SIQUEIRA, José Eduardo de. **Hans Jonas e a ética da responsabilidade.** Disponível em: [http://www.unopar.br/portugues/revfonte/v3/art7/body\\_art7.html](http://www.unopar.br/portugues/revfonte/v3/art7/body_art7.html).

# Intervenção estatal nos recursos hídricos: outorga do direito de uso

João Luis da Costa Jucá<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo retrata a água que, como um bem limitado e essencial para a manutenção e desenvolvimento da vida terrestre, deve ser preservada, resguardada e fiscalizada pelo Poder Público e por toda a população civil, cabendo àquele o poder de fiscalização e controle do uso das águas, para que a mesma não seja utilizada de forma irracional, comprometendo, assim, futuras gerações. A esta cabe o poder de preservar e conscientizar-se da importância vital da água como meio essencial da manutenção de vida e parcimônia social, sendo que a outorga do direito do uso dos recursos hídricos é o meio pelo qual o Poder Público controla o acesso às águas, através de projetos apresentados junto à Agência Nacional de Águas, tendo, assim, um preciso método para o eficaz controle do uso racional das águas.

**Palavras-chave:** *Recursos hídricos; Intervenção estatal; Direito de uso.*

---

<sup>1</sup> Analista Ministerial em Ciências Jurídicas do Ministério Público do Tocantins. Bacharel em Direito (PUC-GO), especialista em Direito Constitucional (FDDJ-SP).

## 1. Introdução

A água, como um bem limitado e essencial para a manutenção e desenvolvimento da vida terrestre, deve ser preservada, resguardada e fiscalizada pelo Poder Público e por toda a população civil.

Ao Poder Público cabe o poder de fiscalização e controle do uso das águas, para que a mesma não seja utilizada de forma irracional, comprometendo, assim, futuras gerações. À sociedade civil cabe o poder de preservar e conscientizar-se da importância vital da água como meio essencial à manutenção de vida e parcimônia social.

A outorga do direito do uso dos recursos hídricos é o meio pelo qual o Poder Público controla o acesso às águas, através de projetos apresentados junto à Agência Nacional de Águas, tendo, assim, um preciso método para o eficaz controle do uso racional das águas. Outorgar, do latim popular *auctorisare* (autorizar), significa dar consentimento. A Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos, em seu art. 18, estabelece que “a outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso”. Para qualquer finalidade do uso das águas de um rio, lago ou até mesmo de águas subterrâneas, necessário será a solicitação de uma outorga ao Poder Público.

De acordo com Antonio Houaiss (1987), outorgar é “aprovar, concordar com, consentir em”. No sentido especificamente jurídico, a outorga vai exigir a intervenção do Poder Executivo Federal (art. 29, I, da Lei 9.433/97) e dos Poderes Executivos Estaduais e do Distrito Federal (art. 30, da referida lei) para manifestar sua vontade.

## 2. As outorgas e os recursos hídricos

A Instrução Normativa nº 4, de 21 de junho de 2000, do Ministério do Meio Ambiente (DOU DE 03.07.2000, pp. 25-30) definiu:

Outorga de direito de uso de recursos hídricos como ator administrativo, de autorização, mediante o qual o Poder Público outorgante faculta ao outorgado o direito de uso do recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e condições expressas no respectivo ato.

Conforme expresso no artigo 1º, em seu inciso I da Lei 9.433/97, “a água é um bem de domínio público”, tendo, como consequência, que ser requerida autorização perante o Poder Público para o seu uso, a exemplo da captação de água para abastecimento doméstico, para fins industriais ou de irrigação, lançamentos de efluentes industriais ou urbanos em rios, construção de obras hidráulicas como barragens e canalizações de rios, pivôs de irrigação, etc.

Ante esse domínio que possui sobre as águas de todo o território nacional, o Poder Público não é proprietário da mesma, sendo somente o gestor-fiscalizador no interesse coletivo. Há a necessidade de interferência do Poder Público como forma de ordenar, resguardar e mensurar seu uso e distribuição, garantindo assim um acesso equânime e justo por toda a coletividade.

Como ensina Hely Lopes Meirelles (2003, p. 528),

A utilização das águas, embora seja direito de todos, sujeita-se sempre à regulamentação necessária à preservação dos mananciais e à equitativa distribuição de seu consumo. Essa regulamentação constitui o regime jurídico das águas de cada país, que o estabelece segundo suas conveniências e o sistema hidrográfico nacional, no legítimo exercício de sua soberania.

A Constituição Federal, em seu art. 21, XIX, assegura competir à União definir os critérios de outorga dos direitos de uso de recursos hídricos. O art. 11, da Lei 9.433/97 nos traz que “o regime de outorga de direito de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água”. Essa norma legal é vinculante para a ação governamental federal e estadual na outorga de direitos de uso.

Desse modo, os governos não podem conceder ou autorizar usos que agridam a qualidade e a quantidade das águas, assim como não podem agir sem equidade ao permitir acesso à água. Ainda, o mesmo artigo estabelece um regime, um sistema, uma gestão, da qual não se pode compreender a outorga em apreço como ato isolado do Poder Público<sup>2</sup>, mormente, se desvinculado dos princípios da Administração Pública e do Direito Ambiental (incluídos os princípios de fundamentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos).

Em situações de escassez, leva-se em conta o uso prioritário dos recursos hídricos para o consumo humano e a dessedentação de animais, de acordo com o art. 1º, III, da Lei 9.433/97.

O art. 15, da Lei 9.433/97, em seu inciso V, prevê a suspensão, total ou parcialmente, em caso de necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas. Tal competência cabe ao poder público federal ou estadual responsável pela outorga dos direitos de uso da água. Essa medida mostra-se efetiva com o comprometimento do consumo humano ou a dessedentação de animais. A multiplicidade de uso das águas é imensa e não está numerada em sua totalidade na Lei 9.433/97.

Dentre as finalidade de uso, temos: abastecimento humano, dessedentação animal, irrigação, indústria, geração de energia elétrica, preservação ambiental, paisagismo, lazer, esportes, navegação, lançamento de esgotos e demais resíduos líquidos etc. Porém, muitas vezes, esses usos são concorrentes, gerando conflitos entre setores, usuários e pactos ambientais.

Nesse sentido, gerir recursos hídricos é uma necessidade premente que tem como objetivo buscar acomodar as demandas econômicas, sociais e ambientais por água em níveis sustentáveis, de modo a permitir a convivência dos usos atuais e futuros da água sem conflitos.

---

<sup>2</sup> O jurista Paulo Affonso Leme Machado, complementa que, "nesse sentido, dizem os arts. 29, caput, e 30, caput, da referida Lei, que compete ao poder executivo federal e aos poderes executivos estaduais e do DF 'promover a integração da gestão dos recursos hídricos com a gestão ambiental' (inciso IV de ambos os artigos)."

A outorga visa dar uma “garantia quanto à disponibilidade de água, assumida como insumo básico de processo produtivo”<sup>3</sup>. A outorga tem valor econômico para quem a recebe, na medida em que oferece garantia de acesso a um bem escasso, sendo que um grande complicador no processo de emissão de outorgas tem origem no fato de que o conceito de “disponibilidade hídrica” admite diferentes formulações, porque vazão fluvial é uma variável aleatória e não uma constante. Diante dessa inconstância de disponibilidade hídrica, constata-se que os outorgados não têm direito adquirido a que o Poder Público lhes forneça o quantum de água indicado na outorga. O Poder Público não pode alterar a outorga arbitrariamente, mas pode modificá-la motivadamente, de acordo com o interesse público.

O art. 43, caput, do Código das Águas já dispunha que:

As águas públicas não podem ser derivadas para aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

A aplicação do “princípio da participação” – cujo sentido é perfeitamente descrito por Alexandre Charles Kiss, quando diz que: “O Direito Ambiental faz os cidadãos saírem de um estatuto passivo de beneficiários, fazendo-os partilhar da responsabilidade na gestão dos interesses da coletividade inteira” – na outorga de uso dos recursos hídricos não foi expressamente prevista na legislação. Seria extremamente saudável que essa decisão administrativa, de vital importância para a comunidade, não ficasse somente nas mãos de servidores públicos eventuais ou de carreira. A sociedade civil precisa ser convocada para opinar e, também, ajudar no processo decisório hídrico já nessa fase, e não somente nas fases posteriores, no Comitê de Bacia Hidrográfica.

---

<sup>3</sup> Gerenciamento de recursos hídricos – parte I: Outorga, XII Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos, Vitória, 1997.

### 3. Da regulação

À união compete “instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (art. 21, XIX, da CF).

O art. 22 da Constituição Federal trata da competência privativa da União. As águas passam a integrar tal competência (art. 22, IV, da CF). A competência privativa de legislar da União exclui a intervenção legislativa dos Estados e dos Municípios, a não ser que seja expressa autorização para legislar sobre questões específicas (art. 22, parágrafo único, da CF). A Constituição Federal emprega o termo no plural: “águas”<sup>4</sup>.

O art. 20 da Constituição Federal, em seu inciso III, estabelece o que são bens da União:

Art. 20. omissis

...

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

Há uma ampla abrangência do poder normativo da União, que deve ser utilizado para que as legislações estaduais não criem normas discriminatórias ou que estimulem políticas diferentes e até antagônicas sobre o uso das águas.

As normas de emissão de efluentes, tanto públicos como privados, podem ser estabelecidas tanto pela área federal, como estadual e municipal. Os Estados e Municípios têm o direito de suplementar as regras de controle da poluição hídrica que a União já tiver feito, no sentido de exigir mais – e nunca menos – do que a regra federal. Quando a área federal se mantiver omissa, os Estados,

---

<sup>4</sup> Água é a “fase líquida de um composto químico formado aproximadamente por 2 partes de hidrogênio e 16 partes de oxigênio em peso. Na natureza ela contém pequenas quantidades de água pesada, de gases e de sólidos (principalmente sais) em dissolução” (Glossário de Termos Hídricos, p. 181).

atendendo às suas peculiaridades, podem tomar a iniciativa e estabelecer normas de proteção das águas (art. 24, § 3º, da CF).

A União não detém o controle da entrega ou da divisão de todas as águas do País. A Constituição Federal classificou as águas em federais e estaduais, não determinando a previsão específica de águas nacionais, a serem geridas exclusivamente pela União. Os Estados podem estabelecer, de forma suplementar à competência da União, as normas de emissão de efluentes lançados nos cursos de água, visando controlar a poluição e defender o recurso natural (art. 24, VI, da CF), mas dependem do que dispuser a lei federal, à qual cabe definir os padrões de qualidade das águas e os critérios de classificação das águas de rios, lagos e lagoas.

O art. 26 da Constituição Federal define o que se inclui entre os bens do Estado.

Art. 26. omissis

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, nesse caso, na forma da lei, as decorrentes de obra da União.

Poderiam os Estados criar Agências de Águas diferentes do sistema preconizado pela Lei 9.433/97? Constitucionalmente, o sistema é único no Brasil (art. 21, XIX, da CF), mas, desde que não se desvirtue a estrutura do Sistema Nacional, os Estados não perdem sua autonomia de legislar supletivamente sobre o Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Embora a lei federal sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos tenha instituído a cobrança pela utilização dos recursos hídricos no domínio da União e inserido-a entre os seus instrumentos, a decisão a respeito da cobrança relativa às águas do respectivo domínio cabe aos Estados. Estes, nos termos da Constituição Federal, são autônomos, organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da federação, sendo-lhes reservadas as competências não vedadas por aquela. Como a cobrança pela utilização das águas não é princípio da Carta Federal, os Estados

têm competência para editar normas administrativas sobre a gestão e cobrança das águas do seu domínio, mesmo sob a forma de lei.

Conforme exposto nos artigos 41 a 44 da Lei 9.433/97, os Estados têm competência para legislar sobre a gestão das águas (não sobre as águas). Quando for promulgada a Lei da Agência de Águas, os Estados, em caso de contrariedade à norma federal superveniente, terão o dever constitucional de adaptar suas Agências (art. 24, § 4º, da CF). Os Estados e o Distrito Federal possuem órgãos próprios com competência para emitir as outorgas de direito de uso das águas de seus domínios.

## 4. Recursos hídricos sujeitos à outorga

O art. 12 da Lei 9.433/97 estabelece a sujeição à outorga pelo Poder Público do direito dos seguintes usos de recursos hídricos:

- I – derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público ou insumo produtivo (derivação é a transferência de águas de uma corrente para outra, podendo as correntes ser naturais ou artificiais);
- II – extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final de processo produtivo;
- III – lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;
- IV – aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;
- V – outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.

No inciso V do art. 12, acima referido, o legislador deu à Administração Pública a possibilidade de alargar os casos em que a outorga hídrica seja obrigatória. A Administração Pública, contudo, terá o ônus da prova a respeito da possibilidade da alteração do regime, da quantidade e/ou qualidade de água existente em um corpo de água. É através desse inciso que são consideradas legais as modalidades de outorga do art. 3º, III, IV e V, da Instrução Normativa

4, de 21.06.2000, do Ministério do Meio Ambiente: obras hidráulicas, serviços de limpeza, proteção de margens e desassoreamento de cursos de água e travessias em cursos de água.

A ausência de outorga nos casos acima mencionados configura “infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos” (art. 49), e o infrator ficará sujeito à advertência, multa, embargo provisório e embargo definitivo, cabendo, ainda, ação civil pública para o cumprimento da obrigação de fazer contra o usuário da água (pessoa física ou jurídica, privada ou pública) que infringir a obrigações do art. 12 da Lei 9.433/97, agindo sem a outorga de uso das águas.

O uso da água pela fauna e o uso da água para diluição e dispersão de poluentes integram a multiplicidade do uso dos recursos hídricos. Ao Poder Público e à coletividade incumbe a defesa do equilíbrio do meio ambiente (art. 255 da CF), através da outorga do direito de uso das águas. E para o exercício desta tarefa, no caso enfocado, é necessária atenção para que o deferimento das outorgas solicitadas por usuários específicos não torne inviável a qualidade ambiental de um corpo de água. Assim, há uma reserva hídrica que não permitirá que o Poder Público conceda todas as outorgas solicitadas, sem deixar um saldo hídrico suficiente para atender às emergências ambientais de interesse comum da coletividade.

Ao órgão público que emite a outorga do direito de uso de recurso hídrico, também cabe o dever de regulamentar e fiscalizar os usos, de acordo com os arts. 29, II e 30, I, da Lei 9.433/97.

Art. 29. Na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, compete ao Poder Executivo Federal:

(...)

II – outorgar os direitos de uso dos recursos hídricos, e regulamentar e fiscalizar os usos, na sua esfera de competência.

Art. 30. Na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, cabe aos Poderes Executivos Estaduais e do Distrito Federal, na sua esfera de competência:

I – outorgar os direitos de uso de recursos hídricos e regulamentar e fiscalizar os seus usos.

Para que se cumpra o expresso na Lei, serão necessárias inspeções periódicas, cabendo a propositura de ação civil pública para o cumprimento da obrigação de fiscalizar. O art. 15 da Lei 9.433/97 determina as circunstâncias em que a outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa, parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, quais sejam:

- I – não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga;
- II – ausência de uso por três anos consecutivos;
- III – necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas;
- IV – necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental;
- V – necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas;
- VI – necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água.

Caso se observe alguma das circunstâncias acima apontadas, poderá o Poder Público suspender a outorga do direito de usar as águas. No momento da concessão da outorga, nenhuma dessas circunstâncias existiam, pois se existissem, seria fato impeditivo para a concessão da outorga. Essa suspensão dá-se em virtude do interesse público geral, não tendo, portanto, como consequência, nenhum direito a indenização por parte do outorgado. Nesse sentido, para o cumprimento de tal suspensão, por prazo determinado ou definitivo, o Poder Público está obrigado a motivá-la, sob pena de nulidade do ato, por inobservância ao princípio da legalidade. O art. 16 da Lei 9.433/97 expressa que “toda outorga de direito de uso de recursos hídricos far-se-á por prazo não excedente a trinta e cinco anos, renovável”.

A Lei nº 9.433, de 08/01/97, sobre a Política e o Sistema Nacional de Recursos Hídricos, introduziu algumas alterações no Código de Águas. Este, por exemplo, fixava em trinta anos o prazo máximo,

tanto para as concessões como para as autorizações, sendo alterado para 35 (trinta e cinco) anos, pela nova lei. Da mesma forma, a disposição do Código, segundo a qual ficaria sem efeito a concessão se, durante três anos consecutivos, se deixasse de fazer uso privativo das águas, foi revogada, ficando determinada pela nova lei que a outorga de direito de uso de recursos hídricos pode ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, na ausência de uso por três anos consecutivos. Enquanto o Código era taxativo no sentido de que ficaria sem efeito a concessão, o novo diploma faculta a suspensão, a critério da Administração outorgante. Segundo o Código, em qualquer hipótese, terá preferência a derivação para o abastecimento das populações.

Ao tratar da matéria, a nova lei estatui que, em situações de escassez, os usos prioritários são o consumo humano e a dessedentação de animais. A disposição do Código era mais ampla e objetiva, pois independia de juízo a respeito da situação de escassez. Ao dispor que os Planos de Recursos Hídricos devem conter as “prioridades para outorga de direitos de uso dos recursos hídricos”, a lei não determina se devem elas ser propostas unicamente pelos Comitês de Bacia, quando da elaboração dos respectivos planos, ou por outro organismo, mas somente declara que devem deles constar. Sendo assim, as prioridades são as referidas na lei e, na sua falta, as estabelecidas pelos Estados, na gestão do bem público “água” do seu domínio.

Definindo quais usos de recursos hídricos independem de outorga, o § 1º do art. 12 da Lei 9.433/97 traz três situações definidas, onde há um direito subjetivo do usuário de usar a água sem a intervenção prévia do Poder Público. Entretanto, deverá haver definição em regulamento desse direito, ou através de decreto, para a “fiel execução” da lei. Segundo a Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos, usos insignificantes são aqueles que utilizam menos que 1 litro/segundo. Ultrapassado esse valor, há que se requerer a outorga para o uso desejado.

Como regulação, a Lei 9.984, de 17.07.2000, criou a Agência Nacional de Águas – ANA, sob a forma de autarquia em regime

especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, como entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Trata-se de uma agência reguladora, com a finalidade principal de supervisionar, controlar e avaliar as atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos e disciplinar, em caráter normativo, a implementação e operacionalização da política nacional sobre a matéria. A ela caberá, também, entre outras atribuições, a outorga onerosa pelo uso de águas de domínio da União. A outorga será expedida por meio de autorização, que é ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade ou utilização especial de um bem público.

A outorga do direito de uso de recursos hídricos é, sem sombra de dúvida, um instrumento importante, necessário e eficaz para o controle qualitativo e quantitativo da água.

Com esse mecanismo, o Poder Público tem um meio de controle sobre o uso da água, podendo, também, manter um controle sobre o meio ambiente, fazendo com que o uso das águas não se dê de forma indiscriminada e, mantendo uma certa tranquilidade aos usuários, uma vez que poderão realizar seus investimentos em um ambiente mais organizado, tendo, também, com isso, um fator inibidor de conflitos.

Nas palavras de Garrido (2001, p. 23-26)

A outorga é um instrumento de gestão do uso dos recursos hídricos capaz de produzir efeitos positivos em favor dos usuários da água, do Poder Público e para a sociedade civil organizada. A experiência brasileira já demonstrou que a introdução do regime de outorga em algumas regiões foi extremamente útil para promover a atenuação, quando não a completa erradicação, de conflitos entre usuários competidores pela água.

Por fim, a outorga de direito de uso dos recursos hídricos é, inegavelmente, um dos principais instrumentos da Política Nacional

dos Recursos Hídricos, no que se refere aos mecanismos de controle dos usos da água e articulação com os demais instrumentos, inclusive licenciamento ambiental.

Esse controle faz-se necessário e é essencial para uma distribuição equânime dos recursos hídricos, obtendo-se, ainda, um controle qualitativo e quantitativo dos mesmos.

## Referências

- ART, Henry W. **Dicionário de ecologia e ciências ambientais**. São Paulo: Melhoramentos, 2000.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- GRANZIERA, Maria Luíza Machado. **Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2001.
- HOUAISS, Antonio. **Dicionário prático da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1987.
- LOBO, Mário Tavarela. **Manual do direito de águas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos hídricos. Direito Brasileiro e Internacional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Direito ambiental brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **Da proteção jurídico-ambiental dos recursos hídricos brasileiros**. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 2001.
- SEMARH. **Manual técnico de outorga**. Goiás, Superintendência de Recursos Hídricos, 2012.

# A eficiência como princípio constitucional: uma análise de sua efetiva implementação por meio do Gespública

Leandro Ferreira da Silva<sup>1</sup>

## RESUMO

Característica das organizações privadas e públicas, a eficiência atravessa os modelos de administração pública implementados no Brasil, com destaque para sua ascensão ao status de princípio constitucional e as dificuldades encontradas pelo Estado em implantar a administração gerencial. O Modelo do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (Gespública) como alternativa para alcance de uma gestão mais eficiente, eficaz e efetiva. O presente texto busca depreender a eficiência como conceito abrangente, além do contexto da administração pública, porém, de ampla aplicação nessa esfera organizacional. Para sua elaboração, foi realizada pesquisa de cunho bibliográfico a fim de subsidiar o desenvolvimento da análise.

***Palavras-chave:*** Eficiência; Princípio da eficiência; Gestão; Gespública.

---

<sup>1</sup> Analista Ministerial Especializado do Ministério Público do Tocantins. Graduado em Administração (UFT), especialista em Educação (Fael).

# 1. Introdução

Há quinze anos, a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, alterava o texto do art. 37 da Constituição Federal, o qual passou a incluir a eficiência como um dos princípios basilares da administração pública brasileira.

A intenção do Constituinte derivado era implementar, de forma definitiva, o modelo de administração gerencial no Brasil. Ocorre que a eficiência desejada pelos gestores, que culminou na Emenda em questão, tem suas origens práticas nos modelos de administração privados, os quais têm diversas distinções das práticas utilizadas na administração pública.

Busca-se, neste artigo, compreender a conceituação clássica de eficiência tradicionalmente usada nas organizações privadas, analisando seus objetivos, além do conceito de eficiência no ambiente de gestão pública, principalmente com a elevação do termo ao caput do art. 37 da Constituição Federal, como um dos princípios norteadores da administração pública brasileira, sendo inclusive de observância obrigatória por toda Administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Apresenta-se, por fim, o Modelo do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (Gespública) como alternativa para a efetivação da eficiência nas organizações públicas, objetivando o alcance de resultados que tragam um impacto positivo nos serviços públicos prestados aos cidadãos.

## 2. Conceitos

### 2.1 Eficiência na administração privada

Uma acepção ampla do conceito de eficiência é fundamental para o entendimento de sua importância para as organizações, quer sejam elas públicas ou privadas. Nesse diapasão, Chiavenato (2000, p.177) nos diz que eficiência é uma relação entre custos e benefícios,

ou seja, “uma relação entre os recursos aplicados e o produto final obtido: é a razão entre esforço e resultado, entre despesa e a receita, entre custo e o benefício resultante”.

A eficiência preocupa-se com os meios, com os métodos e procedimentos mais indicados que precisam ser devidamente planejados e organizados a fim de assegurar a otimização da utilização dos recursos disponíveis. (CHIAVENATO, 2000, p.178).

Ainda no âmbito da conceituação, o dicionário Priberam nos esclarece que eficiência quer dizer “qualidade de produzir realmente um efeito, qualidade de algo ou alguém que produz com o mínimo de erros ou de meios”.

Preliminarmente, cabe também uma breve distinção entre eficiência e eficácia, esta voltada para o alcance de resultados, aquela voltada para os meios utilizados e uso dos recursos. No entendimento de Chiavenato (2000, p.177), a eficácia de uma empresa refere-se à sua capacidade de satisfazer uma necessidade da sociedade por meio do suprimento de seus produtos (bens e serviços).

Desse modo, abstrai-se que eficácia é alcançar a satisfação de necessidades ou até mesmo os objetivos propostos. Seria o fim a ser atingido. Por outro lado “A eficiência é focada nos meios pelos quais as coisas devem ser feitas ou executadas a fim de que os recursos (humanos, estruturais, tecnológicos e financeiros) sejam aplicados de forma mais racional possível”. (CHIAVENATO, 2000, p, 178).

A lógica administrativa não permite que se pense nos institutos eficiência e eficácia de forma dissociada, pois eles são complementares. Desse modo, seria ilógico se falar em obtenção de resultados a qualquer custo ou em otimização de recursos sem o alcance de objetivos. O que se infere da conceituação ampla de eficiência é que se trata de um conceito comum, ao qual o homem médio não tem dificuldade de apresentar seu entendimento. Entretanto, depreender a essência da eficiência requer uma observação mais acurada dos seus pormenores.

A eficiência surge como um componente natural das organizações, nascendo juntamente com estas e proporcionando-lhes

capacidade de perpetuação mediante a otimização da utilização dos seus recursos.

## 2.2 Eficiência na administração pública

O termo eficiência vem sendo amplamente utilizado no contexto das organizações públicas, muitas vezes, inclusive, como motivação para a implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, “com a eficiência, o Estado busca o atingimento de objetivos traduzidos por boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido e mais econômico, melhorando a relação custo/benefício da atividade da Administração.” (ALEXANDRINO e PAULO 2011, p. 200).

De acordo com esse entendimento, a administração pública busca a otimização dos recursos como meio de alcance dos objetivos traçados para atender às demandas sociais. Na definição apresentada pelos autores não há grande distinção quanto ao conceito comum, aplicado à administração privada, onde os principais focos são os meios e os recursos utilizados para realização dos serviços. Para Filho apud Marinela (2009, p.28), a “eficiência é a procura de produtividade e economicidade, reduzindo os desperdícios de dinheiro público, resultando na execução dos serviços com presteza, perfeição e rendimento funcional.”

Novamente os meios utilizados para o desempenho dos serviços pela Administração são enfatizados pela ponderação do administrativista. Trazendo uma visão um pouco mais detalhada, Filho (2009) elenca um rol exemplificativo de resultados desejados (presteza, perfeição e rendimento), que coadunam os anseios da sociedade quando esta se dirige às repartições em busca de soluções para suas demandas.

Já para Lima (2007, p. 57) deve-se “entender o conceito de eficiência no contexto da administração pública de forma mais ampla, além da redução de custos, mas visando produzir os resultados necessários através de uma relação entre a qualidade do resultado e a qualidade do gasto público.”

Inferre-se deste entendimento que há uma junção entre o conceito comum de eficiência e eficácia, sendo que a eficiência na administração pública deve obrigatoriamente perseguir também o alcance de resultados.

Há, nesse enfoque, uma ampliação do conceito de eficiência, pois a otimização na utilização dos recursos passa a ser um dos componentes almejados, incluindo-se aí o alcance de metas e resultados e a busca da satisfação coletiva. Pormenorizando a questão, Lima (2007) afirma que a eficiência é conseguir fazer o máximo com os recursos disponíveis. Esse máximo diz respeito à produtividade e tem limites claros relacionados à manutenção da qualidade do que se faz.

Ou seja, perseguir a otimização da utilização dos recursos, em tese, não deveria redundar em perda de qualidade na prestação dos serviços públicos, pelo contrário, deve-se melhorá-la, pois o fim maior não é apenas diminuir pura e simplesmente as despesas da Administração, mas atender às demandas dos cidadãos.

### 3. Eficiência nos modelos de administração pública

#### 3.1 Modelo patrimonialista

Conforme Encinas (2011 p.9), “patrimonialismo é uma forma de dominação tradicional. Na realidade, é ainda mais específico, é um tipo de dominação patriarcal, que é um tipo de dominação tradicional”. No modelo patrimonialista os interesses objetivados são o do governante, assim, os recursos que também lhe pertencem são aplicados conforme sua vontade. Este modelo privilegiava a pessoalidade e havia uma ideia de infinitude de recursos, uma vez que o governante não se atinha a pormenores da existência de capacidade humana, tecnológica ou financeira.

Ainda conforme o autor,

Outro termo usado para descrever a atuação do quadro administrativo patrimonial é “sinecura”, que vem do latim e significa “sem cuidado”. Esse termo se refere àquelas funções, empregos ou cargos que asseguram uma remuneração ao seu ocupante sem que seja exigido trabalho ou responsabilidade real. É uma forma de rendimento sem a necessidade de empreender esforços. Em muitos casos, os cargos eram distribuídos como presentes, moeda de troca, em que seu ocupante teria uma fonte de renda sem ter que desempenhar as funções. (ENCINAS, 2011, p. 11).

A confusão criada pela mistura do patrimônio público com o privado retirava qualquer noção de eficiência na utilização destes. Desta forma, o governante administrava os bens públicos como se fossem seus. Na realidade, naquela época pré-moderna, e inclusive ainda nos Estados Absolutistas, não havia patrimônio público. Havia o patrimônio real. Esse modelo não vislumbrava a eficiência nem no contexto comum, privado, nem no ambiente público.

### 3.2 Modelo burocrático

O modelo burocrático nasceu tendo a eficiência como espinha dorsal, vista como um instituto que possibilitaria o alcance dos resultados almejados, através de normas claras e objetivamente definidas. Com suas origens nos estudos das ciências sociais encabeçados por Max Weber, que contribuíram imensamente para a formação dos sistemas políticos, sociais e administrativos.

Ensina Kehrig (2005, p.51) que, “este modelo veio como fruto das exigências econômicas e políticas trazidas pela industrialização ocorrida no século XIX”.

No entendimento de Lima (2007, p.20), na burocracia “a eficiência é implementada como algo primordial, um objetivo a ser buscado através da impessoalidade, estruturação das atividades, controle de processos”. A ideia básica era traçar o melhor caminho, desenvolver métodos, técnicas, manuais e legislações que viabilizassem o modelo.

O modelo burocrático se fecha em suas próprias demandas, entretanto, deixando de observar o ambiente, principalmente as necessidades dos cidadãos. Ou seja, “os controles burocráticos, papelórios e entraves nos processos se tornaram mais importantes que os resultados”. (LIMA, 2007, p.19)

O que ocorre, conforme Mariano (2008), é que a eficiência como meio para alcançar resultados otimizados, passa a ser o fim em si. A perda de resultados é notória com a demora nos processos, as redundâncias nas informações e as exigências desnecessárias.

Pertine esclarecer que “o modelo burocrático puro tem a eficiência como meio para alcançar resultados, porém as disfunções surgidas no seio do modelo o levaram a se tornar inviável”. (MARIANO, 2008, p. 208)

Partindo para o extremo, a burocracia é contaminada por uma série de disfunções, problemas estes que invertem a lógica objetivada inicialmente, de tal forma que os serviços passam a atender aos requisitos das normas, logo seus resultados não são necessariamente aqueles que a sociedade deseja, mas os solicitados pelos regulamentos e controles internos, isso em detrimento da eficiência.

### 3.3 Modelo gerencial

O modelo gerencial faz parte de um contexto de Estados mais modernos, que buscam aperfeiçoar a administração.

Fruto de um processo evolutivo de longo prazo o modelo de Administração Pública Gerencial, caracteriza-se por decisões e ações orientadas para resultados, tendo como foco as demandas dos usuários, com forte ênfase no planejamento e execução descentralizada.” (MARIANO, 2008, p. 208)

Importante dizer que este modelo que começou a ser implementado em meados da década de 70 e surgiu como resposta à crise enfrentada pelo modelo burocrático, que resistia em se adequar às grandes mudanças ocorridas no final do século XX.

Segundo Matias-Pereira (2009, p. 61) “a essência do modelo gerencial está na inspiração em práticas da administração privada, as quais trazem em seu bojo a eficiência como elemento fundamental para o alcance de resultados, através da redução de custos, tornando a gestão mais eficiente”.

Como se trata de uma evolução de modelos, a administração gerencial perpetua alguns princípios da administração burocrática, extraindo o melhor deste modelo e acrescentando novas informações. É perceptível, ainda, a permanência de práticas comportamentais típicas do modelo patrimonialista, que permeiam o modelo ora nos níveis mais baixos da administração, ora nos níveis mais elevados.

No modelo gerencial, a eficiência é buscada e algumas vezes alcançada de forma mais completa, por ser um modelo de planejamento, execução, resultado e controle, o que permite o monitoramento constante dos processos, com a posterior correção de equívocos encontrados, aperfeiçoando de forma dinâmica a gestão da instituição.

#### 4. Eficiência como princípio constitucional

“Os princípios que regem um sistema são as ideias basilares, que norteiam a lógica das normas de uma forma harmoniosa e permitindo a compreensão da sua estrutura”. (ALEXANDRINO e PAULO, 2011, p. 199)

Nessa mesma perspectiva, Filho (2009, p.17) afirma que “princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública.” As instruções mais básicas, por conseguinte mais importantes de uma estrutura administrativa, via de regra, são classificadas como princípios, que são os fundamentos das relações entre a Administração e seu público interno e externo.

Entre os princípios existentes, destacam-se aqueles direcionadores da Administração Pública esculpidos no artigo 37 da Constituição Federal do Brasil: legalidade, impessoalidade,

moralidade, publicidade e eficiência, este último acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998.

A inserção da eficiência como princípio Constitucional foi um dos passos para adoção do modelo gerencial na administração pública no Brasil. Cumpre ressaltar que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que trata dos processos administrativos no âmbito federal, incluiu, em seu art. 2º, a eficiência no rol dos princípios a serem seguidos pela Administração Pública.

A inclusão da eficiência no rol dos princípios explícitos da administração pública, apesar de ter sido objeto de algumas críticas, como veremos à frente, foi um grande passo para a evolução do modelo de administração aplicado no Estado brasileiro.

Ao se observar o Plano de Reforma do Aparente do Estado (1995), que deu origem à Emenda Constitucional nº 19/1998, entende-se que o conceito de eficiência utilizado é bastante amplo, de certo modo até mesmo abstrato. A ideia inicial era combater os vestígios do patrimonialismo e as disfunções da burocracia, como por exemplo o desperdício, morosidade, baixa produtividade, papelórios, entraves meramente burocráticos. Alexandrino e Paulo (2011) afirmam que a motivação principal era privilegiar a aferição do atingimento de resultados, através de um processo de ampliação da autonomia administrativa de entidades e órgãos públicos. Como complemento, afirmam que “o objetivo do princípio da eficiência é assegurar que os serviços públicos sejam prestados com adequação às necessidades da sociedade que os custeia.” (ALEXANDRINO e PAULO, 2011, p.200).

A busca por resultados e a adequação às necessidades da sociedade são conceitos originários da administração privada, que foram incorporados à administração pública, chegando ao texto constitucional com o princípio da eficiência. Entretanto, os objetivos traçados e os resultados almejados não foram e nem estão sendo atingidos como determinado.

Essa percepção se torna latente diante dos problemas crônicos apresentados na mídia cotidianamente, bem como pela pauta apresentada pelas manifestações ocorridas em todo o país no ano de 2013, principalmente no mês de junho. Surgem assim,

questionamentos quanto ao efeito prático da inserção do princípio da eficiência no texto da Lei Maior.

Para Filho (2009) de nada adianta esculpir a eficiência como princípio no corpo da Magna Carta se não houver uma firme intenção dos governantes em melhorar a gestão da coisa pública em prol dos interesses da coletividade.

O mandamento corre o sério risco de se tornar letra morta, se não houver um conjunto de políticas voltadas para a implementação de práticas que efetivamente possibilitem ganho de eficiência na administração pública.

Fato é que a pura e simples inserção da eficiência como princípio constitucional não definiu as diretrizes para o salto de qualidade tão esperado pelos cidadãos em relação aos serviços públicos, que têm a cada dia suas demandas aumentadas pelo crescimento da população.

## 5. O modelo do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – Gespública

A primeira versão do Programa, que se chamava Programa Nacional de Desburocratização (PND) data do final dos anos 70, quando o então Ministro Hélio Beltrão apresentava a proposta de reorganização da administração pública no Brasil.

Conforme Lima (2007), o Programa não se destinava à realização de ações de aperfeiçoamento da máquina, mas à reorientação dos serviços, tendo o cidadão como fim das atividades do Estado, visando retirar antigos entraves burocráticos, que de certo modo até mesmo obstruíam o exercício dos direitos de cidadania.

Percebe-se, no contexto da criação do Programa, um viés político, influenciado pelas discussões sobre a redemocratização do país, onde se buscava uma descentralização das ações governamentais, permitindo a participação popular e empreendendo esforços para atender às demandas surgidas no seio da sociedade.

O PND é considerado a semente que deu origem ao atual modelo do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização –

Gespública. Há neste contexto um desejo implícito de se alcançar a eficiência, principalmente no quesito resultados, pois ao se vislumbrar o cidadão como fim do processo, o que passa a ser um novo estágio dos projetos e planos da Administração, visualiza-se a possibilidade de otimização dos recursos em prol de questões específicas.

Vale acrescentar que o ambiente burocrático até então vigente trazia em seu bojo uma forma de oprimir o povo. Essa opressão foi combatida com a redemocratização e a iniciativa de mudança do modelo administrativo utilizado até aquele momento. Contraditoriamente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve o que os estudiosos chamam de retrocesso.

Os dispositivos sobre a administração pública na Constituição de 1988 foram o resultado [...] de deliberado esforço dos grupos burocráticos que, como constituintes eles próprios ou sob a forma de grupos de pressão, entenderam que deviam completar a reforma de 1936. Embora muitos de seus membros estivessem comprometidos com a onda de clientelismo que ocorreu com o advento da democracia, não hesitaram, contraditoriamente, em influir para que a constituição adotasse princípios burocráticos clássicos. A administração pública voltava a ser hierárquica e rígida, a distinção entre administração direta e indireta praticamente desaparecia. O regime jurídico dos funcionários passava a ser único na União, e em cada nível da federação. As novas orientações da administração pública, que vinham sendo implantadas no país desde 1967, foram mais que ignoradas, destruídas, enquanto a burocracia aproveitava para estabelecer para si privilégios, como a aposentadoria com vencimentos plenos sem qualquer relação com o tempo e o valor das contribuições, e a estabilidade adquirida quase que automaticamente a partir do concurso público. Um grande mérito, porém, teve a Constituição de 1988: exigiu concurso público para entrada no serviço público, assim reduzindo substancialmente o empreguismo que tradicionalmente caracterizou o Estado patrimonialista. (BRESSER-PEREIRA, 2001, p.19)

Como afirmado por Bresser-Pereira (2001), esse retrocesso burocrático-patrimonialista foi causado pela crença equivocada de que as crises vividas pelo Estado tinham como raiz as mudanças implementadas em prol da instituição de um modelo gerencial.

As ações rumo a uma administração pública gerencial são, entretanto, paralisadas na transição democrática de 1985 que, embora representasse uma grande vitória democrática, teve como um de seus custos mais surpreendentes o loteamento dos cargos públicos da administração indireta e das delegacias dos ministérios nos Estados para os políticos dos partidos vitoriosos. Um novo populismo patrimonialista surgia no país. De outra parte, a alta burocracia passava a ser acusada, principalmente pelas forças conservadoras, de ser a culpada da crise do Estado, na medida em que favorecera seu crescimento excessivo. (Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p.20)

Essa lacuna criada pela Constituição foi amplamente estudada e questionada pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), em 1995, que foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, chefiado pelo então Ministro de Estado Luiz Carlos Bresser-Pereira.

Dentre as diversas proposições apresentadas no PDRAE<sup>2</sup>, estava a inserção de emendas no texto constitucional, que trouxessem de volta as possibilidades para mudança do modelo de administração. Suas emendas visavam, em médio prazo, possibilitar a modernização da administração burocrática prevalecente no núcleo estratégico e a introdução da administração gerencial no setor de prestação de serviços do Estado.

Uma destas emendas à Constituição foi a de nº 19/1998, que além de trazer diversas alterações ao Capítulo da Administração Pública, inseriu o princípio da eficiência como um dos princípios explícitos da administração pública. Paralela e concomitantemente às mudanças sugeridas e implementadas pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, houve grandes avanços no Programa Nacional de Desburocratização.

Como esclarecido por Lima (2007), no período de 1995 a 1998 o Programa Nacional de Desburocratização foi totalmente modificado. A partir dos objetivos traçados, foi reorganizada a maneira de agir, implementando uma mudança de ênfase, trabalhando a dimensão institucional com foco nas organizações e nos sistemas de gestão.

---

<sup>2</sup> Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado

Nos anos 2000 o Gespública assume contornos de política pública federativa, sendo formalizado pelo Decreto nº 3.335 de 11 de janeiro de 2000. Mas somente em 2005, através do Decreto nº 5.378 de 23 de fevereiro, o Programa recebe a denominação e a estrutura atual. Entre os objetos apresentados por Lima (2007, p.44), busca-se “melhorar a qualidade dos serviços prestados ao cidadão e, ao mesmo tempo, tornar o cidadão mais exigente em relação aos serviços públicos a que tem direito”. O Programa se torna assim um instrumento de cidadania, levando os administradores e os cidadãos a uma administração pública participativa, transparente, voltada para resultados e focada nas demandas sociais. Nessa orientação o Gespública busca uma mudança de foco, essencialmente nos elementos da cultura burocrática e o apego ao poder. Diante disso,

A compreensão da dupla natureza – técnica e política – da mudança proposta pelo Gespública fez com que se chegasse a um modelo de gestão pública no qual a eficiência e a eficácia administrativa fossem parte de uma cadeia cujo elo final fosse a efetividade traduzida em ganhos sociais. (LIMA, 2007, p.50)

Nesse contexto, o Gespública se propõe a contribuir para a qualidade dos serviços e para a geração de ganhos sociais, dedicando atenção prioritária à sociedade e ao cidadão, na condição de usuário do serviço público e mantenedor do Estado.

O Gespública apresenta algumas características essenciais na busca pela excelência em gestão:

- 1 – Enfoque sistêmico: O diferencial do Gespública é seu foco no conjunto da obra, ou seja, na reunião dinâmica, integrada e direcionada das práticas de condução das ações e projetos da organização para a consecução de seus objetivos estratégicos.
- 2 – Gestão participativa: O estilo de gestão pública de excelência é participativo. Isso determina atitude de liderança que busque o máximo de cooperação das pessoas, essa característica possui elementos fundamentais como ouvir, informar, delegar.
- 3 – Gestão baseada em processos e informações: Gerenciar um processo significa planejar, desenvolver e executar as suas atividades,

e avaliar, analisar e melhorar seus resultados, proporcionando melhor desempenho à organização.

4 – Valorização das pessoas: As pessoas fazem a diferença quando o assunto é o sucesso de uma organização. A valorização das pessoas pressupõe dar autonomia para atingir metas, criar oportunidades de aprendizado, de desenvolvimento das potencialidades e reconhecimento pelo bom desempenho.

5 – Visão de futuro: A busca da excelência está diretamente relacionada à capacidade de estabelecer um estado futuro desejado que dê coerência ao processo decisório e permita à organização antecipar-se às novas necessidades e expectativas dos cidadãos e da sociedade.

6 – Aprendizado organizacional: O sistema de gestão preconizado pelo Gespública é extremamente dependente do aprendizado, pois parte da premissa de que sem haver mudança dos modelos mentais dos servidores e dos cidadãos destinatários dos serviços públicos, não existirá transformação válida e coerente com as aspirações da sociedade.

7 – Foco em resultados: O resultado é o único referencial aceitável na avaliação da gestão de uma organização – os resultados obtidos permitem posicionar qualquer organização pública na escala que vai do fracasso ao sucesso. (LIMA, 2007, p.59-89)

Atualmente, em sua versão mais contemporânea, o Gespública é constituído de um sistema composto por oito elementos: governança, estratégias e planos, público-alvo, interesse público e cidadania, informação e conhecimento, pessoas, processos e resultados. Cada um dos elementos avalia uma perspectiva da organização de acordo com o modelo de excelência em gestão pública.

## 6. Considerações finais

A eficiência aplicada às organizações privadas e a aplicada às organizações públicas possuem diversas semelhanças entre si, principalmente no que se refere à conceituação, havendo distinção no âmbito da implementação da prática.

A eficiência nasce com as organizações e as teorias administrativas de gestão, aplicadas inicialmente em ambientes

privados, buscando reduzir custos com a otimização dos recursos a serem utilizados nos processos produtivos.

As organizações públicas são tão ou mais antigas que as instituições privadas, assim, a eficiência é um termo que se aplica à administração pública, o que não significa que sua compreensão seja a mesma em todos os modelos de administração pública utilizados ao longo da história.

Percebe-se a existência da eficiência em praticamente todos modelos de administração utilizados no Brasil ao longo da história, cada um com suas características e adequação às necessidades da sociedade no momento. Mas nada se compara à elevação da eficiência ao grau de princípio da administração pública com a sua inserção no texto da Constituição Federal de 1988, quando de forma explícita o Constituinte derivado materializa a anseio da sociedade em ver o Estado mais moderno, que executa suas ações de forma otimizada, alcançando resultados e atendendo às demandas do cidadão.

Entretanto, é notório, nestes quinze anos de princípio da eficiência, que o Estado não conseguiu efetivar de forma prática o que havia proposto, pois ainda se verifica um clamor, hoje externado pela sociedade em manifestações nas ruas de todo o Brasil.

Apresenta-se aqui o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – Gespública como alternativa para potencializar a eficiência na gestão pública no Brasil, retirando o status de letra morta atribuído ao princípio, buscando deixar de pensar apenas no futuro, mas executando no presente as mudanças necessárias para melhorar o desempenho dos processos dos serviços públicos, a fim de que a sociedade sinta, de fato, seus efeitos.

## Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Publicado no DOU em 1ª de fevereiro de 1999.
- BRASIL. Decreto nº 3.335, de 11 de janeiro de 2000. **Institui o Comitê Interministerial de Desburocratização e os Comitês Executivos Setoriais de Desburocratização, e dá outras providências**. Publicado no DOU em 12 de janeiro de 2000.
- BRASIL. Decreto nº 5.378, de 23 de fevereiro de 2005. **Institui o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização - GESPÚBLICA e o Comitê Gestor do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização, e dá outras providências**. Publicado no DOU em 24 de fevereiro de 2005.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- ENCINAS, Rafael. Curso On-line – **Administração Pública para Auditor Fiscal e Auditor do Trabalho**. Brasília: Ponto dos Concursos, 2011.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- KEHRIG, Ruth Terezinha. **Administração Pública Gerencial**. Livro didático. Palhoça: Unisul Virtual, 2005.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIMA, Paulo Daniel Barreto. **Excelência em gestão pública: a trajetória e a estratégia do Gespública**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007.
- MARIANO, Fabrício José Teixeira. **Administração Pública**. 2ª ed. Brasília: Vestcon, 2008.
- MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de gestão pública contemporânea**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

# Aspectos jurídicos da discricionariedade no âmbito dos concursos públicos

Leilson Mascarenhas Santos<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo busca estudar a discricionariedade administrativa relacionada aos concursos públicos. O tema é relevante, pois representa o processo de seleção que possui maior quantidade de candidatos no país. O concurso público é ato administrativo em que se deve primar pelo interesse público. Assim, objetivou-se estabelecer a relação entre a liberdade de escolha administrativa e os certames públicos, bem como os possíveis avanços. Em destaque, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a prorrogação do prazo de validade do concurso. Tal decisão contrariou o ato administrativo de não prorrogação, mesmo que não se possa invadir o mérito administrativo por decisões judiciais. Por meio de textos específicos e relatórios do STF, trabalharam-se os objetivos de discussão, destacando-se aqueles princípios ligados diretamente aos concursos públicos e os seus dispositivos regulatórios constitucionais e infraconstitucionais.

***Palavras-chave:*** *Discricionariedade; Concurso; Constituição Federal; Interesse público; Legislação.*

<sup>1</sup> Analista Ministerial em Ciências Jurídicas do Ministério Público do Tocantins. Bacharel em Direito (CEULP/ULBRA). Cursando Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público pela Universidade Anhanguera (Uniderp).

## 1. Introdução

Os concursos públicos alcançaram, após a Constituição Federal de 1988, o status de princípio constitucional, o qual deve ser seguido pela administração pública direta e indireta ao contratar servidores e funcionários públicos. Este modelo de seleção do melhor candidato é a regra no ordenamento nacional e suas exceções são colocadas taxativamente. Desta forma, as seleções públicas devem ser utilizadas também para que os demais princípios da administração pública sejam seguidos, visto que em todo o processo estão presentes: legalidade, publicidade, eficiência, impessoalidade e a moralidade, dentre outros.

Por outro lado, o administrador público possui privilégios para que venha a atingir o interesse público, sendo um deles a discricionariedade, que para parte da doutrina é poder autônomo, enquanto que para outros autores não seria um poder e sim uma prerrogativa dos atos administrativos. Ela pode ser conceituada como a margem de liberdade que tem a administração, nos casos em que a lei permite, buscando a melhor solução para a coletividade.

O presente texto orientar-se-á por estas duas vertentes – a discricionariedade e concursos públicos. O contexto atual do país mostrou-se favorável à escolha do tema no momento em que se torna visível a busca de cargos públicos por grande parte população economicamente ativa. Isso explica a enorme concorrência nos certames e a necessidade de preservar o processo de seleção, a fim de evitar ilegalidades e demais irregularidades, conforme será mostrado no decorrer do texto.

Neste estudo, procurou-se analisar os possíveis avanços da discricionariedade no que se refere às seleções públicas e qual o seu nível de influência nesses certames. Assim, buscou-se refletir o âmbito de liberdade de que se utiliza a administração pública ao realizar os certames. Pretende-se ainda, com isso, chegar às melhores e mais adequadas conclusões possíveis ao campo jurídico, em especial aos direitos dos candidatos, sem gerar oposição aos avanços alcançados pelo administrador e que se mostram enraizados no objetivo maior no âmbito administrativo: a observância constante do interesse público.

## 2. Dos princípios e dos concursos públicos

Inicialmente proceder-se-á à abordagem dos princípios jurídicos diretamente ligados à função administrativa nos concursos públicos. A legalidade administrativa como base de atuação, a impessoalidade e a moralidade aperfeiçoando os atos administrativos, a publicidade como garantia de transparência e, ainda, um enfoque, relacionado ao tema, dos princípios da boa-fé e lealdade.

A legalidade administrativa é o princípio que submete a administração pública ao estrito cumprimento da lei. Seus atos devem estar previstos na norma legal. Tal submissão não impede que o administrador público aja com margem de liberdade, exercendo a chamada discricionariedade, em situações nas quais a lei não previu todas as hipóteses de atuação, cabendo ao agente exercer um juízo de valor levando em consideração a conveniência e a oportunidade. (MARINELA, 2012).

Em relação aos concursos públicos, deve haver submissão da administração pública à lei de criação dos cargos, à lei orçamentária, às atribuições legais, aos prazos mínimos de publicação, à escolha o prazo de validade, etc.

Os atos administrativos devem ser pautados pela impessoalidade, prevista no artigo 37, caput da Carta Magna, consistente em não se atenderem interesses particulares com ações públicas. Assim, os atos públicos devem ter como destinatária a coletividade, fazendo com que prevaleça o interesse público em detrimento do privado.

Este princípio proíbe que a administração pública aja de modo a favorecer determinada pessoa ou grupo limitado, mas se isso for necessário que se faça por algum motivo público relevante e não de forma desvinculada (SPITZCOVSKY, 2004, p. 99). Nos certames públicos, tal princípio deve estar sempre presente, na medida em que as normas e procedimentos da seleção não venham a beneficiar ou prejudicar certo grupo de indivíduos, mas que se justifique somente pelo interesse coletivo.

Até mesmo as normas de caráter excludente devem atingir quantidade difusa de indivíduos e nunca grupo certo e determinado.

Tem-se como exemplo: o limite de idade, estatura, experiência etc. Em parte destas situações, as normas visam garantir o princípio da igualdade, em suma, a isonomia.

O conceito de moralidade possuía consistência duvidosa. No entanto, quando o legislador constituinte o elevou a princípio constitucional, aumentou-se a importância de seu estudo. Para Alexandre Cordeiro (2005, p. 97), ato moral é aquele que, mesmo sendo legal, deve ir além, pois precisa ser probo e pautado pela honestidade. O administrador, além de cumprir a lei, deve agir com um senso comum de honestidade.

Em que pese ao conceito de moral social ser variável, o de moral administrativa deve ser muito bem observado, já que a supremacia do interesse público não permite que a atuação da administração se dê de qualquer modo, mas que além de legal, seja proba e moral.

O princípio da publicidade é algo inerente aos atos administrativos, sendo afastado apenas em casos excepcionais quando for necessário à intimidade das partes e ao interesse público, conforme artigo 93 da Constituição Federal de 1988. Nos certames públicos, a publicidade se dá na divulgação oficial do edital, bem como no seu teor, nas normas regentes da seleção pública, limitações e demais normas de interesse dos candidatos.

Os princípios da boa-fé e da lealdade estão presentes nos atos administrativos, seja como limitação de certas atuações, seja como garantia de não surpresa dos administrados:

A boa-fé e a lealdade têm um fértil campo de atuação no direito administrativo, podendo manifestar-se: (a) no exercício de poderes e faculdades com relação ao tempo, exigindo-se a fixação de prazos adequados para cumprimento desleal; (b) no estabelecimento de uma atuação procedimental leal em que a Administração e o cidadão relacionem-se de forma clara, a partir de capítulos e pontos numerados que não revelem uma pauta imprevisível; (c) no dimensionamento do procedimento a partir de um formalismo moderado a fim de evitar a sucessiva e interminável possibilidade de oposições; (d) na convalidação das nulidades sanáveis: os erros de procedimento devem ser corrigidos imediatamente (BACELAR FILHO, 2012, p. 09).

Tais princípios surgem, portanto, como limites da atuação administrativa em relação aos particulares, para que estes não sejam surpreendidos posteriormente, não sejam obrigados a conviver com atos irregulares convalidados e não se subordinem a um comportamento supostamente justificado pela conveniência e oportunidade, desleal e com boa-fé duvidosa.

No presente estudo, esses dois preceitos se encaixam na medida em que o administrador decide realizar um certame, devendo ser observados até os atos de nomeação posteriores. Isto porque os candidatos aprovados anseiam, em maior grau, a boa-fé administrativa do que aqueles ainda em fases iniciais.

### 3. Discricionariedade administrativa

Segundo Maria Sylvia Zanella (2007, p. 27), a discricionariedade, historicamente, passou por relevante evolução, já que no início era tida como contraposição ao direito contencioso, bem como era utilizada em amplitude na função jurisdicional.

Na atualidade, é cediço que ela é gênero do qual surgem duas espécies: o poder discricionário e os atos discricionários, no caso de consideramos o poder discricionário como poder autônomo.

Carvalho Filho compreende o poder discricionário como “a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público” (CARVALHO FILHO, 2006, p. 40).

Pode-se perceber que o referido autor aceita a existência do poder discricionário. Todavia, parte da doutrina não admite tal duplicidade, orientando no sentido de que não se trata de um poder, mas sim de forma de exercício do ato administrativo (MELO *apud* MARINELLA, 2012, p. 211).

Nota-se que a base da discricionariedade compreende dois elementos: oportunidade e conveniência. São eles o instrumento utilizado pela administração pública para alcançar o interesse

público em situações em que não foi possível à norma expor todas as hipóteses possíveis para sua concretização.

Este conteúdo normativo que proporciona ao administrador certa aleatoriedade na aplicação da lei é chamado pela doutrina de conceito jurídico indeterminado e juízo discricionário. Sobre o tema, a respeito de seu controle, Jessé Pereira Junior chama a atenção para

(...) a importância da lógica do razoável no exercício da discricção administrativa, que deve estar sempre vinculada à satisfação do interesse público (legitimidade), com a melhor relação possível de custo-benefício (economicidade). Chega-se ao controle pleno (legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência, resultados), que é o que se deduz da Constituição de 1988, para cuja realização o administrador necessita de parâmetros. (PEREIRA JUNIOR, 2005, p. 69)

Para Juarez Freitas, a “discricionariedade é liberdade vinculada aos princípios constitucionais (2005, p. 255). Tal conceito só tende a confirmar a ideia já massificada pela doutrina e jurisprudência de que não existe ato totalmente discricionário, nem ato exclusivamente vinculado.

A definição do citado autor pode ser interpretada, também, como a evolução da atuação da administração, que originariamente não respondia por qualquer de seus atos e passou a ter limites até mesmo na sua liberdade de escolha.

Outro importante conceito é o que confere Di Pietro, para quem a discricionariedade consiste na “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre as duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.” (2007, p. 67).

Di Pietro (2007) expõe, ainda, que a localização se dá quando a lei determina certa atuação visando à conveniência do serviço; também quando a norma é insuficiente; de outra forma, quando a lei prevê determinada competência, mas sem estabelecer a conduta adotada e, por fim, em casos de conceitos jurídicos indeterminados

como comoção interna, utilidade pública, bem comum, justiça, equidade, decoro, moralidade etc.

É pertinente ressaltar, também, que a discricionariedade encontra limites quando há direitos individuais em questão, pelo que a administração deve motivar tais atos. Além destes limites, há o controle político da opinião pública, já que o povo tem grande interesse no bom andamento dos atos administrativos (FREITAS *apud* MOREIRA, 2005).

Em função de estudos doutrinários, chegou-se à conclusão de que há, ao lado da discricionariedade administrativa, a discricionariedade técnica. Tal vertente do poder de liberdade conferido ao administrador é conceituada por Bernatzik (*apud* Di Pietro, 2007, p. 112):

(...) a discricionariedade técnica se referia a decisões que, por sua alta complexidade técnica, eram retiradas do controle jurisdicional. Trata-se de matérias que só o administrador público, em contato com a realidade do dia-a-dia, tem condições de apreciar de forma adequada.

Ao analisar com maior profundidade o tema, Di Pietro conclui:

(...) não há a vinculação de critérios técnicos a critérios administrativos: diante da manifestação do órgão técnico, a Administração não pode valorar em que medida o fato afeta o interesse público; a ela caberá decidir em consonância com as condições técnicas previamente definidas pela lei. (2007, 114).

Este tipo de liberdade à administração faz com que a mesma se aproxime da vinculação, de maneira que o grau de escolha diminui consideravelmente.

Em relação aos concursos públicos, o conceito é relevante, visto que a escolha do melhor candidato deve ser pautada por critérios, na maioria das vezes, técnicos. Exemplo disto são os cargos de tecnologia, segurança, transporte, administração geral etc. Em todos estes a administração precisa se pautar em normas já definidas por um setor técnico, sendo recomendado que a mesmas sejam seguidas para que o candidato tecnicamente mais bem preparado seja selecionado.

### 3.1 O controle dos atos discricionários

Os atos praticados pela administração pública são passíveis de controle judicial, popular e legislativo. Dentre estes atos, os discricionários também podem ser controlados pelo Judiciário.

Neste sentido, Di Pietro (2007, p. 94), ao citar Bonnard (1935), destacou que o controle da discricionariedade pode ser realizado quando os motivos dados pela administração não foram observados no agir desta. Tal controle não se dá no mérito da administração, mas no que a administração se pautou em sua atuação. É a teoria dos motivos determinantes, já pacificada no ordenamento jurídico nacional.

Di Pietro (2007) cita Hauriou (1939) a respeito da moralidade administrativa, em que o autor francês expõe que o desvio de poder pode se dar tanto no desvio dos fins legais quanto no atendimento de motivos subjetivos.

Outra discussão importante concerne ao limite da discricionariedade. Para Di Pietro (2007), a lei objetiva proteger direitos individuais ao limitar a atividade administrativa, o que pode ser perfeitamente controlado pelo poder judiciário em casos de desvio dos fins objetivados pelo legislador. Além do que quando a administração se utiliza de conceitos jurídicos vagos, o papel do judiciário se torna mais necessário para a proteção daqueles direitos (2007, p. 101).

A atividade discricionária possui dois limites claros, quais sejam os fins deixados pelo legislador e os direitos individuais. Destes, o administrador não pode se desviar em sua atuação. Di Pietro (2007) salienta a respeito do âmbito de eficácia dos atos discricionários, faz importante constatação de que: “só existe discricionariedade quando se trate de leis que tenham eficácia apenas interna e não eficácia dirigida aos particulares”, concluindo, mais adiante, que a enorme quantidade de normas garantidoras dos direitos individuais fez com que o poder vinculado fosse mais amplo e o discricionário mais restrito, o que foi reduzindo a esfera de discricionariedade administrativa (2007, p. 102).

Este estágio da discricionariedade administrativa se deu devido ao avanço a que chegou o controle dos atos administrativos. Historicamente, conseguiu-se que a ação dos governantes fosse mais bem adequada à legalidade e aos fins públicos. Antes, o soberano podia tudo ou quase tudo, e atualmente este poder (na época uma espécie de discricionariedade) está totalmente reduzido ao que a lei determina, muitas vezes com liberdade, muitas vezes sem qualquer escolha.

Além disso, há de se considerar as conseqüências de um ato discricionário que não se preocupe com seus limites e com a finalidade legal. Neste sentido, Nascimento (2013, p. 310) opina:

(...) é importante entendermos que a discricionariedade é margem de liberdade dentro dos limites impostos pela lei e pelos princípios da Administração Pública. Dessa forma, se o agente público a pretexto de exercer o mérito administrativo vai além da liberdade que a lei lhe conferiu, pratica ato arbitrário e, portanto, plenamente passível de controle judicial.

Assim, em que pese a utilização da discricionariedade visar o correto atendimento ao interesse público, fim que evoluiu ao longo do tempo, o seu uso irregular tende a retroceder aos tempos em que o administrador/governante tudo podia, sem qualquer controle sobre seus atos.

### 3.2 A razoabilidade e a proporcionalidade

Atualmente, não se discute a possibilidade de se controlar os atos administrativos discricionários, vez que tal controle já é plenamente cabível. Para tanto, usa-se a teoria do erro manifesto e a proporcionalidade. O primeiro, criação doutrinária, consiste nos atos que são visivelmente viciados, não necessitando de especialista para reconhecer seu erro. Já a proporcionalidade se dá quando o ato, além de legal, se relaciona com os objetivos perseguidos (Di Pietro, 2007, p. 110).

Além disso, cabe destacar a idéia de Marrara (2012) que explica sobre a relação da razoabilidade e os atos vinculados e discricionários:

Em síntese: para os atos vinculados, o debate da razoabilidade se restringe à atividade legislativa que rege aqueles atos. Já quanto às ações administrativas marcadas por algum grau de discricionariedade, a razoabilidade poderá ser discutida tanto no plano legislativo (discricionariedade na elaboração de normas legais), quanto no plano executivo (quanto à discricionariedade no exercício do poder normativo ou na prática de atos administrativos e demais atos de administração). (p. 173).

Percebe-se que tal princípio se aplica tanto aos atos legislativos quanto aos atos administrativos. Assim, considerando que a legalidade administrativa determina que o administrador faça o que manda a lei, tal princípio delineia que desde o início da elaboração das normas deve haver razoabilidade. Com relação à formação dos atos administrativos, a razoabilidade serve como limite à discricionariedade na apreciação dos fatos, de acordo com Di Pietro (2007, 134) para quem:

(...) neste aspecto não há discricionariedade, porque a Administração só tem que constatar a existência real dos fatos, de tal modo que, se estes não existirem ou forem diversos, o ato será ilegal. (...) Nessa fase, é que a Administração é limitada pelos *princípios gerais do direito*, em especial a *racionalidade ou razoabilidade, a justiça, a igualdade, o direito de defesa*; (p. 134).

O princípio da moralidade administrativa surge como limite à discricionariedade no âmbito doutrinário, já que as ações da administração, além de pautarem pela legalidade, devem também se nortear pelo senso comum de honestidade. Sobre o controle dos atos imorais pelo judiciário, Di Pietro (2007) salienta:

Ainda que se reconheça certa margem de discricionariedade na apreciação da moralidade, ao Poder Judiciário é dado penetrar em seu exame, especialmente nos casos em que o ato praticado pela Administração Pública for manifestamente contrário à moral da instituição, em muitas hipóteses de fácil percepção. (p. 164).

Também ela defende que a discricionariedade seria uma atuação de liberdade, mas limitada pelo Direito e pela Moral. O judiciário pode apreciar os atos discricionários sob a prerrogativa de que, para atingir a finalidade, a administração também deve agir em consonância com os princípios gerais do Direito (DI PIETRO, 2007, p. 172/173).

Aliados a esses princípios estão a proporcionalidade, razoabilidade, a finalidade pública e os direitos adquiridos, todos estes expostos em outro momento neste trabalho e que também servem como limitação à liberdade de atuação administrativa. É de notar, portanto, que os limites da discricionariedade devem ser observados de imediato pelo administrador no momento de sua atuação. Todavia, em casos de descumprimento defende-se o controle dos atos pelo judiciário, mas sem ferir a livre separação dos poderes.

#### 4. Atos discricionários nos certames públicos

A Constituição Federal de 1988, no artigo 37, inciso III, normatiza o prazo de validade dos concursos públicos, mas sem estabelecer parâmetro vinculante. A decisão de prorrogar ou não o certame faz parte da liberalidade administrativa como espécie de atos discricionários, conforme já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com a relatoria da Ministra Cármen Lúcia<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. 1. DECADÊNCIA. 2. CANDIDATO APROVADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTOS EM EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 3. DISCUSSÃO SOBRE O PRAZO DE VALIDADE E SOBRE A PRORROGAÇÃO DO CONCURSO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. 4. NÃO OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE ABUSIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RMS 28.911/RJ – Rel. Ministra Cármen Lúcia, publicado no DJE de 04/12/2012).

Por outro lado, há precedente do mesmo Tribunal, em que este recomenda a prorrogação de concurso com elevado número de aprovados, com relatório do Ministro Dias Toffoli<sup>3</sup>, no qual expressa:

1. A Administração, é certo, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade dos concursos públicos; porém, se novos cargos vêm a ser criados, durante tal prazo de validade, mostra-se de todo recomendável que se proceda a essa prorrogação. 2. Na hipótese de haver novas vagas, prestes a serem preenchidas, é razoável número de aprovados em concurso ainda em vigor quando da edição da Lei que criou essas novas vagas, não são justificativas bastantes para o indeferimento da prorrogação da validade de certame público razões de política administrativa interna do Tribunal Regional Eleitoral que realizou o concurso. 3. Recurso extraordinário provido.

Em que pese ainda ser minoritária tal decisão, pode se tornar um precedente que venha a orientar a administração pública ao final do prazo de validade dos certames públicos. O eminente ministro não considerou razoável a simples política interna como motivo para a não prorrogação do concurso. Neste caso, qualificou a quantidade de candidatos aprovados mais relevante do que a vontade da administração. Uma espécie de instrumentalidade dos atos administrativos, já que sendo a finalidade dos concursos o preenchimento dos cargos públicos de forma legal e qualificada, aproveitando-se a lista de remanescentes, este objetivo será perfeitamente alcançado.

#### 4.1 Fases do concurso e nomeação de candidatos

A avaliação de títulos, como se sabe, encontra amparo constitucional, na medida em que a administração pode realizar concursos de provas, como também de provas e títulos. Quanto à valoração dos títulos, há discricionariedade da administração, sendo

<sup>3</sup> Concurso público. Criação, por lei federal, de novos cargos durante o prazo de validade do certame. Posterior regulamentação editada pelo Tribunal Superior Eleitoral a determinar o aproveitamento, para o preenchimento daqueles cargos, de aprovados em concurso que estivesse em vigor à data da publicação da Lei.

possível o controle de legalidade apenas em relação à pontuação atribuída. Ou seja, a discricionariedade desta fase reside no mérito da pontuação e o seu controle se dá na aplicação correta da pontuação ao candidato (SPITZCOVSKY, 2004, p. 61 e 64).

O mesmo autor faz, ainda, uma ponderação da obrigação de tal princípio às práticas comuns de se realizar uma entrevista subjetiva e secreta. Para ele “(...) resta clara a conclusão segundo a qual esse tipo de procedimento revela-se inconstitucional por agressão ao princípio da publicidade” (op. cit. p.139).

É comum nos editais que se coloque preceito limitando a quantidade de aprovados no certame público. Geralmente, isso se justifica por questões técnicas, tendo em vista a necessidade de se manter a quantidade de aprovados com um bom nível de conhecimento. Outrossim, tenta-se prezar pela celeridade do certame, já que o número reduzido de candidatos aprovados para as fases seguintes torna o processo menos demorado.

Diante disso, caso o órgão realize outro certame, após nomear os candidatos dentro do limite estabelecido no edital vigente, pode-se indagar se tal escolha não fere os princípios administrativos ou os direitos dos demais concorrentes.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, com relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima<sup>4</sup>, tem entendimento a respeito:

1 - Havendo o edital estabelecido que todos os candidatos classificados além do número de vagas previsto estariam eliminados, não há falar em aprovados nessa situação, razão por que a abertura de novo concurso público no prazo de validade do anterior não gera direito líquido e certo à convocação para a fase subsequente, assim como não contraria o disposto no art. 37, incisos IV, da Constituição Federal.

2 - Hipótese em que todos os recorrentes se posicionaram além do número de vagas previsto no concurso público para ingresso

---

<sup>4</sup> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CURSO DE FORMAÇÃO. CANDIDATOS ELIMINADOS NO CERTAME ANTERIOR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO IMPROVIDO. LIMINAR SEM EFEITO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

na carreira de Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, regido pelo Edital 3/02, razão pela qual foram eliminados, conforme Item 9.3. Assim, o lançamento de edital de novo certame, Edital 8/06, ainda que no prazo de validade do anterior, não gera direito líquido e certo à convocação para a segunda fase – curso de formação. Precedente do STJ.

3 - Recurso ordinário improvido, tornando sem efeito a liminar concedida. Agravo regimental prejudicado. (RMS 23.942-RS. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. 21/08/2008).

No típico caso de controle da legalidade de ato da administração pública, no âmbito dos concursos, o Tribunal reconheceu como legal e constitucional a opção feita pela administração no que diz à não preterição de candidatos aprovados.

Todavia, deve-se ter cuidado com as regras do edital quanto aos aprovados além do número de vagas. Caso contenha preceito limitativo, tal escolha se faz legal, mas caso o dispositivo não seja claro, deve-se primar pela razoabilidade, já que muitos candidatos prestam as provas pensando não somente nas vagas imediatas, como também confiando que a administração possa utilizar elevada quantidade do cadastro de reserva. Isto favoreceria, também, a celeridade da atuação administrativa, pois um novo concurso demanda tempo, recursos e logística.

É importante ressaltar, também, que os concursos públicos geralmente são autorizados pelo órgão de planejamento competente que dá um prazo para a realização do certame. Tal autorização serve para controle financeiro e para dar publicidade aos administrados, cumprindo o princípio da publicidade. Além do que é útil aos candidatos que têm a oportunidade para se preparar com antecedência. Todavia, há entendimento doutrinário de que o eventual adiamento da realização do certame goza de plena discricionariedade, na qual “a administração Pública pode adiar, por motivos de conveniência, a realização do concurso público para provimento de cargo público. Contra este adiamento não cabe mandado de segurança. (STF *apud* Diniz, 2013).

Nota-se que a posição jurisprudencial deixou de lado a razoabilidade esperada pelos concurreseiros, visto que a administração

deve sempre pautar pela observância do princípio da confiança, conforme citado noutra parte deste material.

Ao interesse público não é conveniente que a administração deixe de admitir concursados em prazo razoável, mantendo contratos temporários com inúmeras prorrogações, como também deixando de prestar serviço eficiente pela falta de profissionais.

Em alguns concursos, a exemplo das carreiras jurídicas, são exigidos profundos conhecimentos dos candidatos e por isso o certame é feito em várias fases. Uma delas é a fase discursiva, sobre a qual cabe destacar:

Em grande parte das seleções públicas, uma das fases é a prova discursiva, cuja correção passa pela análise de examinadores e não de equipamento informatizado como na correção de questões objetivas. Com isso, não há como se prevenir que a correção seja realizada com critérios discricionários, incabível, inclusive, o controle judicial de tal ato. (CARVALHO FILHO, p. 524, 2006).

Percebe-se que o autor defende a subjetividade de tal fase, inclusive com a não possibilidade de controle do ato pelo judiciário. Isso porque, logicamente, não há como padronizar os critérios de correção e fazê-la de forma totalmente objetiva. Por conta disso, esta fase também é denominada prova subjetiva.

É importante, contudo, destacar os limites principiológicos a que está sujeita a correção: publicidade, razoabilidade, legalidade. Eles impedem que a subjetividade venha ferir direitos dos concorrentes, como também que não se perca um dos objetivos dos atos administrativos: a busca do melhor profissional sem abandonar o interesse público.

## 5. A contratação de temporários – o descumprimento do princípio do concurso

A Constituição Federal estabeleceu como regra a contratação de pessoal mediante concurso público. Há, contudo, duas exceções

constitucionais ao princípio do concurso público. São eles os cargos em comissão e os contratos temporários para necessidade de interesse público.

Os servidores temporários, conforme artigo 37, inciso IX, são regidos por lei especial, observando-se, no entanto, algumas peculiaridades. Em que pese todos os cargos se referirem a uma função pública, há os servidores temporários que exercem uma função sem cargo (MEIRELLES *apud* GOUVEIA DE MELO, 2009, p. 54).

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu a respeito desta forma de acesso ao serviço público, não permitindo tal contratação no caso de serviços permanentes<sup>5</sup>:

Extraíu-se, pela decisão da eminente ministra Cármen Lúcia, que há delimitação restrita quanto às áreas em que a administração pode contratar temporários, diminuindo com isso sua liberdade.

Ocorre que a decisão deixou, ainda, uma pequena margem no que diz respeito aos serviços técnicos. Assim, em que pese a pequena liberdade possibilitada ao legislador, tal posicionamento serve como limite aos órgãos públicos, impedindo que estes afrontem a Constituição Federal quanto à não observância do princípio do concurso público em caso de contratações temporárias irregulares nas áreas delimitadas pela Suprema Corte.

Ademais, cabe destacar outra decisão relevante sobre a suposta preterição de candidatos aprovados em caso de contratação de servidores temporários<sup>6</sup>:

<sup>5</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI AMAPAENSE Nº 765/2003. CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO DE PESSOAL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PERMANENTES: SAÚDE; EDUCAÇÃO; ASSISTÊNCIA JURÍDICA; E, SERVIÇOS TÉCNICOS. NECESSIDADE TEMPORÁRIA E EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO CONFIGURADOS. DESCUMPRIMENTO DOS INCISOS II E IX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. (ADIN, 3116, Cármen Lúcia, 14/04/2011, Pleno).

<sup>6</sup> EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Nomeação de servidores temporários. Preterição de candidata aprovada em concurso vigente. Direito à nomeação. Precedentes. (STF, ARE 659921 AgR/MA, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje 09/08/2013).(grifos nossos).

1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que, havendo aprovados em concurso público ainda vigente, configura preterição na ordem de nomeação a contratação temporária de pessoal para o exercício das atribuições destinadas aos aprovados no certame. 2. Agravo regimental não provido.

Pode-se constatar, por meio desta decisão, que a livre contratação de temporários, havendo aprovados em áreas de funções idênticas, gera a preterição de candidatos, devendo se restringir a atividades transitórias.

Cabe, também, lançar uma reflexão nos casos em que a administração pública apenas altera as funções ou cria um mero contrato de trabalho, tudo para camuflar a ofensa ao princípio do concurso. Assim, a posição concretizada pelo STF pode se amoldar a esta situação hipotética, tendo em vista tais atos já nascerem viciados.

## 6 Atos vinculados nos certames públicos

### 6.1 Ordem de classificação

O concurso público é o preceito constitucional utilizado para se selecionar, em regra, agentes públicos efetivos visando garantir a isonomia, moralidade, eficiência e a impessoalidade.

Para que tais princípios sejam observados, faz-se necessário que se atente para as regras de classificação, as quais vêm descritas no edital do certame. Assim, ao final da seleção, deve ser publicada uma lista com todos os aprovados e classificados.

Nesse sentido, o texto constitucional não proíbe que se realize um concurso ainda na vigência de outro, mas que não se deixe de nomear os aprovados no certame vigente (art. 37, IV). Trata-se de proibição constitucional que tais candidatos sejam preteridos, uma verdadeira limitação da atuação administrativa, visto que com o passar do tempo ela poderia julgar os aprovados na seleção atual como inaptos para o serviço público e nomear outros cujo conhecimento foi recentemente testado.

Mais além, há preceito na legislação infraconstitucional de que as nomeações devem observar a ordem de classificação (BRASIL, lei 8112/90, art. 10). Este ditame pode até ser considerado desnecessário tendo em vista o modelo de seleção gozar da característica da ordem de classificação. Todavia, previne que o administrador tenha liberdade para, em certas situações, utilizar-se de discricionariedade e, por uma motivação desarrazoada e ilegal, não siga estritamente a ordem de classificação.

O trecho normativo que rege os agentes públicos federais, geralmente copiado pelas normas estaduais e municipais, possui natureza vinculante baseada no princípio da legalidade estrita. Ocorre que há preceito de jurisprudência<sup>7</sup> em que a observância da ordem de classificação é mitigada, assim:

1. Quanto à ocorrência de violação à ordem convocatória, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que não há falar em preterição - ou violação da Súmula 15/STF - se o provimento no cargo deu-se diretamente por determinação judicial. 2. Em relação aos demais pontos, esta Corte Superior posicionou-se de forma clara, adequada e suficiente acerca do fato de que a classificação e aprovação do candidato, ainda que fora do número mínimo de vagas previstas no edital do concurso, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja por criação de lei ou por força de vacância. (...) (STJ, Embargos Declaração/RMS 39.906/PE, Rel.Min. Mauro Campbell Marques, DJe 20/05/2013).

Desta forma, percebe-se que tanto o Tribunal da Cidadania como a Suprema Corte firmaram entendimento de que o candidato que demanda judicialmente alegando a nomeação no cargo em razão da ilegalidade da administração, caso logre êxito, estará assegurado direito seu, em função da coisa julgada inter partes.

---

<sup>7</sup> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. QUEBRA NA CLASSIFICAÇÃO. NOMEAÇÃO DECORRENTE DE ORDEM JUDICIAL. AUSÊNCIA DE PRÉTERIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

O candidato não estará realizando um *múnus público* em favor daqueles com melhor classificação, porém inertes senão um direito pessoal seu. O que configura claro exemplo do brocado “o direito não socorre os que dormem”.

Ademais, sobre a vinculação da administração e dos candidatos ao edital, vê-se a seguinte decisão relatada pelo Ministro Marco Aurélio<sup>8</sup>:

CONCURSO PÚBLICO – VAGAS – NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “Como o inciso IV (do artigo 3 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedência na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade do concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias “ (Celso Antônio Bandeira de Mello, “Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta Indireta”, página 56).

Tal decisão é exemplo do entendimento massificado pela jurisprudência do direito de precedência dos candidatos aprovados. A administração pública tem discricionariedade plena quanto ao preenchimento ou não de cargos públicos, todavia, essa liberdade termina no momento que torna público o ato de abertura do certame, pois a discricionariedade se transforma em vinculação ao edital.

---

<sup>8</sup> CONCURSO PÚBLICO – EDITAL – PARÂMETROS – OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes no edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é a lei interna da concorrência. 192.568 PI. (STF RE 192.568/PI. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 13 set. 1996).

## 6.2 Exame psicotécnico

Em que pese tratar-se de tema com inúmeros debates jurisprudenciais e doutrinários, há parâmetros já concretizados pelos tribunais e referendados pela doutrina, a exemplo da exigência de lei formal prévia (STF, súmula 686), quanto ao estabelecimento de critérios objetivos e à motivação e publicidade dos resultados. Tudo isso constitui as bases a serem seguidas pelo examinador ao incluir tal exigência no certame.

Sobre o exame, Mello *apud* Spitzcovsky (2004) leciona:

Não se nega que os sobreditos exames possam ser utilmente aplicados para exclusão de indivíduos padecentes de graves distúrbios de personalidade, isto é, com desequilíbrio psicológico sério suscetível de inabilitá-los para o serviço público. (2004, p. 37).

Mais adiante, sobre a objetividade e a publicidade desta fase, o autor pondera:

Entretanto, o que se nega terminantemente é que seja compatível com o Texto Constitucional – por violar a necessária objetividade inerente à razão de ser dos princípios da acessibilidade e do concurso público – a adoção de um “perfil psicológico” em que se devam encaixar os candidatos, sob pena de exclusão do certame. (...) Nega-se também que as “avaliações psicológicas” possam ser realizadas sem prévia e pública notícia dos fatores específicos que serão objeto de análise, dos testes a serem utilizados, dos critérios decisórios em face deles (...) (op. cit.).

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu dois requisitos para realizar tal etapa do certame, são eles: a previsão em lei formal, princípio da legalidade, e que se estabeleçam critérios objetivos antes dos concursos (GASTALDO, 2010, p. 10). Dessa forma, havendo tal fase no concurso, a banca/administração vincula-se aos preceitos aqui citados, sob pena de ferir direitos fundamentais dos concorrentes.

## 7. Considerações finais

Pode-se observar que nem sempre o interesse da administração representa o interesse público. A eficiência pode não ser atingida de plano pelo ato executório da administração pública, ou seja, agir de ofício pode gerar, às vezes, ato desvirtuado de total interesse público. Neste sentido, cita-se como exemplos a não prorrogação de um concurso e, logo após, a contratação de servidores temporários.

Por conseguinte, pode-se julgar erroneamente tais atos administrativos como discricionários. Todavia, há limites para esta discricionariedade e não os observando, passa-se a agir de forma arbitrária, ilegal e imoral, conforme foi demonstrado no decorrer do artigo.

Nos concursos públicos, nota-se também que o princípio da razoabilidade ganha enorme espaço no controle dos atos da administração para a realização do certame. Exemplo disso é o caso do candidato que após os quatro anos de realização do concurso (período máximo de validade possível), deixa de ser nomeado e vê o concorrente imediatamente a sua frente ser nomeado normalmente. Neste caso não cabe qualquer discussão, pois a administração seguiu o critério inicial.

Entretanto, há outra situação que se pode citar, quando a administração pública deixa de prorrogar o certame alegando baixa qualificação e, pelo mesmo exemplo anterior, deixa de nomear o próximo da lista. Tal decisão configura desarrazoada, visto que esse motivo pode ferir até mesmo a impessoalidade, já que muitas vezes um candidato obteve a mesma pontuação do que o último nomeado, ficando atrás apenas por critérios de desempate.

Assim, idéia razoável seria diminuir o prazo de validade do certame ou alterar a motivação do ato administrativo de não prorrogação. Deixando de prorrogar, corre-se o risco de a administração se tornar obrigada a contratar temporários em descumprimento do princípio do concurso público, embora possa se justificar pela necessidade de um cadastro de aprovados atualizado. Ao candidato não nomeado cabe instaurar procedimento visando ao

controle do ato administrativo discricionário pela razoabilidade e também pela proporcionalidade.

Por outro lado, pelas decisões jurisprudenciais pode-se verificar que a discricionariedade administrativa se faz presente em alguns atos dos concursos (prazo de validade, nomeação de aprovados fora das vagas, provas discursivas etc). Todavia, o precedente da Corte Maior, em que recomendou a prorrogação do concurso, chamou a atenção. Isto porque, mesmo sendo posição minoritária, o STF tocou na conveniência e oportunidade administrativa, o que representa um direcionamento que autoriza o administrador público em seus atos.

De outra sorte, nas provas discursivas onde a subjetividade consiste em exceção à prevalência da objetividade, ainda assim não foge a banca (administração) dos limites da discricionariedade. Mesmo porque subjetividade e liberalidade não podem se confundir e nem se unir a arbitrariedade.

Observou-se, também, a margem de escolha que possui o administrador público nos limites do prazo de realização do concurso público após a autorização do órgão de planejamento. Sobre isto, há decisão de jurisprudência de que a administração não está sujeita ao prazo limitativo. Todavia, tal posição não encontra amparo nos princípios da finalidade e eficiência, visto que, sendo a autorização dada em razão da existência de vagas e de dotação orçamentária, por que postergar a realização do certame? Percebe-se que, uma vez autorizado, a melhor solução seria iniciar os procedimentos preparatórios imediatamente.

Uma vez realizado o certame, percebe-se a necessidade de transparência na administração quanto ao controle popular específico pelo candidato classificado ou da reserva, algo que poderia estar inserido nas normas do edital. Isto porque a discricionariedade, conforme foi visto, não acaba com o resultado final, podendo existir até o último ato antes do fim da validade, prorrogado ou não o certame.

Os problemas constatados e as soluções propostas não se encerram por aqui, podendo servir de base para novos trabalhos, tendo como possíveis temas: limites da discricionariedade nas provas

subjetivas, fiscalização do certame após o resultado final, correlação entre conteúdo programático e a função a ser exercida no cargo público, discricionariedade nos exames psicotécnicos etc.

São inegáveis os avanços no controle da discricionariedade administrativa com o passar dos tempos. Da mesma forma, atualmente os concursos públicos, embora deles não participe somente a administração pública, na maioria dos casos são atos administrativos solenes que, cada vez mais, se fundamentam na legalidade e na transparência. Todavia, ainda há muito o que melhorar no tocante à liberdade de escolha da administração, levada a efeito que se faz presente pelos agentes públicos, seres humanos com vontades intrínsecas. Estes, por muitas vezes, não traduzem o melhor meio de agir, o que representa sério risco de ocorrerem arbitrariedades. Desta forma, os candidatos e demais interessados devem ficar atentos para que seus direitos e o interesse público não sejam afetados.

## Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em 27 jun. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 12 dez. 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm)> Acesso em 27 jun. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso** em Mandado de Segurança nº 23.942-RS. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. 21/08/2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/>>

Justica/detalhe.asp?numreg=200700825773&pv=010000000000&tp=51> acesso em 08 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso** em Mandado de Segurança nº 39906/PE. Rel.Min. Mauro Campbell Marques. DJe 20/05/2013 Disponível em < [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.aspregistro=201202709405&dt\\_publicacao=20/05/2013](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.aspregistro=201202709405&dt_publicacao=20/05/2013)>. Acesso em 05 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n 686**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_601\\_700](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700)>. Acesso em: 03 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo** Regimental no Recurso Extraordinário nº 659.921/SP. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 09/08/2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28temporElrio+concurso+p%FAblico%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qf9slhg>>. Acesso em 05 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo** Regimental no Recurso Extraordinário nº 724.585/RS. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 22/10/2013. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28tempor%Elrio+concurso+p%FAblico%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qf9slhg>>. Acesso em 05 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso** Extraordinário nº 581.113/SC. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 05/04/2011. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28581113.NUME.+OU+581113.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8c5cnl>>. Acesso em 08 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação** Direta de Inconstitucionalidade n.3116. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 24/05/2011. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283116.NUME.+OU+3116.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/orhrleg>>. Acesso em 08 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança**. RMS 28.911- RJ. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 04/12/2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2828911.NUME.+OU+28911.ACMS.%29&base=baseAcord aos&url=http://tinyurl.com/od8qlpr>>. Acesso em 08 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 23/04/1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28192568.NUME.+OU+192568.ACMS.%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/nuey255>>. Acesso em 08 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental** nº 761.646 AgR/MS. Segunda Turma. Relator Min. Cezar Peluso, 27 ago. 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28761646.NUME.+OU+761646.ACM S.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ntvx6vo>>. Acesso em 08 jul. 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, nº 40, abr./jun. 2010. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67732>>. Acesso em: 13 de agosto 2011.

BONNARD, Roger. **Précis de droit administratif**. Paris: Sirey, 1935.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CORDEIRO, Alexandre Delduque. **Três indagações sobre o Princípio da Moralidade Administrativa: teoria política, teoria do direito e teoria da Constituição em transformação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Paulo de Matos F. **Lei 8112/90: comentada: regime jurídico dos servidores públicos civis da União e legislação complementar**. 10 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GASTALDO, Fábio Trabold. Discriminações nos concursos públicos segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, nº 30, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69431>>. Acesso em: 29 agosto 2012.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Sirey, 1939.

FREITAS, Juarez Ferreira de. **A interpretação sistemática do direito**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINELLA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6ª ed. Niterói-RJ: Impetus, 2012.

MARRARA, Thiago. **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

NASCIMENTO, Eliesley Silva do. **Curso de direito administrativo**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SPITZCOVSKY, Celso. **Concursos públicos: limitações constitucionais para os editais: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

# Atribuição do Procurador-Geral de Justiça em inquérito civil e ação civil pública perante juízes de primeira instância

Pedro Jainer Passos Clarindo da Silva<sup>1</sup>

## RESUMO

As competências jurisdicionais são sempre objeto de exaustivo estudo entre os profissionais da área jurídica, mas a divisão de atribuições dos membros do Ministério nem sempre tem a merecida atenção dos estudiosos. Ocorre que falta de atribuição do membro do Parquet pode também causar seríssimos problemas e nulidades nos procedimentos e ações podendo gerar, por exemplo, prescrição punitiva de ações de improbidade administrativa, grande revés para o interesse público. Trabalhar as atribuições do Procurador-Geral de Justiça perante a primeira instância e, sob a luz da jurisprudência dos órgãos de superposição, verificar suas arestas é o objeto do presente escrito justamente como o intuito de fomentar o debate acerca dos limites das atribuições dos Promotores e do Procurador-Geral de Justiça.

***Palavras-chave:*** *Justiça; Governador; Primeira instância; Atribuição; Ação civil pública.*

---

<sup>1</sup> Analista Ministerial Especializado do Ministério Público do Tocantins. Graduado em Direito, especialista em Direito Administrativo (UFT).

## 1. Introdução

O presente artigo objetiva incitar a discussão acerca das atribuições do Procurador-Geral de Justiça perante juízes de direito, assunto pouco estudado, mas muito delicado.

Ao se refletir sobre a atuação dos órgãos de execução de cúpula dos Ministérios Públicos Estaduais, em especial do Procurador-Geral de Justiça, sempre se imagina a atuação deste perante os Tribunais de Justiça, principalmente agora, com a abertura concedida pelo STF (MS 28827, Rel. Min. Carmen Lucia, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 09/10/2012) e posteriormente pelo STJ (AgRg no AgRg no AREsp 194892, Rel. Min. Mauro Campbell, Primeira Seção, julgado em 24/10/2012, DJe 26/10/2012), nos Tribunais Superiores com direito à sustentação oral na condição de parte, conforme foi noticiado no informativo 671<sup>2</sup> do Supremo Tribunal Federal.

Por um lado, de fato, a maioria das atribuições do órgão de cúpula do Parquet estadual são previstas perante os tribunais, a exemplo do que acontece com as atribuições dos Procuradores de Justiça, conforme se depreende da Lei Orgânica Nacional dos

---

<sup>2</sup> Em seguida, o Supremo, por votação majoritária, resolveu questão de ordem — suscitada pelo PGR — com o fito de assentar a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, ora recorrido, para proferir sustentação oral. O Min. Cezar Peluso, relator, anotou que o Plenário já teria reconhecido que o parquet estadual disporia de legitimação para atuar diretamente nesta Corte nas causas por ele promovidas originariamente. Elucidou que o PGR poderia desempenhar, no Supremo, 2 papéis simultâneos: a) o de fiscal da lei; ou b) o de parte. Assim, quando o MPU, em qualquer dos seus ramos, figurasse como parte do feito, só ao PGR seria dado officiar perante o STF, porque ele quem encarnaria os interesses confiados pela lei ou pela Constituição a este órgão. Explicou que, nos demais casos, esse parquet exerceria, evidentemente, a função de fiscal da lei. Nesta última condição, a sua manifestação não poderia preexcluir a das partes, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório. Destarte, sugeriu que a Lei Complementar federal 75/93 somente incidisse no âmbito do MPU, sob pena de cassar-se a autonomia dos Ministérios Públicos estaduais, que estariam na dependência, para promover e defender interesse em juízo, da aprovação do Ministério Público Federal. RE 593727/MG, rel. Min. Cezar Peluso, 21.6.2012. (RE-593727).

Ministério Públicos Estaduais nos arts. 29 e 31 da Lei 8.625/93<sup>3</sup>. Ocorre que o Procurador-Geral de Justiça, chefe do Ministério Público Estadual, possui também atribuições para atuação perante a primeira instância.

Um primeiro exemplo do que se fala são as hipóteses de aplicação do art. 28 do CPP<sup>4</sup>, seja diretamente ou por analogia (arquivamento indireto), hipótese na qual a chefia da instituição dirime discordâncias entre promotor e juiz.

Por outro lado, o objeto deste trabalho é analisar as excepcionais situações em que o chefe do Parquet estadual atua perante a 1ª instância, quando relacionadas ao Inquérito Civil e à Ação Civil Pública.

O cuidado nessa análise permite ao intérprete evitar nulidades de processos e procedimentos por violação ao princípio do

---

<sup>3</sup> Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:

I - representar aos Tribunais locais por inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual;

II - representar para fins de intervenção do Estado no Município, com o objetivo de assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual ou prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial;

III - representar o Ministério Público nas sessões plenárias dos Tribunais;

IV - (Vetado);

V - ajuizar ação penal de competência originária dos Tribunais, nela oficiando;

VI - officiar nos processos de competência originária dos Tribunais, nos limites estabelecidos na Lei Orgânica;

VII - determinar o arquivamento de representação, notícia de crime, peças de informação, conclusão de comissões parlamentares de inquérito ou inquérito policial, nas hipóteses de suas atribuições legais; [vide inciso V]

Art. 31. Cabe aos Procuradores de Justiça exercer as atribuições junto aos Tribunais, desde que não cometidas ao Procurador-Geral de Justiça, e inclusive por delegação deste.

<sup>4</sup> Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

promotor natural, garantindo assim a higidez processual, evitando a procrastinação da demanda e, quiçá, a impunidade do administrador ímprobo.

Estudar as atribuições do chefe do Ministério Público Estadual perante juízes de direito, trazendo para discussão desde o envio de documentos para outras autoridades de mesmo nível até assuntos já enfrentados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, como a competência jurisdicional, possibilidade de aumento das atribuições previstas na Lei 8.625/93 no âmbito da legislação estadual e a possibilidade de delegação serão as matrizes desta análise.

## 2. Das notificações para chefes de Poderes

A Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados (Lei. 8.625/93), a exemplo do que faz a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75/93<sup>5</sup>), a fim de estabelecer um tratamento de deferência entre os Poderes, mantendo a comunicação oficial entre as cúpulas de Poder, determinou que:

Art. 26 § 1º As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça.

Inicialmente deve-se notar que esse rol é taxativo e se limita às respectivas cúpulas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, não sendo extensíveis às demais figuras subordinadas àquelas listadas,

---

<sup>5</sup> Art. 8º, § 4º. As correspondências, notificações, requisições e intimações do Ministério Público quando tiverem como destinatário o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do Tribunal de Contas da União ou chefe de missão diplomática de caráter permanente serão encaminhadas e levadas a efeito pelo Procurador-Geral da República ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada, cabendo às autoridades mencionadas fixar data, hora e local em que puderem ser ouvidas, se for o caso.

como é o caso dos Secretários de Estado e Presidentes de Autarquias Estaduais.

Quanto à atuação do Procurador-Geral de Justiça, em si, é de se ver que o objetivo da lei não é retirar a atribuição do Promotor Natural do Inquérito Civil ou Procedimento Preparatório pelo simples fato de ser necessário requisitar qualquer informação das respectivas autoridades. Não é isso.

O Promotor de Justiça continua na presidência do procedimento, se socorrendo da atuação do Procurador-Geral apenas para o encaminhamento de expedientes às autoridades listadas.

No caso do referido dispositivo, as autoridades não são sindicadas, não são objeto de investigação ou contra elas não se pretende propor qualquer demanda (Ação Civil Pública ou Ação de Improbidade, por exemplo). Nesse caso, essas autoridades são chamadas a cooperar com o procedimento administrativo prestando informações, juntando documentos ou sendo ouvidas.

Veja-se que a lei usou a expressão “serão encaminhadas” pelo Procurador-Geral de Justiça, o que demonstra a intenção do legislador em manter a atribuição originária ao mesmo tempo que mantém uma deferência entre as chefias administrativas, sendo vedado ao chefe do Parquet fazer juízo de mérito no expediente a ser encaminhado.

Nesse sentido, inclusive, o próprio expediente a ser encaminhado para o Governador, por exemplo, é o de elaboração pelo Promotor de Justiça, como veio esclarecer a Resolução nº 35/09 do Conselho Nacional do Ministério Público, que introduziu o §8º no art. 6º da Resolução nº 23/07, nas disposições que tratam da instrução do Inquérito Civil:

Art. 6º §8º. As notificações, requisições, intimações ou outras correspondências expedidas por órgãos do Ministério Público da União ou pelos órgãos do Ministério Público dos Estados, destinadas a instruir inquérito civil ou procedimento preparatório observarão o disposto no artigo 8º, § 4º, da Lei Complementar nº 75/93, no artigo 26, § 1º, da Lei nº 8.625/93 e, no que couber, no disposto na legislação estadual, devendo serem encaminhadas no prazo de dez (10) dias pelo respectivo Procurador-Geral, não cabendo a este a valoração do contido no expediente, podendo deixar de

encaminhar aqueles que não contenham os requisitos legais ou que não empreguem o tratamento protocolar devido ao destinatário.

Observe-se que, como dito, não deve haver juízo do conteúdo ou de valoração da atuação e dos rumos tomados pelo procedimento, sendo estes protegidos pela independência funcional do Promotor Natural, mas simplesmente verificações formais, como o tratamento protocolar e documentos como a cópia da Portaria que instaurou o procedimento (art. 6º, §10º, Resolução 23/07 CNMP). Digno de registro, ainda, é que o Conselho Nacional do Ministério Público, a fim de evitar a procrastinação do Inquérito Civil, estabeleceu para o Procurador-Geral de Justiça prazo para encaminhar os documentos à autoridade destinatária.

Assim, temos uma atuação por enquanto tímida do Procurador-Geral de Justiça em procedimentos de primeira instância, ao contrário do que se verificará no próximo tópico.

### 3. Do inquérito civil e ação civil pública em face de chefes de Poder

A Ação Civil Pública, prevista como instrumento de atuação institucional do Ministério Público no art. 129, III, da Constituição, encontra reserva de atribuições ao Procurador-Geral de Justiça quando a pretensão ministerial seja voltada contra ato praticado por Governador, Presidente de Assembleia Legislativa ou Presidente de Tribunais.

A limitação, em que pese não ter vindo no bojo da Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, é estabelecida pela Lei Orgânica dos Ministérios Públicos Estaduais:

Lei 8625/93

Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:

VIII - exercer as atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembleia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação;

Constituição Federal

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - 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;

Veja-se que mesmo as funções do inciso II do art. 129 podem ser garantidas por instrumentos próprios, como é o caso do pedido de intervenção e da ação direta de inconstitucionalidade, como por meio da própria Ação Civil Pública prevista no inciso III.

Interessante notar que, ao contrário do estabelecido na Resolução 23/07 do CNMP, aqui a atuação do Procurador-Geral é ostensiva. Ele mesmo é, originariamente, o Promotor Natural da causa, tendo poderes para instaurar o Inquérito Civil e, se for o caso, posteriormente a respectiva Ação Civil Pública.

Todos os poderes (requisição, propositura da ação cautelar e principal, etc.), bem como as obrigações (regularidade formal do procedimento, encaminhamento para o Conselho Superior em caso de arquivamento, etc.) são conferidas ao chefe do Parquet Estadual. O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a legitimidade do exercício das atribuições do Procurador-Geral de Justiça perante a primeira instância:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GOVERNADOR DE ESTADO. PROPOSITURA. COMPETÊNCIA. ART. 29, VIII, DA LEI Nº 8.625/93. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA.

1. Preceitua o art. 29, VIII, da Lei nº 8.625/93, que somente o Procurador-Geral de Justiça é competente, em princípio, para o ajuizamento de ação civil pública (art. 129, III, da Carta Magna) contra Governador de Estado por ato praticado em razão de suas

funções. (REsp 851635, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, data do julgamento: 10/03/2009, DJe 07/04/2009)

Nos casos em que, por exemplo, o Colégio de Procuradores resolve encaminhar determinado tema para apreciação de possível Inquérito Civil ou de Ação Civil Pública em que os atos a serem investigados sejam editados pelo Governador, Presidente da Assembleia Legislativa ou Presidente de Tribunais (e.g., o de Justiça ou mesmo o de Contas) o mais técnico seria encaminhar os atos para o Procurador-Geral e não para o Promotor de Justiça.

Da mesma forma como entendemos no tópico anterior, nos parece que esse dispositivo deve ser lido como *numerus clausus*, por se tratar de regra de exceção, uma vez que usual é, de fato, a atribuição do PGJ perante tribunais e dos Promotores perante os juízes.

Nesse sentido, devemos entender que os atos realizados por outras autoridades por delegação daquelas listadas no inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/93, e.g., o caso do Secretário de Estado atuando como ordenador de despesa por delegação do Governador, também devem ser processadas pelo Promotor de Justiça, que terá atribuição originária e não delegada, em homenagem ao comando da Lei 9.784/99: Art. 14 § 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

A atribuição do Procurador-Geral de Justiça deve ser tratada com rigor, mas de modo estrito a fim de evitar problemas e questionamentos acerca da legitimidade do autor da Ação Civil Pública ou da presidência do Inquérito Civil.

### 3.1. Da manutenção da competência jurisdicional de 1ª instância

A iniciativa da ação pode estar prevista como atribuição do órgão de cúpula do Ministério Público Estadual, por outro lado, a competência jurisdicional não foi retirada da primeira instância.

A jurisprudência da Suprema Corte, em que pese posição contrária do STJ<sup>6</sup>, é firme no sentido de que apenas a Carta Magna teria poderes para estabelecer foro por prerrogativas de função e considerando que esta não o faz para ações cíveis em geral, como é a Ação Civil Pública, o foro das autoridades é mesmo na primeira instância. Foi esse o raciocínio trilhado pelo Supremo Tribunal Federal quando declarou inconstitucional o art. 84, §2º, da Lei Processual Penal no julgamento da ADI 2797 e da ADI 2860.

Note-se que, apesar da impressão de uma incongruência do ordenamento, a situação é mesmo de atribuições do chefe do Parquet em primeira instância, pois assim já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça:

Forçoso, portanto, concluir-se que a norma de regência encarrega o Procurador-Geral de Justiça para a promoção da referida ação civil pública, competência funcional que não é afetada pela circunstância de que a ação deve ser aforada em primeira instância, como bem observa Emerson Garcia em obra sobre o tema:

“Por outro lado, tratando-se de ação que impute a prática de ato de improbidade ao Governador do Estado (v.g: art. 11 da Lei nº 8.429/1992 – ‘retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício’), será ela ajuizada em primeira instância (por estende ro foto [sic] por prerrogativa de função previsto no âmbito penal às ações de improbidade, a Lei nº 10.628/2002, que conferiu nova redação ao art. 84 do CPP, é incompatível com a Constituição da República, pois somente a esta caberia contemplar determinadas autoridades com essa prerrogativa. Sendo inconstitucional, não deve ser aplicada), pelo Chefe da Instituição. Aqui, o pólo [sic] passivo será ocupado por uma pessoa física que ocupa cargo de Governador, sendo a ela imputado um ilícito praticado no exercício de suas funções. A atribuição originária, é importante frisar, não será fixada em razão do órgão jurisdicional competente para o processo e julgamento da ação, prevalecendo mesmo nas hipóteses em que a competência seja do juízo de primeira instância (v.g.: nas ações de improbidade)” (in Ministério Público - Organização, Atribuições e Regime Jurídico. Editora Lume Juris: Rio de Janeiro, 2ª ed., 2005, p. 402).

---

<sup>6</sup> Esse conflito parece ter sido sepultado pela Corte Especial do Tribunal da Cidadania, que rendeu-se ao entendimento do Supremo, no julgamento do AgRg na Rcl 12514, noticiado no informativo 527.

Nesse passo, também não remanescem dúvidas quanto ao descabimento de ação desta natureza contra Governador do Estado proposta exclusivamente por membro do Parquet Estadual que funciona em primeira instância - Promotor de Justiça -, pois, caso contrário, o já referido art. 29, VIII, da Lei nº 8.625/93, se tornaria letra morta, veiculando comando legal sem qualquer eficácia jurídica. (REsp 851635, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, data do julgamento: 10/03/2009, DJe 07/04/2009)

Reafirma-se a competência em primeira instância, em que pese se tratar de atuação ostensiva judicial do Procurador-Geral de Justiça.

### 3.2 Da possibilidade de aumento do rol de autoridades do art. 29, VIII, da Lei 8625/93 nas Leis Orgânicas Locais

Questão interessante já posta em juízo é acerca da possibilidade de a Lei Orgânica de cada Ministério Público Estadual aumentar o rol de autoridades a serem sindicadas pelo Procurador-Geral de Justiça no âmbito de aplicação do art. 29, VIII, da Lei 8.625/93.

O caso específico foi o da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul (Lei Complementar Estadual nº 72/94) que, em seu art. 30, aumentou consideravelmente o rol de autoridades sob atribuição do PGJ:

Art. 30 - Além das atribuições previstas nas Constituição Federal e Estadual, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:

X - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social, bem como da probidade e legalidade administrativas, quando a responsabilidade for decorrente de ato praticado, em razão de suas funções, por:

- a) Secretário de Estado;
- b) Membro de Diretoria ou do Conselho de Administração de entidade da administração indireta do Estado;
- c) Deputado Estadual;
- d) Prefeito Municipal;
- e) Membro do Ministério Público;
- f) Membro do Poder Judiciário.

Em 1999 o STF chegou a conceder a Liminar para suspender o dispositivo entendendo ter se verificado *ab prima oculi* uma invasão na competência legislativa da União para tratar de direito processual, conforme se pode verificar:

CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 72/94, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, QUE INSTITUIU A LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DAQUELE ESTADO. ATRIBUIU COMPETÊNCIA AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA PROMOVER “AÇÃO CIVIL PÚBLICA”. MATÉRIA DE DIREITO PROCESSUAL, DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. OFENSA AO ART. 22, I, DA CF. LIMINAR DEFERIDA. (STF – ADI 1916 – MC. Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, julgado em 11/02/1999, DJ 26/10/2001)

Quase 11 anos depois, a Corte, ao analisar a ação em cognição exauriente, acabou entendendo não ser caso de invasão de competência, pois a matéria seria de organização do Ministério Público local e não de cunho processual, cuja ementa segue:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 30, INCISO X, DA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL --- LC 72/94. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE MATÉRIA DE CARÁTER PROCESSUAL. ORGANIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO LOCAL. ARTIGO 128, § 5º, E ARTIGO 129, INCISO III, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Competência exclusiva do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para propor a ação civil pública contra autoridades estaduais específicas. 2. A legitimação para propositura da ação civil pública --- nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição do Brasil --- é do Ministério Público, instituição una e indivisível. 3. O disposto no artigo 30, inciso X, da LC 72/94, estabelece quem, entre os integrantes daquela instituição, conduzirá o inquérito civil e a ação civil pública quando a responsabilidade for decorrente de ato praticado, em razão de suas funções, por determinadas autoridades estaduais. 4. A Lei Complementar objeto desta ação não configura usurpação

da competência legislativa da União ao definir as atribuições do Procurador-Geral. Não se trata de matéria processual. A questão é atinente às atribuições do Ministério Público local, o que, na forma do artigo 128, § 5º, da CB/88, é da competência dos Estados-membros. 5. A Lei Complementar nº 72, do Estado de Mato Grosso do Sul, não extrapolou os limites de sua competência. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. Cassada a liminar anteriormente concedida. (STF – ADI 1916, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, julgado em 14/04/2010, DJe 18/06/2010)

Assim, respeitado o rol mínimo das autoridades do art. 29, VIII da Lei 8.625/93, é possível estender a outras autoridades a prerrogativa do chefe da instituição. Vale somente dizer que esse alargamento deve ser comedido, pois as atribuições do PGJ são muitas e, geralmente, sua carga de trabalho é grande, motivo pelo qual aumentar demais esse rol pode obstaculizar o bom desempenho desse mister.

### 3.3 Da possibilidade de delegação das atribuições do art. 29, VIII, da Lei 8625/93

Consigne-se, por fim, a possibilidade de delegação da atribuição prevista no art. 29, VIII da Lei 8.625/93 para outros membros, conforme autorizativo do inciso IX do mesmo dispositivo:

Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:

IX - delegar a membro do Ministério Público suas funções de órgão de execução.

O STJ tem confirmado a possibilidade de delegação, conforme se extrai de recente julgado da Corte Especial do Tribunal da Cidadania que ao analisar processo-crime enfrentou lateralmente essa questão, por se tratar de denúncia oferecida com lastro em inquérito civil presidido por Promotor de Justiça no qual se verificariam autoridades sob a prerrogativa do órgão de cúpula

PENAL E PROCESSO PENAL - CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL - INSTAURAÇÃO DE PROCESSO CRIMINAL COM BASE EM INQUÉRITO CIVIL - POSSIBILIDADE - EXCESSO DE PRAZO - IRREGULARIDADE QUE NÃO CONTAMINA A AÇÃO PENAL - INQUÉRITO CIVIL PRESIDIDO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA – POSSIBILIDADE.

1. Mostra-se cabível o oferecimento de denúncia com escólio em inquérito civil público. Precedentes.
2. O prazo previsto na Resolução nº 001/2001 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso não é peremptório.
3. O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso delegou a 02 (dois) Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio e da Promotoria Civil de Cuiabá/MT a atribuição para promover investigações tendentes a apurar o suposto desvio de dinheiro das contas da AL/MT. Ausência de irregularidade. (STJ – Apn 524. Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 17/04/2013, DJe 02/05/2013)

Ademais, o autorizativo legal de delegação não encontra qualquer limitação dessa natureza, motivo pelo qual não caberia ao intérprete criar limitação não prevista na lei.

Observe-se, por fim, que a referida delegação deve ter como norte princípios do processo coletivo, como o da competência adequada (aqui aplicado como atribuição adequada), pois seria contraprodutivo, por exemplo, uma delegação para presidir investigações na capital a um promotor que se encontre em um interior muito distante e que possa se deslocar para a capital apenas uma vez por mês.

#### 4. Considerações finais

Ao fim deste trabalho, verificamos que, em regra, as atribuições do Procurador-Geral de Justiça, como o senso comum indica, são atribuições precipuamente de atuação perante tribunais, em especial questões de maior relevância, como Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça ou Pedidos de Intervenção do Estado em Município.

A lei atribui, excepcionalmente, ao chefe do Parquet estadual atuação junto à primeira instância, como é o caso do art. 28 do CPP, envio de notificações enviadas pelos Promotores de Justiça a autoridades de cúpula de Poderes ou mesmo a atuação ostensiva na presidência de Inquérito Civil e promoção de Ação Civil Pública contra rol estrito de autoridades.

Esta última atribuição não retira a competência jurisdicional de primeiro grau, pode ter o rol de autoridades aumentado pela legislação local e ainda admite delegação para outro membro do Ministério Público (Promotor de Justiça ou mesmo outro Procurador de Justiça).

## Referências

BRASIL. Lei Complementar nº 75/93 de 20 de maio de 1993. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 21/05/1993.

BRASIL. Lei nº 8.429/93 de 2 de junho de 1992. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**.

BRASIL. Lei nº 8.625/93, de 12 de fevereiro de 1993. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 851635, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, 10/03/2009, **Diário da Justiça Eletrônica**, 07/04/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Apn 524. Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 17/04/2013, **Diário da Justiça Eletrônica**, 02/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 671** de 18 a 22 de junho de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo671.htm>>. Acesso em 05/12/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1916 – MC. Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, julgado em 11/02/1999, **Diário da Justiça Eletrônica**, 26/10/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1916, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, julgado em 14/04/2010, **Diário da Justiça Eletrônica**, 18/06/2010.



# Inteligência criminal em prol da prevenção e repressão ao crime organizado no Brasil

Vinicius de Oliveira e Silva<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo tem como objeto as atividades de Inteligência Criminal. Busca-se, de modo breve, uma concepção do que seja Inteligência e suas raízes históricas. Outrossim, analisa-se a aplicação da Inteligência na seara da segurança pública pelas instituições estatais responsáveis pelo implemento da lei penal, especialmente diante do fenômeno do crime organizado no Brasil, buscando uma melhor prevenção e repressão da criminalidade.

***Palavras-chave:*** *Inteligência; Informação; Segurança pública; Ministério Público; Crime organizado.*

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça Titular da 1ª Promotoria de Gurupi-TO. Graduado em Direito (PUCCAMP). Especialista em Direito Constitucional (LFG).

## 1. Introdução

O direito à segurança pública é, legitimamente, um dos maiores anseios da sociedade brasileira. O aprimoramento das rotinas de instituições estatais que possuem atribuições relacionadas ao direito fundamental à segurança pública constitui um dever de seus integrantes e do Estado.

Visando contribuir com esse objetivo, o presente trabalho analisa a chamada Inteligência, partido de sua origem e aplicação na história mundo afora até seu emprego atual no enfrentamento da criminalidade contemporânea no Brasil. Como norte e inspiração para a atuação de todos os que buscam igual desiderato, compartilhamos o pensamento de Russel Ackolf de que “O futuro pode ser melhorado por uma intervenção ativa no presente.”.

## 2. A inteligência criminal ou de segurança pública

### 2.1 O termo Inteligência - the intelligence

O termo inteligência em sua acepção mais corrente designa a destreza mental humana, a capacidade de aprender ou compreender, a perspicácia do raciocínio do homem.

Fala-se ainda em uma inteligência para além do saber racional, a denominada “inteligência emocional”, expressão popularizada em 1995 no *best seller* homônimo de David Goleman. Esse autor, baseado em conceitos formulados cinco anos antes, revisa o que é ser inteligente, defendendo que as emoções, a capacidade de motivar a si mesmo, a perseverança, atuam no cérebro e potencializam ou minoram o próprio intelecto.

Entretanto, a palavra Inteligência, no sentido utilizado no presente artigo, não se relaciona com aquelas acepções, mas sim deita raízes nos historicamente chamados serviços de informação ou serviços secretos ou mais recentemente serviços de inteligência.

Conforme ensina João Manoel Roratto (2012, p. 37):

A origem do termo Inteligência está relacionada a uma das mais importantes funções da Secretaria de Estado na Inglaterra no reinado de Elizabeth I, qual seja, o controle interno e externo de informações, que era chamado então de *the intelligence*. O termo, segundo Cepik (2003, p. 83), (...) não significava apenas a provisão de informações extraordinárias sobre potências inimigas (especialmente sobre a frota espanhola antes de 1587) ou conspiradores internos (como jesuítas e outros perseguidos com base no *Treason Act* de 1351), mas incluía também um suprimento regular de notícias internacionais e informações sobre o mundo. (grifo nosso).

Em razão dessa atividade da referida secretaria de estado inglesa, provavelmente ocorreu a larga utilização do vocábulo Inteligência para designar as atividades de reunião e análise de dados para embasar decisões institucionais.

Para Bruneau, citado por João Manoel Roratto (2012, p. 37), a Inteligência é definida como processo de recolher e utilizar informações para qualquer finalidade, cuidando-se de conceito largo exatamente porque são variados os processos para obtenção das informações e suas fontes.

Jeffrey Richelson, citado por Joanisval Brito Gonçalves (2005, p. 21) define Inteligência como *“the product resulting from collection, processing, integration, analysis, evaluation e interpretation of available information concerning foreign countries or areas”*.

No Brasil, no âmbito do Poder Executivo Federal, a Lei 9.883 de 07 de dezembro de 1999 institui o Sistema Brasileiro de Inteligência e criou a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN.

Tal lei define, para os efeitos daquela norma, Inteligência como

a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.

A mesma norma prevê a ideia de Contrainteligência no artigo 1º, § 3º, como *a atividade que objetiva neutralizar a inteligência adversa*.

Em suma: Inteligência pode ser compreendida sumariamente como a atividade de recolher, reunir, analisar informações e usar o conhecimento produzido por esse processo para determinadas decisões e ações estatais.

## 2.2. Inteligência de Estado. Referências históricas e acepção atual

Na história da humanidade, a busca por informações que pudessem facilitar empreitadas e permitir decisões e ações estratégicas sempre existiu. Cuida-se de proceder intuitivo que, com o passar do tempo, tornou-se mais especializado.

Confúcio, na China do século VI a. C, afirmava que *“aquele que não prevê as coisas longínquas expõe-se a desgraças próximas”*.

Sun Tzu, general e filósofo também chinês entendia que

O conhecimento do espírito do mundo tem de ser obtido por adivinhação; a informação sobre a ciência natural deve ser procurada pelo raciocínio intuitivo; as leis do universo podem ser comprovadas por cálculos matemáticos; mas as disposições do inimigo só são averiguadas por informantes e apenas por eles.

O diplomata e historiador Evaldo Cabral de Mello, na obra clássica “O Brasil holandês”, retrata passagem elucidativa mencionando que, em 1624, três anos após a fundação da Companhia das Índias Ocidentais nos Países Baixos, Jan Andries Moerbeek escreveu em Amsterdã apontamentos intitulados “Motivos por que a Companhia das Índias Ocidentais deve tentar tirar ao rei da Espanha a terra do Brasil”. Conforme Evaldo Cabral de Mello, cuidava-se de um resumo de poucas folhas, com sólidas informações sobre a *terra brasilis*, que declinava as razões estratégicas e econômicas em prol de um ataque holandês à América portuguesa (Portugal então estava submetido ao domínio espanhol), sendo certo que a Bahia e Pernambuco foram, desde o começo, alvos prioritários para o ataque

neerlandês ao Brasil, devido a sua posição geográfica – mais próxima da Europa – ao interesse no pau-brasil, terras férteis para produção de cana-de-açúcar e ouro.

Muitos outros exemplos históricos de reunião de informações e seu uso para decisões e ações fundamentais de povos e instituições poderiam ser lembrados, sendo que, com o passar do tempo, a atividade de Inteligência foi ganhando contornos mais claros.

A Inteligência de Estado “clássica”, nos moldes mais contemporâneos, desenvolveu-se especialmente para fins militares, no contexto das guerras mundiais. Na Segunda Guerra Mundial, os países do Eixo e os aliados possuíam amplos serviços de Inteligência que foram decisivos nos confrontos.

Conforme anota Fernando do Carmo Fernandes (2012, p. 22), a utilização de metodologias mais apropriadas e o desenvolvimento de um trabalho de orientação analítica deram à Inteligência um caráter mais profissional e eficaz.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a polarização ideológica do mundo, a Inteligência passou a ser usada na Guerra Fria com instrumento de segurança interna, objetivando tentar monitorar o que cada potência estaria buscando realizar.

No Brasil, no contexto de um mundo polarizado entre URSS e EUA e em razão da ditadura militar, a expressão sistema de informação foi, por certo período, associada a abusos e perseguição política, o que, ainda hoje, traz ao tema uma áurea estigmatizada.

Pensamos que a prática de abusos por servidores incumbidos de tarefas de Inteligência – tanto no passado, com o uso da tortura para a obtenção de informações, quanto nos nossos dias, com violações ilegais de comunicações, supostamente como as que há pouco foram noticiadas como praticadas por autoridades americanas em relação a líderes de outros países – façam, por vezes, com que membros de instituições civis brasileiras irracionalmente deixem de dar a devida relevância a tal atividade.

Fato é que é totalmente viável fazer Inteligência de modo lícito, com meios legítimos. Muitas vezes, aliás, gera-se Inteligência com base em fontes abertas. Leonardo Singer Afonso (2012, p.55), em

interessante artigo intitulado “Fontes aberta e Inteligência de Estado” anota que:

Além de não haver motivo para desconsiderá-las a priori, as fontes abertas demonstram ser capazes de nos conduzir a conclusões tão estratégicas quanto as fontes secretas, o que, por exemplos concretos, derruba o argumento de que quanto mais aberta a fonte, menor será sua capacidade de subsidiar o usuário.

Já sob a égide do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal, no ano de 1989, o antigo SNI – Serviço Nacional de Informações foi extinto e, dez anos mais tarde, em 1999, foi criada a ABIN – Agência Brasileira de Inteligência, pela referida Lei 9.883/99.

A ABIN é atualmente o órgão central do sistema brasileiro de Inteligência, submetido a controle e fiscalização do Poder Legislativo Federal e está voltada para a atividade Inteligência no âmbito da União.

## 2.3 Inteligência criminal ou de segurança pública

No patamar internacional, a Inteligência foi ganhando no século XX novas aplicações, sendo empregada inclusive no mundo corporativo (passou-se a falar em Inteligência Competitiva, que é largamente utilizada nas empresas, há tempos).

De outro lado, no âmbito público, a clássica Inteligência Estatal desmembrou-se para gerar um instrumento de combate ao crime, surgindo o que passou a ser designado como Inteligência Criminal ou Inteligência de Segurança Pública.

Anota Denílson Feitoza Pacheco (2005, p. 637) que:

Até a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos utilizavam a atividade de inteligência basicamente como inteligência clássica, ou seja, com fins militares e políticos. As autoridades de segurança pública (em sentido amplo) foram lentas em aceitar a utilidade da inteligência criminal no combate a grupos criminosos. Gradualmente, a inteligência criminal obteve o reconhecimento como uma ferramenta efetiva de combate ao crime. Levou mais

de um século para a inteligência criminal obter a aceitação generalizada.

Nos Estados Unidos, em 1956, foi instituída a Unidade de Inteligência de Segurança Pública – *LEIU* – *Law Enforcement Intelligence Unit*, que centralizava 26 agências de segurança. Atualmente a *LEIU* interage com 250 agências dos Estados Unidos, Canadá, Austrália e África do Sul, coletando dados e produzindo conhecimento de inteligência em segurança pública.

A atividade de Inteligência no Brasil, vagarosamente, também ampliou seu foco para a seara da segurança pública, pois como anota João Manoel Roratto (2012, p.39):

Nos novos tempos, os estados enfrentam de forma ampliada outras formas de ameaça que devem ser entendidas pelos seus dirigentes e para as quais os serviços de Inteligência devem voltar-se no sentido da proteção da sociedade. Estas ameaças ao estado democrático podem ser encontradas, na crescente criminalidade organizada, no comércio ilegal de armas, drogas, de seres humanos, no terrorismo internacional e na destruição do meio ambiente, realidades distantes das ameaças tradicionais que forjaram o crescimento dos serviços de Inteligência na segunda metade do século passado.

No ano 2000, foi editado no Brasil o Decreto 3.695/00, que criou o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública, dentro do Sistema Brasileiro de Inteligência.

O Subsistema de Inteligência de Segurança Pública tem, conforme a norma, a finalidade de coordenar e integrar as atividades de inteligência de segurança pública em todo o País, bem como suprir os governos federais e estaduais de informações que subsidiem a tomada de decisões neste campo.

Nota-se que a preocupação do Estado Brasileiro em matéria de Inteligência alargou-se e voltou-se para a segurança pública, o que definitivamente não é sem razão diante do lamentável panorama da criminalidade em nosso país.

### 3. O crime organizado no Brasil e no mundo

#### 3.1 Brevíssimos apontamentos sobre o fenômeno do crime organizado no mundo

Para além da microcriminalidade, que se revela em delitos ordinários e de pequena escala praticados isoladamente por indivíduos ou em mero concurso de agentes, a macrocriminalidade ou chamada criminalidade avançada difere da primeira em razão das proporções, intensidade e natureza. Muitas vezes, a macrocriminalidade apresenta-se sobre formas empresariais, como produto de organização e cooperação de criminosos que reproduzem, no campo do ilícito, métodos de empresas, com grande potencial de lesão à sociedade e ao Estado.

Dentro do gênero macrocriminalidade encontra-se o chamado crime organizado, engendrado e realizado por organizações criminosas de delinquentes. A prática do crime de modo profissional, por criminosos organizados, apresentou-se realidade palpável especialmente a partir do século XX e, apesar de ter como exemplos mais célebres as máfias de origens italianas, está inserida ao redor do globo.

Ana Luíza Almeida Ferro, Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão e doutora em ciências penais pela UFMG, em obra de fôlego sobre o crime organizado escreve que (2009, p. 58):

*Apesar de haver crescido a cooperação internacional e aumentado a quantidade de leis e medidas específicas visando ao controle do crime organizado, algumas severamente criticadas por uns e ferrenhamente defendidas por outros, sobretudo em países como os Estados Unidos e a Itália, o crime organizado permanece um problema de dimensões globais. Hodiernamente, como organizações criminosas transacionais ou que atuam em rede ou mantém conexões internacionais, estáveis e significativas, com outras organizações criminosas, podem ser arroladas as Máfias americana e siciliana; a Organização da Rússia, a Yakuza, do Japão; as Triades chinesas; os Cartéis colombianos de Cali e Medellín, a 'Ndrangheta, da*

*Calábria; a Camorra, da Campânia; os Lobos Cinzas, da Turquia; e o Comando Vermelho, do Rio de Janeiro, entre outras.*

De acordo com Yury Fedotov, diretor-executivo do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes – UNODC, o crime organizado transnacional tem uma receita estimada em 870 bilhões de dólares e, no mundo, crimes de toda ordem movimentariam anualmente 2,1 trilhões de dólares, ou seja, 3,6 do PIB mundial.

Certo é que a atuação do crime organizado preocupa o mundo civilizado, de tal forma que, em 2000, vem a lume a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Tal problemática, de igual modo, deve ser objeto de atenção e enfrentamento pelo Estado Brasileiro no âmbito interno e estadual, até porque é a sociedade no seu dia a dia nas cidades que sofre com o incremento do crime.

### 3.2 O crime organizado no Brasil

Nosso país, infelizmente, não está imune a atuação do crime organizado. Somente a título de exemplo, poder-se-ia recordar que há tempos criminosos famosos, integrantes de organizações do exterior, são encontrados no Brasil.

Recorde-se que, em 1983, Tommaso Buscetta, importante membro da *Cosa Nostra*, a máfia siciliana, foi preso no Brasil (em Ilha Bela, SP). Mais recentemente, Juan Carlos Ramírez Abadía, traficante colombiano, que era considerado pelo FBI como um dos maiores traficantes do mundo, foi também capturado em nosso país. Esse criminoso seria responsável pelo envio de mais de 1.000 toneladas de cocaína para os Estados Unidos e teria ordenado 315 mortes na América Latina e em território americano.

Mas – afora as organizações oriundas de outras nações que aprofundam tentáculos no território nacional – nosso país,

lamentavelmente, vem sendo celeiro de suas próprias organizações criminosas.

No Rio de Janeiro, nas décadas de 1960 e 1970, dentro do presídio da Ilha Grande, a convivência entre presos políticos e presos comuns aliada às péssimas condições carcerárias gerou campo fértil para o surgimento de uma associação de criminosos que, com o passar dos anos, tornou-se o Comando Vermelho. Segundo Carlos Amarin, na virada de 1981 para 1982, o Comando Vermelho já teria mais de 2.000 adeptos nos presídios cariocas. O grupo criminoso projetou-se para fora do cárcere e passou a praticar inicialmente assaltos a banco. Em seguida, passou a focar os negócios criminosos no tráfico de drogas, que é mais seguro e lucrativo. A audácia da organização criminosa pode ser exemplificada com uma fuga histórica: em 1986, um helicóptero Bell-47 pousa no presídio da Ilha Grande e o criminoso José Carlos dos Reis Encina, o Escadinha, entra e foge voando em direção ao continente.

No Estado de São Paulo, dentro da Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, surgiu, 1993, a facção denominada PCC – Primeiro Comando da Capital, que está hoje esparramada em estabelecimentos penais em vários municípios do Brasil.

Tal organização criminosa – segundo relatório subscrito por Promotores de Justiça do Gaeco de São Paulo, constante da obra “Crime organizado e Sistema Penal”, do Promotor de Justiça paulista Roberto Porto (2007, p.74) – tinha como objetivo inicial

(...) a prática de extorsão contra detentos e seus familiares, bem como determinar e realizar execuções de outros presos visando dominar o sistema carcerário, realizando o tráfico de entorpecentes no interior dos presídios e cadeias públicas. Com o passar dos anos, a organização criminosa estendeu suas operações, passando também a realizar inúmeros crimes fora do sistema prisional.

Roberto Porto (2007, p.75) relembra uma demonstração de articulação da dita organização criminosa:

(...) a maior rebelião prisional da qual se tem notícia no mundo, a chamada Megarrebelião, de 18 de fevereiro de 2001, envolveu 29 presídios com ações simultâneas. O governo estima em 28 mil o número de rebelados reunidos pelo Primeiro Comando da Capital, em 19 municípios. Conforme sustentado pelo jornalista Alexandre Silva, para se ter uma idéia da dimensão do ato, a Polícia Civil de São Paulo, no mesmo dia, era formada por 35 mil homens. Nem Luis Carlos Prestes conseguiu mobilizar tantas pessoas em sua ofensiva mais famosa, na década de 20. Prestes atravessou, com a sua coluna, 13 estados do país, por dois anos, reunindo um contingente fixo de 1.500 homens.

Outras facções criminosas brasileiras, com maior ou menor articulação, são enumeradas por Roberto Porto, com base no estado-membro em que surgiram, o que não exclui – por óbvio - a atuação das mesmas em outros territórios. No Estado de São Paulo: Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade, Comissão Democrática de Liberdade, Seita Satânica, Serpentes Negras, Terceiro Comando da Capital. No Rio de Janeiro: Amigos dos Amigos, Terceiro Comando. No Paraná: Primeiro Comando do Paraná; No Distrito Federal: Paz, Liberdade e Direito; Em Minas Gerais: Primeiro Comando Mineiro, Comando Mineiro de Operações Criminosas. No Rio Grande do Sul: Os Manos, Brasas; Em Pernambuco: Comando Norte-Nordeste; No Rio Grande do Norte: Primeiro Comando de Natal; No Mato Grosso do Sul: Primeiro Comando do Mato Grosso do Sul; Primeiro Comando da Liberdade.

Assim, é claro que, no mundo todo e no Brasil, o crime se organizou, profissionalizou e ganhou contornos muito diferentes da criminalidade amadora que campeava no passado, sendo mister que o Estado Brasileiro faça uso todos os instrumentos lícitos para o controle das organizações criminosas.

## 4. O uso da inteligência como uma das formas de prevenção e repressão do crime organizado

### 4.1 A proibição de insuficiência e princípio constitucional da eficiência em relação aos serviços estatais de segurança pública

A Constituição Federal, editada num contexto de abertura democrática e numa época de criminalidade organizada ainda sem grande visibilidade no Brasil, preocupou-se especialmente, como seria natural, com as agressões praticadas por agentes estatais contra o cidadão.

Porém, a Carta garantiu também o direito fundamental à segurança pública, à integridade física e à vida, como é indispensável em qualquer civilização.

Na atual quadra histórica é mister que o Estado, além de se preocupar com a garantia de direitos do cidadão frente ao próprio Estado, volte sua atenção para a garantia de direitos do cidadão frente a terceiros.

Cumpram-se, no grau máximo, tutelados tais direitos fundamentais, não se podendo admitir que toda a sociedade fique à mercê do crime.

Conforme ensina José Paulo Baltazar Júnior, o conceito de **proibição de insuficiência** na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha veio a ser construído, pioneiramente, num julgado sobre o aborto datado de 25 de fevereiro de 1975. Conforme compila o referido doutrinador, tal julgado serviu como ponto de partida para a construção dogmática do conceito ao dar aplicação ao disposto no art. 6º, parte 1, 2 e 4, da Lei Fundamental alemã, firme na inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, da proteção da vida e integridade corporal e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou cláusula geral de liberdade. Conforme o autor:

O ponto central da referida decisão é de que o direito à vida, garantido também ao nascituro, impõe ao Estado um dever de proteção e estímulo que determina a proteção contra agressões indevidas de quaisquer terceiros, incluída a própria mãe. Na referida decisão, lê-se: **“O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele proíbe não apenas – por certo – agressões imediatas por parte do Estado à vida em desenvolvimento, mas requer também que o Estado proteja e estimule a vida, o que quer dizer, sobretudo, protegê-la contra agressões antijurídicas por parte de terceiros”.** (grifos colocados)

A existência do dever legal de proteção suficiente foi reafirmada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em outras decisões, em especial nos campos de defesa contra o terrorismo em julgados de 1977 e 1978 e no âmbito da proteção ambiental face às centrais nucleares e diante de ruído provocado por aeronaves. Atualmente firmou-se jurisprudência no sentido de que o dever geral de proteção do cidadão pelo Estado, existe tanto contra atos de agentes estatais, quanto de terceiros/particulares.

De outro lado, o princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Carta Maior, conforme ensina José Afonso da Silva (2006, p. 671) obriga que todas as instituições públicas busquem o melhor emprego dos recursos humanos e materiais para melhor satisfazer às necessidades coletivas.

Mister, pois, que o Estado e seus agentes pautem sua atuação de modo a produzir o bom resultado, o melhor e mais produtivo para o interesse público.

Para tanto, cabe às instituições o aprimoramento das rotinas e formas de atuação, sob pena de perderem o compasso com a sociedade, em sua dinâmica evolução.

## 4.2 Inteligência ministerial

A estrutura e a distribuição numérica de membros e servidores dos Ministérios Públicos no território brasileiro, se talvez não seja a ideal, é considerável.

São 9.960 membros dos Ministérios Públicos Estaduais e do Distrito Federal e outros 969 membros dos Ministérios Públicos Federal e Militar, além de mais de 28.800 servidores, conforme consta do relatório denominado *Ministério Público: Um Retrato* elaborado pelo E. Conselho Nacional do Ministério Público.

Entretanto cada Promotoria de Justiça atua, diariamente, de modo isolado e quase artesanal. Uma gama imensa de dados e informações relevantes transita por gabinetes, não sendo porém recolhida, reunida e tampouco trabalhada.

O Promotor de Justiça Denilson Feitoza Pacheco (2005, p. 637) destaca que:

Há uma imensa ‘massa de informação’ com a qual o Ministério Público tem que lidar cotidianamente, seja quanto ao seu trabalho forense, seja quanto ao estabelecimento e execuções de suas políticas e estratégias institucionais (execução orçamentária gestão de seus recursos humanos, financeiros e materiais, planos gerais de atuação, relacionamento com outras instituições etc). Certamente viola o princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CR) que o Ministério Público trabalhe com essa ‘massa de informações’ de maneira meramente empírica, acarretando desperdício de recursos humanos, materiais e financeiros. O Ministério Público, portanto, deve utilizar-se de métodos, técnicas e ferramentas adequadas para lidar com as informações necessárias ao desempenho de suas finalidades constitucionais. Não importa se serão utilizados os métodos, as técnicas e as ferramentas do que se convencionou denominar de atividades de inteligência ou numa visão mais gerencial, dos seus equivalentes dos sistemas de gestão da informação ou da inteligência competitiva, pois, diante da crescente complexidade dos fatos com os quais lida o Ministério Público e a necessidade de sua atuação sistêmica, seja na área cível (por exemplo, ações cíveis para defesa de interesses difusos e coletivos) ou penal (por exemplo, programas de prevenção e repressão à criminalidade), o certo é que o Ministério Público deve utilizar algum sistema de gestão da informação, superando a fase individualista e amadorística de muitos de seus membros e alcançando a racionalidade gerencial exigida pelo princípio constitucional da eficiência.

Ora, nesse contexto parece evidente que a atividade de Inteligência deve ser uma rotina dentro de instituições que enfrentam o crime organizado, inclusive do Ministério Público.

Escreve o Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, ex-presidente da CONAMP, José Carlos Cosenzo, sobre o combate ao crime organizado que:

Todos aqueles que atuam no combate a esse complexo afã têm clara noção de que a atividade de inteligência é de fundamental importância tanto para a prevenção das ações criminosas, quando para o fornecimento de dados úteis à repressão aos delitos e, sobretudo, para o estabelecimento de cenários e estratégias de atuação nas áreas de segurança pública e institucional. Desde quando ainda se idealizava uma atuação aperfeiçoada no combate à criminalidade organizada, sempre se buscou a parceria e a cooperação entre agentes e instituições.

Estudiosos da área de inteligência comprovam que, além de operações de busca de conhecimentos protegidos, é importante desenvolver trabalhos de análise estratégica, utilizando procedimentos sistemáticos, estudos e criteriosas avaliações, visando a identificação e compreensão das características e o *modus operandi* das organizações criminosas e de seus componentes, e isso se faz utilizando toda a estrutura do Poder Público, por meio da ação coordenada dos diversos órgãos.

Indaga-se: Quantos nomes, apelidos, empresas, locais, informações, formas de atuação ilegais relacionados a crimes, atos de improbidade, ilícitos civis ambientais, contra os consumidores, etc não estão todos os dias nas mãos de Promotores e Procuradores de Justiça em todo o Brasil e são simplesmente enterrados em um processo judicial ou administrativo, deixando de fazer parte de bases de dados que poderiam gerar conhecimento especializado para a prevenção de infrações penais, produzir material probatório cruzado e redundar na repressão de todo tipo de ilícito – inclusive e especialmente – crimes perpetrados por organizações criminosas?

Daí porque Denílson Feitoza Pacheco (2005, p. 640) conclui que é necessário que os Ministérios Públicos desenvolvam seus

próprios sistemas de inteligência, que poderiam ser denominados de “Inteligência Ministerial”, conforme refere tal autor.

E mais: lamentavelmente grande parte do crime organizado tem bases em prisões ou se relaciona intimamente com indivíduos presos em estabelecimentos prisionais, sendo certo que o Ministério Público também tem atribuições relevantes na seara da execução penal e fiscalização carcerária, acessando informações que poderiam contribuir para abastecer um sistema de Inteligência. Entretanto, tais informações são utilizadas de modo esporádico e desarticulado. A relevância do uso da Inteligência em estabelecimentos penais já cunhou o termo Inteligência Prisional ou Inteligência Penitenciária, que inexistente em muitos estados.

Necessário, segundo pensamos, que seja incrementada a coleta de dados relevantes relacionados ao ambiente prisional, que também podem – e muito – colaborar na compreensão do modo de ação criminoso e ser usado em seu controle.

O sociólogo Guaracy Mingard, em artigo “O trabalho de Inteligência no controle ao Crime Organizado”, comentando a chamada megarrebelião que ocorreu no ano de 2001 nos presídios paulistas e também os atos criminosos da em maio de 2006 em São Paulo, afirma que:

Existem alguns fatores que poderiam ter ajudado as autoridades a controlar a crise. Isso, porém, dependia de duas precondições: que houvesse um trabalho de inteligência dentro do sistema penitenciário e que o PCC tivesse sido identificado como alvo prioritário. É evidente que essas condições não foram cumpridas.

Um fator que permitiria a antecipação da crise é que ela teve longa preparação. Foi o primeiro movimento de presos, pelo menos no Brasil, dessa envergadura, o que demandou muita discussão interna e troca de mensagens, seja por celular seja por outro meio qualquer. Isso, com certeza, deixou muitos indícios do que estava ocorrendo, ou seja, muitos informes devem ter chegado a funcionários da SAP. A dúvida que persiste é se esses indícios foram levados à administração superior e se foram tratados de forma a produzir conhecimento sobre a situação. Tudo indica que a resposta as duas questões é negativa.

O referido estudioso ressalta que a “grande crise”, de maio de 2006, no Estado de São Paulo, quando inúmeros policiais militares e guardas municipais foram mortos vítimas de atentados promovidos por integrantes do crime organizado, ônibus foram queimados e agências bancárias metralhadas, poderia ter sido em parte evitada com emprego da Inteligência. Em conclusão afirmou Mingard:

No dia-a-dia a polícia e o Ministério Público conseguem lidar com o crime comum. Às vezes eles até obtêm uma vitória contra algum ramo do Crime Organizado. Para mantê-lo sob controle, porém, é necessário possuir informações confiáveis e utilizáveis dotando as instituições repressivas de informações que permitam entender o problema e elaborar estratégias eficientes. Nos idos de maio, o uso efetivo da Inteligência Criminal teria evitado muitas mortes e o pânico da população. Também teria dirigido a ação dos órgãos policiais aos verdadeiros alvos, tornando sua ação mais eficaz e legítima.

## 5. Considerações finais

O crime organizado infelizmente recruta homens, mulheres, jovens e até crianças para a prática de ilícitos, movimentando no mundo, cifras bilionárias. Agem as organizações criminosas de modo profissional, com hierarquia e maneira empresarial, valendo-se da violência e corrupção para atingirem seus ignóbeis objetivos.

A Inteligência - desenvolvida com emprego de meios lícitos de obtenção de informações - pode e deve ser utilizada pelas instituições públicas envolvidas no enfrentamento do crime, sendo valioso instrumento de prevenção e repressão efetiva ao crime organizado. Também imprescindível é o uso da Contraineligência visando identificar e neutralizar eventuais ações de integrantes de organizações criminosas em face dos serviços e membros de instituições estatais.

O Ministério Público deve aperfeiçoar seus sistemas de Inteligência aproveitando a “massa de informação” que diariamente transita nos gabinetes, utilizando a tecnologia para recolher dados para a geração de conhecimento acerca do crime organizado, permitindo

com isso produzir prova em processos penais e adquirir subsídios para recomendar melhorias nos serviços essenciais de segurança pública e prisional, prevenindo o crescimento e reprimindo o crime organizado.

A construção de uma Inteligência Ministerial e seu intercâmbio com outros sistemas de Inteligência de Segurança Pública existentes atende à proibição de insuficiência em matéria de segurança pública e ao princípio da eficiência. O uso da Inteligência certamente é um instrumento relevante no controle das organizações criminosas em nosso país, não podendo ser deixado em segundo plano por nenhuma instituição que atue na persecução penal, a bem da Sociedade Brasileira.

## Referências

AFONSO, Leonardo Singer. Fontes Abertas e Inteligências de Estado. In **Revista Brasileira de Inteligência**. Brasília: Abin, v. 2, n.2, abri 2006.

AMORIM, Carlos. **CV e PCC: a irmandade do crime**. Rio de Janeiro: Editora Record. 8ª ed. 2007.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BRITO, Valteir Marcos de. **O papel da Inteligência no combate ao crime organizado transnacional**. Rio de Janeiro. 2007, (monografia) Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados <http://bd.camara.gov.br> acesso em 28 de maio de 2013.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **Prevenir o crime organizado: inteligência policial, democracia e difusão do conhecimento**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21, nº 8, ago 2009.

GONÇALVES, Joanisval Brito. O controle da atividade de Inteligência: consolidando a democracia. In **Revista Brasileira de Inteligência**. Brasília: Abin, n.1, jul. 2005;

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

\_\_\_\_\_. **O trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado** [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142007000300004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000300004) acesso em 30 de outubro de 2013.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Atividade de inteligência no Ministério Público**. Anais do XVI Congresso Nacional do Ministério Público, Belo Horizonte/MG.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

RORATTO, João Manoel. Acepções e conceitos de inteligência de Estado. In **Revista Brasileira de Inteligência**. Brasília: Abin, n.7, jul. 2012;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

Esta revista foi composta na tipologia Times New Roman 12/15 para o texto e CG Ômega 20/22 para os títulos, foi impressa no papel AP 75g/m<sup>2</sup> para o miolo e Cartão Triplex 250g/m<sup>2</sup> para a capa.



REALIZAÇÃO



CENTRO DE  
ESTUDOS E  
APERFEIÇOAMENTO  
FUNCIONAL

ISSN 1984-168X



9

771984

168000