

**Revista da**  
**Procuradoria-Geral do Estado**  
**de Mato Grosso do Sul**

**Nº 11**  
**DEZEMBRO 2003**

Publicação da Procuradoria-Geral do Estado de  
Mato Grosso do Sul

---

## **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

Centro de Aperfeiçoamento Funcional dos Procuradores do Estado  
- CAF-PE -

Parque dos Poderes, bloco IV, 79032-901 - Campo Grande-MS

### **Comissão editorial**

Senise Freire Chacha Zeola - Chefe CAF-PE

Norton Riffel Camatte

Renata Corona Zuconelli

### **Revista:**

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul é publicada com frequência anual no mês de dezembro. Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Pede-se permuta.

Qualquer pessoa pode enviar, diretamente à Comissão Editorial, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores; se aprovados por superiores hierárquicos, representam também a opinião dos órgãos por eles dirigidos.

Tiragem: 600 exemplares.

Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.  
Campo Grande, MS, Brasil, 2003.  
(Anual)

1979-1987 (1-9)  
2002 (10)

CDU - 34 (05)

**Capa:** Flávio M. Lott

**Foto:** Ernesto Franco

**Editoração Eletrônica:** Sebastião Flores da Silva

**Impressão:** Gráfica Gibim

**GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

**JOSÉ ORCÍRIO MIRANDA DOS SANTOS**  
Governador do Estado

**EGON KRAKHECKE**  
Vice-Governador e  
Secretário de Estado de Planejamento e de  
Ciência e Tecnologia

**JOSÉ WANDERLEY BEZERRA ALVES**  
Procurador-Geral do Estado

**ADALBERTO NEVES MIRANDA**  
Procurador-Geral Adjunto

**NELSON MENDES FONTOURA JUNIOR**  
Corregedor-Geral - Procurador do Estado

**SENISE FREIRE CHACHA ZEOLLA**  
Procuradora do Estado  
Chefe do Centro de Aperfeiçoamento Funcional dos  
Procuradores do Estado

---

---

## **Relação dos Procuradores do Estado**

---

Adalberto Neves Miranda	Lúcio Henrique Melke Bittar
Alberto Swards Lucchesi	Luciano dos Santos Mendes
Antônio de Souza Ramos Filho	Manuel Ferreira da C. Moreira
Arlethe Maria de Souza	Marcos Costa Vianna Moog
Bernadete de Fátima F. de Souza Alves	Maria Madalena Santos
Carina Souza Cardoso Pompeu	Maria Sueni de Oliveira
Carla Souza Cardoso Pimentel	Mario Akatsuka Junior
Carlos Fabrício Griesbach	Nélson Mendes F. Junior
Christiana Puga de Barcelos	Nilton Kiyoshi Kurachi
Cristiana da Costa Carvalho	Norton Riffel Camatte
Cristiane Müller Dantas	Paulo César Branquinho
Daniela Corrêa Basmage	Rafael Coldibelli Francisco
Dênis Cleiber Miyashiro Castilho	Regina Lúcia de Almeida e Souza
Eduardo Eugênio Siravegna Júnior	Renata Corona Zuconelli
Eimar Souza Schröder Rosa	Rômulo Augustus Sigihara Miranda
Eurildo Vieira Benjamim	Sandra Calligaris
Felipe Marcelo Gimenez	Sarah Filgueiras M. A. de A. e Silva
Fernando César Curim Zanele	Senise Freire Chacha Zeola
Isidoro de Oliveira Paniago	Sérgio Wílian Anníbal
Itaneide Cabral Ramos	Sônia Tomás de O. e Silva
Jerônimo Olinto de Almeida	Suleimar Sousa Schröder Rosa
José Aparecido Barcello de Lima	Thaís Gaspar
José Luís Aquino Amorim	Ulisses Schwarz Viana
Jucelino Oliveira da Rocha	Vaneli Fabrício de Jesus Gouliouras
Judith Amaral Lageano	Vera Luisa de Q. R. da Cunha
Lúcia Helena da Silva	Waleska Assis de Souza

---

## **Relação dos Procuradores aposentados e falecidos**

---

Elide Rigon  
Francisco de Paula e Silva  
João Olegario Figueiredo  
Maria Celeste Costa e Silva  
Nei Juáres Ribas  
Neusa Miranda e Silva  
Olímpio dos Santos Nascimento  
Ricardo Nascimento Araújo

Alcir Pires *"in memorian"*  
Candemar Cecílio F. Victório *"in memorian"*  
Francisco Antônio dos Santos e Silva *"in memorian"*

## SUMÁRIO

---

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>PRÊMIO PGE.....</b>	<b>13</b>
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS .....	15
<i>Carla Souza Cardoso Pimentel</i>	
PREVENÇÃO AO DANO AMBIENTAL POR DESMATAMENTO VISANDO EVITAR A RESPONSABILIDADE DO ESTADO ....	43
<i>Nilton Kiyoshi Kurachi</i>	
AGREGAÇÃO DE POLICIAIS MILITARES - INOCORRÊNCIA DE ABERTURA DE VAGAS .....	85
<i>Renata Corona Zuconelli</i>	
<b>DOCTRINA .....</b>	<b>115</b>
O INQUÉRITO PARA FINS DA LEI 1.070/50 .....	117
<i>Antônio de Souza Ramos Filho</i>	
NOVAS FORMAS DE CONTROLE DO PODER: OMBUDSMAN E O MEDIATEUR .....	125
<i>Carlos Fabricio Griesbach</i>	
ÉTICA, O PROCURADOR DO ESTADO E A REALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA .....	135
<i>Jerônimo Olinto de Almeida</i>	
ATUAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS ....	155
<i>Norton Riffel Camatte</i>	

---

AQUÍFERO GUARANI INSTRUMENTOS PARA PREVENIR A POLUIÇÃO .....	181
<i>Senise Freire Chacha Zeola</i>	
<i>Cristiane da Costa Carvalho</i>	

**PARECERES** ..... 217

PARECER PGE/Nº 033/02 .....	219
Assunto: Análise da incidência do parágrafo 1º do art. 65 da Lei 8.666/93 aos convênios	
<i>Jerônimo Olinto de Almeida</i> - Procurador do Estado	

PARECER PGE/ Nº 067/2002 .....	230
Assunto: Doação de unidade desportiva ao município de São Gabriel do Oeste-MS	
<i>Senise Freire Chacha Zeola</i> - Procuradora do Estado	

PARECER PGE/Nº 073/2002 .....	239
Assunto: Convocação e/ou designação de militares da reserva remunerada para o serviço ativo da PMMS	
<i>Denis C. M. Castilho</i> - Procurador do Estado	

PARECER PGE/MS Nº 001/2003 .....	248
Assunto: Restrições impostas pela Emenda à Constituição Estadual nº 019, de 06/06/2002, ao provimento de cargos em comissão ou função gratificada na Administração Pública Estadual	
<i>Vaneli Fabricio de J. Gouliouras</i> - Procuradora do Estado	

PARECER PGE/MS Nº 008/2003 .....	266
Assunto: Revisão de incorporação de benefício por desempenho de cargo em comissão, visando acrescer valores referentes a adicional de dedicação exclusiva.	
<i>Renata Corona Zuconelli</i> - Procuradora do Estado	

PARECER PGE/Nº 009/2003 .....	276
Assunto: Incorporação de indenização de representação na base de 70% (setenta por cento) sobre o soldo, por desempenho de função de confiança por período superior a cinco anos consecutivos.	
<i>Renata Corona Zuconelli</i> - Procuradora do Estado	
PARECER PGE/Nº 010/2003 .....	283
Assunto: Pagamento de diferenças decorrentes de revisão de benefícios previdenciários.	
<i>Judith Amaral Lageano</i> - Procuradora do Estado	
PARECER PGE/Nº 012/03 .....	297
Assunto: Estações Ferroviárias pertencentes à Rede Ferroviária Federal e seus respectivos entornos históricos. Tombamento. Lei Estadual n 1.735 de 26 de março de 1997. Processo de contínua deterioração. Alternativas. Possibilidade de desapropriação.	
<i>Marcos Costa Vianna Moog</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/Nº 014/2003 .....	311
Assunto: Pretensão do Tribunal de Justiça em compensar créditos no MS-PREVI.	
<i>Carlos Fabricio Griesbach</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/Nº 018/2003 .....	321
Assunto: Obrigatoriedade de recolhimento ao Fundo Estadual de Apoio à Industrialização (FAI/MS).	
<i>Vaneli Fabrício de J. Gouliouras</i> - Procuradora do Estado	
PARECER PGE/Nº 021 /2003 .....	338
Assunto: Empresa contratada para fornecimento de equipamento médico-hospitalar ao Projeto REFORSUS, por meio de contrato nulo	
<i>Carlos Fabricio Griesbach</i> - Procurador do Estado	

PARECER PGE/Nº 029/2003 .....	352
Assunto: Aplicabilidade legal da manutenção da autuação referente à imposição de multa ambiental a infrator posteriormente falecido <i>Bernadete de Fátima F. de Souza Alves</i> - Procuradora do Estado	
PARECER PGE/Nº 036/2003 .....	364
Assunto: SUS – hipótese de inexigibilidade de licitação <i>Marcos Costa Vianna Moog</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/Nº 040/2003 .....	374
Assunto: Abatimento de dívidas do espólio <i>Lúcio Henrique Melke Bittar</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/Nº 041/2003 .....	384
Origem: DETRAN/MS – OFÍCIO 181/03 – DG <i>Sarah F. Monte Alegre de Andrade Silva</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/Nº 042/03 .....	396
Origem: DETRAN MS – OFÍCIO 181/03 – DG <i>José Aparecido Barcellos de Lima</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/Nº 044/2003 .....	408
Assunto: Conselho Estadual de Agrotóxicos - Projeto de Lei <i>Marcos Costa Vianna Moog</i> - Procurador do Estado	
<b>MANIFESTAÇÕES .....</b>	<b>425</b>
MANIFESTAÇÃO PGE/PP N. 156/2002 .....	427
Assunto: Acumulação de Cargos Públicos <i>Denis Cleiber Miyashiro Castilho</i> - Procurador do Estado	



MANIFESTAÇÃO JURÍDICA PCJA - N.º 097/2003 ..... 438  
Objeto: Serviços de tapa-buracos e recomposição do  
revestimento asfáltico na Rodovia BR-262/MS,  
subtrecho Entr.MS-185 (Guaicurus) - Fronteira  
Brasil-Bolívia (Corumbá)  
*Antônio de Souza Ramos Filho* - Procurador do Estado

MANIFESTAÇÃO PGE/PIMA/N.º 091/2003 ..... 450  
Assunto: Efeitos da transformação da Agência Estadual de  
Administração do Sistema Penitenciário - AGEPEN  
em órgão de regime especial pela Lei estadual n.º  
2.598, de 26.12.2002  
*Carina Souza Cardoso Pompeu* - Procuradora do Estado

**ATOS DO PROCURADOR-GERAL ..... 499**

PARECER PGE Nº 047/2003 - PP Nº 018/2003  
..... 501  
Assunto: Constitucionalidade do inciso II, do artigo 90, da Lei  
Complementar (Estadual) nº 53, de 30 de agosto de  
1990.  
*José Wanderley Bezerra Alves* - Procurador-Geral do Estado

MANIFESTAÇÃO PGE/PIMA Nº 069/2003 ..... 514  
Assunto: Alienação do imóvel rural denominado "Fazenda  
Pontal", de propriedade do Estado.  
*José Wanderley Bezerra Alves* - Procurador-Geral do Estado

MANIFESTAÇÕES PGE/PIMA Nº 097/2003, PAA Nº 026/2003  
e PAA Nº 031/2003 ..... 542  
Assunto: Parceria para conclusão do Museu Dom Bosco e  
outros  
*José Wanderley Bezerra Alves* - Procurador-Geral do Estado

---



## APRESENTAÇÃO

---

É com satisfação que apresento, especialmente aos que laboram na advocacia pública, o volume 11, da Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, meio de difusão do pensamento dos integrantes do órgão e que se pretende torne-se uma referência aos estudiosos do Direito.

Depois de passados quinze anos sem circulação, este é o segundo volume consecutivo da Revista da Procuradoria-Geral do Estado, contendo artigos, pareceres, manifestações e decisões de âmbito administrativo com repercussão na Administração Pública estadual.

Considero que a elaboração e a circulação deste periódico é um corolário do desempenho das atribuições institucionais da Procuradoria-Geral do Estado, que, ao mesmo tempo em que representa o Estado, faz a defesa dos seus direitos e interesses nas áreas judicial, extrajudicial e administrativa, orienta, coordena e supervisiona o Sistema Jurídico do Estado, também produz cientificamente. Por isso mesmo a periodicidade da Revista da PGE-MS poderá, brevemente, ser reduzida, dado ao volume da produção científica.

O momento serve, também, para agradecer aos membros da Comissão Editorial e a todos os que colaboraram na edição deste volume, especialmente ao Centro de Aperfeiçoamento Funcional dos Procuradores do Estado, que, com mais este trabalho, demonstra o acerto na sua instalação.

Campo Grande (MS), dezembro de 2003.

*José Wanderley Bezerra Alves*  
Procurador-Geral do Estado

# **PRÊMIO PGE**

---

**Parte I**

---



## **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS**

***Carla Souza Cardoso Pimentel\****

---

\*Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul  
Vencedora do Prêmio PGE 2003  
Categoria - Melhor Peça Judicial

**O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**, pessoa jurídica de direito público interno, com sede no Parque dos Poderes, bloco IV, nesta cidade e comarca de Campo Grande, vem à presença de V.Exa., com o devido respeito, nos autos da ação em epígrafe, através de sua Procuradora abaixo assinada, isenta legalmente de instrumento de mandato, nos termos do parágrafo único, do art. 16, da LC 05/2001, **manifestar-se sobre o pedido de tutela antecipada** formulado pelo autor, aduzindo, para tanto, os fatos e razões abaixo:

### **DAS RAZÕES EXPOSTAS NA INICIAL**

Relata o autor em sua inicial acerca da fatalidade do ocorrido na data de 05/12/2000, quando, por volta das 20:00 horas e, em razão de uma discussão de trânsito, o policial militar ... , utilizando-se de arma de fogo, tentou matá-lo, desferindo contra si dois tiros, dos quais resultaram tetraplegia traumática, em quadro irreversível.

Conta que o policial portava arma da corporação e que já respondia a outros crimes.

Informa que o ato criminoso ceifou-lhe a possibilidade de exercer a sua profissão de advogado, tendo-o relegado à condição de pobre, sem qualquer recurso próprio, inclusive para seu sustento, razões pelas quais, invoca o §6º, do art. 37, da Constituição Federal, a fim de, com base na responsabilidade objetiva, obter indenização do Estado pelos danos experimentados em virtude da ação ilícita do policial.

Pretende socorrer-se da concessão de antecipação da tutela para que o Estado seja compelido a incluir o nome do autor em folha para começar a receber, de imediato:



- a) a quantia mensal vitalícia desde a prática do ilícito, no valor de R\$3.400,00, que corresponde ao mínimo que receberia como advogado-empregado atuante;
- b) através de depósito bancário, a quantia de R\$17.026,08, corrigida pelo IGPM, e que corresponde às despesas fixas mensais com o tratamento do autor e serviços de enfermagem;
- c) através de depósito bancário, a quantia de R\$5.701,37, que corresponde ao valor dos equipamentos de aquisição necessária e imediata para a adequação do aturo a sua nova e trágica realidade;
- d) através de depósito, a quantia de R\$26.106,86, que corresponde à soma dos valores já desembolsados pelo autor para o tratamento e adequação da sua residência à sua nova realidade, tudo com as devidas correções;
- e) além da confirmação da tutela, pede também a condenação do Estado ao pagamento de danos morais à ordem de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais).

.....

**AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS BÁSICOS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. CRIME COMUM. POLICIAL FORA DAS FUNÇÕES E DA QUALIDADE DE AGENTE PÚBLICO - BRIGA DE TRÂNSITO - NÃO CABIMENTO (alínea "a", do pedido).**

Assim determina o art. 273 e incisos, do CPC:

***"Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:***

***I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou  
II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.***

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

.....  
“ *Só a existência de prova inequívoca, que convença de verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento*” <sup>1</sup>

.....  
“ *Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão. A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionálíssimas*” <sup>2</sup>

.....  
“*A decisão que antecipar a tutela haverá de mostrar que, além de presente um dos requisitos nos itens I e II do art. 273 do CPC, havia razões suficientes, baseadas em prova inequívoca, capazes de convencer da verossimilhança da alegação. O não atendimento a essa exigência conduz à nulidade*”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> RJTJERGS 179/251.

<sup>2</sup> STJ-1ª Turma, REsp 113.368-PR, rel. Min. José Delgado, j. 7.4.97, deram provimento, v.u., DJU 19.5.97, p. 20.593).

<sup>3</sup> STJ-3ª Turma, REsp 162.700-MT, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j.2.4.98. deram provimento. V.u. DJU 3.8.98,p.235).

Discursando sobre a “Verossimilhança do Direito”, Reis Friede, leciona:

“A consideração básica que se deve fazer a propósito do tema é que a “verossimilhança” exigida no texto da lei – por aludir a existência prévia de prova inequívoca da alegação – não se confunde com o simples “fumus boni iuris” (inerente a tutela cautelar) sendo, em termos de gradação do juízo próprio de probabilidade plausível da efetiva existência do direito alegado, de maior rigor quanto a sua plena caracterização.

***...O que se deve entender por prova inequívoca ? ... entendo que prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado. Ela é convincente, inequívoca, isto é, prova que não permite equívoco, engano, quando a fundamentação que nela assenta é dessa natureza.***

*... (p.77) Se da insuficiência da prova produzida pelo autor se cuida, temos a improcedência, não se podendo falar em antecipação da tutela.<sup>4</sup>*

Exa., não obstante o fatídico e lamentável episódio que condenou o autor à situação narrada na inicial, e que, sem sombra de dúvidas, deve receber o devido reparo, impõe-se aqui demonstrar alguns equívocos cometidos na remessa da ação ora combatida ao seu destinatário, no caso, o Estado, e que haverá de ser complementada e exaurida em sede de contestação.

---

<sup>4</sup> FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 75 p.

Narra o autor que os disparos que lhe causaram os danos reclamados foram desferidos por um policial militar, razão que o levou a invocar o §6º, do art. 37, da Constituição Federal, para, com isso, e ao amparo da responsabilidade objetiva, buscar indenização do Estado.

Ocorre, Exa., que, conforme consta de toda a instrução probatória dos autos da respectiva ação penal, o autor dos disparos, ... , na data e hora dos fatos, não estava de serviço, porquanto gozava folga, conforme restou fartamente demonstrado nos autos.

Outra informação inequívoca é a de que o crime ocorreu em torno das 20:00 horas, portanto, à noite, bem depois de encerrado o expediente, acaso estivesse ele de serviço naquele dia.

*Fulano* não se encontrava no exercício da função pública e nem ali estava na qualidade de agente público, de forma que, não bastasse estar de folga e em horário incompatível com o exercício da sua função, também não estava fardado e nem em viatura oficial. E tanto isso é verdade que o crime foi julgado pela Justiça Comum, e não pela Militar.

Acrescente-se a isso, os fatos que deram causa aos disparos: **BRIGA DE TRÂNSITO**, nenhuma relação fazendo com o exercício da função pública à época exercida por *Fulano* que, ali, naquele momento não passava de um cidadão comum, em absoluta igualdade de condições com a vítima.

Tanto isso é verdade que, inclusive, o I. Relator dos Embargos Declaratórios promovidos por *Fulano*, Desembargador Luiz Carlos Santini, assim fez contar em seu voto( Emb. Declaração em Apelação Criminal nº ... – Embte: *Fulano de tal*):

***“Os embargos não merecem prosperar. Não há nenhuma obscuridade a ser sanada no acórdão embargado, a perda da função pública do embargante foi declarada porque foi condenado à pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos.*”**

***Cumpra-se destacar que se trata de um efeito acessório da condenação que não se limita ao fato de o condenado ter perpetrado o crime no exercício da função pública, pois não há nenhuma disposição neste sentido no artigo em questão. (grifei).*”**

***Ante o exposto, nego seguimento aos embargos.”***

Do julgado acima, que foi decidido à unanimidade pela Segunda Turma Criminal do Eg. Tribunal de Justiça deste Estado, extrai-se a ementa abaixo:

***“ EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OBSCURIDADE – DECLARAÇÃO DA PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA – ALEGAÇÃO DE QUE O EMBARGADO NÃO PERPETROU O CRIME NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO – LIMITAÇÃO NÃO IMPOSTA NO ART. 92, I, B, DO CP – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS – IMPROVIDO.*”**

***Não há nenhuma obscuridade a ser sanada no acórdão que manteve a declaração da perda da função pública do embargante, pois o art. 92, I, b, do CP não limita tal decretação ao fato de o condenado ter perpetrado o crime no exercício*”**

***da função, basta que a condenação à pena privativa de liberdade seja superior a quatro anos.” (grifo nosso)***

***ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquígráficas, em votação unânime, rejeitar os embargos.***

***Campo Grande, 15 de maio de 2002.***

***Des. Luiz Carlos Santini – Presidente e Relator”***

As informações e julgado acima, bastam para afastar a verossimilhança acerca da responsabilidade do Estado pelos danos causados por *Fulano de tal* ao autor e, em consequência, para impedir a concessão da tutela pleiteada, ante os riscos que possam dela eclodir, e de forma irreversível, porquanto a questão aqui diz respeito à ausência de uma das condições da ação, a afastar a incidência da responsabilidade objetiva de que fala o §6º, do art. 37, da Constituição Federal.

Registre-se, de logo, que a Constituição Federal não acolheu a teoria do risco integral no estabelecimento da responsabilidade objetiva do ente público, de forma que não permitiu a sua aplicação às cegas, sem a observância dos pressupostos necessários à sua verificação.

Portanto, para que a responsabilidade objetiva possa ser reconhecida, impõe-se verificar se o ato que deu ensejo à sua ocorrência apresenta todos os pressupostos necessários e imprescindíveis para autorizá-la, sendo eles:

- a) evento danoso;
- b) nexó de causalidade material;
- c) a qualidade de agente público na prática do ato.

Sem qualquer dúvida, o fato que vitimou o autor não contou com a participação de agente público, nessa qualidade, ou no exercício da sua função, de forma que não há como se estabelecer o **nexo de causalidade** capaz de ensejar a responsabilidade do Estado pelos danos reclamados, razão suficiente para que a tutela pretendida não seja concedida.

Serve para demonstrar a ausência de nexó de causalidade entre o dano e o ato lesivo praticado por agente público, um trecho do voto proferido pelo Exmo. Sr. Desembargador Relator da Apelação Criminal nº ... , Dr. Luiz Carlos Santini, f. 88 destes autos:

**“ Segundo consta, o crime ocorreu em decorrência de um desentendimento no trânsito, tendo o réu disparado vários tiros contra o carro da vítima”.**

Eis o que afirmou *Fulano de Tal*, quando da sua confissão pela prática do crime de tentativa de homicídio contra o autor (f.42):

**“ ... entrou à esquerda em direção a uma rua paralela a rua que dá acesso à Rua Tiradentes e fica paralela à Lagoa Dourada, quer era mais ou menos 21:00 horas; que um veículo que vinha atrás acendeu as luzes e o interrogando viu pelo retrovisor e começou a atrapalhar a sua visão, pois os faróis estavam instalados em cima do teto, um fiat fiorino; que o interrogando continuou dirigindo, mas esse veículo acendia e apagava as luzes**

**e fazia seta, que então o interrogando encostou o veículo perto de um barranco do lado direito e esse veículo veio com esse farol tipo sibier, acendendo e apagando e encostou do lado; o interrogando pos a mão no retrovisor externo para não lhe incomodar a vista, nesse momento o condutor desse veículo perguntou ao interrogando o que ele estava fazendo ali naquela área; que o interrogando falou que estava indo embora, que esse elemento começou a gritar com o interrogando, dizendo: “vaza, vaza, vai embora”; que então o interrogando falou para aquela pessoa: Então apaga essa porcaria, que eu não estou enxergando nada, seu “...”, que então o interrogando resolveu sair dali arrancando o carro ou acelerando o carro, e a vítima também acelerou junto; que a estrada lá não era muito boa com vários buracos e tinha de contornar alguns lugares para sair do buraco, mas a vítima, tentava aproximar do veículo do interrogando, que então o veículo da vítima conseguiu ficar lado a lado com o veículo do interrogando, e a vítima gritou: “Repete o que você falou, safado”; que o interrogando continuou no seu trajeto e a vítima continuou ao seu lado tentando alcançar o veículo do interrogando, que então a vítima tornou aproximar o seu veículo e falou: “Olha aqui, eu vou pegar o que é seu”, e enfiou a mão no porta luva e tirou alguma coisa parecendo um saquinho, que o interrogando acelerou mais o seu veículo, deixando a vítima um pouco mais para trás, logo à frente tem uma curva e do lado uma poça d’água, que o interrogando tinha que contornar a poça**



*pele lado esquerdo, que então o interrogando freou o veículo para contornar aquela poça, e a vítima deve ter aproveitado e passou o carro um pouco na frente; que esclarece que o local é ermo e a iluminação precária, que a vítima levou o braço e o interrogando não sabe se ele estava apontando para o interrogando uma arma, pois estava noite, que no veículo do interrogando estava o seu revólver ... então o interrogando conseguiu abrir a mesma e pegar o revólver, e atirou em direção ao veículo da vítima; foi fração de segundo ...*

Observe-se, Exa., que os eventos descritos na inicial versam sobre **briga de trânsito entre dois cidadãos e, para a qual concorreu, inclusive, a própria vítima**, expondo-se em local ermo, por volta das 21:00 horas (noite), em rua sem asfalto, e insistindo em provocar pessoa desconhecida, situação que, se por um lado em absoluto serviria de justificativa à atitude do autor dos disparos, por outro, imprime à vítima os riscos pela sua negligência e imprudência, de forma que não há qualquer amparo fático ou legal capaz de demonstrar o nexo de causalidade entre a ação que vitimou o autor e o Estado de Mato Grosso do Sul.

Vale aqui registrar parte do voto proferido pelo I. Relator do RE nº 130.764-1 – PR, Ministro Moreira Alves que, em **12.05.1992**, que assim conduziu a decisão proferida pela **1ª Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, a saber:

***“... Assim, quando o Estado não é o causador do dano, não pode ser responsabilizado objetivamente, por não existir a idéia do risco gerado em atividade por ele desenvolvida. ...***

**... para que ocorra a responsabilidade do Poder Público é necessário que os danos tenham sido causados por seus agentes, nessa qualidade, a terceiros, o que inoocorreu na espécie...**

.....

Ajusta-se às razões do Estado, o acórdão proferido em 08/04/1998, à unanimidade, pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento da Apelação Cível nº 16.262.5/5-00 em que é apelante Maria Aparecida Stelzer de Oliveira e apelada a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, a saber:

**“Responsabilidade Civil do Estado. Ato lesivo praticado por policial militar que não estava no exercício da função policial, mas em horário de folga. Ato de natureza particular. Dever de indenizar do Estado afastado. Ação improcedente. Recurso improvido.”**

Também ao presente caso se amolda a decisão proferida pela Terceira Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação nº 19574/99, que tratou do caso do assassinato de menores de rua, por grupo de extermínio, cuja ementa é a seguinte:

**“APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DANO MORAL – CHACINA DA CANDELÁRIA – ASSASSINATO DE “MENORES DE RUA”, AGINDO POR CONTA PRÓPRIA.**

**Ausência da responsabilidade do Estado, quer pela omissão no exercício do poder de polícia e vigilância sobre a ação de tais**

**peçoas, quer pela impossibilidade de dar segurança a todos os integrantes da sociedade.**

**Culpa anônima baseada na “faute du service” não configurada e sem nexo causal com o dano causado às pobres vítimas. Responsabilidade objetiva que, por outro lado, também se afasta por não se ter evidenciado que o Estado-Réu deu causa ao resultado que estaria a motivar o pedido de indenização.**

**Denúnciação à lide, pelo Estado-Réu de autor do crime. Ausência de causalidade reconhecida na sentença entre a atividade marginal do denunciado – então P.M. e a responsabilidade do Estado ...”**

Da mesma forma como ocorreu no caso em comento, aqui, na ação proposta pelo autor contra o Estado, não há a menor possibilidade de demonstração da responsabilidade objetiva a ensejar reparação pecuniária do Estado, porque para o crime não concorreu de forma alguma.

Exa., não há nos autos qualquer prova indicativa da responsabilidade do Estado pela prática criminosa pelo policial *Fulano de Tal*, e o só fato deste haver sido julgado pela Justiça Comum e não pela Justiça Militar já haveria de bastar para comprovar o alegado.

E foi justamente em razão de não haver praticado o crime no exercício da função ou na qualidade de agente público que *Fulando* foi submetido à julgamento perante a Justiça Comum, questão que também deve ser considerada para o fim de afastar a pretensão antecipatória aqui descabida, o que requer.

**DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, PELO AUTOR, DA ALEGADA CONDIÇÃO DE ADVOGADO E DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA A SUSTENTAR A PRETENSÃO INDENIZATÓRIA A TAL TÍTULO.**

**AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS RENDIMENTOS PERCEBIDOS PELO AUTOR ANTES DO EVENTO LESIVO.** (alínea “a” do pedido de antecipação de tutela)

Exa., o autor pede pensão mensal vitalícia tomando por parâmetro a remuneração mínima de advogado, considerando tabela que anexa à inicial, constante da Resolução OAB/MS nº 010/2002, por força da qual e, considerando-se uma jornada de 8 (oito) horas de trabalho como advogado, pede a quantia fixa de R\$3.400,00 (três mil e quatrocentos reais) mensais, a serem pagos desde a data do evento danoso e devidamente corrigido.

Ocorre, Exa., que, **não obstante o autor tenha se qualificado como advogado, sequer informou o número da sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, condição *sine qua non* para o exercício da advocacia. Tal informação não consta nem da inicial, nem da procuração que outorgou ao seu patrono e em nenhum momento dos autos. Sequer juntou diploma para comprovar o seu bacharelado em direito.**

**Além disso, também não trouxe aos autos nenhuma comprovação de que tenha, alguma vez, exercido a advocacia de forma a comprovar o alegado prejuízo material nessa extensão.**

**Também não fez qualquer demonstração do *quantum* percebia mensalmente ou eventualmente pelo exercício da profissão, antes do evento que o lesionou e o impossibilitou de dar continuidade àquilo que antes fazia e que lhe auferia seus rendimentos.**

Não há nenhum documento comprovando o seu rendimento anterior, o que bem poderia ter sido feito através de cópia da sua declaração anual de rendimentos que deve ter apresentado à Receita Federal nos anos anteriores.

Por essas razões, e, considerando-se que nos dias de hoje, quando tantos profissionais estão a bater às portas de empregos sem qualquer relação com a graduação obtida, quando tantos outros, já estabelecidos há longa data, também, muito precisam se esforçar para obter ganhos muitas vezes irrisórios e sem a segurança de um rendimento mensal, é que não há, absolutamente, segurança jurídica capaz de sustentar a antecipação da tutela na forma como pretendida, pelo que requer o Estado, mais uma vez, seja ela negada.

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENFERMAGEM NÃO COMPROVADOS. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA E DE RISCO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – PRETENSÃO AFASTADA.** (alínea “b”, do pedido de antecipação de tutela).

Não obstante seja absolutamente possível supor-se que alguém nas condições do autor necessite de cuidados especializados, certo é que não comprovou haver alguma vez contratado qualquer enfermeiro, quanto menos 04 (quatro).

Limitou-se o autor a pedir que o Estado o indenize das despesas que teria no caso de contratar 04 (quatro) enfermeiros, utilizando-se, para tanto da tabela utilizada pelo sindicato da categoria.

Ocorre, Exa., que, se o autor até a presente data não precisou de 04 (quatro) enfermeiros, e nem de nenhum, pelo menos sequer mencionou-lhe o nome e/ou juntou cópia do seu contrato/registo, e isso quando, provavelmente, viveu os piores transtornos para sua adaptação, porque agora precisaria de

tantos, quando já se passaram mais de dois anos dos fatos e já, inclusive, adaptou toda a sua residência e a sua vida à sua nova realidade ?

Sem a devida comprovação das despesas reclamadas a título de serviços de enfermagem não há possibilidade nem do reconhecimento, nem da determinação de pagamento do dano material pretendido, que exige prova inequívoca, em absoluto, que aqui não foi feita.

Ademais, o pedido somente agora formulado, quando já há mais de dois anos ocorreu o acidente que vitimou o autor e passou a exigir-lhe os serviços e cuidados especializados de enfermagem, é situação que afasta a possibilidade da concessão da tutela antecipada.

**PREEXISTÊNCIA DA ALEGADA PROVA INEQUÍVOCA E DO RISCO DE DANO RECLAMADO – NÃO CABIMENTO DO PEDIDO E DA CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - MOMENTO DA NECESSIDADE PREMENTE DE AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS JÁ ULTRAPASSADO – ADEQUAÇÃO DO AUTOR À NOVA REALIDADE QUE JÁ SE DEU HÁ MAIS DE ANO – MOMENTO INOPORTUNO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO ANTECIPATÓRIO DA TUTELA POR INÉRCIA DO AUTOR** (alíneas “c” e “d”, do pedido).

Exa., tendo em vista que os fatos reclamados na inicial ocorreram há mais de dois anos (dezembro de 2000), não se justifica, a essas alturas, nem o pedido e muito menos a concessão da tutela, porquanto todas as alegações esposadas na exordial são preexistentes – de muito tempo - à data da sua distribuição.

*A prova inequívoca* que o autor se esforça para demonstrar através da sua inicial, além de descabida para os fins pleiteados, era preexistente, cerca de dois anos, à propositura da ação ora combatida.

Da mesma forma o *risco de dano* hoje não é maior do que era há dois anos. Pelo contrário, hoje, quando o autor declara haver feito todas as adaptações necessárias à sua nova realidade, ele é ainda menor, porquanto a parte mais difícil parece que já foi superada com os esforços da família e amigos, através, inclusive, da reforma que alega ter sido feita no imóvel de seus pais.

Sobre o **momento adequado para o requerimento e concessão da antecipação de tutela**, leciona R. Reis Friede no seguinte sentido:

*“...Parece-me, entretanto, que se a prova inequívoca era preexistente e preexistente, também, o risco de dano ou o abuso de direito, descabe o pedido de antecipação de tutela, porque ele deveria ter ocorrido no momento próprio, ou seja, naquele em que a prova inequívoca que pretende o autor arguir se constituiu e se fez presente um dos pressupostos da antecipação. Repugna-me admitir que fique a antecipação a critério da conveniência do autor, podendo ele requerê-la sem qualquer limite de tempo<sup>5</sup>.”*

Tendo em vista que os fatos reclamados ocorreram há mais de dois anos, junto com os quais nasceram os danos aqui reclamados, não se pode falar mais em risco de dano irreparável ou de difícil reparação a amparar o pedido formulado pela concessão da tutela, outra razão pela qual impõe-se, e o Estado requer, seja ele, também por essa razão, negado.

<sup>5</sup> FRIEDE, Reis. *op. cit.*, p.159.

**DANOS MATERIAIS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DESPESAS CUSTEADAS PELO AUTOR E DA DIMINUIÇÃO DO SEU PATRIMÔNIO EM RAZÃO DE DESEMBOLSOS QUE TENHA FEITO ÀS SUAS EXCLUSIVAS EXPENSAS – ILEGITIMIDADE ATIVA PARA REQUERÊ-LOS QUE SERÁ DEMONSTRADA EM SEDE DE CONTESTAÇÃO.**

Não obstante seja certo que o autor precisou adaptar-se à nova vida e condição de dependente físico, e que, para isso, são necessários gastos e despesas além das normais, também é certo que não vieram aos autos comprovação de que tais tenham sido feitas às suas expensas particulares.

Nenhum alvará para liberação de dinheiro que tivesse o autor em alguma conta corrente ou poupança bancários, nem para que vendesse algum bem seu para custear suas despesas. Morava, antes dos fatos, na residência dos seus pais onde continua morando.

Praticamente todas as despesas demonstradas foram realizadas em nome de seus familiares que, aqui, não são partes legítimas para pleitearem a respectiva indenização e o reembolso (como, de fato, não o fazem).

Observa-se, no entanto, que, dentre as diversas despesas, há algumas realizadas em nome do autor, como é o caso daquelas feitas junto à **Unimed**, em cujo cupom fiscal consta o seu nome (f.237).

Tais cupons fiscais expedidos pela **Unimed** servem para demonstrar tratar-se o autor de **usuário dos serviços por ela oferecidos**, a qual possui médicos em praticamente todas as especialidades e, com certeza, em todas aquelas necessitadas pelo autor, de forma que deve este justificar as razões pelas quais não fez uso daqueles serviços, se estavam à sua disposição, e o porquê de haver juntado aos autos **orçamentos de consultas e exames particulares**.



Também demonstram os documentos de f. 114 e ss. que, além da **Unimed**, o autor também era usuário do **SAÚDE BRADESCO**, convênio pelo mesmo utilizado na data dos fatos para internação e exames realizados e sobre os quais se fará a devida referência em tópico específico.

**AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE AS DESPESAS REALIZADAS COM MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO TENHAM SIDO UTILIZADAS PARA OS FINS ANUNCIADOS – NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS – DESPESAS GERADAS CERCA DE UM ANO APÓS OS FATOS E MAIS DE UM ANO ANTES DA DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS GENÉRICOS (VEROSSIMILHANÇA) – E ESPECÍFICOS (*PERICULUM IN MORA* OU ABUSO DO DIREITO DE DEFESA) A AUTORIZAR A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.**

As informações constantes dos autos, e as notas fiscais referentes a aquisições de materiais de construção não se bastam para comprovar que tais despesas foram realizadas para os fins declarados na inicial.

Alguns cupons não têm nome do cliente, outros não tem data, outros não constam o endereço do adquirente ou do destinatário (f.267), muitos não possuem ambas as informações, e outros, além de estarem em nome de outrem, foram entregues em endereço distinto daquele anunciado como sendo a residência do autor, a exemplo daquele juntado às f. 258. Alguns recibos foram preenchidos em ocasiões distintas (histórico, data, valor com letras e canetas diferentes, dando a impressão de que foram preparados para instruir a ação, ex. p 259), de forma que não se prestam à comprovação exaustiva e convincente a justificar a pretensão antecipatória.

Registre-se, aliás, que as alegadas reformas na residência, se consideradas as datas das compras dos materiais de

construção informadas nos autos, foram feitas quase um ano após a data dos fatos que lesionaram o autor, e há mais de ano antes da distribuição da ação, fato que também serve para afastar a possibilidade de concessão da tutela, uma vez que não há qualquer urgência ou risco de dano irreparável ou de difícil reparação a justificá-la.

**AUTOR USUÁRIO DA UNIMED E SAÚDE BRADESCO – EMPRESAS QUE COLOCAM À DISPOSIÇÃO DOS SEUS CLIENTES TODOS OS MÉDICOS E EXAMES MENCIONADOS NA INICIAL. ORÇAMENTOS DE CONSULTAS (282), E EXAMES (F. 283/284) QUE NÃO SERVEM PARA COMPROVAR A REALIZAÇÃO DAS RESPECTIVAS DESPESAS AS QUAIS SÃO CUSTEADAS PELOS PLANOS DE SAÚDE DE QUE DISPUNHA E DISPÕE.**

Conforme comprovam os diversos documentos juntados na inicial, o autor é usuário tanto da **UNIMED** (ex. f. 340), como também da **SAÚDE BRADESCO**, através do qual, inclusive, foi atendido e internado na Santa Casa de Campo Grande, e submetido a todos os exames preliminares na data dos fatos (f.129 a 144).

Dá ser possível afirmar que os **orçamentos** juntados aos autos, relativos às consultas (283), aos exames laboratoriais (), às sessões de fisioterapias (278 e drenagens linfáticas (279), hidroterapia (f. 278), acupuntura (f.281), Ressonância magnética (284), além da declaração da Multilab sobre os preços dos serviços utilizados pelo autor, não podem ser utilizados como parâmetro para estabelecer o valor da indenização, porquanto são todos fornecidos pelas empresas com as quais possui convênio, sendo usuário em situação regular, conforme informado por ambas através de solicitação via telefone, mais uma razão para que a tutela pretendida seja negada, o que requer.

**DA AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS E DO EXAGERO DO PEDIDO FORMULADO PELO AUTOR A TÍTULO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS E DA NECESSÁRIA E CABÍVEL ADEQUAÇÃO DO *QUANTUM* EM CASO DE EVENTUAL CONCESSÃO DA TUTELA PRETENDIDA.**

Exa., muito embora não se possa negar que a dor experimentada pelo autor seja impagável, é certo que a indenização não pode servir para proporcionar o enriquecimento indevido do seu beneficiário.

Desnecessária aqui a elaboração de cálculos para se perceber o exagero dos pedidos formulados na inicial. A título de dano material não logrou o autor provar o valor dos prejuízos sofridos, podendo-se apenas afirmar que formulou pretensões abusivas, repetidas, sem conexão com a causa.

Serve de exemplo ao ora alegado o doc. de f. 221, que trata da aquisição de um “Guincho p/ Def. Físico Transfer”, adquirido em 14/05/2002, que foi incluído nas despesas para fins de indenização e também consta da lista de aquisições necessárias que integra o pedido de antecipação de tutela (doc 8).

A título de dano moral, os **R\$ 4.000.000,00 (QUATRO MILHÕES DE REAIS)** pedidos significam valor abusivo e desvinculado de qualquer critério, e que, acaso entender-se pela procedência da ação, o que somente se admite por cautela, haverá de ser arbitrado por V.Exa., observados os critérios e parâmetros que vêm sendo utilizado pelos Tribunais Superiores, bem como, as condições sócio-econômicas que tinha o autor antes dos fatos, de modo a se evitar o desvirtuamento do espírito da lei que é a aplicação da Justiça e, não, o oportunismo desenfreado e aventureiro do destinatário da verba.

Essa questão, porém, a respeito da verba pedida a título de dano moral haverá de ser bem debatida e explorada em sede

de contestação, momento oportuno para fazê-lo, servindo o comentário apenas para registrar as intenções excessivas do autor.

**ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA – OFENSA A PRINCÍPIOS DE ORDEM ORÇAMENTÁRIA - ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – OFENSA ÀS DETERMINAÇÕES DO ART. 475, I, e §1º, DO CPC, E DA LEI 9.494, DE 10/09/1997.**

Impõe-se aqui registrar que a tutela pretendida na forma exposta na inicial ofende princípios de ordem orçamentária, portanto, de cunho Constitucional, bem como as determinações constantes do art. 475, I e §1º, do CPC e aquelas da Lei 9.494/97.

Por determinação do citado dispositivo processual, as sentenças proferidas contra União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, havendo ou não apelação, de forma que, a concessão de tutela, em casos como o presente, transmuda uma decisão interlocutória em decisão definitiva, sem a respectiva e necessária reapreciação pela instância *ad quem*, contrariando e negando vigência ao art. 475, do CPC.

Amolda-se aqui, a decisão proferida pelo Eg. Tribunal de Justiça do nosso Estado, porquanto trata da exigência de observância e aplicação do art. 475, do CPC, nos termos da ementa abaixo transcrita:

**“EMENTA – AGRAVO – AÇÃO DE COBRANÇA – ESTADO – FUNCIONÁRIO – PAGAMENTO DE VERBAS ATRASADAS – DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA – APREENSÃO DE VERBA PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE – ILEGALIDADE – STF – DECISÃO COM EFEITO VINCULANTE – PROVIDO.**

***Não se nega na antecipação da tutela há uma antecipação dos efeitos da senten-***

**ça de mérito, nada obstante a sua provisoriedade, já que pode ser revogada ou modificada a qualquer momento no processo (art. 273 e §4º do CPC). Não é menos verdade que a sentença proferida contra a União, o Estado ou o Município sujeita-se ao reexame pelo Tribunal, só produzindo efeitos depois de confirmada pela instância superior (art. 475). Ora, admitindo-se a tutela antecipada a favor do autor contra o Estado de Mato Grosso do Sul, estar-se-ia, indubitavelmente, burlando a lei e o privilégio que o sistema processual concede à Fazenda Pública”**<sup>6</sup>

Por outro lado, a antecipação da tutela em desfavor da Fazenda Pública também ofende o art. 100, da Constituição Federal, que exige que as condenações judiciais pecuniárias contra aquela sejam pagas por precatório, e observado o rito do art. 730 e ss. do CPC.

Ademais, o art. 1º, da Lei 9.494/97 c/c com o §3º, do art. 1º da Lei 8.437/92, vedam, expressamente a concessão de qualquer liminar que tenha efeito satisfatório, ou seja, que resulte em provimento total da pretensão do autor.

Tal se dá, no presente caso, no que diz respeito aos danos materiais, porquanto, com relação a estes, busca o autor, via antecipação de tutela, o pagamento integral dos danos reclamados.

Eis o teor da norma referida:

***“Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997:  
Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Pro-***

<sup>6</sup> Agravo nº 73.242-1, Relator Desembargador José Augusto de Souza;

***cesso Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992”.***

Por sua vez, eis o que determina o §3º, do art. 1º, da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992,:

***“Art.1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.***

...  
**§3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.** (grifei)

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De tudo o que foi exposto, conclui-se que a tutela antecipatória não poderá ser deferida, em síntese, pelas seguintes razões:

1. porque inexistente, no presente caso, a verossimilhança imprescindível à sua concessão, sendo certo que o Estado não é parte legítima para responder por atitude (ação) particular do policial, inexistindo um dos pressupostos indispensáveis ao reconhecimento da responsabilidade, qual seja, o nexo de causalidade entre o dano lesivo e a prática deste por agente público nessa qualidade;

2. porque, conforme restou provado nestes autos e na respectiva ação penal, o incidente que lesionou irreversivelmente o autor foi provocado pela pessoa de *Fulano de Tal*, por motivos de briga de trânsito, fora de horário de trabalho e em dia em que gozava folga da polícia militar, portanto, absolutamente divorciados do exercício da função pública e da qualidade de agente público;

3. porque o autor deixou de fazer prova da sua condição de advogado, não fazendo qualquer referência à sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, muito menos à sua efetiva atuação, como tal, antes dos fatos, de forma que a indenização pretendida a tal título não pode ser feita com base na tabela daquela Instituição (alínea “a”, do pedido);

4. porque o autor não trouxe aos autos nenhuma prova acerca do efetivo exercício da profissão nem dos respectivos rendimentos auferidos antes dos fatos, e nem de qualquer outros que percebesse por atuação profissional diversa, não fazendo prova, assim, dos prejuízos materiais reclamados (alínea “a” do pedido);

5. porque não fez prova das despesas com enfermeiros, não fazendo qualquer demonstração a respeito do registro ou pagamento a profissionais desse ramo, inércia que afasta a possibilidade de acatamento do pleito formulado a esse título, menos ainda, para quatro (04) profissionais, conforme pedido (alínea “b”);

6. porque o fato dos danos reclamados serem preexistentes à efetivação do pedido – mais de dois anos atrás – bem como das despesas reclamadas – cerca de um ano atrás – é questão que afasta a possibilidade de prestação da antecipação da tutela, por haver sido requerida em momento inoportuno (alínea “c” e “d”, do pedido);

**7.** porque a imensa maioria das despesas demonstradas, relativas à reforma do imóvel e compra de medicamentos, foram realizadas em nome de terceiros, sendo que o autor não fez nenhuma comprovação de perdas materiais; não demonstrou o patrimônio que possuía antes e o que tem agora, em razão das despesas reclamadas;

**8.** porque as maiores despesas reclamadas foram geradas há cerca de um ano, não havendo, portanto, prova de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando todas as adaptações foram feitas há bastante tempo, não justificando a concessão da tutela;

**9.** porque o autor é usuário de dois planos de saúde, sendo eles a Unimed e o Saúde Bradesco, ambas empresas que oferecem toda a especialidade de médicos necessários aos tratamentos de que o autor mencionou utilizar, não havendo, portanto, razões para os pedidos formulados a título de consultas e exames particulares;

**10.** porque os pedidos formulados não demonstram qualquer critério nem parâmetro, sendo todos exagerados, e alguns valores repetidos, não sendo, portanto, aptos a sustentar eventual condenação ou antecipação, estando a necessitar de análise criteriosa, o que será feito no momento da contestação;

**11.** que, em vista da reclamação de “estado de pobreza”, anunciado pelo autor às f. 15, eventual concessão da tutela, na forma pretendida, quando patente a ilegitimidade passiva do Estado, trará, com toda a certeza, dano inverso irreparável ou de difícil reparação, posto que, acaso o requerido antecipe qualquer pagamento, futura modificação dessa decisão não permitirá que o autor devolva aquilo que indevidamente recebeu; e,

**12.** porque a concessão da tutela na forma pretendida afronta princípios de ordem orçamentária, o art. 100, da Consti-



tuição Federal, o art. 273, I, e II, e o art. 475, do CPC, as Leis nº 9.494/97 e 8.437/92, é que o Estado pede e requer a Vossa Excelência, seja negado o pedido de tutela antecipado formulado pelo autor, porquanto, decisão neste sentido refletirá a mais correta aplicação do direito e da JUSTIÇA.

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2003.

Carla Souza Cardoso Pimentel  
Procuradora do Estado



**PREVENÇÃO AO DANO AMBIENTAL POR  
DESMATAMENTO VISANDO EVITAR A  
RESPONSABILIDADE DO ESTADO**

*Nilton Kiyoshi Kurachi\**

---

\*Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul  
Vencedor do Prêmio PGE 2003  
Categoria - Destaque

---

## 1. INTRODUÇÃO

Com o crescimento econômico do país, por força do desenvolvimento industrial e agropecuário, ocorreu a **ocupação das áreas florestais** pelo homem, visando ao uso dos recursos florestais ou a transformá-las em áreas de produção de alimentos, fato esse desencadeador de sérias preocupações em relação ao *habitat*. Esse foi um dos motivos que levou um Constituinte a inserir o capítulo VI, do título VIII, na Constituição Federal, que trata de normas destinadas a preservar o ambiente:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A modernização e a evolução tecnológica trouxeram inúmeras vantagens para a humanidade, fomentaram a produção de bens de consumo e duráveis, geraram empregos e trouxeram conforto ao consumidor. No entanto essas atividades também causaram muitos danos à ecologia e à natureza ao poluírem o ar, os rios e ao desmatarem as poucas florestas que ainda restam à humanidade.

Esses impactos da ocupação humana causam a perda de *habitats* naturais e, conseqüentemente, o desaparecimento de espécies e formas genéticas, tanto animais como vegetais, que estão ameaçadas de extinção.

É cediço que as atividades florestais concorrem em espaço físico com as atividades agropecuárias e, considerando que aquelas atividades têm baixa rentabilidade e necessita de um longo prazo para gerar lucro, as florestas têm sido convertidas em áreas de agricultura e pecuária.

Na edição especial da Revista VEJA, de agosto de 2002, Teich<sup>1</sup> elabora uma excelente reportagem intitulada “A Terra Pede Socorro”, na qual faz constar a observação de que “dez anos depois da Eco 92, há pouco para comemorar. A poluição e o uso predatório dos recursos naturais aceleraram o efeito estufa e a destruição das florestas. (...)”.

A degradação ambiental é tanta que, em 2002, verificou-se a formação de uma nuvem de poluentes do tamanho de três Brasis e com três quilômetros de espessura, cobrindo uma parte da Ásia, onde vive um quinto da humanidade. Segundo Teich, estima-se que 500.000 pessoas morreram na Índia, em decorrência de problemas respiratórios causados por esse fenômeno, ou seja, é um desastre ambiental provocado pelo encontro de duas realidades que se relacionam, o mundo industrializado de certas regiões asiáticas e a pobreza abjeta de outras.

Em 2002, realizou-se no Rio de Janeiro uma Convenção denominada Rio+10, que teve como escopo dar continuidade às discussões iniciadas na Eco 92, realizada em 1992, porém, como era esperado, o balanço dos últimos dez anos provou que é grave a situação ambiental do nosso planeta. Prosseguem as ameaças aos recursos naturais, como as florestas, os peixes, as águas e o ar limpo. Segundo Teich<sup>2</sup>, em *Veja*:

Duas das mais importantes fontes de biodiversidade, os recifes de coral e as florestas tropicais foram tremendamente degradadas. As emissões de carbono, o grande responsável pelas mudanças climáticas e pelo aquecimento global, cresceram 10%. Nos Estados Unidos, que abandonaram o Protocolo de Kioto, o tratado

---

<sup>1</sup> TEICH, Hessel Daniel, *Veja*, ago. 2002, p.81-87.

<sup>2</sup> TEICH. *op. cit.* p.82.

assinado por 178 países para controlar as emissões desse gás, o salto foi de 18%.

Segundo o mesmo autor, os números são alarmantes, 1,4% das florestas foram destruídas nos anos 90 o que corresponde a uma área equivalente ao território de Mato Grosso. E, em comparação, o desmatamento ainda é maior na África, que perdeu 7% de sua cobertura vegetal, da mesma forma a América Latina que perdeu 5%. Portanto, é difícil a situação, pois a América Latina e a África Subsaariana ainda têm potencial de expansão agrícola, mas essas novas fronteiras agrícolas significam novos avanços sobre as florestas e sobre outras áreas intocadas.

No Brasil, na década de 1980, na Amazônia, houve a remoção total da floresta (corte raso), para fim agropecuário, em função de uma série de políticas públicas equivocadas, como os incentivos fiscais aos programas de conversão da floresta em projetos agropecuários, o que resultou numa área de desmatamento entre 11% e 13% da área total original.<sup>3</sup>

O desmatamento da Floresta Amazônica segue um ritual, visando arrancar o máximo de lucro da natureza e do solo. Cortam-se primeiro as árvores nobres, que proporciona um negócio milionário (300.000% de valorização); após, as mais comuns (madeira branca), são utilizadas para a fabricação de compensado e tábuas para a construção civil. As restantes são destruídas pelo fogo, pois não têm valor econômico. Finalmente, a terra está preparada para receber atividades mais rentáveis, como a agropecuária.

A retirada de madeira nem sempre é sinônimo de devastação, por exemplo, os Estados Unidos são o campeão

---

<sup>3</sup> Ministério do Meio Ambiente. Gestão dos recursos naturais. Brasília: IBAMA, 2000. p.24.

mundial na exploração de madeira (500 milhões de metros cúbicos por ano) e conseguem fazer com que suas florestas cresçam 0,3% ao ano. Nosso governo procura contornar o extrativismo desenfreado com projetos de reflorestamento.

As soluções são os projetos de exploração sustentada, consistente na possibilidade de se retirar madeira da mata sem destruir o ambiente, deixando exemplares para exploração futura. Se as recomendações do Governo para extração da madeira fossem cumpridas, seria possível retirar 1 bilhão de metros cúbicos de madeira por ano, sem esgotar a floresta. Ultimamente foram demarcados 2,1 milhões de hectares de reservas extrativistas, de onde se retira a madeira seguindo normas rigorosas, permitindo-se que sejam produzidos móveis, com a consciência tranqüila de que não se está contribuindo para a devastação de nossas florestas.

Schwartz<sup>4</sup>, na reportagem “Até onde a Amazônia pode resistir?”, preconiza que as pesquisas mostram que a ação do homem pode degradar até 95% da floresta amazônica em vinte anos.

Do descobrimento até o final da década de 70, apenas 4% de toda a Amazônia havia sido devastada. Isso corresponde a arrancar menos que um gomo de uma laranja. Nos últimos vinte anos, já se foram mais dois gomos. Hoje, a área desmatada da floresta equivale à de um país como a França. Essa ainda seria uma situação confortável se o futuro não promettesse coisa muito pior. Caso nada seja feito para estancar a destruição, daqui a apenas vinte anos poderão restar somente 28% de mata virgem na Amazônia, na hipótese mais benigna, ou ainda menos – 4,7% -, a se confirmarem as hipóteses

---

<sup>4</sup> SCHWARZ, Christian. Veja, nov. 2000. p.66.

mais pessimistas levantadas pelo grupo de cientistas liderado pelo biólogo americano William Laurence, pesquisador do Smithsonian Tropical Research Institute, um dos centros de pesquisa da prestigiosa Smithsonian Institution dos Estados Unidos, e do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), em Manaus.

Também ocorrem tais desmandos, no cerrado onde imensas áreas de vegetação nativa foram transformadas em áreas de produção agropecuária, num total exorbitante de 50% (cinquenta por cento), conforme estimativa apresentada no final do segundo milênio.<sup>5</sup>

Madov<sup>6</sup>, *in* Veja Ecologia, assevera que:

O risco maior está no cerrado. Nos anos 90, o Brasil alcançou progressos enormes no controle de queimadas. Criou o Proarco, um projeto que controla a devastação nas bordas da Amazônia, e consolidou a fiscalização por satélite. Mesmo assim, em 2002 as queimadas bateram recordes e foram 30% maiores que no ano passado. Áreas de cerrado, como a Chapada dos Veadeiros, foram as que mais sofreram com o fogo. Milhares de animais, como o tamanduá, pássaros e pequenos roedores não conseguiram escapar dos incêndios.

---

<sup>5</sup> Ministério do Meio Ambiente. Gestão dos recursos naturais. Brasília: IBAMA, 2000. p.24.

<sup>6</sup> MADOV, Natasha. Veja, dez. 2002. p.25.



## 1.1 Desmatamento no Estado de Mato Grosso do Sul

No Estado de Mato Grosso do Sul, existe uma ação, dentre outras, que tramita na capital responsabilizando a Administração Pública estadual e o Poder Público federal pela autorização indevida de desmatamento realizado no Pantanal sul-mato-grossense.

O Instituto de Meio Ambiente e Pantanal do Estado de Mato Grosso do Sul-IMAP registrou o desmatamento de 9 milhões de hectares até o momento. Somente no ano de 2.000 autorizou-se desmatar aproximadamente 51.909,6057 ha, obtendo-se o volume de material lenhoso no montante de 630.637,0206 m<sup>3</sup>. No ano de 2001, a área autorizada foi de 71.191,200 ha, extraíndo-se material lenhoso no volume de 1.153.462,241 m<sup>3</sup>. E, finalmente, no ano de 2002, a área autorizada ao desmatamento foi de 128.283,8795 ha, totalizando o volume de material lenhoso na casa dos 3.078.645,0258 m<sup>3</sup>. Desmatamentos esses devidamente autorizados, ou seja, sem se considerar os desmatamentos não autorizados e, portanto, realizados na informalidade.<sup>7</sup>

## 1.2 Outras causas de Desmatamento

A pecuária intensiva, a agricultura intensiva, a retirada predatória de madeira, a construção de hidrelétricas e a urbanização constituem atividades humanas causadoras de desflorestamentos.

Tais desflorestamentos causam mais danos quando realizados em Áreas de Preservação Permanente, como as

---

<sup>7</sup> Dados fornecidos pelos Engs. Florestais do IMAP: Osvaldo Antonio R dos Santos - Gerente de Recursos Florestais; Edson Carneiro Dias - Gestor Ambiental; Ricardo Ébole, - Gestor Ambiental e Alcebíades Alves Nogueira Cunha - Secretário do IMAP.

matas próximas às margens dos rios, riachos, lagos, lagoas e açudes; as matas existentes em torno das nascentes de rios, lagos e lagoas; florestas em topos de morros, serras e terras elevadas ou em qualquer encosta que tenha inclinação maior que 45º; e, ainda, as árvores existentes nas dunas, restingas e nos manguezais.

Os incêndios também são um dos maiores culpados pela destruição de florestas. Segundo os dados do INPE, no Brasil, e em especial nas regiões Norte e Centro-Oeste, 71,48% das áreas queimadas foram autorizadas<sup>8</sup>, o que, provavelmente, responsabiliza civilmente o Poder Público que autorizou tal prática predatória, pelo ato comissivo inconseqüente.

A mais nova causa de desmatamento, segundo a reportagem elaborada por Ferreira<sup>9</sup>, na Revista Consulex de 15 de abril de 2003, é a degradação de terras pelos Sem-Terra (MST), tendo como exemplo a devastação de 17.000 ha que foi invadida no Estado do Paraná, no município de Rio Bonito do Iguaçu.

Ocorrida a invasão, o proprietário ingressou com a ação de reintegração de posse e obteve até liminar. No entanto o problema da desocupação se arrasta por muitos anos. Nesse caso, os Sem-Terra passaram a sobreviver da extração da madeira de área de preservação permanente, considerada Mata Atlântica, não passível de corte. Mas ninguém foi punido por isso, pois as autuações não tiveram sucesso, pois o MST não tem CNPJ; portanto não foi possível autuar referidos invasores.

---

<sup>8</sup> Ministério do Meio Ambiente. *Gestão dos recursos naturais*. Brasília: IBAMA, 2000. p.24.

<sup>9</sup> FERREIRA, Antônio Carlos. *Revista Jurídica Consulex*. abr. 2003.

### 1.3 A Agenda 21

Com a elaboração da AGENDA 21, projetada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, estabeleceu-se um pacto pela mudança do padrão de desenvolvimento global para o próximo século, fixando-se um compromisso que expressou o desejo de mudanças das nações do atual modelo de civilização para outro em que predomine o equilíbrio ambiental e a justiça social. Os países signatários assumiram o desafio de incorporar, em suas políticas, metas que os coloquem a caminho do desenvolvimento sustentável.

Esse desenvolvimento sustentável consiste no direito ao desenvolvimento respeitando-se o direito ao usufruto da vida em ambiente saudável pelas futuras gerações, reconduzindo a sociedade industrial a reinterpretar o conceito de progresso, com base no desenvolvimento humano. É, segundo alguns autores, o “fenômeno” que mudará a realidade atual.

Lanfredi (2002)<sup>10</sup> assevera que o desenvolvimento sustentável é uma saudável utopia e que a Agenda 21 é um desafio, haja vista que “É um instrumento para a sustentabilidade do planeta. É um planejamento do futuro com ações de curto, médio e longo prazos”.

Trata-se de um roteiro de ações concretas, com metas, recursos e responsabilidades definidas. Deve ser um plano obtido através de processo participativo, de parceria e de consenso.

---

<sup>10</sup>LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos*. 2002.

## 1.4 Sustentabilidade

Mesmo com a introdução do critério de sustentabilidade, o desmatamento continuará a ser uma grande fonte de suprimento de madeira, haja vista que é exorbitante o número de metros cúbicos de toras de madeiras que são extraídos da Floresta amazônica para fins de processamento nas serrarias e nas fábricas de laminado/compensado (por volta de 30 milhões), haja vista que existem cerca de 2.600 indústrias desse ramo de atividade, somente naquela região.<sup>11</sup>

O problema reside exatamente nesse assunto, malgrado estarem regulamentadas as práticas de manejo sustentável de extração de madeira, essas normas não foram bem-sucedidas, por causa da grande oferta de madeira oriunda da expansão agrícola e da ausência (ou impossibilidade) de fiscalização em áreas de grandes dimensões.

## 1.5 Conseqüências dos Desflorestamentos

Não há dúvida de que as florestas são essenciais para a humanidade, pois abrigam a biodiversidade e o material genético para a evolução; ajudam a regular o clima (temperatura e chuvas), tornando-o mais ameno; abrigam o patrimônio cultural; armazenam gás carbônico (reduzindo o efeito estufa); fornecem frutos, madeiras, lenhas, dentre outros produtos, protegem o solo, mormente contra a erosão; protegem as nascentes de rios, lagos, lagoas e açudes; bem como controlam as enchentes.

Dias (2002)<sup>12</sup> preleciona que:

A destruição das florestas é uma das maiores demonstrações da inconsciência humana e uma das mais graves alterações

---

<sup>11</sup> Ministério do Meio Ambiente. *Gestão dos recursos naturais*. Brasília: IBAMA, 2000. p.25

que se impõem à Terra, através dos tempos. As conseqüências são imprevisíveis, mas não há dúvida de que o desflorestamento altera profundamente a circulação de água na atmosfera; produz perdas irreparáveis na biodiversidade genética, de *habitats* e de ecossistemas; provoca alterações climáticas; expõe o solo à erosão; provoca assoreamento dos rios, facilitando enchentes e reduz o volume de água subterrânea.

Afirma, ainda, que cerca de 14 milhões de hectares de florestas nativas são perdidas por ano ou 38 mil hectares por dia, de acordo com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

Nesse ritmo, no ano 2.035, toda a floresta tropical estará destruída. E encerra com a seguinte frase “Corte a floresta de sua ambição primeiro, antes de cortar árvores de verdade” (Budismo).

Portanto a prevenção e a manutenção do meio é obrigação de todos. No entanto essa obrigatoriedade é mais intensa em relação à Administração Pública, pois quem previne e fiscaliza não pode ser quem infringe. Inclusive, no texto do art. 225 da Magna Carta, aparece primeiramente o Poder Público como o responsável para defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

## **2. DIREITO AMBIENTAL E MEIO AMBIENTE**

Superada a controvérsia sobre a designação da disciplina, se Direito Ambiental ou Direito Ecológico, este

---

<sup>12</sup> DIAS, Genebaldo Freire. *Iniciação à temática ambiental*. 2002.

referente apenas para as questões ligadas aos fatores naturais (ecologia), optou-se pela primeira denominação, mormente quando a Constituição Federal utilizou a expressão “Direito Ambiental”. Este é, na verdade, mais do que um novo ramo do direito com regras próprias, mas tende a penetrar todos os sistemas jurídicos existentes para orientar-se num sentido ambientalista, interagindo com o Direito Civil, Administrativo, Penal, Internacional, dentre outros.

Meio Ambiente indica a esfera, o círculo, o âmbito em que vivemos. Destarte, analisando a expressão, nota-se que nela já se contém o sentido da palavra meio, denotando certa redundância, advertida por Ramón Martins Mateo, utilizando decididamente a expressão “*Derecho Ambiental*” em vez de “*Derecho Del Médio Ambiente*”.(Assis, 2000).<sup>13</sup>

Para Assis<sup>14</sup>, “meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.” Assevera, ainda, que a “integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais” e “por isso, é que a preservação, a recuperação e a revitalização do meio ambiente há de constituir uma preocupação do Poder Público e, conseqüentemente, do Direito, porque ele forma a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e se expande a vida humana.”

A definição legal de meio ambiente é fornecida pela Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), no seu art. 3º, I, “*meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*”.

---

<sup>13</sup> ASSIS, Fátima Rangel dos S. de. *Responsabilidade civil no direito ambiental*. 2000. p.18.

<sup>14</sup> ASSIS, *op. cit.*, p.18.

Nota-se que, malgrado este conceito ter sido encartado na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, *foi recepcionado* pela Constituição Federal de 1988, “porque a Carta Magna buscou tutelar não só o meio ambiente natural, mas também o artificial, o cultural e o do trabalho”, quando utiliza a expressão *sadia qualidade de vida.*, (Fiorillo, 2001).<sup>15</sup>

### 3. MEIO AMBIENTE E OS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

A tutela ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, especificamente em relação ao desmatamento, trata de interesses difusos e coletivos, pois abrange a todos os indivíduos que residem na área a ser preservada, no município, no estado, no país e, como no caso da Amazônia, interessa até para outros países do Globo Terrestre.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é patrimônio público (bem de uso comum do povo) e direito difuso da coletividade, conforme inicialmente previsto na legislação da Política Nacional do Meio Ambiente<sup>16</sup>, esculpido, em seguida, na Constituição (art. 225, *caput*) e disciplinado na ação civil pública (Lei nº 7.347/85).

Segundo Ferraz et al (1984),<sup>17</sup> interesses difusos ou coletivos são conceituados como:

Interesses que ultrapassam a individualidade do ser humano, constituindo-se em verdadeiros interesses de grupos, de uma coletividade, isto é, sem um titular individualizado. Esses interesses chamados difusos, coletivos, supra ou meta individuais,

---

<sup>15</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2.ed. 2001.

<sup>16</sup> Lei nº 6.938/81, arts. 2º, X, e 14, § 1º.

dizem respeito a anseios ou mesmo necessidades da coletividade ou grupo de pessoas, relativamente à **qualidade de vida** (grifo nosso), como, por exemplo, o **direito à saúde** (grifo nosso), à qualidade dos alimentos, à informação correta e atual, à **preservação do meio ambiente** (grifo nosso), etc.

Quando se responsabiliza a Administração Pública e os particulares em geral por danos causados ao meio ambiente, tutelam-se os direitos denominados difusos e coletivos, muito bem definidos por Mazzilli<sup>18</sup>, em seu livro *“A defesa dos interesses difusos em Juízo”*.

**Interesses difusos** (grifo nosso) são aqueles cujos titulares estão ligados por circunstâncias de fato e não são determináveis. São indivisíveis porque, embora comuns, há uma categoria abrangente de pessoas, não se pode quantificar qual a parcela que cabe a cada lesado, como o **ar que respiramos** ou a **paisagem apreciada pelos moradores de uma região** (grifo nosso). **Interesses coletivos** (grifo nosso) reúnem uma categoria determinável de pessoas (grupo, categoria ou classe) ligadas de forma indivisível pela mesma relação jurídica básica, como os integrantes de um consórcio, em matéria relativa, por exemplo, à validade ou invalidade da relação jurídica que os une (a ilegalidade de um aumento é

---

<sup>17</sup> FERRAZ, Antonio Augusto de Melo et al. *A ação civil pública e dos interesses difusos, a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. 1984. p.84.

<sup>18</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. 1997. 203p.



interesse compartilhado por todos os consorciados em igual medida, não podendo ser quantificado na proporção de cada um deles).

Portanto verifica-se que o principal tutor do meio ambiente ecologicamente equilibrado é o Poder Público, pois consiste num dos interesses difusos primordiais para a sociedade, e aquele busca permanentemente o bem-estar desta.

#### **4. DANO AMBIENTAL E DESMATAMENTO**

Hodiernamente, aumenta incessantemente a preocupação com a proteção ao meio ambiente, na tentativa de reverter ou retardar o processo inevitável de degradação ambiental.

Torna-se necessária a tutela jurídica do meio ambiente porquanto, se degradado na intensidade que vem ocorrendo, estar-se-á ameaçando não só o bem-estar mas a qualidade da vida humana, senão a própria sobrevivência do ser humano. (Assis, 2002).<sup>19</sup>

Segundo o art. 3º, V, da Lei nº 6.938/81, com a redação dada pela Lei nº 7.704/89, entende-se por recursos ambientais a atmosfera; as águas interiores, superficiais e subterrâneas; os estuários; o mar territorial; o solo; o subsolo e os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Dos danos ambientais existentes, optamos pelo estudo do desmatamento porquanto, malgrado ser imprescindível detectar os danos à fauna, podemos ainda viver sem ela. A vida sem os rios, lagos e oceanos ainda é possível, por um interregno

---

<sup>19</sup> ASSIS, op. cit., p. 21.

de tempo, pois restariam os mananciais de abastecimento. Porém, sem a vegetação e inexistente todo o processo de produção de oxigênio, restariam ao ser humano somente alguns minutos de vida.

## **5. PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL OU ECOLÓGICO**

Tratando de reparação do dano ambiental ou ecológico não podemos dispensar o binômio: educação e reparação. Juntas devem nortear a política de preservação ambiental, porque a reparação do dano não pode minimizar a prevenção do dano – regra essencial do Direito Ambiental. Mas, segundo Lanfredi (2002), “para se prevenir adequadamente, a prioridade é a educação, o meio mais eficaz de incentivo à proteção do meio ambiente e de garantia do desenvolvimento sustentável”.

Na técnica reparatória ambiental o lema é “quem polui, paga” – segundo o princípio do poluidor-pagador, mas Lanfredi (2002) demonstra preferência à prevenção, como objetivo maior do direito ambiental e da moderna responsabilidade civil, que passaria a preconizar a orientação do “não polua” ou “não desmate”, para cuja conscientização, nas escolas e na sociedade, a ação pedagógica do procedimento educativo ambiental é medida indispensável, para gerar nova mentalidade e induzir novo comportamento.

Analisando-se o poder de polícia da Administração Pública, quando atua como órgão fiscalizador do meio ambiente, deve-se ressaltar a relevância do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), imprescindíveis como instrumentos de proteção ambiental, a

serem elaborados quando da instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.(Milaré, 1993).<sup>20</sup>

A reparação (repressão) e educação se integram e interagem, de forma solidária, uma vez que o processo reparatório produz, indiretamente, a prevenção, decorrente da ação educativa, pois a punição do infrator desencoraja-o a reincidir nos mesmos atos danosos ao meio ambiente, bem como serve de exemplo a outrem para tomar as cautelas necessárias e evitar danos futuros, o que encontra fundamento no aforismo *castigare ad educandum*. “Por outro lado, ao investir na linha educativa ambiental, o objetivo é conscientizar, hoje, a criança a respeitar a natureza, para não punir, amanhã, o homem adulto causador de dano ao meio ambiente, o que encontra respaldo em outro brocardo: *educare ne castigatur*. (Lanfredi, 2003).

Transportando os ensinamentos acima para os casos de desmatamentos, os meios educativos estão se tornando inócuos, haja vista que esses valores de preservação ambientais são preteridos quando o outro valor é o lucro pecuniário. Portanto somente a repressão ou a reparação do dano é que efetivamente recompõe o meio ambiente.

No entanto punir um ou outro proprietário de imóvel rural não é eficaz, e o que se deve buscar, como alternativa para o problema, é a otimização na fiscalização por parte do Poder Público. Por exemplo, nunca se teve notícia de que os órgãos competentes tenham fiscalizado as propriedades rurais para serem conferidas as reservas legais, previstas no Código

---

<sup>20</sup> MILARÉ, Édis. *Estudo prévio de impacto ambiental*. São Paulo: RT. v.1 1993.

Florestal. Se houvessem efetivas fiscalizações que mensurassem as reservas legais averbadas nas matrículas dos imóveis, para conferir se realmente elas existem nas propriedades rurais, muitas irregularidades seriam levantadas e corrigidas.

Levantadas as irregularidades, se o Poder Público notificasse o proprietário do imóvel rural e determinasse um prazo para o reflorestamento, sob pena de multa cominatória e outras sanções, muitas florestas seriam recompostas.

Inclusive, como proposta, no caso de não ter mais espaço para plantio ou a terra ser infértil, a Administração Pública poderia permitir, mediante estudo e autorização, que a área equivalente em importância ecológica e extensão fosse reservada (compensada) em outra região, desde que se localizasse na mesma microbacia e pertencesse ao mesmo ecossistema (art. 44, III, da Lei 4771/65 – Código Florestal).

## **6. RESPONSABILIDADE CIVIL**

Toda manifestação da atividade humana pressupõe uma responsabilidade, e a busca de seu conceito conduz ao conceito de obrigação, esta compreendida como a prestação que alguém deve efetuar.

Basicamente, Custódio (1983), citada por Assis (2000), prelecionando lições sobre responsabilidade, preconiza:

Em princípio, a responsabilidade exprime a obrigação de determinada pessoa responder por um fato ou ato ofensivo e reparar o prejuízo dele decorrente ao lesado. A idéia de responsabilidade é uma das primeiras concebidas pelo espírito do homem em

sociedade. Permite a todo indivíduo lesado por outro vingar-se ou obter uma reparação, assegurando o respeito dos direitos de cada um.

Com fulcro nas lições precedentes, conclui-se que a responsabilidade está vinculada à existência de uma obrigação, ou um **dever**, cujo não-cumprimento dá origem à aplicação de um conjunto de penalidades ao devedor parcial ou totalmente inadimplente, ou a quem tinha algum **dever** a cumprir, sendo que essas penalidades, variáveis dos pontos de vista quantitativo e qualitativo, têm o caráter de proporcionalidade, de equivalência, de contraprestação em relação à obrigação principal inadimplida.

## 6.1 Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil surge da necessidade de não se deixar irressarcida a vítima de atos ilícitos ou a sociedade, quando o objeto forem os interesses difusos e coletivos. Esse instituto é parte integrante do direito obrigacional, haja vista que a principal consequência da prática de um ato ilícito é a reparação do dano.

As obrigações derivadas dos 'atos ilícitos' são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano para outrem. A obrigação que, em consequência, surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado.(Gonçalves, 1995).<sup>21</sup>

Enveredando pelo Código Civil, nota-se que existem duas fontes das obrigações: a vontade humana (os contratos, as declarações unilaterais da vontade e os atos ilícitos) e a vontade do Estado (a lei).

Outra classificação dicotomiza a responsabilidade civil em *contratual*, fundada em um contrato, ou *extracontratual*, decorrente de exigência legal (responsabilidade legal) ou de ato ilícito (responsabilidade por ato ilícito), ou até mesmo por ato lícito (responsabilidade por risco).

O Código Civil de 1916 dedicou poucos dispositivos à responsabilidade civil reservando, por exemplo, somente os artigos 159 e 160 na parte geral, que tratava da regra geral denominada responsabilidade aquiliana e algumas excludentes. Prosseguindo ao estudo, verifica-se que na parte especial do mesmo *codex* estabelecia-se a regra básica da responsabilidade contratual (art. 1.056, 1.518 a 1553). O novo Código Civil, que entrou em vigor dia 10 de janeiro de 2003, reservou um título exclusivo para a Responsabilidade Civil (título IX), compreendendo os artigos 927 a 943 (da obrigação de indenizar) e os artigos 944 a 954 (da indenização).

Com o advento do novo Código Civil, o princípio geral, concernente à responsabilidade civil, está encartado no art. 927, em substituição ao art. 159 do Código Civil de 1916, o qual preceitua: *“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*.

Complementando o *caput*, preceitua o Parágrafo único:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No entanto, mesmo com o advento do novo Código Civil, a idéia geral estabelece a quem pratica um ato, ou incorre numa

<sup>21</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 1995.

omissão de que resulte dano, as conseqüências do seu procedimento, firma uma regra elementar de equilíbrio social e classifica a responsabilidade como um fenômeno social.

Com fulcro nesse ensinamento, conclui Assis (2000)<sup>22</sup> que “a responsabilidade civil visa, primordialmente, à reposição da situação resultante do evento danoso ao estado em que se encontrava antes de o dano ocorrer”.

Nesse mesmo sentido, Dias (1983)<sup>23</sup> assevera que “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil.” Verifica-se, pelos estudos precedentes, portanto, que o dano é elemento essencial da responsabilidade civil.

## 6.2 Responsabilidade Civil pelos Danos Ecológicos ou Ambientais

Para Assis (2000)<sup>24</sup>, “*dano ecológico* é qualquer lesão ao meio ambiente causado por condutas ou atividades de pessoa física ou jurídica de direito público ou de direito privado”, sendo que tal conceito harmoniza-se com o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal, segundo o qual, “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”.

Preceitua a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, em seu art. 14, § 1º, que “*Sem prejuízo das penas administrativas previstas nos incisos do artigo, o poluidor é obrigado,*

---

<sup>22</sup> ASSIS, *op. cit.* p.22.

<sup>23</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* 1983. p.35.

<sup>24</sup> ASSIS, *op. cit.* p.29.

*independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiro, afetados por sua atividade.”*

Fala-se até em responsabilidade objetiva integral, na qual não se limita a indenização a um teto, colocando-se em discussão até o cabimento ou não das cláusulas excludentes da obrigação de reparar o dano ecológico (ex. caso fortuito, força maior, culpa da vítima, proveito de terceiro, licitude da atividade). No entanto a tendência da doutrina consiste em não aceitar as excludentes da responsabilidade.

Nesse sentido, o ensinamento:

Em tema de interesses difusos, o que conta é o dano produzido e a necessidade de uma integral reparação: se a cobertura vegetal das montanhas de Cubatão ficou danificada, as indústrias poluentes desse local devem arcar com a responsabilidade pela reposição do *status quo ante*, a par da instalação de equipamentos que neutralizem a emissão dos resíduos tóxicos. (Mancuso, 1989).<sup>25</sup>

Mesmo que a atividade do poluidor ou degradador seja normal e lícita, comprovadamente, não estará ele desonerado de responder pelo dano ambiental. Portanto nem mesmo a prova de que as autorizações e licenças foram outorgadas com ressalva de direitos de terceiros, ou de que exerce atividade poluidora dentro dos padrões fixados, exonera o agente da obrigação de verificar, pessoalmente, se sua atividade é ou não prejudicial, ou se está ou não causando dano ao meio ambiente.

O conjunto de dispositivos infraconstitucionais que disciplinam a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente no plano do direito material são os artigos 4º, VII, e 14, § 1º, da

<sup>25</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 1989. p.166.



Lei 6.938/81, modificada pela Lei 7.804/89 e pela Lei 8.028/90. Esse art. 4º, VII, prevê, como um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, a imposição de recuperar e/ou indenizar os danos causados ao poluidor, e ao predador e ao usuário impõe-se a contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. Já o § 1º, do art. 14 prevê as responsabilidades objetivas em matéria de reparação de danos ambientais e de danos patrimoniais reflexos a danos ambientais, quando prevê a obrigação do poluidor de reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, independentemente da existência de culpa.

A Lei 9.605/98 também deve ser mencionada, porquanto trata das sanções penais e administrativas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Quanto a essa norma, houve veto aos dispositivos que cuidavam das sanções administrativas, civis e penais, no artigo 1º do projeto de Lei 1.164-E/91.

O veto ao art. 5º, § 1º, do mesmo projeto de lei, retira o caráter objetivo da responsabilidade civil por danos ambientais, dando a impressão de que estaria afastado o regime de responsabilidade objetiva para reparação de danos ao meio ambiente, o que é improcedente, haja vista que há dispositivos que asseguram a objetividade da responsabilidade em outras leis que não foram revogadas (exemplo: art. 6.938/81, art. 14).

A Constituição de 1998 foi a primeira a tratar expressamente da responsabilidade por danos ambientais, como é o caso do art. 21, XXIII, "c", que estabelece a responsabilidade civil objetiva por danos nucleares. Complementando esse dispositivo constitucional, a lei 10.308, de 20 de novembro de 2001, dispõe sobre a seleção de locais, a construção, o licenciamento, a operação, a fiscalização, os custos, a indenização, a *responsabilidade civil* e as garantias

referentes aos depósitos de rejeitos radioativos. Os artigos 19 a 22 dessa novel regra tratam especificamente da responsabilidade civil.

Na mesma Carta Magna, especificamente, nos parágrafos 2º e 3º do art. 225, foi abordada a responsabilidade por danos ambientais. No art. 23, III, IV, VI e VII, tratou-se da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a proteção ao meio ambiente natural e cultural e aos outros elementos que o integram, prevendo, inclusive, a competência comum para agir e exercer o poder de polícia, permitindo a criação de recursos destinados a esse desiderado, como os fundos semelhantes ao estatuído na Lei 7.347/85 que permite maior investimento na recuperação do meio ambiente degradado.

### **6.3 Responsabilidade Civil Contratual**

No Código Civil (1.916), a responsabilidade contratual tinha fulcro no art. 1.056, mas agora no novo Código Civil (2002) não há artigo correspondente. Malgrado esse fato, a responsabilidade contratual nasce inexoravelmente do descumprimento de estipulação de um contrato já celebrado entre o causador do dano e o lesado.

O que se questiona, nesse caso é a responsabilidade pré-contratual e pós-contratual. Em face disso, existe o contrato. Se válido e eficaz e se, de alguma forma, for nulo, não se fala em responsabilidade contratual, conquanto não haverá acordo de vontades capaz de embasá-lo, pois o nulo não gera obrigações.

### **6.4 Responsabilidade Civil Extracontratual ou Aquiliana**

A responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana tem característica residual, pois açambarca todas as hipóteses de

responsabilidade civil que sobejam os limites da responsabilidade contratual. Pressupõe violação direta a uma norma jurídica e não a uma obrigação contratual, a cuja observância o causador do dano está vinculado.

## **6.5 Responsabilidade Civil Subjetiva**

De acordo com o fundamento dado à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano. Destarte, conforme a teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade, motivo pelo qual essa teoria denominava-se “teoria da culpa”, ou “subjetiva”. Não há responsabilidade se não houver culpa.

A responsabilidade é “subjetiva” quando se fulcra na idéia de culpa. Conseqüentemente, a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto imprescindível do dano indenizável. Somente se configura a responsabilidade do causador do dano se este agiu com dolo ou culpa. Essa expressão culpa deve ser compreendida em sentido amplo, englobando tanto o dolo como a culpa em sentido estrito (imprudência, imperícia e negligência).

## **6.6 Responsabilidade Civil Objetiva**

Outrora, a responsabilidade era objetiva, segundo alguns autores, referindo-se aos primeiros tempos do direito romano; mas não se fundava no risco como hodiernamente a compreendemos.

Posteriormente, abandonou-se a idéia de vingança e passou-se à pesquisa da culpa do causador do dano. Agora, volta ela ao objetivismo, não como idéia de vingança, mas por se entender que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade.

A lei impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. É o

caso da responsabilidade “objetiva” ou “legal”, porquanto prescinde de culpa e se concretiza somente com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria, conhecida como objetiva, ou do risco, preceitua que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

No caso de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano, haja vista que, em alguns casos, ela é presumida pela lei e, em outros, a prova de culpa é dispensável, ou seja, o aspecto fundamental dessa responsabilidade consiste em desvincular a obrigação de reparar danos da existência de culpa por parte do agente causador.

No Brasil, a reparação do dano ambiental tem base na responsabilidade objetiva, conforme progressiva evolução dos tratamentos legislativo, jurisprudencial e doutrinário, dispensados à responsabilidade civil e à proteção ambiental. Essa responsabilidade civil decorrente de lesões acometidas ao meio ambiente desenvolveu-se celeremente com o advento das normas que possibilitam a efetiva reparação dos danos ambientais e contribuiu para o alcance das metas de conservação e equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações, o que, inclusive, é princípio fundamental estabelecido na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 4º).

## **7. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

O parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal preceitua que: “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”.

Analisando o dispositivo constitucional acima, não há dúvidas de que a responsabilidade da Administração Pública é *objetiva* e conseqüentemente é uma obrigação legal que lhe é imposta, e refere-se ao ressarcimento dos danos causados a terceiros por suas atividades.

Tal responsabilidade compreende a reparação dos danos causados pelos atos ilícitos, não abrangendo a indenização devida em decorrência de atividade legítima do Poder Público, como sucede nos casos de requisição, de desapropriação, de execução compulsória de medidas sanitárias etc. Entretanto mencionada responsabilidade é mais ampla, pois compreende também os danos injustos causados por uma atividade lícita da Administração.

O que nos interessa essencialmente é a identificação da responsabilidade ressarcitória dos danos causados aos particulares em decorrência das atividades da Administração estatal.

## 7.1 O Estado e os Danos Conseqüentes de suas Atividades

Tratando-se de responsabilidade civil do Estado, segundo Cahali (1995),<sup>26</sup>

O Direito moderno consolidou definitivamente a teoria da *realidade técnica* ou *realidade jurídica*, superando digressões acadêmicas, ao reconhecer a existência de entes criados naturalmente pela vontade do homem, por imperativo de suas necessidades, e que operam no mundo jurídico adquirindo direitos, exercendo-os e contraindo obrigações, dotados de

---

<sup>26</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 1995. p.11.

personalidade distinta da de seus próprios organizadores ou instituidores.

Monteiro (1997)<sup>27</sup> assevera que:

dupla é a atividade exercida pelo Estado, a jurídica e a social; a atividade jurídica é aquela que colima o asseguramento da ordem jurídica interna e a defesa do território contra o inimigo externo; o asseguramento da ordem jurídica interna, por sua vez, compreende a manutenção da ordem pública e a distribuição da justiça; a atividade social tem por objeto a promoção do bem comum.

Quando o Estado desenvolve suas funções e realiza os fins colimados, desdobra-se em organismos e órgãos, constituindo-se segundo uma aparelhagem complexa, sem prescindir dos elementos humanos (pessoas físicas) na execução daquelas tarefas, os quais denominam-se agentes, funcionários, servidores, prepostos, aos quais delega atribuições ou poderes para agir, de tal forma que os atos por estes praticados representam atos da própria entidade estatal.

Destarte, a Administração Pública realiza suas atividades próprias por meio de agentes ou órgãos vivos (funcionários e servidores), de tal modo que a ação do Ente político se traduz em atos de seus servidores. Dessa forma, por uma contingência natural, os indivíduos assim investidos da função de tornar concreta a atividade do Estado podem eventualmente provocar dano no patrimônio de terceiros (administrados).

---

<sup>27</sup> MONTEIRO, Washington de Barros . *Curso de direito civil: parte geral*. 1997. p.104.

É pacífico no Direito Privado que toda vítima de um ato ilícito tem direito à ação judicial contra o autor do dano (responsável) e, da mesma forma, o dano causado pelo Estado implica a responsabilização pela sua reparação.

## **7.2 Responsabilidade Civil Objetiva do Estado e seus Agentes por Dano Ambiental**

A Administração Pública, conquanto possua o instrumental jurídico necessário, não procura ou não consegue agir de forma efetiva, fiscalizando, coibindo os abusos cometidos e punindo seus responsáveis.

Isso ocorre porque, em determinados momentos, essa mesma Administração Pública participa de forma direta, em atividades econômicas próprias de exploração pelo setor privado, intervindo, assim, no domínio econômico e, conseqüentemente, concorrendo para danificar o ambiente com resíduos. Portanto não lhe interessa fiscalizar e coibir tais condutas ou, de certa forma, não fiscaliza por falta de organização ou praticidade na administração. Essa omissão é, inexoravelmente, um descaso e um desrespeito com o interesse público. Quando isso ocorre, a Administração Pública e seus agentes são responsáveis pela ocorrência do dano ecológico em face de sua inação em coibir o desrespeito ao meio ambiente.

Prevê a Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986, do CONAMA, no art. 17, que o EPIA (Estudo Prévio de Impacto Ambiental) será realizado por equipe multidisciplinar habilitada, independentemente de essa equipe relacionar-se direta ou indiretamente ao proponente do projeto.

Tecnicamente é a equipe responsável pelos resultados apresentados, o que possibilita a propositura de ação regressiva contra o

verdadeiro causador do dano, alcançando o profissional que eventualmente se tenha excedido ou omitido no cumprimento da tarefa a ele atribuída. Assis (2000).<sup>28</sup>

Independentemente do cabimento de ação regressiva, tratando-se de responsabilidade profissional, na seara administrativa, as profissões regulamentares estão submetidas ao Código de Ética correspondente, no qual devem constar os dispositivos que visam à conscientização ambiental, o que provoca a responsabilização perante o respectivo conselho de classe, no caso de transgressão dos princípios ambientais, e, se houver vínculo empregatício com a Administração Pública, os que atuam nessas profissões regulamentares responderão em procedimento administrativo disciplinar.

### 7.3 Ação e Omissão do Estado em face do Desmatamento

Para combater a degradação ao ambiente, a população tem como maior aliada a Administração Pública, quando fiscaliza os atos praticados pelos predadores, exige a reparação do dano e aplica a repressão, ou, de forma preventiva, realiza ou faz realizar Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), no momento em que autoriza o desmatamento ou a instalação de indústrias em determinado local e analisa as atividades prejudiciais ao meio ecologicamente equilibrado.

Porém, nem sempre, a Administração Pública exerce seu ***munus público*** e combate os desmandos ambientais e, às vezes, age comissivamente ou omissivamente como infratora das normas explícitas e implícitas que protegem o ambiente.

---

<sup>28</sup> op.cit. p.29.



Quando isso ocorre, deve a Administração Pública responder objetivamente pela responsabilidade civil decorrente do ato danoso ao ambiente, como se particular fosse, sem estar acobertada pelo manto do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois de protetora passou a transgressora.

Destarte, especificamente, um dos fatores que mais aflige a população de um modo geral é o desmatamento, que resulta de fatores econômicos e sociais e da fragilidade institucional ao fazer cumprir a norma legal, tendo-se, como exemplo, a falta de fiscalização da efetiva reserva legal de 20% da extensão dos imóveis rurais, destinada à reserva florestal, visando à preservação da flora e da pouca fauna que ainda resta.

Essa omissão do Poder Público pode gerar a responsabilidade civil objetiva da Administração Pública, por ato omissivo. Por esse motivo, deve ser provocado a mensurar tal desmatamento e exigir que os danificadores do meio ambiente reflorestem as áreas desmatadas, sob pena de aquele responder subsidiariamente por tal reparação.

#### **7.4 Responsabilização do Poder Público pelas Autorizações de Desmatamento indevidas e pela Omissão na Fiscalização**

Analisando a Carta Magna, sem reportar às normas infraconstitucionais, constata-se, de forma irrefutável, o dever da Administração Pública, decorrente da inexorável imposição legal e constitucional, de defender e preservar o meio ambiente, respondendo, objetivamente, por sua omissão.

Aprofundando o estudo, Silva Filho (1992)<sup>29</sup> faz as seguintes indagações:

dispondo o Estado dos meios jurídicos e materiais necessários para preservar e fazer preservar o meio ambiente, coibindo os abusos praticados por terceiros mediante o exercício regular do poder de polícia, e demais poderes que lhe permitem estatuir normas gerais e atos de administração que vão desde a simples liberação de atividade e fiscalização, até a mais grave sanção, em assim não agindo é o Estado responsável pelo dano ecológico materializado? E em que dimensão?

O autor, tratando da responsabilidade do Estado e de seus agentes pelo dano ambiental e da extensão dessa responsabilidade, assevera que “a questão da responsabilidade civil do Estado por danos causados por seus agentes, quer por ação, que por inação, sofreu uma evolução histórico-jurídica que iniciando-se da total irresponsabilidade do Estado, atingiu, na era contemporânea, o clímax da **responsabilidade objetiva**. No Brasil, foi tal posicionamento adotado desde a Constituição Federal de 1946, e a Constituição de 1988 encampou o mesmo pensamento no art. 37, § 6º.

O entendimento jurisprudencial tem aplicado a teoria objetiva em consonância com a “teoria do risco administrativo”, refutando-a em casos de ocorrência de força maior ou de culpa da vítima.

No entanto, em caso de dano ecológico, não há de se perquirir sobre a “culpa da vítima”, pois esta será, sempre e imediatamente, a coletividade. Destarte, o Estado não

---

<sup>29</sup> SILVA FILHO, Cícero Virgulino. *Dano ambiental: responsabilidade da administração pública e seus agentes por omissão de exercício do poder público*. 1992. p.82.

responderia objetivamente pelo dano somente quando presente a “força maior”.

*Mutatis Mutandis*, se é dever do Estado a adoção de medidas concernentes à defesa do meio ambiente, recebendo para tanto os poderes e meios necessários para tal desiderato, a sua abstenção em atuar, legislar sobre o assunto ou fiscalizar, dando cumprimento de normas mínimas previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional, faz decorrer para o Estado a **responsabilidade pelo dano ecológico materializado**, sem prejuízo da ação regressiva contra o agente público negligente, imprudente ou imperito e, principalmente, contra aquele que age com dolo no exercício de suas funções públicas e busca o ressarcimento ao erário público.

Distintamente, os agentes públicos, qualquer que seja a categoria, devem responder civil, administrativa e criminalmente pela ação omissiva em não evitar a ocorrência dos danos ambientais causados por terceiros, ou, no caso específico da ocorrência do dano ambiental, por abstenção do agente em agir, ou mesmo por agir mediante omissão de dever funcional.

Civilmente, os agentes responderão a ação regressiva que o Estado pleiteará em Juízo para ressarcir-se dos prejuízos decorrentes do pagamento dos danos causados e que decorreram da inação, ou da ação do agente no exercício de suas funções públicas. Administrativamente, responderá o agente mediante apuração da falta funcional cometida, cuja sanção poderá, inclusive, culminar *público*. Por fim, responderá o agente criminalmente, ante a justiça pública do Estado se sua ação omissiva ou comissiva for tipificada como crime em lei específica. (Silva Filho (1992)<sup>30</sup> com a sua

<sup>30</sup> SILVA FILHO, *op. cit.*, 1992. p.82.



responderia objetivamente pelo dano somente quando presente a “força maior”.

*Mutatis Mutandis*, se é dever do Estado a adoção de medidas concernentes à defesa do meio ambiente, recebendo para tanto os poderes e meios necessários para tal desiderato, a sua abstenção em atuar, legislar sobre o assunto ou fiscalizar, dando cumprimento de normas mínimas previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional, faz decorrer para o Estado a **responsabilidade pelo dano ecológico materializado**, sem prejuízo da ação regressiva contra o agente público negligente, imprudente ou imperito e, principalmente, contra aquele que age com dolo no exercício de suas funções públicas e busca o ressarcimento ao erário público.

Distintamente, os agentes públicos, qualquer que seja a categoria, devem responder civil, administrativa e criminalmente pela ação omissiva em não evitar a ocorrência dos danos ambientais causados por terceiros, ou, no caso específico da ocorrência do dano ambiental, por abstenção do agente em agir, ou mesmo por agir mediante omissão de dever funcional.

Civilmente, os agentes responderão a ação regressiva que o Estado pleiteará em Juízo para ressarcir-se dos prejuízos decorrentes do pagamento dos danos causados e que decorreram da inação, ou da ação do agente no exercício de suas funções públicas. Administrativamente, responderá o agente mediante apuração da falta funcional cometida, cuja sanção poderá, inclusive, culminar *público*. Por fim, responderá o agente criminalmente, ante a justiça pública do Estado se sua ação omissiva ou comissiva for tipificada como crime em lei específica. (Silva Filho (1992)<sup>30</sup> com a sua

---

<sup>30</sup> SILVA FILHO, *op. cit.*, 1992. p.82.

desvinculação da Administração Pública, *a bem do serviço público*. Por fim, responderá o agente criminalmente, ante a justiça pública do Estado se sua ação omissiva ou comissiva for tipificada como crime em lei específica. (Silva Filho, 1992).<sup>31</sup>

O autor encerra afirmando que:

conquanto as responsabilidades acima discriminadas tenham direcionamento para os agentes públicos, que como engrenagens da máquina administrativa do Estado se abstiveram de exercer com proficiência o ônus ou o encargo público inerente ao cargo por ele ocupado, quer por culpa ou dolo, indubitável que, mesmo indiretamente, a responsabilidade é extensiva ao Estado, como Instituição e pessoas jurídicas de direito público, em face das repercussões decorrentes inclusive e principalmente, de ordem moral. (Silva Filho, 1992).<sup>32</sup>

Concluindo, o Estado tem, constitucionalmente, o dever jurídico de proteger o meio ambiente, com os poderes que lhe foram outorgados. Porém, se a Administração Pública, através de seus agentes, por ato omissivo, não cumprir os deveres constitucionais, permitindo a degradação do ambiente através da ação livre não fiscalizada, não disciplinada e não punida de terceiros, responderá o Estado objetivamente, independentemente do direito de regresso contra o causador do dano e seu agente, que obrou omissivamente com dolo ou culpa.

---

<sup>31</sup> SILVA FILHO, *op. cit.*, 1992. p.82.

<sup>32</sup> SILVA FILHO, *op. cit.*, 1992. p.82.

Aplicando as lições acima, trazendo a matéria para o tema da pesquisa, entende-se necessária à responsabilização objetiva do Ente Público porquanto o país não pode mais suportar as degradações desenfreadas ao meio ambiente, principalmente os desmatamentos e queimadas que assolam nossas poucas florestas que ainda sobrevivem.

Em face dos estudos precedentes, verifica-se que o Estado deve ser responsabilizado objetivamente quando autorizar desmatamentos indevidos ou quando houver omissão na fiscalização, decorrente da má administração pública.

## **8. AS AÇÕES AMBIENTAIS EM FACE DO DESMATAMENTO E A JURISPRUDÊNCIA**

Várias ações são ajuizadas no Judiciário para coibir ou prevenir os danos ambientais ou para apurar responsabilidades, constituindo os meios processuais de proteção ambiental, conforme o princípio da legalidade e o princípio do livre acesso ao Judiciário.

Os agentes públicos que forem os causadores do dano ambiental integrarão o pólo passivo no processo reparatório e podem ser sujeitos passivos nos casos de responsabilidade solidária pelos danos ambientais que prejudiquem a terceiros.

As ações mais comuns na seara ambiental são: a ação civil pública (Lei 7.347/85); ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF e Lei 4.717/65); o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF e Leis 1.533/51, 4.348/64); tutela cautelar e mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF), dentre outras.

Faz-se imprescindível transcrever um julgado do Estado do Paraná que pertine nente ao assunto aqui tratado, como uma amostragem de pleitos que restam procedentes e que devem

ser repetidos. É o caso de uma ação civil pública ambiental relativa à restauração de cobertura florestal em que se exige a reserva legal de 20% da extensão do imóvel, efetivando o preceituado no artigo 16 do Código Florestal (Lei 4.771/65).

Ação civil pública. Restauração de cobertura florestal. Reserva legal de 20% da extensão do imóvel. Inobservância.

Condenação dos apelantes a preservar e propiciar a regeneração natural da mata, no perímetro delimitado, sob pena de multa diária – Julgamento antecipado da lide – Produção de provas dispensável – Inocorrência de cerceamento de defesa – Legitimidade *ad causam* do atual proprietário do bem – Legitimidade ativa do órgão de defesa ambiental, visando à necessidade de dar cumprimento aos textos legais de proteção ao meio ambiente – Preliminares recursais afastadas – Fiscalização do cumprimento da obrigação pela associação apelada – Possibilidade – Pena pecuniária adequada à infração cometida – Recurso desprovido.

***Ementa:*** *Ocupando integralmente o imóvel, revela-se expressa a responsabilidade do apelante pelo gravame provocado ao patrimônio florestal, ante a prática impeditiva à regeneração da mata originária, em parte da propriedade. Ainda que o desmatamento seja atribuído a outrem, cumpre ao apelante observar as disposições do Código Florestal. Pertinente a reserva legal de 20% do total da superfície.*





Outra sugestão também é oportuno mencionar, para os casos em que a terra já não tenha mais condições de produzir boas árvores. São os casos em que o proprietário teria a faculdade de compensar a reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme preconiza o inciso III do art. 44 da Lei 4.771/65 (Código Florestal).

Tal compensação seria salutar, pois proporcionaria verba para o Governo desapropriar áreas para a constituição ou recomposição de ecossistema original, suficientes para manter uma fauna silvestre adequada, sendo que a aquisição da reserva ou parque florestal respeitaria os preceitos dos parágrafos 1º ao 6º do art. 44 da Lei 4.771/65 (Código Florestal).

Para a concretização desse desiderato, necessitar-se-á de um estudo aprofundado da norma (lei ou ato normativo do Executivo) que deverá ser elaborada e submetida à apreciação da casa legislativa competente para a conseqüente aprovação.

Nota-se, portanto, que as leis ambientais existentes são suficientes para a tutela do meio ambiente, o que realmente se precisa é a busca de efetividade de seus instrumentos, com a otimização dos órgãos fiscalizadores, bem como, a conscientização dos agentes públicos, responsáveis pela fiscalização, e da população.

Seja pela prevenção, que é a forma mais eficaz, seja pela repressão, uma ação mais efetiva o Poder Público e a sociedade têm de buscar para preservar o meio ambiente, se é que ainda se sonha em ter um *habitat* ecologicamente equilibrado, uma sadia qualidade de vida e um planeta saudável para as futuras gerações.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves. **Processo civil e interesses difusos e coletivos**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

ASSIS, Fátima Rangel dos S. de. **Responsabilidade civil no direito ambiental**. Rio de Janeiro: Destaque, 2000.

BENJAMIN, Antonio Herman. V. **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão..** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. v. 2.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Proteção do ambiente e direito de propriedade**. Coimbra(Portugal): Coimbra Ed. 1995.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. São Paulo, 1983. p.16-17. (Tese) Concurso de Livre Docente para o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1983.

DIAS, Genebaldo Freire. **Iniciação à temática ambiental**. São Paulo: Gaia, 2002.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v.1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERREIRA, Antônio Carlos. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília:, v.8, n. 150, 15 abr. 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIUZA, Ricardo (coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 1.ed., 7.tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de Freitas. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: RT, 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: RT, 2002.

MADOV, Natasha. Ecologia. **Veja-Ed. Especial**, São Paulo, v.35, n.22, dez. 2002.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação civil pública**. São Paulo: RT, 1989.

MAZZILLI, Hugo Nigro - **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes - **Direito administrativo brasileiro**. 27.ed., São Paulo: Malheiros 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILARÉ, Édis - **Estudo prévio de impacto ambiental**. São Paulo: RT, 1993. v.1.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE . **Gestão dos recursos naturais**: subsídios à elaboração da Agenda 21 brasileira. Brasília: IBAMA, 2000

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 35.ed. São Paulo:Saraiva, 1997. 329p. v.1.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: R.T., 2002.

PETERS, Edson Luiz. **Manual de direito ambiental**. Curitiba: Juruá, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**. 2.ed. São Paulo: RT, 2001.

SCHWARTZ, Christian. *Amazônia até quando? Veja, São Paulo* , v.33, n.47, nov. 2002.

SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. Dano ambiental: responsabilidade da administração pública e seus agentes por omissão de exercício do Poder Público. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 18., 1992, Maceió. p.82.

TEICH. Daniel Hessel. O Planeta pede socorro. *Veja, São Paulo*, v.33, n.35, p.81-87, 21 ago. 2002.



**AGREGAÇÃO DE POLICIAIS MILITARES -  
INOCORRÊNCIA DE ABERTURA DE VAGAS**

*Renata Corona Zuconelli\**

---

\*Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul  
Vencedora do Prêmio PGE 2003  
Categoria - Melhor Parecer

---

PARECER PGE nº 026/2003

PP nº 013/2003

Processo nº 15/1089/2002

Interessado: Secretário de Justiça e Segurança Pública.

Assunto: Análise do artigo 76, da Lei Complementar (Estadual) nº 53/90 (Estatuto dos Policiais Militares) e artigo 19, alínea "b", da Lei (Estadual) nº 61/80, à luz da Constituição Federal e da Lei de Responsabilidade Fiscal.

**1. POLICIAL MILITAR AGREGADO É CONSIDERADO EM SERVIÇO ATIVO PARA TODOS OS EFEITOS. INOCORRÊNCIA DE VACÂNCIA NO CARGO, POIS A VACÂNCIA SÓ SE CONFIGURA COM A DESINVESTIDURA NO SERVIÇO PÚBLICO OU AUMENTO DO NÚMERO DE EFETIVOS.**

**2. ARTIGO 76, DA LEI COMPLEMENTAR (ESTADUAL) Nº 53, DE 30 DE AGOSTO DE 1990. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADEQUAÇÃO AOS ARTIGOS 142, INCISO III E 169, PARÁGRAFO 1º, INCISOS I E II, DA CARTA MAGNA.**

**3. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19, ALÍNEA "B", DA LEI (ESTADUAL) Nº 61, DE 07 DE MAIO DE 1980. OFENSA AOS ARTIGOS RETRO MENCIONADOS.**

**4. CONVALIDAÇÃO DAS PROMOÇÕES QUE PREENCHERAM VAGAS ORIUNDAS DE AGREGAÇÃO. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ, DA APARÊNCIA E DA RAZOABILIDADE.**



Senhor Procurador-Geral do Estado:

## I RELATÓRIO

Cuida-se de consulta elaborada pelo então Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, Dr. Almir Silva Paixão, questionando a respeito da constitucionalidade, legalidade e moralidade da expressão “*deixa de ocupar vaga na escala hierárquica*”, constante no artigo 76, da Lei Complementar Estadual nº 53, de 30/08/90, que trata do Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Mato Grosso do Sul.

Aduz que a interpretação do mencionado artigo, tem permitido promoções no âmbito da Corporação e conseqüentemente, tem acarretado significativo aumento na folha de pagamento dos Bombeiros Militar e, em especial, da Polícia Militar.

Informa que a interpretação dada ao instituto da agregação permite que muitos oficiais sejam promovidos, mesmo que todos os cargos previstos estejam ocupados, pois os Policiais agregados deixam aberta sua vaga, não obstante nela permaneçam sem número.

Junta à consulta, documentos de 05-12 e cópia de parte da Lei Complementar Estadual nº 53/1990 (f. 13-23).

Em síntese, é o relatório.

Passamos ao parecer.

## II DO INSTITUTO DA AGREGAÇÃO

Agregação, em uma mera acepção coloquial, significa “s.f. Ato ou efeito de agregar; reunião em grupo; conjunto; associação; aglomeração; ajuntamento; (fis.) reunião pela força de coesão. (De agregar).”<sup>1</sup> Entrementes, em linguagem castrense adjetiva e substantiva, administrativamente utilizada pelas Forças Armadas e Auxiliares, tem significado diferente do coloquial, posto tratar-se de “situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número.”<sup>2</sup>

Em linguagem militar, pois, é um instituto que regula temporariamente a situação do militar da ativa que esteja ocupando cargo estranho aos quadros de sua corporação, ou, por outro motivo previsto em lei, esteja afastado transitoriamente das funções de seu cargo.

Diante dessa situação, surge a questão posta em discussão pelo consulente: O policial militar agregado (afastado temporariamente de seu cargo) deixa disponível sua vaga, para outro policial ser promovido?

Creemos que não.

O instituto da agregação tem sido distorcido através de leis estaduais inconstitucionais espalhadas por diversos Estados da Federação.

Verifica-se da Lei Maior que, quando se fala em agregação de policiais militares, não se faz menção a “deixar de ocupar vaga na escala hierárquica” ou algo parecido,

<sup>1</sup> DICIONÁRIO Brasileiro Globo Multimídia. CD-ROM.

<sup>2</sup> GOUVEIA, Joilson Fernandes de: *Agregação não se presta à Promoção*. Disponível em <<http://djuris.hypermart.net/doutrina/artigos/agregação.html>>. Acesso em: 10 de maio de 2003.

segundo o disposto no artigo 142, parágrafo 3º, inciso III, *in verbis*:

O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei.<sup>3</sup>

Leis de vários Estados brasileiros, que regulamentam o processamento das promoções dos policiais militares (dentre os quais destacamos o Estado de Mato Grosso do Sul), dizem mais do que deveriam, sendo certo que esses excessos legislativos incorrem em inconstitucionalidade, conforme restará demonstrado.

### **III LEGISLAÇÃO ESTADUAL COMPARADA**

A começar pelo nosso Estado, a legislação referente ao assunto preconiza:

Lei Complementar (Estadual) nº 53/90:

“Art. 76 - A agregação é a situação na qual o policial-militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu quadro, nele permanecendo sem número.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição federal, código civil, código de processo civil* organizado por Yussef Said Cahali. 4.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p.74.

§ 1º- O policial-militar deve ser agregado quando:

a) for nomeado ou colocado à disposição para exercer cargo policial-militar ou considerado de natureza policial-militar, estabelecido em lei, decreto ou regulamento, não previsto nos quadros de organização da Polícia Militar;

b) aguardar transferência 'ex-offício' para a reserva remunerada por ter sido enquadrado em qualquer dos requisitos que a motivem;

c) for afastado, temporariamente, do serviço por motivo de:

1. ter sido julgado incapaz, temporariamente, por tempo superior a 6 meses;

2. ter sido julgado incapaz definitivamente, enquanto tramita o processo de reforma;

3. houver entrado em gozo de licença para tratar de assunto de interesse particular;

4. houver ultrapassado 6 meses de licença para tratamento de saúde em pessoa da família.

5. ter sido considerado oficialmente, extraviado ou desertor;

6. como desertor, ter se apresentado voluntariamente, ou ter sido capturado e reincluído ou readmitido a fim de se ver processar;

7. ter sido condenado à pena restritiva de liberdade superior a seis meses, em sentença passada em julgado, enquanto durar a execução ou até ser declarado indigno de pertencer à Polícia Militar ou com ela incompatível;

8. ter passado à disposição da Secretaria de Governo, de outro Órgão do Estado de Mato Grosso do Sul, da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou Municípios para exercer função de natureza civil, ressalvado o que preceitua a legislação federal;

9. ter sido nomeado para qualquer outro cargo público civil temporário não eletivo, inclusive da administração indireta;
10. ter sido condenado à pena de suspensão de exercício do posto, graduação, cargo ou função, prevista na legislação penal;
11. ter se candidatado a cargo eletivo, desde que conte cinco ou mais anos de efetivo serviço.

§ 2º - O policial-militar, agregado de conformidade com as alíneas 'a' e 'b' do parágrafo anterior, continua a ser considerado, para todos os efeitos, em serviço ativo.

§ 3º- A agregação do policial-militar, a que se refere os itens 8 e 9 da alínea 'c' do § 1º, é contada a partir da data de posse no novo cargo até o regresso à Corporação ou transferência, 'ex officio', para a reserva remunerada.

§ 4º - A agregação do policial-militar, a que se refere o item 4 da alínea 'c' do § 1º, é contada a partir do primeiro dia após o respectivo prazo e enquanto durar o respectivo evento.

§ 5º - A agregação do policial-militar a que se refere o item 11 da alínea 'c' do § 1º, é contada a partir da data de registro do candidato até a sua diplomação ou regresso à Corporação.

§ 6º - A agregação do policial-militar a que se referem as alíneas 'a', 'b' e os demais itens da alínea 'c' do § 1º, é contada a partir da data indicada no ato que torna público o respectivo evento.

§ 7º - O policial-militar agregado fica sujeito às obrigações disciplinares concernentes às suas relações com outros policiais-militares e autoridades civis, salvo quando titular de cargo que dê precedência funcional sobre outros policiais-militares superiores ou mais antigos.

Art. 77 – O policial-militar ficará adido para efeito de alterações e remuneração, à OPM que lhe for designada, continuando a figurar no respectivo registro, no lugar que até então ocupava, com a abreviatura 'ag' e anotações esclarecedoras de sua situação, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 64.

Art. 78 – A agregação se faz por ato do Comandante-Geral da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul ou de autoridades às quais tenham sido delegados poderes para tal.<sup>4</sup> (destacamos)

Dos dispositivos suso mencionados, denota-se que os motivos da agregação são temporários e, portanto, cessados tais motivos, o policial regressa ao seu posto e, por corolário, **à sua vaga**.

Tal entendimento, porém, não é bem apreendido pela Lei (Estadual) nº 61/80, que, em seu artigo 19, disserta:

Art. 19 - Nos diferentes Quadros as vagas a serem consideradas para a promoção serão provenientes de:

- a) promoção ao posto superior;
- b) **agregação**;

<sup>4</sup> MATO GROSSO DO SUL (Estado). Lei Complementar nº 053, de 31 de agosto de 1990. Dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul* nº 2883, Campo Grande, MS, 31 de agosto de 1990, p. 33-52.

- c) passagem à situação de inatividade;
- d) demissão;
- e) falecimento;
- f) aumento de efetivo.<sup>5</sup> (destaque nosso)

Extraí-se da redação deste artigo, **que a única hipótese não definitiva de abertura de vagas é o caso da agregação**, que se trata de uma situação transitória, conforme dito alhures e, portanto, o policial agregado voltará a ocupar sua vaga quando cessar o motivo que o agregou.

Isso só não ocorrerá quando o policial for transferido para a reserva remunerada (conforme alínea “b” do parágrafo 1º, do artigo 76 supra); for reformado (item 2, alínea “c”, parágrafo 1º, artigo 76); for considerado oficialmente extraviado ou desertor (item 5, alínea “c”, parágrafo 1º, artigo 76); for declarado indigno de pertencer à Polícia Militar ou ser com ela incompatível (item 7, alínea “c”, parágrafo 1º, artigo 76).

Nesses casos, o policial ficará agregado e, após, será excluído do quadro institucional. No entanto **não será a agregação que abrirá vaga, mas a situação posterior a ela** (reserva, reforma, declaração oficial de extravio ou deserção e declaração de indignidade).

Nesse contexto, extirpe de dúvidas que tão-só a agregação não pode dispor vagas para a promoção, diante da **precariedade da vacância do cargo**, tendo em vista o retorno de seu titular após determinado lapso temporal.

---

<sup>5</sup> MATO GROSSO DO SUL (Estado). Lei Complementar nº 068, de 08 de julho de 1993. Altera disposições da Lei Complementar nº 53, de 30 de agosto de 1990, e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul* nº 3582, Campo Grande, MS, 09 de julho de 1993, p.2-3.

Não obstante tal entendimento, outros Estados da Federação expressam, em suas leis, a possibilidade de abertura de vagas oriundas de Policiais Militares agregados. A título de exemplo, citamos a legislação da Bahia (artigo 138, inciso II, da Lei Estadual nº 7.990/01), do Estado de Santa Catarina (artigo 19, alínea “b”, da Lei Estadual nº 6.215/83) e do Estado de Mato Grosso (artigo 19, alínea “b”, da Lei Estadual nº 3.604/74), dentre outros.

Situação diversa ocorre em Goiás, diante de recente alteração legislativa. A atual redação do artigo 80, da Lei do Estado de Goiás nº 5.346, de 26.05.92, alterada pela Lei 6.150, de 11.05.00, preconiza:

Art. 80 – A agregação é a situação na qual o policial militar da ativa fica temporariamente afastado do exercício do cargo no âmbito da Corporação, permanecendo no lugar em que lhe competir na escala hierárquica de seu quadro ou qualificação, com a anotação esclarecedora da situação através da abreviatura Ag.

Parágrafo único – **A agregação não abre vaga para fins de promoção.**<sup>6</sup> (destaque nosso)

Antes da alteração mencionada, o Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Goiás seguia a linha na qual se promovia policiais para vagas oriundas de agregação. A Lei nº 6.150/00 daquele Estado, veio adequar o instituto às normas constitucionais e de Responsabilidade Fiscal. Deve, pois, ser exemplo para outros Estados da Federação, dentre os quais, o nosso.

<sup>6</sup> GOIÁS (Estado). Lei nº 5.346, de 26 de maio de 1992 com as alterações da Lei nº 6.150, de 11 de maio de 2000. Texto cedido pela Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.



No Estado do Paraná, ocorre situação interessante: em alguns casos, a agregação abre vagas e, em outros não. Vejamos:

Lei nº 1.943, de 23.06.54 (Código da Polícia Militar do Estado do Paraná):

Art. 283. São motivos de agregação:

- a) incapacidade física para o serviço militar, verificada em inspeção de saúde, após doze meses de moléstia continuada, embora curável;
- b) licença para tratamento de interesses particulares, por tempo superior a seis meses;
- c) licença para tratamento de saúde de pessoa da família, por tempo superior a um ano;
- d) cumprimento de pena privativa da liberdade, por tempo não superior a dois anos;
- e) deserção;
- f) extravio;
- g) desempenho de cargo ou função de natureza civil;<sup>7</sup>
- h) desempenho de mandato eletivo.

§1º. O oficial não conta para nenhum efeito, o tempo que passar agregado pelos motivos das letras b), d) e e) deste artigo.

§2º. O oficial que agregar em consequência do que dispõe as letras a), e), f), g) e h) deixa vaga no respectivo quadro.<sup>8</sup> (grifo nosso).

---

<sup>7</sup> PARANÁ (Estado) Nova redação dada pela Lei nº 8.593, de 29.10.87.

<sup>8</sup> PARANÁ (Estado). Lei nº 1.943, de 23 de junho de 1954. Texto cedido pela Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Tal situação não retrata a melhor solução, pois, como já mencionado, em regra o agregado retorna ao seu posto. Se o regresso não ocorrer, não é a agregação que abre vaga, mas sim, a situação posterior a ela (declaração de indignidade, deserção, etc.).

Conclui-se, diante dessa rápida incursão pelas Leis da Polícia Militar de outros Estados, que o quadro é preocupante, pois pouquíssimas unidades da Federação aplicam as normas constitucionais e legais inerentes à matéria, conforme discorreremos a seguir.

#### **IV HIPÓTESES DE VACÂNCIA EM CARGO PÚBLICO E CRIAÇÃO INDIRETA DE CARGOS**

No âmbito do Direito Administrativo, a vacância de um cargo público originariamente ocupado, só pode decorrer de demissão, exoneração, promoção, ascensão, readaptação, aposentadoria ou falecimento e, ainda, por revogação ou anulação do ato da nomeação.<sup>9</sup>

No caso em análise, a maioria das leis que disciplina as promoções dos Policiais Militares brasileiros permite que outra hipótese (a agregação) deixe vago cargo público, ainda que o titular retorne a seu posto, em afronta a princípios de Direito Administrativo.

Tal fato ocorre em nosso Estado, pois a Lei (Estadual) nº 61/80, artigo 19, e a interpretação dada ao artigo 76, da Lei Complementar (Estadual) nº 53/90, permitem a criação indireta de vagas para a promoção nos quadros da Polícia Militar, pois o policial agregado “*deixa de ocupar vaga*” e, em consequência, abre-se tal vaga para promoção.

<sup>9</sup> BRAZ, Petrônio. *Manual de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Led Editora de Direito, 2001. p.514.

Ora, tal situação aumenta irregularmente as despesas com pessoal, pois **dois policiais receberão vencimentos pelo mesmo cargo: o que está agregado e o que foi promovido na “vaga” decorrente desta agregação.**

Note-se: o servidor militar que está afastado por motivos de agregação continua ocupando vaga nos quadros da Polícia Militar, pois continuará **adido ao respectivo quadro da corporação** e, portanto, **perceberá seus vencimentos normalmente.**

Por outro lado, a expressão “*deixa de ocupar vaga na escala hierárquica*” (encartada no artigo 76, da LCE 53/90) abre a possibilidade de promoção para vaga decorrente do instituto da agregação.

Assim, ao final, **as vagas realmente existentes serão somadas ao número de policiais agregados**, o que indubitavelmente é uma afronta aos ditames constitucionais insertos no artigo 169, parágrafo 1º, incisos I e II, da Carta Magna que exigem, para criação de cargos ou alteração da estrutura de carreiras, prévia dotação orçamentária e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, senão vejamos:

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

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

público, **só poderão ser feitas:**

I – **se houver prévia dotação orçamentária** suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II – **se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias,** ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.<sup>10</sup> (destaque nosso)

Sob o manto de artigo de lei inconstitucional (artigo 19, da Lei 61/80) e interpretação inconstitucional de um dispositivo de lei estadual (artigo 76, da Lei 53/90), a estrutura da carreira militar está sendo alterada, criando-se novos cargos sem nenhuma obediência às exigências supra transcritas, pois, muito embora **todos os cargos estejam ocupados** (como mencionado na consulta de f.03-04), há policiais sendo promovidos para os postos do oficialato militar.

Tais promoções são nulas de pleno direito e devem ser revistas, pois há um número excedente de oficiais utilizando-se das benesses dos cargos “criados” inconstitucionalmente pela interpretação dada ao instituto da agregação.

A tabela trazida à f.03 elucida bem a questão quando menciona que há **apenas 10 (dez) vagas** para o posto de Coronel, enquanto que **existem 16 (dezesesseis) oficiais usufruindo do respectivo cargo**, diante da existência de 06 (seis) coronéis agregados.

O mesmo ocorre com o cargo de Tenente Coronel para o qual se prevêem **apenas 26 (vinte e seis) vagas, embora já existam 37 (trinta e sete) ocupantes do cargo** e ainda é feita menção à “existência” de 02 (duas) vagas, considerando o número de oficiais agregados.

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição (1988). *op. cit.* p.91.

Diga-se o mesmo do posto de Major, **que têm somente 44 (quarenta e quatro) vagas previstas**, sendo que já existem **50 (cinquenta) maiores** e ainda “restam” 05 (cinco) vagas para serem preenchidas.

Além dos exemplos mencionados pelo consulente, extrai-se dos autos que para o posto de Capitão QOPM estão previstas 66 (sessenta e seis) vagas, porém “existem” mais 07 (sete) oriundas de agregação (f. 06). Para o posto de 1º Tenente QOPM existem 71 (setenta e uma) vagas regulares e mais 05 (cinco) vagas irregulares advindas dos agregados (f. 07). Para o posto de 2º Tenente QOPM existem 80 (oitenta) vagas regulares e mais 01 (uma) oriunda de agregação (f. 07).

O mesmo acontece no quadro auxiliar de oficiais Policiais Militares, pois para o posto de Capitão QAOPM, o QO prevê apenas 08 (oito) vagas, mas a interpretação errônea do instituto da agregação faz nascer mais 02 (duas) (f. 07). Para o posto de 1º Tenente QAOPM o QO prevê 16 (dezesesseis) vagas, sendo que “há” mais 01 (uma) oriunda da agregação (f. 07-08).

Tal fato ocorre ainda no quadro de Oficiais de Saúde, pois para o posto de Capitão QOSPM há previsão legal de 04 (quatro) vagas, das quais “nasce” mais 01 (uma) porque há um oficial agregado (f. 09).

Todos esses números somam 45 (quarenta e cinco) oficiais agregados e em consequência, **45 (quarenta e cinco) vagas que não existem estão sendo preenchidas por diversos militares do Estado.**

Frise-se que, em virtude dessa estranha sistemática, **existem 45 (quarenta e cinco) vagas criadas indiretamente**, ou seja, sem prévia dotação orçamentária e sem autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Lembre-se que este número cresce à medida que aumentam as agregações.

Insta salientar que essa acintosa interpretação de lei é avessa ao interesse público e deve ser amoldada aos ditames constitucionais e legais vigentes.

## **V NULIDADE OU CONVALIDAÇÃO DAS PROMOÇÕES JÁ REALIZADAS. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ, APARÊNCIA E RAZOABILIDADE**

As promoções realizadas através desse sistema poderiam até ser consideradas nulas de pleno direito e, assim, não deveriam gerar direitos aos beneficiários, diante do que dispõe o artigo 21, inciso I, Lei Complementar nº 101/2000, *in verbis*:

Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento de despesa com pessoal e não atenda:

I – as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no §1º do art. 169 da Constituição;<sup>11</sup> (grifamos)

Através desse artigo, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece as condições de validade e eficácia de qualquer ato que resulte aumento das despesas com pessoal, determinando que sejam observadas a exigência de prévia dotação orçamentária, suficiente à cobertura das despesas e a exigência de autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

No caso em foco, não foram preenchidos os requisitos necessários para a reestruturação da carreira militar e criação de novos cargos, o que resultaria na nulidade das promoções efetivadas.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade fiscal e dá outras providências. *Lei de Responsabilidade fiscal comentada : lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*/Adauto Viccari Junior...[et al.]; Flávio da Cruz (coordenador), 2.ed. São Paulo : Atlas, 2001. p.82.

Sobre esse assunto, a doutrina já firmou entendimento:

Entende-se como nulo de pleno direito o ato que não é válido, ou seja, que não contém todos os requisitos necessários para sua eficácia. São os atos prejudicados por possuírem vícios nos elementos que o constituem ou nos procedimentos que lhe deram origem. Esses atos não produzem nenhum efeito válido e, assim, não geram direitos a seus beneficiários.<sup>12</sup> (sem grifo no original)

No mesmo sentido preleciona a súmula 473, do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.<sup>13</sup> (grifamos)

A simples anulação das promoções já efetivadas, no entanto, não nos parece a solução adequada ao caso versando.

Mesmo diante do poder-dever de invalidar, a desconstituição de todas as promoções viciadas envolve alguns aspectos a serem considerados, como os prejuízos que seriam causados aos promovidos, que *in casu* assemelham-se a terceiros de boa-fé.

---

<sup>12</sup> VICCARI JÚNIOR, Adauto; CRUZ, Flávio (coord.). *Lei de responsabilidade fiscal comentada : lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.82.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 473. *Constituição federal, código civil, código de processo civil* organizado por Yussef Said Cahali. 4.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p.1031.

É necessário, entretanto, adequar os ditames constitucionais e administrativos aos interesses individuais dos servidores militares que já se encontram promovidos e, portanto, beneficiados com as promoções, pois em princípio, estão de boa-fé.

Deve-se atentar ao fato de que, embora a abertura de vagas tenha ocorrido de forma inconstitucional, a Comissão de Promoção de Oficiais fundou-se em uma lei estadual permissiva (Lei 61/80, artigo 19), ou seja, aparentemente existia a vaga.

**Deste modo, a melhor solução para o caso, salvo melhor juízo, é a convalidação das promoções já efetivadas, embora não se possa aceitar o continuísmo dessa sistemática.**

Em prol da convalidação impera, além da boa-fé dos promovidos, o princípio da aparência, do qual se extrai que os atos administrativos geram aparência de regularidade na qual os administrados e servidores confiam e pela qual orientam seus atos. Caso contrário, restaria instalada uma eterna relação de desconfiança acerca das diretrizes traçadas pela Administração Pública por intermédio de seus atos.

Com efeito, a convalidação é um ato que não visa apenas a restauração do princípio da legalidade, mas também a estabilidade das relações constituídas, ou seja, a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de preservar a ordem, um dos interesses fundamentais do Direito. Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações (noções antagônicas à de nulidade em sentido corrente) tem especial relevo no Direito Administrativo, pois não briga com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe o espírito, ao inspirar a tranquilização das relações que não comprometem insuprimivelmente o interesse



público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida.<sup>14</sup>

Há que se ressaltar ainda, que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, pode restringir os efeitos daquela declaração, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de interesse social.<sup>15</sup>

É razoável<sup>16</sup>, portanto, que se convalide as promoções feitas até então, embora fundada em errônea sistemática, para que não se instale insegurança jurídica no âmbito da corporação militar.

Alerte-se, porém, que a ratificação dos atos nulos (convalidação das promoções) só pode ser aceita em obediência aos princípios constitucionais retro mencionados. De outro norte, é de clareza solar a impossibilidade de vacância de cargos públicos, decorrentes de agregação de Policial Militar.

---

<sup>14</sup> ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.60.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei nº 9.868/99. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado." **Constituição federal, código civil, código de processo civil** organizado por Yussef Said Cahali. 4.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p.976.

<sup>16</sup> Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ensina que o princípio da razoabilidade é vulnerado quando não se leva em conta os fatos constantes do expediente ou não guarda proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 9.ed. São Paulo: Atlas, 1998. p.72).

## VI INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: POSSIBILIDADE COM RELAÇÃO AO ARTIGO 76, DA LEI (ESTADUAL) Nº 53/90

A supremacia da Constituição Federal em nosso ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis exigem que, na função hermenêutica de interpretação legal, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que esteja adequado à Lei Fundamental.

Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deve-se encontrar a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.<sup>17</sup>

A interpretação conforme a Constituição pode e deve ser dada ao polêmico artigo 76, da Lei Complementar Estadual nº 53/90<sup>18</sup>.

Nessa esteira, para adequar o mencionado artigo à Lei Maior, basta que a expressão “*deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu quadro*”, seja entendida como o afastamento inerente à agregação, pois o militar, conforme a letra do próprio artigo, **continua pertencendo ao seu quadro**, porém, sem número.

“*Deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu quadro*”, portanto, significa que o policial agregado deixa de exercer efetivamente as atribuições inerentes à sua função, pois estará afastado temporariamente de sua vaga (entenda-se: estará afastado temporariamente de seu cargo).

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.45.

<sup>18</sup> Mato Grosso do Sul (Estado). “Art. 76. *A agregação é a situação na qual o policial-militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu quadro, nele permanecendo sem número*”.

A expressão quer significar ainda, que se o policial não mais ocupa vaga na escala hierárquica de seu quadro, não poderá ser promovido para grau superior de sua hierarquia, a não ser por critério de antiguidade, como excepciona o artigo 142, inciso III, da Carta da República.

Essa interpretação se coaduna com o parágrafo 2º do mencionado dispositivo, que aduz que para todos os efeitos, **o agregado será considerado em serviço ativo**. Vejamos:

“§ 2º - O policial-militar, agregado de conformidade com as alíneas ‘a’ e ‘b’ do parágrafo anterior, continua a ser considerado, para todos os efeitos, em serviço ativo.”<sup>19</sup>

Ora, “*para todos os efeitos*” abrange inclusive a impossibilidade de vacância em seu cargo, pois cessando a causa da agregação, retornará ao seu posto.

Nesse raciocínio, ao artigo 76, da Lei (Estadual) nº 53/90 deve ser dada interpretação conforme a Constituição Federal, evitando a sua retirada do ordenamento jurídico.

## **VII DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19, ALÍNEA “B”, DA LEI (ESTADUAL) Nº 61/80**

O artigo 19, alínea “b”, da Lei (Estadual) nº 61/80<sup>20</sup>, não merece a mesma sorte, pois impossível de adequá-lo ao ordenamento maior. Neste diapasão, deve deixar de ser observado pela Administração Pública, posto ser inconstitucional.

<sup>19</sup> Brasil Constituição (1988). *op. cit.* p.74.

<sup>20</sup> Mato Grosso do Sul (Estado). “Art. 19. Nos diferentes Quadros as vagas a serem consideradas para a promoção serão provenientes de: (...) b) agregação.”

Sobre a não-obediência à lei inconstitucional, Alexandre de MORAES leciona:

O Poder Executivo, assim como os demais Poderes de Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais. Dessa forma, **não há como exigir-se do chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento**, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário.<sup>21</sup> (grifo nosso)

Na mesma esteira, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou as leis hierarquicamente superiores – Segurança denegada – Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, **não há de negar ao Chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional**, desde que por ato administrativo formal e expreso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste.<sup>22</sup> (grifo nosso)

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.580.

<sup>22</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 220.155-1, da 3ª Câmara Civil, Campinas, SP, 14 de fevereiro de 1995. Rel. Des. Gonzaga Franceschini. RTJ 96/496.

No mesmo sentido: RTJ 2/386, 32/134, 33/336, 41/669, 96/469; RDA 140/49, 56/295, 85/212; RT 374/153, 354/153, 358/130; RDP 26/68, 2/150, 5/234.

Diante do exposto, a inobservância imediata do dispositivo mencionado é medida que se impõe.

## VIII CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, opinamos:

Pela convalidação das promoções que foram realizadas para as vagas oriundas de agregação de policiais militares;

Pela interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 76, da Lei Complementar (Estadual) nº 53/90 e pela não-aplicação do artigo 19, alínea “b”, da Lei (Estadual) nº 61/80 e, por corolário, **pela cessação de promoções para vagas oriundas de agregação;**

Pela revogação do artigo 19, alínea “b”, da Lei (Estadual) nº 61/80, a ser sugerido ao Governador do Estado, ou então, pela sugestão de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade, para questionar mencionado dispositivo de lei.

É o parecer que submetemos a sua honrosa apreciação.

Campo Grande, MS, 12 de maio de 2003.

Renata Corona Zucconelli  
Procuradora do Estado

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição federal, código civil, código de processo civil**. 4.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

BRAZ, Petrônio. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo : Led Editora de Direito, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 9.ed. São Paulo : Atlas, 1998.

DICIONÁRIO Brasileiro Globo Multimídia. CD-ROM.

GOIÁS. Lei nº 5.346, de 26 de maio de 1992 com as alterações da Lei nº 6.150, de 11 de maio de 2000. Texto cedido pela Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

GOUVEIA, Joilson Fernandes de. **Agregação não se presta à Promoção**. Disponível em <<http://djuris.hypermart.net/doutrina/artigos/agregação.html>>. Acesso em: 10 de maio de 2003.

MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar nº 053, de 31 de agosto de 1990. Dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul** nº 2883, Campo Grande, MS, 31 de agosto de 1990, p. 33-52.

MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar nº 068, de 08 de julho de 1993. Altera disposições da Lei Complementar nº 53, de 30 de agosto de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul** nº 3582, Campo Grande, MS, 09 de julho de 1993, p.2-3.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo : Atlas, 2002.

PARANÁ. Lei nº 1.943, de 23 de junho de 1954. Texto cedido pela Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

VICCARI JUNIOR, Adauto; CRUZ, Flávio da, (coords.). **Lei de Responsabilidade fiscal comentada : lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.60.

## **Despacho**

Vistos etc.

1. Tendo por suporte o artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, aprovo, também com fundamento na excelente argumentação jurídica nele contida, mas com as ressalvas que seguem, o Parecer PGE nº 026/2003 – PP nº 013/2003, firmado pela Procuradora do Estado Renata Corona Zuconelli, da Procuradoria Especializada de Pessoal, acostado às folhas 26-47, do processo em destaque.

2. A primeira ressalva recai quanto à alegação de afronta, nos atos de promoção decorrentes de vagas por agregação, ao artigo 169, § 1º, incisos I e II, da Constituição Federal, e ao artigo 21, inciso I, da Lei Complementar (Federal) nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). É que, as promoções, nesses casos, contaram com prévia autorização legislativa, dotação orçamentária genérica (tanto que as despesas decorrentes sempre foram pagas) e previsão nas leis

de diretrizes orçamentárias pretéritas, que, por certo, consideraram, para a autorização de reajustes e revisões da folha de pagamento dos servidores do Estado, o fato de que o instituto da agregação abria vaga na carreira e, por conseguinte, aumentava o dispêndio com pessoal.

3. A segunda ressalva diz respeito à sugestão de interposição de ação direta de inconstitucionalidade que, no caso, evidencia-se inviável, pois a fiscalização de constitucionalidade exige uma relação de contemporaneidade entre a lei ou ato normativo objurgado e a Constituição vigente<sup>1</sup>.

4. A última ressalva, em verdade um aditamento, decorre da necessidade de ser esclarecido um ponto do Parecer, evitando-se discussões bizantinas e sem objetividade.

O administrador público tem o poder-dever de zelar pelo interesse público, atuando de modo a que este seja preservado; sua atuação, por força do princípio da legalidade, importa que eventuais vícios de inconstitucionalidade e de ilegalidade tornam o ato nulo.

Contudo o interesse público impõe, muitas das vezes, que o administrador público não seja um mero legalista, um mero cumpridor de normas e verifique se, em determinada situação, o ato pode ser aproveitado para alcançar o fim colimado. Nesse contexto, o administrador deve verificar se existem razões concretas que justifiquem a manutenção do ato.

---

<sup>1</sup> *“Diplomas legais anteriores à Constituição de 1988. Eventual incompatibilidade com a Carta da República resolve-se pela revogação – orientação do STF (Adin nº 2, inter alia)” (STF, RTJ 154/739). No mesmo sentido: “A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, revoga-as (Adin nº 2). A Lei Complementar nº 2/90 do Estado de Alagoas foi revogada pela Emenda Constitucional nº 13/95 daquele Estado. Pedido, no ponto, não conhecido” (STF, RTJ 166/426).*



A insigne parecerista aduziu sobre a necessidade de os atos praticados serem convalidados. Entendo englobado no signo "convalidação", as demais formas de manifestação tendentes à regularização de um ato administrativo. É que, correntemente, usam-se as expressões confirmar, revalidar, ratificar, aprovar, sanear, assentir, sem um sentido uniforme. Portanto, o alcance da expressão convalidar abarca as várias hipóteses em que a Administração pode regularizar um ato: complementando-se as formalidades, pronunciando-se o órgão competente, obtendo-se a autorização ou aprovação faltante etc.<sup>2</sup>.

Ao caso versando, entendo seja mais adequado utilizar a locução confirmar, ao invés de convalidar<sup>3</sup>. É que, na hipótese em comento, observo que havia autorização legislativa para a atuação como procedida, sendo que a lei estadual (de 1980) mantinha compatibilidade vertical com a Carta de 1967 (EC nº 1, de 1969, art. 93, § 5º, 1ª parte). Somente com o advento da Lei Fundamental de 1988, mais cuidadosa quanto ao tema (CF, art. 142, inc. III), que não delegou ao legislador ordinário o poder de regular sobre a situação funcional do militar da ativa nomeado para cargo público civil temporário, como o fizera a anterior (CF 1969, art. 93, § 5º, 1ª parte), sobreveio a impossibilidade de se utilizar a vaga decorrente de agregação para a promoção, porque não aberta no quadro.

Por conseguinte, entendo devam ser confirmados os atos em questão, valendo-me do instituto no sentido empregado por

---

<sup>2</sup> LASO, Enrique Sayagues. *Tratado de derecho administrativo*. 6.ed. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Fundación de Cultura Universitaria, 1988. p. 511-512. t. I.

<sup>3</sup> "Convalidação ou saneamento é o ato pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado. [...] A confirmação difere da convalidação, porque ela não corrige o vício do ato; ela o mantém tal como foi praticado" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p.203-204).

Maria Sylvia Zanella di Pietro, “*para qualificar a decisão da Administração que implica renúncia ao poder de anular o ato ilegal*”<sup>4</sup>, possível de ser concretizada neste caso, mormente porque não causa prejuízo a terceiros.

5. Em conseqüência disso, ratifico, em parte, as conclusões postas e decido por:

a) confirmar as promoções já realizadas para as vagas oriundas de agregação de policiais militares, tendo por suporte os princípios da razoabilidade, da segurança jurídica e da boa-fé, assim como a teoria da aparência;

b) estabelecer interpretação administrativa da expressão “*deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu quadro*”, inserta no artigo 76, da Lei Complementar (Estadual) nº 53, de 30 de agosto de 1990, no sentido de que diz respeito somente ao afastamento inerente à agregação, haja vista que continua o agregado a pertencer e a ocupar vaga no quadro, ainda que sem número e temporariamente afastado das funções deste; e

c) reconhecer a não-recepção da alínea “b”, do artigo 19, da Lei (Estadual) nº 61, de 7 de maio de 1980, pela Carta Federal de 5 de outubro de 1988, em face do que dispõem os artigos 37, *caput*, e o inciso III (“*agregado ao respectivo cargo*”), do artigo 142, da Constituição Federal, bem assim frente aos princípios da legalidade e da razoabilidade, sugerindo, *ipso*

---

<sup>4</sup> *Idem, ibidem*, p. 204. Também entendendo que a renúncia de exercer o direito de invalidar corresponde à confirmação, confira-se: BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 5.ed. Buenos Aires: Roque de Palma, 1955, p.94. v. 2; MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. t. II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. p.648, *apud* GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey – Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p.12-13. t.3. em nota de rodapé.

*facto*, a sua revogação, haja vista que, na hipótese em comento, não pode ser manejado o controle concentrado (ação direta) de (in)constitucionalidade, consoante pacífico entendimento do Supremo Tribunal Federal, permitida a discussão da constitucionalidade somente por meio do controle difuso;

d) alterar a ementa do Parecer PGE nº 026/2003 – PP nº 013/2003, que passa a ter a seguinte redação:

**1. POLICIAL MILITAR AGREGADO É CONSIDERADO EM SERVIÇO ATIVO. INOCORRÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE VACÂNCIA NO CARGO, PARA FINS DE PROMOÇÃO, EM RAZÃO DA AGREGAÇÃO. A VACÂNCIA SÓ SE CONFIGURA COM A DESINVESTIDURA NO SERVIÇO PÚBLICO OU AUMENTO DO NÚMERO DE EFETIVOS.**

**2. ARTIGO 76, DA LEI COMPLEMENTAR (ESTADUAL) Nº 53, DE 30 DE AGOSTO DE 1990. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADEQUAÇÃO AO ARTIGO 142, INCISO III, DA CARTA MAGNA.**

**3. NÃO-RECEPÇÃO, PELA CARTA DE 05 DE OUTUBRO DE 1988, DA ALÍNEA “B”, DO ARTIGO 19, DA LEI (ESTADUAL) Nº 61, DE 07 DE MAIO DE 1980.**

**4. CONFIRMAÇÃO DAS PROMOÇÕES JÁ REALIZADAS, QUE**

**PREENCHERAM VAGAS ORIUNDAS  
DE AGREGAÇÃO. OBEDIÊNCIA AOS  
PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA  
SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ.**

6. À Assessoria de Gabinete para:

a) registrar e, feito isso, dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado precitada e à Chefe da Procuradoria Especializada de Pessoal;

b) encaminhar, para conhecimento, cópia desta decisão e do Parecer ora aprovado, aos Excelentíssimos Senhores Governador do Estado e Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, bem assim ao Comandante-Geral da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul.

Campo Grande (MS), 22 de maio de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves  
Procurador-Geral do Estado

# **DOCTRINA**

---

**Parte II**

---



## **O INQUÉRITO PARA FINS DA LEI 1.070/50**

*Ântônio de Souza Ramos Filho\**

---

\*Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul

---

A matéria em tela refere-se aos Autos do Inquérito Policial nº 180/02/SR/DPF/MS, instaurado por requisição do Juiz Presidente do Tribunal Regional do Trabalho para apurar crime previsto no art. 12 da Lei nº 1.079/50, a propósito da inclusão ou não no orçamento, de quantia para adimplemento de determinado precatório, em que figura como devedor o Departamento de Estradas de Rodagem de Mato Grosso do Sul - DERSUL.

É consabido que a Lei 1.079, de 10 de abril de 1950 definiu os crimes de responsabilidade e regulou seu respectivo processo e julgamento, estando sujeitos a essa lei: o Presidente da República; Ministros de Estado; Ministros do Supremo Tribunal Federal; Procurador-Geral da República; Governadores e Secretários de Estado.

Assim, o Governador pode ser sujeito ativo do crime de responsabilidade, mas o respectivo processo e julgamento, sobretudo após a Constituição de 1988, deve obedecer às regras previstas na própria Constituição Federal e na Lei 1.079/50, naquilo em que não contrariar o modelo federal adotado para a responsabilização das autoridades elencadas.

As constituições estaduais não podem dispor sobre crimes de responsabilidade das autoridades locais, senão repetir o disposto na Carta Política da Nação e na referida lei.

Porém, no caso dos autos supra, o procedimento adotado não se encontrava adequado, pela inadequação da via eleita e pela falta de legitimidade do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho para requisitar a apuração da ocorrência do suposto ilícito: crime de responsabilidade do Senhor Governador do Estado e/ou do Senhor Secretário de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos.

Em verdade, o entendimento dominante é no sentido de que continua em vigor a denúncia popular, prevista na Lei 1.079/



50. A regra da denúncia popular vale tanto para o Presidente da República e Ministros de Estado (art. 14), quanto para os Governadores e Secretários de Estado (arts. 74 e 75):

Art. 74. Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crime nesta lei.”

Art. 75. É permitido a todo cidadão denunciar o Governador perante a Assembléia Legislativa, por crime de responsabilidade”.

Analisando a validade do “princípio da denunciabilidade popular”, o Supremo Tribunal Federal perfilhou o entendimento de que permanecem válidos os dispositivos da Lei 1.079/50, de forma que o reconhecimento da legitimidade ativa de qualquer cidadão (vale dizer, de qualquer eleitor) para fazer instaurar o concernente processo de *impeachment* assume indiscutível relevo político-jurídico.

Quanto a esse ponto, o professor Alexandre de Moraes é enfático:

...Todo cidadão, e apenas ele, no gozo de seus direitos políticos é parte legítima para oferecer acusação à Câmara dos Deputados. A acusação da prática de crime de responsabilidade diz respeito às prerrogativas da cidadania do brasileiro que tem o direito de participar dos negócios políticos.” (Direito Constitucional, 5. ed. São Paulo, Atlas, 1999, p. 393)...

E mais à frente arremata o mestre:

...A legitimidade ativa ad causam, portanto, não se estende a qualquer um, mas somente às pessoas investidas no status civitatis, excluindo, portanto, pessoas físicas não

alistadas eleitoralmente, ou que foram suspensas ou perderam seus direitos políticos (CF, art. 15) e, ainda, as pessoas jurídicas, os estrangeiros e os apátridas.” (*op. cit.* p.393).

Também o constitucionalista e parlamentar Michel Temer, diz que “a acusação da prática do crime de responsabilidade diz respeito às prerrogativas da cidadania; do brasileiro que tem o direito de participar dos negócios políticos” (Elementos de Direito Constitucional, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1994. p.157-158).

Feitas essas considerações, fica fácil perceber que o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região não dispunha de legitimidade ativa para oferecer representação (denúncia) contra o Governador e os Secretários de Estado, nem mesmo para requisitar a abertura de inquérito na Polícia Federal versando sobre tal crime.

Por sua vez, o inquérito, se necessário, deveria ser processado Perante a Comissão Parlamentar de Inquérito d própria Assembléia Legislativa, (art. 64, § 3º, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul), que antes mesmo de instaurá-lo poderia e deveria convocar as Autoridades competentes para prestar as informações que tivessem, devendo o inquérito instaurado perante o Órgão da Polícia Federal ser arquivado.

Com efeito, de acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal, o órgão competente para processar e julgar o Governador do Estado é o Tribunal Especial de que fala a Lei 1.079/50, de composição mista, composto de cinco Membros do Legislativo e de cinco Desembargadores, sob a presidência do Presidente do Tribunal de Justiça local.

Entretanto é oportuno lembrar que o DERSUL foi extinto pela Lei Estadual nº 2.152/2000, sendo suas funções, pessoal e patrimônio incorporados à AGÊNCIA ESTADUAL DE GESTÃO DE EMPREENDIMENTOS - AGESUL que, por consequência, assumiu o passivo do Ente Público extinto, compreendendo precatórios de valores estratosféricos, cuja posição, em 30 de junho de 2001, representava R\$ 226.219.385,50 (duzentos e vinte e seis milhões, duzentos e dezenove mil, trezentos e oitenta e cinco reais e cinquenta centavos).

Dentre esses precatórios, o crédito que deu origem ao Inquérito Policial, embora empenhado, ainda não fora liquidado porque a atual Administração encontrou o Estado como um todo (Administração Direta e Indireta) numa situação financeira de total inviabilidade e, mesmo em relação aos precatórios alimentares, deve-se obedecer à ordem na qual devem ser satisfeitos, pois, consoante o magistério de Ives Gandra Martins, “as decisões do Poder Judiciário não se discutem, cumprem-se, desde que haja possibilidade material do seu cumprimento”.

No entanto, através da Lei Estadual nº 2.152/2000, buscou-se a reorganização do Poder Executivo, visando-se atingir as metas de redução de despesa e o ajuste fiscal.

Assim, o atraso no pagamento do precatório em questão deveu-se à insuficiência financeira para atender ao elevado volume dos precatórios anteriores, que não podem ser preteridos.

A hipótese que se apresenta, de exaustão orçamentária, ou impossibilidade real que se manifesta por inexistir disponibilidade de caixa ou recursos suficientes para que a Administração possa cumprir imediatamente a decisão judicial, é denominada por Eros Grau de “estado de necessidade” (Despesa Pública - Princípio da legalidade - Decisão Judicial, Parecer In: RDA 191/315-331).

Enfim, é um motivo de força maior que justifica o não-pagamento do precatório em pauta. Essa causa é suficiente para elidir pedidos de seqüestro e de intervenção, quanto mais o será para afastar a responsabilização criminal do Administrador.

Visto que a existência de dolo é componente da caracterização das condutas decorrentes dos objetos jurídicos amparados pelo art. 85 e seus incisos, o crime de responsabilidade só pode ser punido a título de dolo, não existindo tipicidade na hipótese culposa.

Assim, não tem guarida o prosseguimento de inquérito visando à apuração de crime de responsabilidade do Administrador Público, já que, como demonstrado, não se está diante de desobediência à ordem judicial nem de omissão com os contornos da Lei 1079/50, mas de dificuldades financeiras combatidas incansavelmente pela Administração para solver os seus precatórios.

É fundamental, pois, que não basta aferir se houve a violação da norma constitucional (art. 100, §) para a caracterização do crime de responsabilidade. E preciso, a par disso, avaliar se houve afronta direta às leis federais que definem tais crimes.

Aliás, o dito precatório foi incluído na proposta orçamentária, tanto que empenhado, só não tendo sido pago por impossibilidade material.

Considerando essas imposições constitucionais, extrai-se que o princípio do cumprimento das decisões do Poder Judiciário, as quais importem em dispêndio de verbas para a Administração, incide quando há ampla disponibilidade orçamentária.

Quando a disponibilidade de dinheiro não é suficiente para saldar as dívidas decorrentes de decisão judicial, nem para

as disposições constitucionais, ou seja, quando não há verbas suficientes para pagar os débitos decorrentes de precatórios, não há que se falar em crime de responsabilidade, verificando-se aí causa excludente da antijuridicidade, porque, embora o administrador deseje cumprir a ordem, não tem materialmente como fazê-lo.

Somente em casos extremos, quando esgotados todos os demais meios para solução do problema, seria justificável cogitar em eventual responsabilidade dos detentores de cargos políticos no cometimento de crime de responsabilidade, e esta não é a hipótese dos autos.

Concluindo, a impossibilidade material de saldar precatório, sem que haja dolo ou má-fé do Chefe do Poder Executivo, não configura conduta antijurídica, tipificada como crime de responsabilidade na Lei 1.079/50.

Por sua vez, é manifesta a ilegitimidade do presidente do TRT para requisitar instauração de Inquérito Policial para apurar o suposto crime, sendo, ademais, a Polícia Federal incompetente para presidir o respectivo Inquérito.

Campo Grande, MS, 10 de setembro de 2003.

Antônio de Souza Ramos Filho  
Procurador do Estado  
Coordenador Jurídico da AGESUL



**NOVAS FORMAS DE CONTROLE DO PODER:  
OMBUDSMAN E O MEDIEUR**

*Carlos Fabricio Griesbach\**

---

\*Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul

---

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito Administrativo foi consolidação entre fins do século XIX e início XX, com fundamento no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Todavia esse princípio fez emergir uma compreensão equivocada da atividade administrativa, como aquela que tudo pode. Assim, o administrado não passava de mero servo da Administração.

O sensível descompasso da função administrativa despertou para que se edificassem novas formas de controle do poder. Nesse ambiente, nasceu e se consolidou o instituto do *Ombudsman* como uma forma de garantir as liberdades públicas dos cidadãos contra o arbítrio da Administração Pública.

## 2. O INSTITUTO DO OMBUDSMAN

O controle da Administração Pública nos diversos Estados busca a adequação da atividade administrativa ao respeito às liberdades públicas. Ademais esse controle se verifica de diversas maneiras, como pelo controle político, controle administrativo *interna corporis*, o controle judicial, entre outras formas utilizadas.

O instituto do *Ombudsman*, consagrado na Europa há mais de meio século desenvolve uma forma de controle misto, ou melhor, um controle para-jurisdicional<sup>1</sup> da atividade administrativa.

---

<sup>1</sup> CARLIN, Volnei Ivo. A Justiça a administração e a função do "Mediateur". *Estudos Jurídicos*, Ano 15, v. 7, n. 33, p.57, 1982. A expressão adotada pelo referido autor nos parece mais acertada, pois exprime com precisão a natureza da atuação do *Ombudsman* que desenvolve um controle que vai além da jurisdição.



Esse instituto nasceu, na Suécia, com a função precípua de defesa das liberdades públicas dos cidadãos. A origem desse instituto tem como marco o ano de 1713, na Suécia, quando o rei Carlos XII, ocupado com operações militares e diplomáticas, designou um homem de sua confiança para supervisionar a conduta dos coletores de impostos, dos juízes e demais funcionários públicos. Posteriormente, a Constituição de 1809 instituiu o *Delegado do Parlamento*, encarregado de controlar o respeito das leis e regulamentos pelos juízes e funcionários.<sup>2</sup>

*Ombudsman* significa aquele que intermedeia, que representa os cidadãos na Administração Pública. José Cretella Júnior assim o define: “*Ombudsman* é um órgão de proteção dos cidadãos, derivado do Parlamento e detendo uma prerrogativa de controle da Administração, exercida numa ampla independência e sem muito formalismo.”<sup>3</sup>

Depois da Suécia, a figura do Ombudsman propagou-se por todo o mundo, principalmente nos países europeus, Finlândia (1919), Noruega (1952) e Dinamarca (1954). Em 1956, a Alemanha Federal criou o *Comissário Parlamentar para Assuntos Militares*.<sup>4</sup> Em seguida, Grã-Bretanha adotou esse instituto, em 1967, fazendo algumas alterações e denominando-o de *Comissário Parlamentar*.<sup>5</sup> Posteriormente, foi a vez da França que instituiu, por meio da Lei 3/73, a figura do *Mediateur*, ou seja, do *Mediador*.<sup>6</sup> No bloco soviético, países como a Polônia e a antiga Tchecoslováquia entregaram o controle da

---

<sup>2</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.146.

<sup>3</sup> CRETELLA JR, José. *Direito administrativo comparado*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.264-265.

<sup>4</sup> CRETELLA JR, José. *op. cit.*, p.266.

<sup>5</sup> RIVERO, Jean. *Direito administrativo [Droit Administratif]*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p.394-395.

<sup>6</sup> RIVER, Jean. *op. cit.*, p.395.

Administração ao denominado Procurador.<sup>7</sup> Independente da denominação que se dê, com algumas peculiaridades locais, toda essa atividade de controle difuso do poder administrativo foi inspirada no instituto sueco.

O *Ombudsman* nasceu como forma alternativa de controle por conta do parlamento, pois o sistema de controle jurisdicional da Administração se afigurava ineficaz.

O *Ombudsman* é eleito pelo Parlamento com mandato de quatro anos, podendo ser reconduzido. Deve possuir conhecimentos nas ciências administrativas e jurídicas. Seus vencimentos são equiparados ao de Ministro da Suprema Corte, e nomeia cerca de onze cargos que lhe auxiliarão.<sup>8</sup>

A atividade do *Ombudsman* se desenvolve através de um processo em que vige o informalismo ou, quando muito, o formalismo moderado em favor do administrado. O primeiro momento é externo, em que o *Ombudsman* toma conhecimento da ilegalidade. Este conhecimento pode se dar de forma provocada, por meio da iniciativa do administrado que faz a sua reclamação por escrito ou oralmente, ou de ofício, quando ele próprio detecta tal infração por notícias de jornais ou inspeções de rotina.

O segundo momento é interno ou propriamente o início da atividade processante do *Ombudsman*. Nesta fase, o *Ombudsman* solicita à Administração um *dossiê* acerca do caso. Em posse dessa documentação, ele faz o juízo de admissibilidade da reclamação em que terá de opinar pelo prosseguimento das providências ou pelo arquivamento. Neste último, a rejeição deverá estar consubstanciada nas razões do arquivamento.

---

<sup>7</sup> CRETELLA JR, José. *op. cit.*, p.267.

<sup>8</sup> MEDAUAR, ODETE. *op. cit.*, p.147.

No caso de admissibilidade, prosseguirá com as investigações, podendo ser auxiliado pelas autoridades policiais com o intuito de coletar amplo material. Ao final, o *Ombudsman* dirige-se ao funcionário responsável pelo ato questionado, advertindo-o e aconselhando-o a reformar a decisão prejudicial. Essa intervenção devolve à Administração a oportunidade de rever o ato, anulando-o. No entanto decisão do *Ombudsman* não pode substituir a da Administração. No caso da infração versar sobre interpretação errônea de texto legal, o *Ombudsman* aponta o entendimento pertinente.

Anualmente, o *Ombudsman* apresenta ao Parlamento relatório acerca das suas intervenções. Nesse âmbito, as autoridades citadas têm direito de defesa, por meio de recursos especiais perante Tribunal competente ou comissões parlamentares.

O instituto explicitado busca resguardar as liberdades públicas ante o arbítrio da Administração, e aumentar, assim, a confiança do cidadão na prestação pública.

### 3. O MEDIATEUR

O *Mediateur* ou Mediador, como já foi dito, é uma transposição do instituto do *Ombudsman* com algumas peculiaridades. O *Mediateur* nasceu no sistema francês, com a Lei 73-6, de 3 de janeiro de 1973, mas seus poderes foram alargados com a Lei 76-1211, de 24 de dezembro de 1976. Esse instituto objetivou diminuir a crescente desproporção entre o indivíduo e o Estado, para reprimir *maladministration*.<sup>9</sup>

Enquanto o *Ombudsman* exerce seu controle por conta do Parlamento, o *Mediador* é, ao revés, nomeado pelo Conselho

---

<sup>9</sup> CARLIN, Volnei Ivo. *op.cit.*, p.54-55.

de Ministros, de forma discricionária. Todavia esforça-se para que fique assegurada a independência em face do governo.<sup>10</sup> Assim, é nomeado por seis anos, impossibilitada de recondução e inelegível para o Parlamento, além de não receber instruções de qualquer autoridade.

O campo de atuação do *Mediateur* se estende por todos os serviços públicos, exceto no que tange à segurança do estado e política exterior. Ademais, exclui-se também o seu “controle, por um lado, os diferendos entre os agentes públicos em actividade e os serviços administrativos de que dependem, por outro, as causas em juízo e, a *fortiori*, as que ofenderiam uma decisão jurisdicional.”<sup>11</sup>

A atividade do Mediador tem como características não ser sistemática e contenciosa, nem jurisdicional e externa à Administração.<sup>12</sup> Não sistemática, pois ele só age quando provocado, ao contrário do *Ombudsman* que pode agir de ofício. Além disso, a reclamação não é direta: primeiramente, deve-se dirigir a um parlamentar, Senador ou Deputado, que decide livremente acerca do prosseguimento.<sup>13</sup> Após esse juízo de admissibilidade, é que o *Mediateur* recebe a reclamação sobre a qual deverá tomar providências.

O caráter não contencioso, nem jurisdicional explicita que o controle é efetuado fora das instâncias da jurisdição dupla, modelo francês. Ademais, há a plena desvinculação da Administração, pois não se confunde com a aplicação do princípio hierárquico ou da autotutela que realiza o controle interno. Dessa forma, sua atividade é para-jurisdicional, pois vai além das instâncias de jurisdição, administrativa e judicial.

<sup>10</sup> RIVERO, Jean. *op. cit.*, p.395.

<sup>11</sup> RIVERO, Jean. *op. cit.*, p.395.

<sup>12</sup> Essas características são apontadas por CARLIN, Volnei Ivo. *op. cit.*, p.58.

<sup>13</sup> RIVERO, Jean. *op. cit.*, p. 396.

Quanto aos poderes do *Mediateur*, Jean Rivero aponta que seriam dois: de instrução e de recomendação. O da instrução se dá quando o Mediador investiga o agente que deu causa à reclamação, após autorização dos ministros. Nesse momento, ele vai colher a prova da denúncia.

O segundo poder seria o de recomendação, quando o *Mediateur* propõe a solução adequada que, no entanto, não obriga a Administração. Restando assim, a comunicação do fato à opinião pública que terá conhecimento da recomendação desacatada. “O apelo à opinião pública inspirou igualmente o princípio da publicidade do relatório que em cada ano se dirige ao Presidente da República e ao Parlamento, para apresentar o balanço da sua acção.”<sup>14</sup>

Em casos excepcionais, como o de descumprimento da recomendação, o *Mediateur* poderá fazer uso do seu poder de sanção, conforme explica Volnei Ivo Carlin: “pode suscitar um processo disciplinar contra todo o agente público que ele julgue culpado”.<sup>15</sup> Por último, cabe salientar o seu poder de injunção quando a Administração não cumpre as decisões jurisdicionais. Nesse aspecto, a função do *Mediateur* é fazer executar a decisão descumprida. Assim, a sua importância ganha ênfase, pois se torna mais eficaz que a do próprio juiz.

Normalmente, o *Mediateur* age como um pacificador, ou seja, um intermediário de processos perdidos, atrasados, enfim toda forma de desídia na Administração Pública.

#### 4. O DEFENSOR DO POVO

No Brasil, por diversas vezes, tentou-se implantar figura semelhante à do *Ombudsman* sueco. A primeira tentativa se

---

<sup>14</sup> RIVERO, Jean. *op. cit.*, p.396.

<sup>15</sup> RIVERO, Jean. *op. cit.*, p. 396.

deu com o Projeto de Emenda Constitucional, em, 1981, liderado pelo Deputado Mendonça Neto, que instituía o cargo de Procurador-Geral do Povo a ser escolhido pelo Congresso Nacional.<sup>16</sup>

Outros Projetos de Lei do Deputado Jonatas Nunes e do Senador Marco Maciel criavam o cargo de Procurador Popular e Ouvidor Geral, respectivamente.

Com efeito, foi na Assembléia Nacional Constituinte de 1986, através do trabalho da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos, que se previa constitucionalmente a figura do *Defensor do Povo* entre os “direitos e garantias fundamentais” (art. 56). No entanto, após a expedição do segundo substitutivo do relator, excluiu-se o cargo de *Defensor do Povo*.<sup>17</sup>

O não-acolhimento do *Defensor do Povo* pela Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB de 1988, deu-se em grande parte pelos *lobbies*, principalmente, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público. As atribuições do *Defensor do Povo*, constantes do Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos. Constitucionais (art. 56), passaram a figurar entre as prerrogativas do Ministério Público, especialmente no inciso II do art. 129 da CRFB.<sup>18</sup>

Em que pesem as críticas quanto ao custo da institucionalização do cargo de *Defensor do Povo* aliado ao fascínio da cultura brasileira pela máquina judiciária, talvez fosse o momento de se pensar na instituição dessa nova forma de controle de Poder, como modo de se buscar a efetividade na prestação dos serviços públicos.

<sup>16</sup> MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p.155.

<sup>17</sup> MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p.156.

<sup>18</sup> MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p.157.

## 5. Considerações Finais

A instituição do *Ombudsman* com as suas derivações tem importância inafastável no controle da Administração, pois reduz a distância entre os anseios dos administrados e a realidade da prática administrativa.

Ademais, seja qual for o modelo de justiça que se adote, una ou dupla, a instituição do *Ombudsman* é mais um canal de resolução de conflitos, de forma informal e difusa, que evita o custo da manifestação da máquina judiciária e pode acarretar enormes ganhos de efetividade na prestação do serviço público.

## REFERÊNCIAS

CARLIN, Volnei Ivo. A Justiça, a administração e a função do "Mediateur". *Estudos Jurídicos*, Ano 15, v. 7, n.33, 1982.

CRETELLA JR, José. *Direito administrativo comparado*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo* [Droit Administratif]. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.





# **A ÉTICA, O PROCURADOR DO ESTADO E A REALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

*Jerônimo Olinto de Almeida\**

---

\*Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul

---

A leitura singela do artigo 132 da Carta Política de 1988 não revela a profundidade de seu conteúdo e tampouco expande o seu real significado.

No sobredito dispositivo encontram-se, além do assentamento constitucional dos Procuradores do Estado e do Distrito Federal, valores pertinentes a uma ética de advocacia pública que, como corolário derradeiro, deflagra a concretização do Texto Supremo.

A primeira constatação que se revela deságua na especial condição de **norte agregador** das ações executadas pela Administração Pública as quais o referido dispositivo (artigo 132) agrega.

Esse perfil axiológico e normativo desencadeia, por todas as normas constitucionais atinentes ao Poder Público além da legislação ordinária com ele relacionada **vetor impulsor** da boa, justa e ética conduta pública administrativa.

É que, correlacionando o conteúdo do mencionado artigo 132 com as disposições principiológicas do artigo 37 do mesmo Texto, aufere-se a conclusão de que o Procurador do Estado é agente público assegurado daqueles valores. Mais ainda: instrumento de sua plena potencialização e realização.

Não obstante, esses valores constitucionais positivam, no âmbito da Administração Pública, elementos posicionadores da feição institucional da Procuradoria de um Estado da Federação.

Nesse sentido, a coesa lição de Mário Bernardo Sesta<sup>1</sup> robustece a argumentação:

---

<sup>1</sup> SESTA, Mário Bernardo. Advocacia do Estado: posição institucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, v.30, n.117, p.187, jan./mar.1993.

“Quando se fala em Advogado do Estado ou, mais apropriadamente, Procurador do Estado, não se está a referir à presença de bacharéis em Direito enquanto agentes administrativos, inseridos na textura da administração para assessorar o administrador, com vistas a manter-se dentro dos parâmetros jurídicos apropriados.

O Advogado do Estado responde a um desiderato bem mais complexo, que compromete o próprio perfil estrutural do Estado de Direito Democrático.

Não se trata nesse caso, como se disse, tão só assegurar minimamente a juridicidade liminar de toda a atividade administrativa, mas de implementar institucionalmente, tanto o assessoramento da ação administrativa, quanto, e principalmente, o *patrocínio do interesse do Estado em juízo*.

Os advogados do Estado são agentes públicos que recebem institucionalmente o mandato que os habilita à tutela judicial do interesse público, enquanto interesse do Estado. Essa especial circunstância de que os Advogados do Estado são investidos nos seus poderes, não por ato administrativo, mesmo sujeito a normas objetivas de provimento, não por investidura eventual, não por comissionamento, mas, como se disse, *necessariamente em nível institucional, decorre da natureza peculiar do interesse que se lhes incumbe patrocinar* e significa o atendimento de um novo patamar de exigências, revelador de um estágio mais avançado da juridização do Estado.

A presença do advogado do Estado visa atender essa circunstância e corresponde, melhormente do que à idéia de um simples assessoramento, à idéia, dentro da mais avançada análise da estrutura estatal, de uma verdadeira linha de *controle da legalidade administrativa* (...)

É por isso que, rigorosamente dentro de condições compatíveis com a própria dinâmica da administração, o aconselhamento do interesse público, no caso da Advocacia de Estado *deve*, obedecidas certas condições, ter *caráter vinculativo*. Aqui vai a diferença fundamental entre o simples assessoramento que caracteriza a Advocacia *no* Estado, e o controle de legalidade administrativa que caracteriza o aconselhamento jurídico cometido à Advocacia *do* Estado.

Mas a característica *especial* da Advocacia do Estado sobressai, evidentemente, no que diz respeito ao *patrocínio judicial do interesse público*, porque nessa atividade, os agentes dela encarregados atuam *em nome do Estado*.

É secundário o fato de que o administrador manifeste sua preferência por determinada argumentação ou determinada postura em juízo; é irrelevante tal manifestação porque essa argumentação só chega em juízo *através do Advogado do Estado* e se ele a perfilhar. Em outras palavras: chega *porque* ele a perfilhou.

O Advogado do Estado, no exercício de sua função básica, não fala ao administrador para

---

*assessorá-lo, fala pelo Estado no processo em que este for parte, vinculando-o.*

Usando da mesma alocação figurativa antes empregada, o Advogado do Estado, atuando em juízo expressa, no processo, a *vontade do Estado*.

Usando da distinção muito em voga, embora não muito apropriada, poder-se-ia dizer serem os Advogados de Estado agentes políticos, na medida em que, como os magistrados, os promotores e os defensores públicos, correspondem a determinado contexto político-institucional, de modo específico e expresso.

Melhor seria dizer serem agentes institucionais, ao lado dos “agentes administrativos”, porquanto nos parece curioso designar como *políticos* agentes públicos que não são investidos pelo modo especificamente político, que é a eleição.

Por outro lado, quando se fala na *necessária* investidura institucional de seus agentes, como uma das características essenciais, identificadoras da Advocacia do Estado, dentre as diversas formas de atuação do Advogado na estrutura estatal, o que se pretende é enfatizar a circunstância de que a indisponibilidade peculiar ao interesse, enquanto interesse administrado em sentido técnico, exige que o patrocínio judicial e o aconselhamento jurídico desse mesmo interesse sejam cometidos a agentes que guardem, em relação à administração pública e ao Governo, a devida *independência*.”

Dentro desse contexto, fica realçado o aspecto catalizador do agente público Procurador do Estado.

Todavia agrega-se a essa fundamental característica de suas funções (postulação judicial e aconselhamento administrativo) a atribuição, igualmente sólida, de adjudicar ética, valor moral e transparência à atuação da Administração Pública.

É óbvio que não estamos sozinho nesse aspecto.

Observe-se o singelo, porém robusto, entendimento de Cleia Cardoso<sup>2</sup>.

“Á ordem ético-política corresponde o começo de legitimidade, e à ordem ético-jurídica, o conceito de legalidade, tal como serão tratados no presente trabalho.

Ambas as modalidades de controle, de legitimidade e de legalidade têm assento constitucional. O princípio de legitimidade está expresso no art. 1º, parágrafo único, e o da legalidade, no art. 5º, II da Constituição Federal:

‘Todo poder emana do povo, que o exerce por representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição’ (art. 1º, § único).

e

‘Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei’ (art. 5º, II)

Assim, o Estado deve agir, em sua complexa

<sup>2</sup> CARDOSO, Cleia. O controle interno de legalidade pelos procuradores do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF: Senado Federal, v.30, n.118, p.159-160, abr./jun.1993.

atuação administrativa, não só de acordo com a definição legal encontrada na norma, mas também, de acordo com a definição legal encontrada na norma, mas também, de acordo com a legítima finalidade pública, expressa na conveniência e oportunidade de agir do administrador e, finalmente, de acordo com a moralidade pública.

No que toca à legitimidade, o legislador delega ao administrador uma gama de opções juridicamente admissíveis, sob critério de conveniência e oportunidade, o que vem a ser a *discricionariedade* – uma integração da legitimidade pelo administrador.

A licitude é a submissão do agir à moral. Respeita à conduta dos agentes públicos enquanto atuam na prossecução do interesse público.

Legitimidade, legalidade e licitude, portanto, se impõem ao Estado, e não de ser exigidas em toda sua atuação administrativa.”

Esse aspecto catalizador arregimentado ao Procurador do Estado determina a consecução de, ao salvaguardar o interesse público (na forma como a Constituição Federal textualiza) o fazê-lo segundo uma ética densificada normativamente.

Em face de tal posicionamento, ganha altitude o postulado constitucional da moralidade. Pelo menos, com relação à uma ética pública de valor cogente e não cambiante ou discricionária.

Sobre essa densificação, expansão normativa do postulado da moralidade pública, a impulsionar uma ética de realização constitucional pelo Procurador do Estado, guarde-se este ensinamento de Emerson Garcia<sup>3</sup>.

“A atividade administrativa. De forma correlata à observância das prescrições legais, deve render obediência aos valores que defluem do sistema, os quais são normalmente condensados sob a epígrafe do princípio da moralidade. A densificação desse princípio, cujo conteúdo deflui de preceitos explícitos e implícitos no sistema, representa, como já fora visto, tarefa extremamente delicada e complexa, o que é conseqüência inevitável de seu alto teor de abstração. Por tal motivo, são extremamente relevantes as iniciativas que buscam elaborar diretrizes básicas que devem nortear a atuação dos agentes públicos.

Com isso são densificados os valores afeitos à moralidade administrativa e, conseqüentemente, tem-se um aumento de efetividade do princípio, pois seu alto grau de abstração passa a coexistir com comandos específicos que delineiam as vedações e os deveres a serem cumpridos pelo agente e disciplinam a forma de exercício de seus direitos.”

Essa condição pragmático-normativa dos princípios (da qual não escapa o referido postulado da moralidade pública) igualmente é demonstrada por Clemerson Merlin Cléve<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v.39, n.155, p.168, jul./set. 2002.

<sup>4</sup> CLEVE, Clemerson Merlin. *Uma vida dedicada ao direito*. São Paulo: RT. 1995, p.44-45.



“A doutrina vem procurando definir a Constituição como um “sistema normativo aberto de princípios e preceitos”. Os princípios, ninguém desconhece, possuem características que os diferenciam das regras ou preceitos. Dispõem de maior grau de abstração e, portanto, menor grau de densidade normativa e, bem por isso, sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional. Além disso, condensam as idéias estruturais do sistema, razão pela qual, em geral, os preceitos constituem desdobramentos de idéia-síntese engessadas nas disposições normativas principiológicas.

Os princípios, inclusive aqueles enunciados no preâmbulo, dispõem de uma funcionalidade, ou seja, prestam-se para alguma coisa. São, pois, funcionais. Eles cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado lugar e tempo, por isso que fixam *standards* de justiça, prestam-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional e, mais do que isso, experimentam uma eficácia mínima, ou seja, se não podem sofrer aplicação direta e imediata exigindo nas mais das vezes (não é o caso dos princípios-garantia) integração normativa decorrente da atuação do Legislador, pelo menos cumprem eficácia derogatória da legislação anterior e impeditiva da legislação posterior incompatíveis com seus postulados.”

Como que aglutinando e expandindo as idéias acima desenvolvidas, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>5</sup> arremata com o seu sempre lúcido escólio:

“A constituição de 1988, no Título consagrado à *Organização dos Poderes*, além dos quatro tradicionais Capítulos dedicados aos três Poderes do Estado, apresenta um quarto, cuidando, em apartado, das Funções Essenciais à Justiça.

Surpreendentemente, ao que se nota, a literatura juspolítica nacional, com poucas e lúcidas exceções, parece não se ter dado conta da transcendência dessa inovação e do que ela representa para a realização do valor da justiça, aqui entendida como síntese da licitude, da legitimidade e da legalidade, no Estado contemporâneo, como aventam os jusfilósofos mais respeitáveis, como MIGUEL REALE, um valor básico e instrumental para a realização de todos os demais, por pressupor “uma composição isenta e harmônica de interesses”.

Esse tríplice endereçamento finalístico é um impressionante coroamento de séculos de evolução da própria instituição estatal, na linha de sua submissão, em sucessivas etapas históricas, ao *direito à vontade da sociedade e à moral*.

A sujeição do Estado à lei foi, por certo, a primeira grande conquista desta série: o *princípio da legalidade* inaugurou a doma do Leviatã, marcando a transição do Estado Absolutista para o *Estado de Direito*.

---

<sup>5</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF: v.29, n.116, p.79-80, out./dez. 1992.

O segundo importante triunfo foi o submetimento do Estado à *vontade da sociedade: o princípio da legitimidade* logrou afirmar-se universalmente no correr deste século que se finda, à custa de grandes sacrifícios, entre os quais, os flagelos de três longas e desumanas guerras e da escravização de inúmeros povos a ideologias totalitárias, consolidando-se o *Estado Democrático* como o conceito vitorioso nas sociedades contemporâneas.

A terceira e decisiva conquista, e a mais demandante, ainda está por ser alcançada, logrando-se a subordinação do Estado à *moral: o princípio da licitude*, ao assegurar o primado da moralidade na vida pública, é o aperfeiçoamento que falta para, sintetizado com os demais, realizar o *Estado de Justiça*.

Deve-se crer que o imperativo de justiça prevaleça, pois, como assevera JOHN RAWLS, a humanidade tem uma *natureza moral* e, dadas as necessárias condições objetivas, muitas das quais são organizacionais, os homens atuarão, comprovadamente, segundo seus princípios.

Não obstante a Constituição categorizar o Estado brasileiro apenas como *Estado Democrático de Direito*, ou seja, de *legitimidade e de legalidade*, sua dimensão, como almejado *Estado de Justiça* desponta em mais de um dispositivo em que a *licitude* é invocada.

Assim é que, logo nos Princípios Fundamentais, em seu Título I, se estabelece, entre os “objetivos fundamentais” a construção de uma

“sociedade livre, justa e solidária” e, no âmbito das relações internacionais, a “prevalência dos direitos humanos” e a “defesa da paz”.

De resto, em mais outros dezenove comandos, a Constituição se refere à categoria da licitude, ora mencionando a moral, ora a ética, ora a dignidade da pessoa humana, ora a probidade etc., demarcando, em cada um, a trajetória ascensional do conceito de Estado de Justiça no constitucionalismo brasileiro.”

Os valores constitucionais apontados acima se espraiam por todo o Texto Constitucional, e reforçam o labor institucional dos Procuradores do Estado, impondo-lhes, conseqüentemente, a tarefa de realizar os preceitos da nossa Carta Política.

Essa idéia já era, de há muito, contextualizada por juristas de escol, como o insuperável mestre Canotilho<sup>6</sup> ao tratar da hermenêutica-concretizadora da Constituição:

“O método hermenêutico-concretizador  
Esse método dá idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a este processo: é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade práctico-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. No fundo, este método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressuposto subjectivos, dado que o

<sup>6</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.214.

intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objectivos, isto é, o contexto, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em “movimento de ir e vir” (círculo hermenêutico).

O método hermenêutico é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático mas para um pensamento problematicamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o princípio assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema.”

Sendo assim, detentor do “munus” de guarnecer o interesse público, incumbido ainda de concretizar, por força da expansão dos seus valores substanciais, a Constituição Brasileira, não se pode compreender o Procurador do Estado desapossado de instrumentos que bem lhe permitam desempenhar esse seu importante desiderato.

Corroborando mais essa idéia, tomo a liberdade de reproduzir de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>7</sup> o ensinamento que, além de adequado à exposição (eis que relaciona os princípios regentes do mister de Procurador do Estado), traduz uma cátedra absolutamente insuperável. Observe-se:

---

<sup>7</sup> MOREIRA NETO. *op. cit.* p.92-95

“Podem-se extrair os seguintes princípios: *essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa de impulso.*”

A *essencialidade* esta afirmada na própria designação constitucional das funções. Elas não podem deixar de existir, com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.

A Institucionalidade também resulta evidente da própria criação constitucional; explícita, no caso do Ministério Público (artigo 127), da Advocacia Geral da União (artigo 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (artigo 132).

A *igualdade* decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as *desempenham*.

A unidade, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura, está explícita no caso do Ministério Público (artigo 127, § 1º) e também da Advocacia Geral da União

(artigo 131, § 1º), e implícita, para os Procuradores de Estado e do Distrito Federal e para a Defensoria Pública (artigos 132 a 134)

A *organicidade unipessoal* decorre da fundamental e genérica condição de advogado, estabelecida no artigo 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um *órgão individual*, para empregar nomenclatura de MARCELLO CAETANO, com sua natureza institucional ligada ao cargo, desempenhado com independência técnico-profissional. Isso está explícito para os Procuradores dos Estados e Distrito Federal (artigo 132) mas fica implícito para os demais membros das procuraturas constitucionais.

A *independência funcional* diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado em tudo o que tange ao exercício das funções essenciais à justiça. Mesmo o seu inter-relacionamento segue a própria fórmula de independência constitucional. Não obstante poderem atuar, em tese, em face a qualquer dos Poderes do Estado, não podem a eles se sujeitar nem deles receber influência quanto ao desempenho de suas funções. No que respeita ao Ministério, este princípio está explícito no artigo 127, § 1º, mas resulta claro da própria sistemática constitucional, que está implícito para as demais procuraturas. Quaisquer vinculações existentes com o Poder Executivo, no âmbito administrativo em que se inserem sem, contudo, o integrarem, não poderão interferir no exercício das atividades de seus órgãos, tão-

somente segundo sua consciência e sua orientação científica.

A inviolabilidade é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à Justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro direito, o agente nelas investido. O princípio ficou explícito genericamente no artigo 135, para todas as funções essenciais à justiça, mas há garantias específicas, de vitaliciedade e de inamovibilidade, que privilegiam os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ainda assim, a mobilidade dos membros da Advocacia Geral da União e das Procuradorias de Estado e do distrito Federal não poderá ser arbitrária mas, ao contrário, sempre com motivação transparente, para que não encubra ou mascare atentados à independência funcional e à inviolabilidade de seus agentes.

A autonomia administrativa consiste na outorga, às procuraturas constitucionais, da gestão daqueles meios administrativos necessários para garantir-se-lhes a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo, de cuja estrutura administrativa se valer. Trata-se, portanto, de uma condição constitucional para que prevaleçam, na prática, todos os demais princípios, tal como a Carta Política



de 1988 veio a reconhecer também como imprescindíveis, ao expandir a auto-administração do Poder Judiciário (artigos 96, I, II e III e 99). Da mesma forma, para o Ministério Público, o alcance dessa autonomia está definido explicitamente no artigo 127, § 2º, deixando-se implícito, o princípio, no tocante às demais procuraturas, para ser considerado nas respectivas constituições e leis orgânicas, conforme o caso.

*A autonomia de impulso*, por fim, é o princípio fundamental da atuação das procuraturas constitucionais. Ele preside e orienta o poder-dever desses órgãos, de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pela constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes foram confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela *juridicidade*, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, inclusive *ex-officio* pela fiscalização e de atividades postulatórias, tudo conforme os âmbitos de competência funcional e territorial próprios a cada uma delas.

O único limite à atuação de defesa da ordem jurídica, para essas instituições, só pode estar na própria ordem jurídica. A lealdade dos agentes das procuraturas constitucionais não se dirige aos Governos mas à ordem jurídica, a que todos devem servir com elevação e independência: por isso têm o poder de impulso, do qual não se devem demitir, nem mesmo por receio de desagradar aos agentes de quaisquer dos

Poderes, ainda que o Chefe do Poder Executivo, que nomeia os Chefes institucionais das procuraturas constitucionais (artigo 128, § 1º; 128, § 3º; 131, § 1º)

## CONCLUSÃO

A idéia derradeira a ser desenvolvida como epílogo deste modesto trabalho revela a preocupação em se demonstrar quão profundo é o mister daqueles que desempenham o “munus” da advocacia pública, titularizando o cargo de Procurador do Estado.

Procura-se revelar quão importante é a atuação do Procurador do Estado como natural curador do interesse público.

No desempenho dessa tarefa é imprescindível o desenvolvimento de uma ética própria, pública e única, apta a solapar injustificados desvarios da Administração Pública.

Outrossim, por força de seu assento constitucional, arregimenta o Procurador do Estado a árdua, porém nobre, missão de realizar os valores constitucionais assentados no Texto Maior.

Todavia a pedra fundamental do esforço acima enfocado já se encontra construída na Constituição de 1988.

---

## REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARDOSO, Cleia. O controle Interno de Legalidade pelos Procuradores do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília,DF, v.30, n.118, p.157-160, abr./jun. 1993.

CLEVE, Clemerson Merlin. *Uma vida dedicada ao direito*. São Paulo: RT, 1995. p.44-45.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília,DF, v.39, n.155, p.168, jul./set. 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília,DF, v.29, n.116, p.79-80, out./dez. 1992.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília,DF, v.30, n.117, p.187, jan./mar. 1993.



**ATUAÇÃO DOS PROCURADORES DO  
ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL JUNTO  
AO TRIBUNAL DE CONTAS**

*Norton Riffel Camatte\**

---

\*Norton Riffel Camate - Procurador do Estado

---

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Neste trabalho, estimulado pelo dever de ofício na defesa do erário, pretende-se trazer ao debate algumas inquietações que há muito vêm preocupando os Procuradores do Estado de Mato Grosso do Sul, ousando apontar algumas questões que, sem dúvida, estão limitando e interferindo no exercício de suas atribuições constitucionais e legais na defesa dos interesses da Fazenda Pública e, principalmente, diminuindo a eficiência nos resultados das execuções das decisões do Tribunal de Contas.

Em tempo algum a Advocacia Pública tornou-se tão essencial à Justiça e ao Estado para atuar, intransigentemente, no exercício da representação judicial e extrajudicial dos Entes Federados, de forma despolitizada, subordinando-se, tão somente, à ordem jurídica e com os olhos fixados, exclusivamente, na defesa dos interesses públicos.

A Advocacia de Estado, ao adquirir garantias constitucionais insculpidas na Carta Magna de 1988 e ampliadas na recente reforma constitucional implementada pela Emenda Constitucional nº19/98, não pode mais ser vista por incautos, como uma mera extensão de Governos, muito menos refletir esta ou aquela tendência político-partidária, este ou aquele estilo de administrar do governante do momento.

Além da representação judicial dos entes federados ser atribuída, com exclusividade, aos Procuradores dos Estados, a Constituição Federal os considerou, ainda, como função essencial à justiça. Nesse sentido preleciona o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“ Essa essencialidade à justiça, ressalte-se, não se deve entender que seja referente apenas à ação do poder judiciário , ou seja,

à justiça no estrito sentido orgânico, referida especificamente à função jurisdicional do Estado, mas, na verdade, estendida à ação de todos os poderes do Estado, enquanto digam respeito à legalidade e à legitimidade.”

Está entendida a “justiça”, portanto, no seu sentido mais amplo, como a finalidade última do Estado Democrático de Direito, sem nenhum qualificativo parcializante que possa restringir o âmbito de atuação da advocacia geral dos interesses constitucionalmente protegidos.”

Há muito lutamos contra as inúmeras tentativas de usurpação das atribuições constitucionais dos Procuradores do Estado, ora tentando terceirizar a dívida ativa, ora tentando transformar cargos de Advogado Autárquico em Procurador do Estado e ora criando Assessoria Especial de Execução que, para exercer atribuições privativas de Procurador de Estado, é composta por Advogados escolhidos dentre servidores do órgão, cujas atuações irregulares, além de acarretarem enormes prejuízos ao Estado, ocasionaram a demora na decisão dos processos.

Felizmente, a sociedade, ao longo dos tempos, tem sabido criar mecanismos legais para se proteger dos excessos praticados pelo Estado. Foi assim que, conquistando o Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo, nos livramos do Estado absolutista e autoritário. Aquele Estado, na exata medida em que se agigantava, propiciava toda sorte de desmandos e desvios, o que oportunizava o total descontrole do patrimônio público, da legalidade e da eficiência, situação que os mais apressados, desconhecedores da realidade da Administração Pública, por conveniência, preferem debitar na conta dos dedicados e responsáveis servidores públicos.

Os Legisladores Constituintes, preocupados com a defesa do patrimônio público, concederam garantias constitucionais aos Procuradores de Estado, inserindo-as nas Constituições Federal e Estadual, para assegurar-lhes o exercício, em caráter exclusivo, da representação judicial e administrativa dos entes federados, devendo atuar, extrajudicialmente, no controle da legalidade administrativa, através da consultoria jurídica, visando à tutela dos interesses da Fazenda Pública.

Para não me alongar nos diversos temas que ensejariam debates infundáveis acerca das prerrogativas constitucionais dos Procuradores de Estado que, registre-se, têm sido, veementemente, reafirmadas pelos Tribunais Superiores, faz-se necessário restringir unicamente ao tema proposto que se refere ao exercício das atividades controladoras e de defesa dos interesses da Fazenda Pública perante o Tribunal de Contas, por Procuradores do Estado.

## 2. DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL

Dentre as competências do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas, previstas na Lei Complementar nº 48/90, a de maior interesse ao tema que nos propusemos questionar é aquela estabelecida no art. 24, inciso I, por estar sendo exercida de forma incompatível com as determinações previstas na Constituição Federal, no tocante à observação do novel princípio da eficiência a às atribuições institucionais das Procuradorias de Estado quando promove e requer, perante a Corte de Contas, medidas de interesse da Fazenda Pública, *in verbis*:

“ Art. 24. Compete ao Ministério Público Especial em sua missão de guarda da lei e fiscal de sua execução:



I - Promover a defesa da ordem jurídica, requerendo perante o Tribunal de Contas, as medidas de interesse da Justiça, da Administração e da Fazenda Pública, promovendo e requerendo o que for de direito.”

A Constituição Federal em seu art. 130, cujo texto é idêntico na nossa Carta Estadual, impõe aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas dos Estados as mesmas vedações impostas aos membros do Ministério Público Estadual, *in verbis*:

“ Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas aplicam-se as disposições desta Seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.”

A Constituição Federal, em seu art. 129, IX, veda aos membros do Ministério Público a defesa dos interesses da Fazenda Pública:

“ Art. 129 . São funções institucionais do Ministério Público:  
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

A Constituição Estadual, em seu art. 129, IX, da forma idêntica a da C.F., impõe a mesma vedação ao Ministério Público Estadual, assim determinando:

“ Art. 129, IX - São funções institucionais do Ministério Público:

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria de entidades públicas.”

A própria Lei Complementar nº 48/90, em seu art. 29, determina que se aplique aos membros de Ministério Público Especial as normais legais atinentes ao Ministério Público Estadual, *in verbis*:

**“Art. 29 - Aos membros do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas, aplicam-se as disposições atinentes a direitos, vedações e forma de investidura aplicáveis aos membros de Ministério Público Estadual.”**

Sobre essa matéria, o Dr. Maurício Augusto Gomes, Promotor de Justiça e Diretor da Associação Paulista do Ministério Público, no artigo, “Ministério Público nos Tribunais de Contas”, publicado na RT 679/277, alerta:

**“Note-se que aqui estamos falando do exercício das funções próprias de MP e não das funções de consultoria, assessoria ou de procuradoria jurídica, mesmo porque estas são expressamente vedadas aos membros da Instituição (art. 129, IX, da CF.).”**

A Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, em seu art. 144, estabelece que compete aos Procuradores do Estado, em caráter exclusivo, a representação judicial e extrajudicial do Estado e a defesa dos direitos e interesses da Fazenda Pública na área judicial e administrativa, *in verbis*:

“ Art. 144. A Procuradoria- Geral do Estado é instituição essencial à Administração Pública Estadual, que representa em caráter exclusivo o Estado, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe a defesa de seus direitos e interesses na área judicial e administrativa, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”

É inequívoco que as Constituições, Federal e Estadual, vedam aos Ministérios Públicos, tanto o Estadual quanto o Especial, a representação judicial e a consultoria das entidades públicas, e que a Carta Estadual, além de vedar ao Ministério Público Especial a defesa jurisdicional dos interesses da Fazenda Pública, atribui tal defesa, com exclusividade, aos Procuradores do Estado.

Tal proibição acaba por enfatizar a necessidade e a importância da atuação do Procurador do Estado, na condição de exclusivo representante constitucional, judicial e extrajudicial, dos interesses da Fazenda Pública Estadual, junto ao Tribunal de Contas.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da República acerca da configuração jurídico-institucional do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas da União, decidiu da seguinte forma:

### **“ Supremo Tribunal Federal**

Ementa:

ADIN -LEI Nº 8.443/92 - MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU - INSTITUIÇÃO QUE NÃO INTEGRA O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - TAXATIVAMENTE DO

ROL INSCRITO NO ART. 128, I, DA CONSTITUIÇÃO - VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA À CORTE DE CONTAS - COMPETÊNCIA DO TCU PARA FAZER INSTAURAR O PROCESSO LEGISLATIVO CONCERNENTE À ESTRUTURAÇÃO ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PERANTE ELE ATUA (CF, ART. 73, CAPUT, IN FINE) - MATÉRIA SUJEITA AO DOMÍNIO NORMATIVO DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - ENUMERAÇÃO EXAUSTIVA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE REGRAMENTO MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR - INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 130 DA CONSTITUIÇÃO - AÇÃO DIRETA IMPROCEDENTE.

- O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política ( art. 73, par. 2º, I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União.

- O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na “intimidade estrutural” dessa Corte de Contas, que se acha investida - até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta

Política (art. 73, *caput, in fine*) - da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente a sua organização, a sua estruturação interna, a definição do seu quadro de pessoal e a criação dos cargos respectivos.

- Só cabe lei complementar no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita.

- A especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU, e cuja existência se projeta num domínio institucional absolutamente diverso daquele em que se insere o Ministério Público da União, faz com que a regulação de sua organização, a discriminação de suas atribuições e a definição de seu estatuto sejam passíveis de veiculação mediante simples lei ordinária, eis que a edição de lei complementar e reclamada, no que concerne ao Parquet, tão-somente para a disciplinação normativa do Ministério Público comum ( CF art. 128, § 5º).

- A cláusula de garantia, inscrita no art. 130 da Constituição, não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público, em especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do MP junto aos Tribunais de Contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura

no cargo, dos membros do Ministério Público comum.

( ADI nº 789/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Julgamento Unânime, D.J., de 19.04.94.

Requerente: Procurador-Geral da República.  
Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional.)

No mesmo enfoque, citam-se outros julgados:

“O interesse público não se identifica com o da Fazenda Pública, mesmo porque esta é representada por seu Procurador e se beneficia do disposto no art. 475 - II e III.

( STF - RP 25/324, STJ - RT 7761/210)

“EMENTA: 1- MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL. JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS. Não lhe confere, a Constituição Federal, autonomia administrativa. Precedente: ADI 789. Também em sua organização, ou estruturalmente, não é ele dotado de autonomia funcional (como sucede ao Ministério Público Comum) pertencendo, individualmente, a seus membros, essa prerrogativa, nela compreendida a plena independência de atuação perante os poderes do Estado, a começar pela Corte junto à qual oficiam (Constituição, artigos 130 e 75). (...)”

(ADI 160/TO, Relator : Min. Otávio Gallotti, DJ, de 20.11.98, Tribunal Pleno)

Assim, não pairam dúvidas sobre as vedações impostas aos Ministérios Públicos Especiais, que atuam perante os Tribunais de Contas dos Estados, na defesa jurisdicional dos interesses da Fazenda Pública, e que, ao requerem e promoverem o que for de direito em defesa dos interesses da Fazenda Pública e implique atuação jurisdicional, devem fazê-la por intermédio da Procuradoria-Geral do Estado.

Em idêntico sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Não cabe ao MP, como fiscal da lei, velar pelos interesses de pessoas jurídicas de Direito Público, mas pela correta aplicação da lei, e muito menos suprir as omissões dos Procuradores de tais entidades. A CF, em seu art. 129, IX, parte final, veio expressamente proibir a defesa e a consultoria de entes públicos por parte de membros do Parquet.” ( STJ - RT 671/210)

### **Súmula nº 189 do STJ :**

“ É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.”

Verifica-se que o Ministério Público Especial não possui fisionomia institucional própria e tem a sua organização administrativa e estrutural vinculada à Corte de Contas que, em função do seu autogoverno, detém a prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo no que diz respeito à organização administrativa e estrutural do Ministério Público Especial que, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, apesar da existência da Instituição resultar de norma constitucional e de ter expressivas garantias, tem sua estrutura intimamente solidificada à estrutura do Tribunal de Contas e sua organização deve ser objeto de simples lei ordinária.

### **3. DO TRIBUNAL DE CONTAS**

Inicialmente, há que se salientar que as atribuições conferidas pelo constituinte federal aos Tribunais de Contas necessitam ser perfeitamente compreendidas, para que a representatividade do sistema democrático não seja comprometida, ou então, que o princípio da tripartição dos Poderes seja ignorado.

Para tanto, é imprescindível que, sempre que se falar de Tribunal de Contas, se tenha em mente a sua natureza de órgão do Poder Legislativo que detém a titularidade do controle prévio e posterior das contas públicas, fiscalizando, previamente, quando vota as leis orçamentárias e, posteriormente, no exercício das atribuições dispostas no art. 70 da Carta Magna, auxiliado pelo Tribunais de Contas.

Analisando-se, conjunta e separadamente, as atribuições do Tribunal de Contas, verificamos que todas convergem para a proteção do Erário Público, principalmente, no que se refere à legalidade, economicidade e eficiência.

Por força das funções, fiscalizadora e defensiva do patrimônio público, atribuídas ao Tribunal de Contas, ao Ministério Público Especial e à Procuradoria-Geral do Estado, é que devem ser desenvolvidas formas de atuação conjuntas e sintonizadas para atingir com eficiência a defesa dos interesses constitucionalmente protegidos.

#### **DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Sobre a inexistência de personalidade jurídica, das Assembléias Legislativas e das Cortes de Contas, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o nosso Tribunal de Justiça e a Vara de Fazenda Pública de Campo Grande/MS,



têm decidido, de forma uníssona e reiteradamente, no seguinte sentido:

### **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

“TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO -  
PERSONALIDADE JURÍDICA -  
REPRESENTAÇÃO JUDICIAL.

O Tribunal de Contas da União não tem  
personalidade jurídica autônoma; é simples peça  
de estrutura orgânica da Administração federal;

Não tem o Procurador-Geral do Tribunal de Contas  
poderes para representar a União em Juízo;

...

(Recurso Extraordinário nº 23.322 – Rel. Min.  
Nelson Hungria – TCU versus SENAI)”

### **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Ementa:

1. Ação direta oposta, mediante invocação dos artigos 67, § 1º, II, c, e 132 da Constituição, à criação da Procuradoria-Geral da Câmara Legislativa, com funções destacadas das atribuídas à Procuradoria-Geral do Distrito Federal.
2. Reconhecimento, pela jurisprudência do Supremo Tribunal, da constitucionalidade da manutenção da assessoria jurídica própria, por Poder autônomo (mesmo não personalizado), bem como de capacidade processual das Casas Legislativas (ADI 175, RTJ 154/14, Pet. 409 – AgRg, RTJ 132/645 e ADI 825, DJ de 2-4-93).

3. Restrita, porém, essa representação judicial, às hipóteses em que compareça a Câmara a Juízo em nome próprio, não se estendendo às demandas em que deva ser parte a pessoa jurídica Distrito Federal, como por exemplo, a cobrança de multas, mesmo porventura ligadas à atividade do legislativo distrital.

4...

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1557/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, votação unânime, **STF**, DJ, de 20.06.97).

Requerente: Associação Nacional de Procuradores de Estado – ANAPE.

Requerido: Câmara Legislativa do Distrito Federal).

### ***SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA***

*“A Assembléia Legislativa, por não possuir personalidade jurídica, tem sua capacidade processual limitada à defesa de interesses institucionais próprios e vinculados a sua independência e funcionamento, restando ao Estado, por ser a pessoa jurídica de direito público, nos termos do que dispõe o art. 12, I, do CPC, a legitimidade para ocupar o pólo passivo da relação processual “ (STJ – 6ª Turma, Resp 94.397-PR, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 24.11.98, DJU, 17.02.99, p. 170).*

### ***TRIBUNAL DE JUSTIÇA – MS***

Apelação Cível – classe B – nº XXI – N. 59.340-0 – Campo Grande.

Relator Des. Joenildo de Souza Chaves

Apelante: Tribunal de Contas do Estado de Mato

Grosso do Sul (Drs. Antônio João Pereira Figueiró e Outros).

Apelado: Nery Martins Leite Filho.

**EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDEFERIMENTO DE PETIÇÃO INICIAL – TRIBUNAL DE CONTAS - ILEGITIMIDADE AD PROCESSUM – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.**

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul não tem legitimidade ad processum para ajuizar ação de execução decorrente de multa aplicada por tal Corte, por não se qualificar como pessoa jurídica de direito público interno, tal qual o Estado de Mato Grosso do Sul.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso. Votação unânime.

Campo Grande, 09 de junho de 1998”.

2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE CAMPO GRANDE/MS.

“Proc. n. 97.8371-3 – Ordinária

A: João Hugo Abreu Gondim

R: Tribunal de Contas do Estado.

**Despacho:** fls. 65: 1- concedo ao autor os benefícios da assistência judiciária; 2 - intime-se para que, em dez dias, emendar a petição inicial, dirigindo o pedido em relação ao Estado de Mato

Grosso do Sul, posto que o Tribunal de Contas Estadual não tem personalidade própria, tratando-se de órgão administrativo independente e de cooperação com o Poder Legislativo”.

A Constituição Federal estabelece que toda Administração Pública fica sujeita à fiscalização hierárquica e, certamente, por sua repercussão imediata no erário, a administração financeira e orçamentária submete-se a maiores rigores de acompanhamento, daí ter determinado o controle externo pelo Congresso Nacional, através do TCU.

No Estado Democrático de Direito, onde os Poderes são independentes e harmônicos entre si, os administradores públicos devem se conduzir pelos estreitos caminhos traçados pela Constituição Federal para evitar que um Poder interfira sobre o outro, comprometendo a independência e harmonia necessária entre eles.

Mesmo havendo independência entre os Poderes, cabe ao Poder Legislativo a incumbência de exercer o controle de algumas atividades administrativas do Poder Executivo, sobretudo, porque, “em algumas delas depende da cooperação do Legislativo, dada a relevância do ato e suas extensas repercussões políticas internas ou externas que só o Parlamento está em condições de bem valorar e decidir sobre sua legitimidade e conveniência.” (Hely Lopes Meirelles. Direito administrativo brasileiro, 18.ed. 1993. p.598).

Sobre estes aspectos, podemos passar a analisar a legitimidade da atuação dos Procuradores do Estado perante o Tribunal de Contas.

Como sabemos, os Tribunais de Contas, nas suas missões controladoras, executam funções de gestão financeira e de auxiliares do Poder Legislativo, cuja meta é a defesa de

bens e valores públicos, sem interferirem nas funções próprias e privativas de cada Poder ou Instituição.

O jurista Michel Temer, analisando a atuação dos Procuradores do Estado junto ao Tribunal de Contas de São Paulo, há mais de 25 anos, já entendia que ali estavam para defender os interesses da Fazenda Pública, e “não para representar ou servir a eles, Tribunais de Contas.”

O Estado de São Paulo, em exemplo a ser seguido, tem garantida, na Lei Complementar nº 478, de 18 de julho de 1986 a presença dos seus Procuradores, perante o seu Tribunal de Contas, defendendo, em caráter exclusivo, os interesses da Fazenda Pública, *in verbis*:

“Art. 24. São atribuições da Procuradoria da Fazenda junto ao Tribunal de Contas:

I - representar e defender, com exclusividade, os interesses da Fazenda do Estado, perante o Tribunal de Contas, requerendo e promovendo o que for de direito;

II - exercer outras atividades fixadas em lei.”

Feitas as colocações indispensáveis e irrefutáveis para justificar a legitimidade da presença dos Procuradores de Estado atuando junto ao nosso Tribunal de Contas, resta, agora, estabelecer qual seria a sua função e a real necessidade.

Admitir-se a necessidade da presença dos Procuradores do Estado atuando junto ao Tribunal de Contas, se justifica na necessidade de se propiciar o desempenho da representação judicial e extrajudicial dos interesses da Fazenda Pública, cujo papel, segundo o mestre **Célio Debes**, implica *“verificar a adequação à lei e aos interesses do Erário, emitindo parecer a favor ou contra. Opinando e auxiliando a Corte em sua missão de decidir”*.

De pronto, impelidos pelo dever de obediência à legalidade e eficiência, somos forçados a concluir que a presença do Procurador do Estado no Tribunal de Contas é necessária para tornar efetiva a proteção dos interesses do Erário Público junto ao Órgão cuja atividade, por determinação constitucional, está voltada ao controle administrativo da legalidade, à questão da legitimidade exclusiva na representação da Fazenda Pública e na realização de Justiça, consultiva ou postulatória.

Dessa forma, mostra-se, necessária, legítima e oportuna a atuação do Procurador do Estado perante o Tribunal de Contas, preventivamente nos Autos, num primeiro momento, avaliando e apontando possíveis irregularidades e nulidades processuais que poderão acarretar futuros prejuízos ao Erário e, noutro momento, identificada a lesão ao patrimônio público, tomando as providências judiciais cabíveis para a reparação do dano.

Dentre as atribuições constitucionais inerentes ao Tribunal de Contas da União, previstas no art. 71, aplicáveis aos Tribunais de Contas dos Estados por força do art. 75, ambos da Carta Magna, podemos destacar as previstas nos incisos II, VIII e § 3º do art. 71, que dizem respeito diretamente a reparação de prejuízos causados ao Erário Público e, por determinação constitucional, devem ser objeto de ação judicial a ser proposta pelos Procuradores do Estado.

Como se vê, é inegável a necessidade da atuação do Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul perante o Tribunal de Contas, não só para defender interesses da Fazenda Pública mas também para exercer, sem limitações, as atribuições legais especiais, previstas na Lei Complementar nº 95/01, diretamente relacionadas com as destinadas ao Tribunal de Contas.

#### 4. DA LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS.

A preocupação dos Procuradores de Estado com os resultados dos serviços públicos, reflete e se alia aos anseios da sociedade brasileira que, preocupada com os desvios no serviço público e com o descaso em relação ao Erário, pressionou os legisladores constitucionais, fazendo-os acrescentar o princípio da eficiência na Administração Pública ao *caput* do art. 37 da atual Carta Magna.

A atuação dos Procuradores do Estado junto ao Tribunal de Contas se faz necessária e se concretiza, principalmente, no exame prévio daqueles autos administrativos em que as decisões do Tribunal de Contas dão origem a título executivo, com a sua inscrição em dívida ativa e posterior execução fiscal, no intuito de exercer efetivamente o controle administrativo da legalidade, para evitar a ocorrência de nulidades processuais, passíveis de futuras alegações, pelos executados, em embargos à execução e, com isso, propiciar resultados eficientes com menores custos.

O envio prévio dos processos ao Procurador do Estado é a forma ideal de se evitar a remessa de autos findos, apenas para inscrição em dívida ativa e execução fiscal. Essa atuação, em instância administrativa preventiva, permite que se verifique a liquidez e a exigibilidade do crédito; possibilita que, de forma juridicizada, se exerça o controle administrativo da legalidade no sentido de evitar as nulidades processuais que propiciam aos faltosos a possibilidade de se furtarem ao pagamento; afasta as dificuldades burocráticas de tramitação dos processos administrativos; facilita a tomada célere de decisões que, sem dúvida, viabilizariam maior eficiência nos resultados obtidos nas atuações dos órgãos envolvidos.

A Constituição Federal, em seus arts. 71 e 74, estabelece regras de observância obrigatória pelos Estados, prevendo que o controle externo será exercido pelos Tribunais de Contas e que os Poderes manterão, sistema de controle interno de forma integrada, com a finalidade, dentre outras, de:

“ **CF.** Art. 71.

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.”

“ **CF.** Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União. ( no caso o Estado)

IV – Apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer



irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União (Estado), sob pena de responsabilidade solidária.

A Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado, por força do artigo 132 da C.F. que atribui aos Procuradores de Estado a representação judicial e a consultoria jurídica dos Estado, fixou as sua competências funcionais e, dentre elas, algumas que devem ser exercidas de forma integrada e conjunta com o Tribunal de Contas, na execução de suas decisões e apoiando na sua função institucional de controle externo da Administração Pública, senão vejamos:

“Lei Complementar nº 95/2001.

Art. 2º A Procuradoria-Geral do Estado é instituição essencial à Administração Pública Estadual, cabendo aos Procuradores do Estado, em caráter exclusivo, a representação do Estado e a defesa de seus direitos e interesses nas áreas judicial, extrajudicial e administrativa e, em especial:

I – promover a cobrança da dívida ativa estadual e das decisões do Tribunal de Contas em favor da Fazenda Pública Estadual;

II – propor ação discriminatória e ação civil pública;

Art. 3º São atribuições institucionais da Procuradoria-Geral do Estado, por meio de seus órgãos:

I – realizar a inscrição e o controle da dívida ativa estadual;

II – promover a representação nos crimes contra a administração pública estadual e a ordem tributária;

VII – propor medidas necessárias à

uniformização da jurisprudência administrativa e aos pedidos de extensão de julgados de seu interesse;

IX – defender os interesses do Estado nos contenciosos administrativos;

§ 1º - A Procuradoria opinará sobre:

1 – operações de crédito que assentarem em caução real das rendas públicas ou dos bens de domínio público;

2 – contratos de alienação, aquisição, permissão de uso ou cessão de uso e concessão de uso de bens imóveis do domínio estadual, mesmo quando celebrado em virtude de autorização legislativa;

3 – estabelecimento de garantias fidejussórias a serem oferecidas pelas empresas que gozam de incentivos e de benefícios financeiros concedidos pelo Estado.”

Assim, torna-se imprescindível que o controle da legalidade e a defesa dos interesses da Fazenda Pública perante a Corte de Contas deixem de ser exercidos por representantes do Ministério Público Especial, cujas funções institucionais, como fiscais da lei, não podem ser confundidas com a representação judicial e extrajudicial da Fazenda Pública, exclusiva de Procuradores de Estado.

## 5. DA ASSESSORIA ESPECIAL DE EXECUÇÃO

O artigo 103 da LC. nº 48/90, alterado pela LC. nº 78/94, assim regulamentava a execução das decisões do Tribunal de Contas:

**“ Art. 103 - O ajuizamento das ações para a cobrança executiva dos débitos resultantes**

de decisões do Tribunal de Contas, em face dos órgãos da administração estadual ou municipal, será feito por intermédio da Procuradoria-Geral do Estado, que receberá o título executório, com a documentação que se fizer necessária ao exercício do direito, através da Secretaria Geral.”

Na contramão dos ditames das Constituições, Federal e Estadual, aprovou-se a Lei Complementar nº 78/90 que, em seu art. 2º, atribuiu a Assessores Especiais de Execução competência para a execução judicial, dos valores referentes ao Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas - FUNTEC.

À época, a Associação dos Procuradores do Estado - APREMS, alertou sobre os prejuízos que a lei causaria ao Estado e apontou os artigos da Lei Complementar nº 78/94 que, de forma visivelmente inconstitucional, retiravam a representação judicial constitucional dos Procuradores para atribuí-la a terceiros que atuariam nas execuções das decisões do Tribunal de Contas.

Ainda assim, apesar dos vícios constitucionais insanáveis, o projeto foi aprovado, criando a Assessoria Especial de Execução do Tribunal de Contas, *in verbis*:

“ Art. 2º - Fica instituída a Assessoria Especial de Execução do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, competindo-lhe o ajuizamento das ações de que trata o artigo 103, da Lei Complementar nº 48, de 28 de julho de 1990, com as alterações desta lei nos termos que preceituar o Regimento Interno.”

As inconstitucionalidades acabaram se confirmando em todas as instâncias judiciais, pondo a perder todo o trabalho e

os investimentos realizados na tentativa de cobrar os créditos executados pelo Tribunal de Contas.

## 6. CONCLUSÕES

A representação judicial e extrajudicial dos Entes Federados, como garantia constitucional, nasceu da vontade da sociedade brasileira, que quis ver as atribuições incluídas na Constituição Federal, art. 132, como forma de se proteger dos governantes que enxergam o erário como patrimônio de ninguém e que prerrogativas constitucionais existem para serem exercitadas, desde que não atinjam seus interesses pessoais.

A Constituição Federal, ao atribuir competências constitucionais específicas a cada uma das carreiras que exercem funções essenciais à justiça, dentre elas a dos Procuradores de Estado, sem dúvida, pretendeu ter garantias seguras de que as Administrações Públicas agiriam sob controles rígidos e confiáveis, de forma eficaz, com a finalidade de evitar que, ao final de cada governo, tenha que pagar a conta deixada pelos governantes.

Os governantes, na defesa do pacto federativo, da legalidade, da transparência, da moralidade e da eficiência, com certeza, têm adotado medidas para viabilizar a atuação dos Procuradores de Estado junto ao Tribunal de Contas de seus Estados.

Queremos crer ter passado o tempo em que cobrar créditos da Fazenda Pública ou impedir a prática de ilegalidade não interessava, politicamente, aos detentores do poder que queriam as Procuradorias dos Estados cada vez mais fragilizadas, com falta de condições de trabalho e sem prerrogativas, como forma de facilitar a impunidade tributária e assegurar a ineficiência judicial e administrativa na reparação dos danos ao Erário.

Definitivamente, a presença do Procurador de Estado perante os Tribunais de Contas, ao contrário do que poderiam imaginar alguns, não representaria a defesa de interesses de governantes e, muito menos, a exclusão ou diminuição da atuação do Ministério Público Especial; ao contrário, estaria materializando-se a vontade da lei na defesa judicial e administrativa eficiente dos interesses da Fazenda Pública, pois, como se sabe, por determinação constitucional, o único *cliente* dos Procuradores é o Estado.

Campo Grande, 12 de novembro de 2003.

Norton Riffel Camate  
Procurador do Estado



# **AQÜÍFERO GUARANI INSTRUMENTOS PARA PREVENIR A POLUIÇÃO**

Senise Freire Chacha Zeola\*  
Cristiane da Costa Carvalho\*

---

\*Senise Freire Chacha Zeola - Procuradora do Estado

\*Cristiane da Costa Carvalho - Procuradora do Estado

Tese apresentada e aprovada no XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado em Aracaju, SE, 5-9 de outubro de 2003.

---

## INTRODUÇÃO

A escassez de água doce e o seu mau uso podem acarretar uma séria crise no século XXI, e gerar problemas ao desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente.

A água é um recurso natural finito, cuja qualidade encontra-se comprometida face ao aumento da população e ausência de políticas públicas voltadas para a sua preservação. Em nosso sistema solar, a chuva é um fenômeno exclusivo do planeta terra, provavelmente em virtude de sua distância do Sol, que faz com que a água, aqui, se apresente nos estados sólido, líquido e gasoso.

A maior parte do Planeta Terra, cerca de 97,5% do volume total de água da Terra formam os oceanos e mares, e somente 2,5% são as águas doces, sendo que 68,9% formam as calotas polares, e os 29,9% restantes constituem as águas subterrâneas doces. A umidade dos solos (inclusive daqueles gelados – permafrost) as águas dos pântanos representam cerca de 0,9% do total e a água doce dos rios e lagos cerca de 0,3%.<sup>1</sup>

O Ano Internacional da Água Doce (2003) foi proclamado mediante resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, proposta pelo governo do Tadjiquistão e apoiada por 148 países, incluindo o Brasil, com o objetivo de aumentar a consciência da população mundial acerca da importância da proteção e do gerenciamento da água doce.

Uma das finalidades do Evento é reafirmar a Declaração do Milênio das Nações Unidas, que se compromissou em, até 2015, reduzir pela metade a proporção de pessoas no mundo

---

<sup>1</sup> REBOUÇAS, Aldo da C. Águas doces no mundo e no Brasil. In: REBOUÇAS, Aldo da C. et al (orgs.). *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. 2.ed. São Paulo: Escrituras Editoras, 2002. p.7



sem acesso à água potável, bem como, acabar com a exploração insustentável dos recursos hídricos.

A escassez de água mundial é alarmante. Segundo a ONU, cerca de um bilhão de pessoas não têm acesso à água potável, e mais de três milhões morrem anualmente, vítimas de doenças causadas pela ingestão de água imprópria para consumo.

A falta d'água foi motivo de guerra no passado. Exemplo de conflitos internacionais de relevância que duraram décadas, são os das bacias do Tigre-Eufrates (Turquia, Síria e Iraque), do rio Jordão (Israel, Jordânia e Síria) e do rio Ganges (Índia e Bangladesh).<sup>2</sup>

No território brasileiro, destaca-se um grande aquífero artesiano, que se prolonga nos territórios de Argentina, Paraguai, Bolívia e Uruguai: o aquífero "Guarani".

Trata-se do maior aquífero artesiano do mundo, suficiente para abastecer de água potável a população dos países onde se localiza, durante aproximadamente dois milhões de anos, se for preservado. Apesar de se encontrar em grande profundidade, abaixo do lençol freático, o aquífero guarani não está livre da poluição.

Segundo Rodrigues (1999), "pelo princípio da conservação de energia, a precipitação total de água da atmosfera é igual à evaporação por ela recebida". Contudo, "grande quantidade da água precipitada nos continentes penetra por gravidade no solo até atingir as zonas saturadas que constituem o reservatório de água subterrânea: são os denominados "lençóis aquíferos" ou simplesmente "aquíferos".

---

<sup>2</sup> SALATI, Eneas et al. *Água e desenvolvimento sustentável*. In: REBOUÇAS, Aldo da C. et al. *op. cit.*, 2002. p.58

Os aqüíferos podem ser de dois tipos: “artesianos” e “livres”, estes também denominados “lençóis freáticos”. Os aqüíferos artesianos são aqueles em que a água se encontra sob pressão superior à atmosférica em decorrência de um desnível de sua superfície, provocado pelo confinamento de uma ou mais camadas de baixa permeabilidade.

Apesar de se encontrar em grande profundidade, abaixo do lençol freático, o aqüífero guarani não está livre da poluição.

A perfuração de poços artesianos, a construção de obras de engenharia que exijam escavações do subsolo, a mineração, a utilização de agrotóxicos nas lavouras e a poluição dos rios também podem comprometer a qualidade das águas subterrâneas, além, evidentemente, das águas do lençol freático.

O enfoque principal deste trabalho é um tema atual e abrangente – águas subterrâneas, especificamente, sobre o Aqüífero Guarani. Será abordada sua origem, definição, importância no cenário nacional e transfronteiriço, como nosso sistema jurídico brasileiro tem tratado as águas subterrâneas e quais os instrumentos preventivos indispensáveis na gestão desse recurso hídrico finito para a sobrevivência humana.

## 1. AGUAS SUBTERRÂNEAS

A água sempre representou um bem precioso na história da civilização humana. Relata a história que existem vestígios da utilização de águas subterrâneas que datam do ano de 1.200 A.C. Os chineses perfuraram poços de 100 metros de profundidade no ano 5.000 A.C, época em que a irrigação começava a ser implantada.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> MUSETTI, Rodrigo Andreotti. *Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos*. Leme, SP: LED, 2001. p.31.

Diversos códigos antigos prescreviam severas penalidades a quem danificasse captações de água, utilizadas para abastecimento de populações, e recomendavam práticas higiênicas, muitas das quais são ainda consideradas apropriadas e entre os documentos mais famosos, destacam-se o Código de Manu, na Índia; o Código rei Hamurábi, da Babilônia, 1792-1750; o Talmud, dos hebreus; o Alcorão, dos Muçumanos.<sup>4</sup>

Constata-se que no Brasil, as águas subterrâneas são utilizadas como fonte de abastecimento das populações desde à época dos tempos coloniais, especialmente nas regiões semi-áridas do Nordeste.

Desde o princípio, a captação da água subterrânea tornou-se uma das mais importantes possessões dos povos primitivos face à escassez ou irregularidade das chuvas nessas áreas.<sup>5</sup>

As águas subterrâneas têm três principais origens que são: a) meteórica: águas que são naturalmente recarregadas pela filtração de uma fração das precipitações - chuvas, neves, neblinas, principalmente que caem nos domínios emersos da Terra - a qual representa cerca de 97% dos estoques de água doce que ocorrem no estado líquido nas terras emersas - continentes e ilhas; b) conatas - águas que estão retidas, ou conatas, nos sedimentos desde as épocas de formação dos depósitos e têm, de modo geral, altos teores salinos; c) juvenil - a água gerada pelos processos magmáticos da Terra. É estimada em cerca de 300 metros cúbicos por ano.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> REBOUÇAS, Aldo da C. Águas subterrâneas. In: REBOUÇAS, Aldo da C. et (orgs.). *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. 2002. p.120.

<sup>5</sup> REBOUÇAS, Aldo da C. *op. cit.*, 2002. p.120.

<sup>6</sup> REBOUÇAS, Aldo da C. *op. cit.*, 2002. p.126-127.

Alguns motivos contribuem para que as águas subterrâneas tenham um valor econômico bastante atraente: preço inferior ao da água tratada, elevado grau de pureza e baixo custo de exploração.

Com relação a sua importância são múltiplos e crescentes os seus usos: exploração de poços artesianos para fins de abastecimento de populações; Indústrias e produção de energia geotermal, haja vista que as temperaturas de suas águas podem atingir entre 40 e 60 graus centígrados – balneoterapia; engarrafamento de águas minerais e potáveis, dentre outros.

Infelizmente, no Brasil, pouca importância se dá às águas subterrâneas. As águas superficiais têm tratamento superior, embora ambas se interliguem, fazendo parte em conjunto com a porção atmosférica do ciclo hidrológico.

## 2. AQÜÍFERO GUARANI

O Aqüífero Guarani foi descoberto no Estado de São Paulo, na cidade de Botucatu, na década de 50, quando recebeu o nome de Aqüífero Botucatu.

Posteriormente, em homenagem feita pelo geólogo uruguaio Danilo Anton à nação Guarani que habitava a região no início do período colonial, adotou-se o nome de Aqüífero Guarani.<sup>7</sup>

Aqüífero Guarani é o maior manancial de água doce subterrâneo transfronteiriço do mundo, abrange área aproximada de 1,2 milhão de km e está localizado nos territórios da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Localiza-se na região centro-oeste

---

<sup>7</sup> O que é o Aqüífero Guarani. Disponível em <http://www.mma.gov.br/pot./sqa/pantanal/site/esp1.html> Acesso em 04/07/03.

da América do Sul, entre 12º e 35º de latitude sul e entre 47º e 65º de longitude oeste e subjacente a quatro países. Da área total do aqüífero, 71% ocorrem no Brasil, 19%, na Argentina, 6%, no Paraguai e 4% Uruguai. A porção brasileira integra o território de oito Estados: MS (213.200 km<sup>2</sup>), RS (157.600 km<sup>2</sup>), SP (155.800 km<sup>2</sup>), PR (131.300 km<sup>2</sup>), GO (55.000 km<sup>2</sup>), MG (51.300 km<sup>2</sup>), SC (49.200 km<sup>2</sup>) e MT (26.400 km<sup>2</sup>). Estima-se que aproximadamente 15 milhões de habitantes vivem em cima desse aqüífero.

O Aqüífero Guarani ocupa uma área equivalente aos territórios somados da Inglaterra, França e Espanha.

Trata-se de água da chuva que escorreu lentamente para o subsolo, durante 100 milhões de anos, depurando-se, e que ocupa, hoje, profundidade entre 50 e 1500 metros. O suficiente para abastecer a população do mundo inteiro por uma década.<sup>8</sup>

Dessa forma o Brasil destaca-se no cenário globalizado como o maior proprietário de água doce do mundo.

Diversos fatores ameaçam esse megareservatório. A crescente urbanização nas proximidades das áreas de recarga coloca em risco a pureza dos lençóis freáticos, causando contaminação mediante construção de poços rasos e profundos, operados e abandonados sem tecnologia adequada. Essas áreas de recarga são:

os pontos de afloramento por onde o aqüífero se realimenta com as águas da chuva e a profundidade dos lençóis freáticos diminui. Por isso são os pontos frágeis do aqüífero, aqueles que ficam sujeitos à poluição. Nas

---

<sup>8</sup> ARNT, Ricardo. Água, sempre água! Lençol subterrâneo gigante: é o aqüífero guarani. Disponível em <http://www.ecolnews.com.br/agua.htm>. Acesso em 04.07.03.

outras zonas, as águas que se encontram a grandes profundidades, normalmente protegidas por camadas de rocha, estão livres desse risco.<sup>9</sup>

A poluição das águas superficiais que por sua vez, contaminam os lençóis freáticos, atingem as águas subterrâneas.

O desenvolvimento acelerado e incontrolado das atividades econômicas e o crescimento demográfico acompanhado de ausência de planejamento das cidades, resultam numa crescente poluição.

As principais origens de poluição de águas superficiais e subterrâneas são: efluentes domésticos, efluentes industriais, fertilizantes, esgotos in natura, agrotóxicos, dejetos de animais, atividades minerais, poços mal construídos/abandonados que se transformam em vetores de contaminação.

### **3. POLUIÇÃO HÍDRICA**

Os nossos rios e lagos recebem grandes quantidades de esgotos, detritos industriais, agrotóxicos, resíduos similares e outros, que poluem tanto as águas superficiais, quanto as subterrâneas e, por conseqüência, os mesmos estão morrendo asfixiados pelo imenso volume de impurezas lançadas, ao longo de seu curso, originárias de ação humana desprovida de ética e educação ambiental comprometendo a qualidade de vida das gerações atuais e das futuras.

A Lei n. 6.938 de 31.08.1981, em seu art. 3º, inciso III, define como poluição:

---

<sup>9</sup> O que são áreas de recarga? Disponível em [www.mmma.gov.br/port.squa/pantanal/site/esp2.html](http://www.mmma.gov.br/port.squa/pantanal/site/esp2.html). Acesso em 04/07/03

a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente, prejudiquem à saúde, a segurança e o bem-estar da população ou que afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente.

Poluição, do latim *polluere*, significa estragar, sujar, corromper. Poluição da água é:

a contaminação da água, em virtude do que se torna impura ou nociva ao uso. E essa poluição mostra o efeito de coisa a ela trazida, pela qual se alterou em sua pureza. A corrupção da água é o estrago dela, a sua inutilização por vários meios, inclusive pela contaminação.<sup>10</sup>

O déficit dos serviços de saneamento básico repercute na saúde pública, o que aumenta os custos do sistema de saúde, com elevado índice de internações hospitalares e medicamentos que por sua vez, oneram os cofres públicos e elevam as doenças provenientes do saneamento inadequado.

O saneamento ambiental está intimamente ligado à saúde. De acordo com entendimento de estudiosos no assunto, a cada R\$1,00 (um real) investido em saneamento básico, economiza-se R\$ 5,00 (cinco reais) em atendimento médico.<sup>11</sup>

A atual deterioração de nossos recursos hídricos pela falta de eficiência na gestão pública e no fomento da educação ambiental da sociedade brasileira compromete a nossa qualidade de vida.

---

<sup>10</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1993. p.389.

<sup>11</sup> Agenda 21 Brasileira. *Ações Prioritárias*. 1999. p.51.

Os serviços de saneamento básico compreendem o conjunto de atividades de abastecimento de água, coleta, tratamento e disposição de esgoto.

A Agenda 21 Brasileira almeja internalizar, nas políticas públicas do país, os valores e princípios de desenvolvimento sustentável com a finalidade de que o Brasil consiga atingir novo padrão civilizatório dentro do cenário globalizado.

O Objetivo 9 da universalização do saneamento ambiental, como instrumento de proteção ao meio ambiente e à saúde, é investir em saneamento básico a toda população brasileira. É um dos objetivos sociais que requer esforço de coordenação e vontade política em busca de investimentos financeiros pesados.

As patologias de veiculação hídrica, como a febre tifóide, leishmaniose, leptospirose, verminoses, dengue, malária, hepatite, cólera, vários tipos de diarreia, febre amarela, dentre outras, retratam o escasso acesso da população do saneamento básico da maioria das regiões do país, perfil esse que causa algumas vezes, a morte.

A matéria é bastante complexa e o setor de saneamento básico merece tratamento especial. As responsabilidades pela promoção e execução de ações que visem a prestação eficiente desse serviço público devem ser compartilhadas entre os entes da federação, necessitando-se urgentemente, estabelecer marcos de competência.

A proteção ambiental se faz presente em todas as esferas, cabendo ao poder público atuar de forma articulada e integrada para que os compromissos constitucionais possam ser cumpridos de forma pacífica, sem ocasionar dúvidas e conflitos, resultando em saúde – qualidade de vida – preservação ambiental.



De acordo com o art. 30, inciso V, da Lei Maior os Municípios têm competência para prestar os serviços de interesse local, abrangidos os serviços de saneamento.

Investir em saneamento proporciona algumas vantagens, dentre elas:

- decréscimo de mortalidade;
- redução das doenças transmitidas pelo não tratamento da água;
- redução da poluição dos mananciais;
- redução de gastos nas despoluições hídricas;
- redução de gastos com a saúde;
- mitigação da miséria;
- acréscimo da qualidade de vida;
- geração de renda e emprego;
- aumento do fluxo de turistas e
- desenvolvimento econômico-social.

Universalizar os serviços significa garantir o saneamento básico para toda a população, independente de sua classe social e econômica, por tarifas justas e gestão pública eficiente.

As obras com rede de água e esgoto não são facilmente visíveis, pois ficam no subsolo. Entretanto os resultados são valiosos e colaboram com o resgate da cidadania de grande parcela da comunidade brasileira, que vive em condições precárias de sobrevivência.

Encontra-se em tramitação pelo Congresso Nacional por iniciativa do Poder Executivo, o PL 4.147/2001, que “Institui diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências”.

A questão do saneamento básico não pode ser tratada de maneira isolada. Há necessidade de interação com as políticas nacionais de saúde, recursos hídricos, uso e ocupação

do solo e desenvolvimento sustentável e efetiva participação da sociedade, na busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

Um dos fortes instrumentos de conservação e proteção do meio ambiente, adotado em alguns estados da federação, respeitando as suas particularidades é o ICMS Ecológico, que traz resultados enobrecedores, no aumento da superfície das áreas (unidades de conservação); no tratamento ou disposição final dos resíduos sólidos urbanos, no sistema de tratamento ou esgoto sanitário ou na preservação dos mananciais de abastecimento.

### **3.1 Resíduos sólidos**

Os resíduos sólidos produzidos por diversos segmentos da sociedade, sejam eles provenientes de domicílios, construção civil, indústrias ou atividades agrícolas, ameaçam o equilíbrio ambiental, geram diversas formas de poluição (solo, água, ar, águas superficiais e subterrâneas, estética e paisagística), e acarretam sérios problemas na qualidade de vida de seus habitantes e dos bens naturais.

Entende-se que a questão dos resíduos sólidos é um sério problema enfrentado por todos os partícipes sociais e políticos, face ao consumo excessivo produzido pela sociedade moderna.

Quanto ao lixo, o diagnóstico em nosso país não é nem um pouco animador. A destinação final do lixo na maioria dos municípios é realizada a céu aberto, podendo acarretar a contaminação do lençol freático (rios, lagoas, lagos que servem de mananciais de abastecimento de água dos municípios), bem como, a contaminação das águas subterrâneas pelo chorume, especialmente preocupante nas áreas de recarga dos aquíferos.

Segundo a Pesquisa Nacional de Saneamento Básico, realizada em 2000, pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística-IBGE,

quase 60% das 229 mil toneladas de lixo coletadas diariamente no Brasil recebem destinação inadequada, mostrou que 68,5% dos resíduos gerados nos 4.026 municípios brasileiros com até 20 mil habitantes (que representam 73,1% dos 5.507 municípios do País) eram descarregados em lixões alagados. São conhecidos também os problemas com aterros sanitários em áreas impróprias, descargas ilegais, junto a mananciais, mistura com resíduos hospitalares (em 2.569 cidades, conforme IBGE).<sup>12</sup>

A Resolução n. 05, de 05 de agosto de 1993, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, define, em seu art. 1º, I, os resíduos sólidos e, no Anexo, classifica-os.

Quanto aos resíduos industriais, considerando a necessidade de formulação de Programas Estaduais e do Plano de Resíduos Sólidos Industriais imprescindíveis para que se tenha conhecimento da quantidade, tipos e destinos dos resíduos industriais gerados no país, que causam degradação à saúde humana e ao meio ambiente, o CONAMA, baixou a Resolução n. 313, de 29 de outubro de 2002.

Alguns estados da federação, dentre eles o Estado de Mato Grosso do Sul estão executando o Inventário de Resíduos Sólidos, visando conhecer e caracterizar os recursos industriais produzidos, a fim de subsidiar uma política de gestão voltada para o tratamento e destinação adequada dos mencionados resíduos.

<sup>12</sup> POLÍTICA para o lixo. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 17.11.02 Disponível em :<http://www.estado.com.br/editoriais>. Acesso em 03.ago.2003

A geração de resíduos sólidos, advindos da construção civil, e sua disposição em locais inadequados contribuem para a degradação ambiental, contaminar o solo, causar entupimento das redes de drenagem, enchentes, poluição dos recursos hídricos, proliferação de vetores de doenças, entre outros.

A questão de entulho da construção civil e de pequenas obras representa uma grande porcentagem de lixo gerado por uma cidade. Estima-se que cerca de 2/3 dos resíduos urbanos são gerados pelo setor da construção civil.

Considerando que a gestão integrada de resíduos sólidos deverá proporcionar benefícios de ordem social, econômica e ambiental, o CONAMA, baixou a Resolução 307, de 05 de julho de 2002, que “estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a questão dos resíduos da construção civil”.

Sendo assim, os Municípios e o Distrito Federal deverão elaborar Programa de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil, estabelecendo técnicas, procedimentos, aproveitamento dos resíduos da construção e postos de entregas/coletas desse material em vários pontos da cidade. As prefeituras ficarão responsáveis pelos resíduos de pequeno porte.

Por outro lado, os grandes geradores deverão elaborar o Projeto de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil, adequado ao Projeto Municipal, que inclua coleta, triagem, transporte e destinação final do entulho, com mecanismos de incentivo ao reuso.

Alguns municípios brasileiros, que gerenciam esse tipo de resíduo, fazem uso do material reciclado, o que vai desde a pavimentação de ruas, calçamento de praças, logradouros, até construção de casas populares.

Portanto espera-se que essas normas conduzam a diminuição de impactos negativos ao meio ambiente (degradação do solo, poluição hídrica, enchentes, dentre outros) e mobilizem sociedade civil seja mobilizada a participar e que o aproveitamento dos resíduos da construção civil, sejam utilizados na construção de cidades ambientalmente saudáveis.

### **3.2 Agrotóxicos**

Outra ameaça é a incorreta destinação das embalagens de agrotóxicos, que colocam em risco à saúde humana, inclusive o Aqüífero Guarani.

Grande parte das embalagens é jogada em rios, queimada a céu aberto, abandonada na lavoura, enterrada sem critério sendo até mesmo reutilizada para acondicionamento de alimentos e água. Alguns poluentes ameaçam este reservatório de águas doces.

Segundo estudos da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA, o Aqüífero Guarani vem sendo contaminado por agrotóxicos nas áreas que estão perto da superfície. Com o avanço da monocultura intensa sobre as chamadas área de recarga, onde a proximidade do aqüífero com a superfície o expõe à água de chuva e dos rios. As áreas de recarga estão, em média, 40 a 50 metros da superfície, sob risco de contaminação, abrangem 100.000 Km<sup>2</sup>.

A pesquisa coordenada pelo geólogo Marco Antônio Ferreira Gomes, da Embrapa Meio Ambiente, em Jaguariuna, interior de São Paulo, encontrou níveis de agrotóxicos próximos aos limites considerados perigosos para a saúde humana, num dos trechos paulistas do Aqüífero, e definiu, como críticas, áreas do Brasil Central, que englobam trechos dos Estados de Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, além de áreas que exemplificou no interior do Paraná, com cultivo de milho; na região de Lajes, em Santa Catarina, com cultivo de maçã, e na

área de Alegrete, no Rio Grande do Sul, com cultivo de arroz irrigado.<sup>13</sup>

Com a finalidade de evitar que o problema se agrave ou espalhe, a equipe está desenvolvendo um zoneamento ambiental para tirar a pressão poluente em cima das áreas de recarga.

Um problema sério para os Estados de fronteira onde se localiza o Aqüífero, é o uso de agrotóxicos contrabandeados que, além de causar danos à saúde, com o agravante de que são desconhecidos os componentes químicos, podem poluir as águas superficiais e subterrâneas.

## **4. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E CONTROLE DA POLUIÇÃO**

### **4.1 Domínio das águas**

No tratamento do meio ambiente e mais precisamente, das águas, afigura-se impossível definir estaticamente a competência para disciplinar o direito positivo sobre a matéria.

Quando o tema é “águas subterrâneas” e, mais precisamente, “Aqüífero Guarani”, a questão torna-se mais complexa, pois envolve outros quatro países: Argentina, Bolívia, Paraguai e Uruguai.

Segundo o art. 26, I da Constituição Federal as águas subterrâneas pertencem aos Estados. Já o art. 29, I, “c” do Código de Águas (Decreto 24.643/1934), previa que quando as águas se estendem a territórios de outros países são

---

<sup>13</sup> LOPES, Reinaldo José. Poluentes ameaçam megarreserva de água. Folha online Ciência, 21.08.02. Disponível em <http://www.folha.uol.com.br/folha-ciencia>. Acesso em 06.08.03.

consideradas bens da União, sem diferenciar águas superficiais de águas subterrâneas.

A Carta Maior determinou que os recursos naturais, incluindo do subsolo são bens da União (art. 20, IX). No art. 22, IV da Constituição Federal, institui competência privativa da União para legislar sobre águas.

Surge, então, a controvérsia, que talvez somente será sanada após aprovação de emenda constitucional que inclua as águas subterrâneas que se estendem por mais de um Estado dentre os bens da União. Nesse sentido, é a proposta de emenda constitucional (PEC) 43/2000, em tramitação no Congresso Nacional.

Ademais, a edição de tratado ou protocolo de intenções entre os países, sobre a exploração e gerenciamento do Aqüífero Guarani, enseja o monopólio da União para estabelecer normas gerais, pois é ela que se relaciona com os Estados estrangeiros, conforme art. 21, I da Carta Magna.

Entretanto normas atinentes à preservação e proteção do Aqüífero podem ser editadas por Estados e até mesmo por municípios. Com efeito, o art. 24, VI da Constituição consagra a competência comum dos três entes federados para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle de poluição.

Essa já era a orientação da Resolução Conama n. 20 de 18 de junho de 1986, sobre classificação das águas, a qual estabelece no art. 39:

Os Estados, Territórios e o Distrito Federal, através dos respectivos órgãos de controle ambiental, deverão exercer sua atividade orientadora, fiscalizadora e punitiva das atividades potencialmente poluidoras instaladas em seu território, ainda que os

corpos de água prejudicados não sejam de seu domínio ou jurisdição.

Na prática, a esfera de competência legislativa afeta aos municípios será menor, pois na organização constitucional referente ao meio ambiente os Estados detêm competência legislativa concorrente com a União, quando podem legislar de forma supletiva, conforme art. 24 da Constituição Federal, competência residual, prevista no art. 25, §1º, e autônoma, quando regulamenta normas de cunho administrativo.

Aos Municípios restará a competência legislativa suplementar em relação aos Estados, ou seja, regulamentar normas por eles não previstas expressamente, geralmente referentes ao poder de polícia administrativa.

Embora não exista propriamente uma hierarquia constitucional e, sim, repartição de competências, Estados e Municípios estão subordinados pela Constituição Nacional à orientação legislativa da União para tratar o Aqüífero Guarani.

#### 4.2 Projeto Aqüífero Guarani

O aqüífero Guarani vem recebendo maior destaque notadamente após a implementação do Projeto, de mesmo nome, que inaugura o convênio entre os países por ele abrangidos.

Esse gigantesco depósito de água potável, ainda limpo, é um dos maiores tesouros das terras sul-americanas, que merece tratamento jurídico cuidadoso.

O projeto foi instituído com o objetivo de formalizar a cooperação dos estados onde está localizado o aqüífero, a fim de que seu gerenciamento seja eficaz e atenda, preferencialmente, as populações de seu território.



É fundamental que se estenda os quatro países e diversos estados e províncias, a congruência das normas de direito ambiental visando ao resguardo da exploração e controle da poluição.

O Projeto conta com a participação dos três entes Federados no Brasil, coordenados da seguinte forma: Unidade Nacional de Execução do Projeto (UNEP-Brasil) e Unidades Estaduais de Execução do Projeto (UEEPs) dos oito estados abrangidos pelo Aqüífero Guarani: Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

A próxima reunião do Projeto será na cidade de Ribeirão Preto, no Estado de São Paulo, visto que toda a água daquele município provém da exploração do Aqüífero Guarani, através de 99 poços artesianos, perfurados pela Prefeitura, até o momento, responsáveis pela produção de mais de 304 milhões de litros de água por dia.

Está em fase de elaboração um modelo de gerenciamento para o Aquífero Guarani. Entretanto Estados e Municípios não podem permanecer na expectativa da conclusão desse projeto de manejo e devem, desde já, criar leis e implementar sua aplicação com o intuito de proteger as águas superficiais e subterrâneas, visando, em especial, estabelecer uma gestão coordenada e racionalizada dos recursos do Aqüífero Guarani.

Com a finalização do modelo de gerenciamento do Aquífero Guarani, os Estados e Municípios limitar-se-ão a adaptar suas legislações às novas normas.

## 5. ACORDOS E CONVÊNIOS INTERNACIONAIS

O comprometimento da qualidade das águas subterrâneas, notadamente aquelas localizadas nos aquíferos artesianos, em maior profundidade, preocupa a Comunidade Internacional.

Além de os Aquíferos serem fontes de água potável de grande quantidade, são em sua maioria transfronteiriços, o que exige cooperação de todos os Estados por eles abrangidos.

Os Estados buscam estabelecer em conjunto diretrizes para gerenciar a exploração e conservação dos recursos hídricos. Desde a Conferência de Estocolmo, em 16 de junho de 1972, estabeleceu-se, como princípio universal, o desenvolvimento sustentável como forma de manter os recursos para as futuras gerações.

Em relação ao Aquífero Guarani, aplicam-se os tratados vigentes no Mercosul: Tratado da Bacia do Prata, em 1969, Tratado de Assunção, em 1991 e, finalmente, Tratado de Ouro Preto, em 1994, no qual foi elaborado um Protocolo de Intenções.

Há proposta de criação de uma corte de Justiça do Mercosul, na qual devem ser discutidas questões ambientais, inclusive as relacionadas aos Aquíferos.

É inegável que o Aquífero será um importante recurso para o abastecimento de água no Brasil e no mundo. Dessa forma é imprescindível postergar, ao máximo, a necessidade de sua exploração, na tentativa de manter saudáveis os lençóis freáticos e os rios, fontes principais de captação de água, legando a exploração do Aquífero às comunidades por ele abrangidas que já não dispõem desses recursos.

A exploração do Aqüífero Guarani para o beneficiamento de comunidades estrangeiras deverá ser cobrada com razoabilidade, considerando a preciosidade da água, mas também sua necessidade para a sobrevivência humana.

Entretanto a referida exploração deve ser limitada a fim de que jamais, em qualquer hipótese, os países em cujos territórios se localiza o Aqüífero fiquem privados do abastecimento de suas águas.

## 6. LEGISLAÇÃO FEDERAL

Embora o Código de Águas seja de 1934 (Decreto 24.643 de 10/7/1934), a sistematização da disciplina dos recursos hídricos é recente. Destaca-se a Lei 9.605/98, que trata de crime ambiental; a Lei 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos; a Lei 7.802/89, que trata dos agrotóxicos, dentre outras.

“A bacia hidrográfica engloba áreas superficiais e subterrâneas”.<sup>14</sup> Assim, segundo a orientação da Lei de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), o Aqüífero Guarani está incluído na área dos Comitês das Bacias Hidrográficas.

Consoante o art. 12 da Lei 9.433/97, *“estão sujeitos a outorga pelo Poder Público a extração de água de aqüífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo”*.

Compete aos Comitês de Bacias, órgãos colegiados compostos por representantes do Poder Público e da sociedade civil, instituído pela Lei 9.433/97, decidir sobre o Plano de

---

<sup>14</sup> COLLIARD, Claude Albert. Regimé des fleuves internationaux, I Recueil des Cours, 1968, apud Maria Luiza Machado Granziera. O direito das águas, disciplina jurídica das águas doces. São Paulo, SP: Atlas, 2001.

Recursos Hídricos, os critérios de outorga, de cobrança pelo uso da água e dirimir conflitos entre usuários.

Comporão os Comitês, em rios de domínio da União, e representantes públicos da União, dos Estado, do Distrito Federal, dos municípios e representantes da sociedade, tais como, usuários das águas de sua área de atuação, e das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada.

A Resolução nº 05, de 10 abril de 2000 estabelece regras para formação e funcionamento dos Comitês de Bacia Hidrográfica. Nos Comitês de Bacias de rios fronteiriços e transfronteiriços, a representação da União deverá incluir o Ministério das Relações Exteriores e, naqueles cujos territórios abrangem terras indígenas, representantes da Fundação Nacional do Índio - FUNAI e das respectivas comunidades indígenas.

Cada Estado deverá fazer a respectiva regulamentação referente aos Comitês de rios de seu domínio. Alguns Estados, a exemplo de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Espírito Santo já estão em estágio bem avançado no processo de regulamentação, com diversos Comitês criados.

## **7. LEGISLAÇÃO ESTADUAL E POLÍTICA COORDENADA ENTRE OS ENTES FEDERADOS**

A Carta Magna prevê que uma Lei Complementar fixará norma para a cooperação entre União e os Estados, Distrito Federal e os Municípios, visando ao equilíbrio de desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional, (art. 23, parágrafo único CF/88).

O que, em outras palavras, significa que a Lei Complementar disciplinará as funções e deveres das entidades

da federação quanto ao saneamento básico, o que esclarecerá, de modo definitivo, a questão acerca da titularidade do serviço público nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões definidamente constituídas.

Os Estado, além das leis específicas, instituindo política estadual de recursos hídricos, política ambiental, controle de poluição, devem editar decretos regulamentadores.

Além disso, é imperioso que elaborem zoneamento local das áreas de recarga do Aqüífero Guarani e convênios de colaboração na fiscalização e, até mesmo, leis.

No Estado de Mato Grosso do Sul, por exemplo, embora a lei de recursos hídricos já tenha sido publicada em 30 de dezembro de 2002, não foi, até esta data, editado decreto regulamentar, estabelecendo as hipótese de concessão e autorização a serem outorgadas pelo Poder Público, bem como as formas de cobrança pelo uso de águas subterrâneas.

Os oito estados que abrigam o Aqüífero Guarani devem tratar sobre a política estadual de recursos hídricos e de meios para evitar a poluição, editando leis sobre resíduos sólidos, lixo, licenciamento ambiental, dentre outras. A omissão legislativa e regulamentar em que um deles pode favorecer a poluição do Aqüífero, estendendo-se para os outros.

Outrossim, se não houver política de cooperação, uniformidade nos incentivos e sanções, as empresas poluidoras poderão se instalar naqueles Estados com legislação ambiental menos rigorosa, com prejuízos financeiros e, quiçá, morais, aos demais.

Portanto, é necessária, além da congruência entre as legislações dos Estados de Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná Rio Grande do Sul, Santa Catarina

e São Paulo, a criação de um mecanismo de cooperação, através de convênio, visando também a um intercâmbio de conhecimentos.

Sugere-se, outrossim, a criação de um grupo de trabalho multidisciplinar para atualizar a legislação e implementar a prevenção, formado por Procuradores do Estado, Procuradores autárquicos, geólogos, engenheiros, representantes da política ambiental. Esse grupo pode ser integrado à Unidade Nacional de Execução do Projeto Aqüífero Guarani.

## 8. ATUAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Conforme Freitas(1998):

Os municípios não são contemplados com qualquer domínio sobre rios ou lacustres. Desde a Constituição Federal de 1946 Preferidos bens são partilhados entre União e Estados, excluídos os municípios. (Freitas, 1999, p.363).<sup>15</sup>

Mas isso não os exime de responsabilidade.

Diversos municípios elaboraram leis para o cadastramento de poços tubulares profundos, para utilização de água subterrânea, a exemplo de Porto Alegre, no RS, que editou a Lei Municipal 7.560/94 instituindo um Cadastro Municipal de Poços Tubulares Profundos.

Geralmente o licenciamento para a perfuração de poços é atribuição dos Estados, mas os Municípios devem participar desse controle através da edição de normas visando à

---

<sup>15</sup> FREITAS, Vladimir Bastos de. *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998. p.363.

fiscalização, cadastro e supervisão das atividades. Portanto esse cadastro municipal de poços tubulares e poços profundo deve ser previsto em lei local.

Quanto às localidades que forem explorar efetivamente o Aqüífero Guarani, a exemplo da cidade de Ribeirão Preto, já mencionada, a perfuração de poços artesianos deverá ser atribuição exclusiva do Município, com supervisão de técnicos responsáveis.

Sabe-se que os poços que podem atingir o Aqüífero são incomuns, devem ter grande profundidade. Mas mesmo os poços de menor profundidade podem acarretar poluição indireta do Aqüífero, ao contaminar as áreas de recarga. Portanto trata-se de uma poluição invisível, porém real e possível.

Além da suscetibilidade à contaminação, a perfuração de poços na área de recarga pode acarretar a sobreexploração do aquífero e o conseqüente rebaixamento do lençol freático, com impacto nos corpos d'água superficiais, a exemplo do que ocorre na cidade do México e em Bangkok.

Como a perfuração de poços depende da expedição de uma ART (Anotação de Responsabilidade Técnica) pelo Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura-CREA, deve-se determinar, através de lei, que este órgão informe ao Município, para fins de cadastro numerado, toda solicitação de perfuração de poços profundos. Esse cadastro também se prestará, evidentemente, para estabelecer eventual taxa pela utilização da água por este meio.

As leis visando ao cadastramento de poços deve exigir prévio registro no CREA, informações do proprietário do local onde será perfurado o poço, o nome do responsável técnico, o projeto de execução e destinação. A não observância dos requisitos legais deve acarretar sanções administrativas e

pecuniárias, como aplicação de multas.

Segundo o Departamento Municipal de Águas e Esgoto de Porto Alegre, o cadastramento dos poços tubulares profundos tem como objetivo, dentre outros:

- levantar dados sobre os poços tubulares profundos em uso no município, incluindo aspectos construtivos, hidrológicos e de qualidade da água;
- possibilitar a identificação e localização dos usuários de água subterrânea no município;
- estabelecer diretrizes para a regulamentação do uso da água subterrânea, de forma complementar ao disposto em legislação estadual;
- permitir melhor acompanhamento, em termos de saúde pública, das condições de abastecimento dos usuários de água subterrânea;
- promover o uso controlado da água subterrânea, de forma complementar à rede pública, para o abastecimento nas áreas desprovidas desse serviço;
- estimular a hidrometração dos poços, a fim de se obter tarifação mais justa pelo uso da rede de esgotamento sanitário;
- promover a qualificação técnica das empresas atuantes no setor, estimulando o credenciamento dos profissionais e a regularização das obras construtivas;
- divulgar aos técnicos da área e ao público em geral, a problemática do gerenciamento dos recursos hídricos subterrâneos e das ações preventivas desenvolvidas.

Estes objetivos são ainda mais veementes nas regiões onde se localiza o Aqüífero Guarani.

Além da preocupação com a perfuração de poços, há outra gama de atribuições aos municípios, relacionadas à sua competência de prestar serviços públicos de interesse



predominantemente local, consoante dispõe o art. 30, V da Constituição Federal, abrangidos os serviços de saneamento.

São os municípios que irão supervisionar construções, depósitos de lixo, destinação dos resíduos sólidos, visando à preservação das águas superficiais, subterrâneas, inclusive nas áreas próximas à perfuração de poços.

Com efeito, o art.98 do Código das águas dispõe que “são expressamente proibidas construções capazes de poluir ou inutilizar para uso ordinário a água do poço ou nascente alheia, a elas preexistentes”.

O gerenciamento dos resíduos sólidos urbanos é da competência do poder público municipal que encontra, na educação ambiental, um forte aliado.

Os administradores municipais fortalecem a conscientização coletiva acerca da importância dessas ações se contar com o apoio da classe empresária e da sociedade civil.

Entende-se que a maneira mais adequada para o tratamento do lixo, ainda é a coleta seletiva, meio de separação dos resíduos pelas fontes geradoras.

É válido salientar que a grande maioria das prefeituras não possuem técnicas para o procedimento da coleta seletiva dos resíduos, as soluções dependem da vontade política e mobilização da sociedade. A reciclagem de lixo produz alguns benefícios:

- diminuição com aterros sanitários;
- proteção dos recursos naturais;
- economia de energia e água;
- reaproveitamento de materiais;
- diminuição da poluição hídrica;

- promoção da cidadania e
- geração de rendas e empregos.

Portanto a coleta do lixo, além de proporcionar condições de moradias adequadas, se feita de modo seletivo e em conjunto com a reciclagem age de maneira produtiva na conservação do meio ambiente e na melhoria das condições sociais do país.

A realização da coletiva seletiva participativa também influi positivamente na vida dos catadores de lixo - colaboradores ambientais, que atuam em prol do meio ambiente saudável, evitando que o acúmulo de lixo produzido pelo consumo desordenado, não provoque enchentes, não contamine o solo, os lençóis freáticos, o ar, pois, através da coleta, fica mais fácil o trabalho dessas pessoas que lutam arduamente por uma vida digna, que mantém a sobrevivência por meio do lixo. Para esses cidadãos o nosso lixo de cada dia é “luxo”.

## **9. EDUCAÇÃO AMBIENTAL**

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, promovida pela ONU e realizada em Estocolmo, em junho de 1992, firmou 26 princípios fundamentais de proteção ambiental que influíram positivamente na elaboração do Capítulo que trata do meio ambiente na Carta Magna/88, na qual foi reconhecido o meio ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do Homem.

A Agenda 21, resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento/92, celebrada no Rio de Janeiro, faz uma avaliação dos setores econômicos e sociais com metas destinadas a melhorar os impactos ambientais e de desenvolvimento sustentável, dando ênfase à proteção da qualidade e do abastecimento dos recursos hídricos.

O controle dos usos e qualidade das águas subterrâneas ainda não é eficiente, em razão de carência de conhecimentos essenciais e das legislações apresentarem lacunas, havendo necessidade de integração (águas superficiais/subterrâneas) para a promoção conjunta dos recursos hídricos. Alguns estados brasileiros têm procurado integrar as águas subterrâneas à Política Estadual de Recursos Hídricos.

A atuação da sociedade nesse processo é fundamental, entretanto para ser partícipe nesse processo necessita de conhecimentos elementares, relação águas superficiais/subterrâneas, importância da água no cotidiano, mudanças de atitudes para evitar poluição dos recursos hídricos, desperdício de água, contaminação dos solos, ou seja, uso adequado dos recursos hídricos a fim de garantir qualidade de vida para a subsistência atual e das futuras gerações.

O Poder Público tem um desafio a enfrentar, transmitir de forma clara, deselitizada, as informações hidroambientais e interferir nas mudanças de atitudes da coletividade na edificação de consciência ética, sensível aos problemas ambientais.

A ameaça ao ambiente é questão eminentemente ética. Depende de uma alteração de conduta. A antiga filosofia sustentava que a função do conhecimento era sustentar a ética.(Nalini,2001, p.22).<sup>16</sup>

[...] Apenas uma nova cultura ambiental, poderá coibir a interação de práticas lesivas, hoje disseminadas e, pior ainda, toleradas. Isso não depende do governo. Ele não é o único vilão dessa lamentável história. Todos nós somos responsáveis pelos desastres cotidianos ocorridos em vários cantos da

---

<sup>16</sup> NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas,SP: Millennium, 2001. p.22.

cidade. A poluição das praias, o desmatamento das encostas, os lixões, a venda de animais silvestres em feiras livres fazem parte do dia-a-dia, e pouco fazemos para repudiar esses crimes.(Raminel, 1999, p.65).<sup>17</sup>

Como bem sabemos, o bem ambiental é difuso, pertence a toda coletividade, através da promoção da educação ambiental, prepara cidadãos conscientes ecologicamente, preocupados na recuperação e conservação do meio ambiente, associando seus problemas cotidianos à degradação ambiental e reconhecendo que são responsáveis por essa questão.

Incumbe ao Poder Público, entre outras atribuições, “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente” (art. 225, § 1º, VI da CF/88).

A importância da preservação dos recursos hídricos é papel fundamental de responsabilidade dos entes federados e de toda a comunidade que habita o planeta Terra.

Um dos instrumentos de defesa ambiental é a educação, na qual o ser humano assume plenitude de sua dignidade e resgata a cidadania.

Nesse contexto, surge a Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999, que “Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências”, sendo atualmente regulamentada pelo Dec. Federal n. 4.281, de 25 de junho de 2002.

---

<sup>17</sup> RAMINEL, Ronald. A natureza na colonização do Brasil. In REIGOTA, Marcos (org.). *Verde cotidiano - o meio ambiente em discussão*. Rio de Janeiro: DP&A, 1999. p.65. NALINI, *op. cit.*, 2001. p.22.

A Lei n. 9795/99, em seu artigo 13, Parágrafo único, inciso I, conceitua educação formal e informal e determina que o Poder Público em todos os níveis da federação incentivará “a difusão, por intermédio dos meios de comunicação de massa, em espaços nobres de programas e campanhas educativas, e de informações acerca dos temas relacionados ao meio ambiente”.

As ações educativas podem realizar-se de duas formas: educação formal e educação informal.

Entende-se por educação ambiental formal aquela que é desenvolvida no âmbito da rede de ensino regular, mediante atuação curricular.

A educação informal funciona através de ações e práticas educativas direcionadas para a realidade social e ambiental das comunidades urbanas, rurais, locais e regionais.

A educação ambiental deve e pode ser executadas nas duas formas para que consiga atingir a conscientização ética da coletividade.

Será dado enfoque maior sobre a educação informal. A coletividade para se tornar eticamente consciente da importância que representa esse potencial hídrico, inserido no território nacional, necessita urgentemente de informação deselitizada, linguagem simples, coerente e claro, exposições concisas, fundamentais na formação do caráter humano em busca da aliança economia-desenvolvimento sustentável.

As campanhas educativas devem ter linguagem clara e concisas para facilitar o entendimento pelos diversos segmentos da sociedade.

Por intermédio de métodos ou ações simples, tais como: cartilhas, folders, vídeos, exposições, museus pode sensibilizar

a população da necessidade de integração homem-natureza, demonstrando a importância e valorização dos recursos naturais.

A disseminação das informações hidroambientais (campanhas, programas, seminários, conferências, entrevistas, dentre outros métodos) tem repercussão acelerada através dos meios de comunicação de massa (televisão, rádio e jornal), em espaços nobres de programa.

Os entes federados devem criar mecanismos de cooperação entre os Poderes Legislativos de sua esfera de competência, para utilizar os canais de comunicação (rádio, TV, jornais, boletins) das Assembléias Legislativas, Câmara de Vereadores, Senado Federal e Câmara Federal, pois é de suma importância que os nossos representantes parlamentares estejam comprometidos no processo de valorização dos recursos naturais, bem como, da conservação e utilização de forma sustentável dos recursos hídricos para as presentes e futuras gerações.

É salutar fomentar a educação ambiental entre os atores participantes, na qual as responsabilidades são compartilhadas entre os órgãos governamentais e os cidadãos, com a finalidade de melhorar a qualidade de vida da população brasileira.

Como é sabido, a ausência de conhecimentos transforma povos em agentes negativos do meio ambiente e de decréscimo econômico, o que contribui para o aumento da miséria, desemprego e ausência de qualidade de vida.

## **10. CONSIDERAÇÕES ARTICULADAS**

A competência para legislar sobre águas e, mais precisamente, “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de

seu uso” é privativa da União, segundo os artigos 22, IV e 21, XIX, respectivamente, da Constituição Federal.

No entanto os Estados é que têm a atribuição de fiscalizar a observância das normas federais, e de exercer o poder de polícia e também o poder regulamentar, na medida em que lhe outorga o art. 24, inciso VI da Constituição Federal.

Deve se buscar uma congruência entre as leis vigentes nos Estados onde se localiza o Aqüífero Guarani, para evitar a poluição nas áreas de “recarga” e criação de um mecanismo de cooperação, através de convênio, visando também a um intercâmbio de conhecimentos.

Os Estados e os Municípios não podem permanecer na expectativa da conclusão do Projeto Aqüífero Guarani e viabilização do modelo de gerenciamento. Devem, especialmente, os municípios, não abrangidos no Projeto, editar leis e implementar sua aplicação com o intuito de proteger as águas superficiais e subterrâneas, visando, em especial, estabelecer uma gestão coordenada e racionalizada dos recursos do Aqüífero Guarani. Após, poderão adaptar sua norma ao modelo de gestão a ser apresentado por ocasião da conclusão do Projeto.

O abastecimento pelas águas do Aqüífero Guarani não pode ser exclusivo dos países por ele abrangidos, mas evidentemente esses países devem ter o privilégio de sua utilização e a garantia de que, em nenhuma hipótese, serão privados dessa exploração.

Para atualizar a legislação e implementar a prevenção da sobrevida de tão imenso recurso hídrico, sugere-se a criação de um grupo multidisciplinar, formado por Procuradores do Estado, Procuradores autárquicos, geólogos, engenheiros, representantes da política ambiental, grupo esse que pode ser

integrado à Unidade Nacional de Execução do Projeto Aqüífero Guarani.

O Poder Público têm um desafio a enfrentar, o de transmitir de forma clara, deselitizada, as informações hidroambientais, para interferir nas mudanças de atitudes da coletividade na edificação da consciência ética, sensível aos problemas ambientais.

Os entes federados devem criar mecanismos de cooperação entre os Poderes Legislativos de sua esfera de competência para utilizar os canais de comunicação (rádio, TV, jornais, boletins) das Assembléias Legislativas, Câmara de Vereadores, Senado Federal e Câmara Federal, pois é de suma importância que os nossos representantes parlamentares estejam comprometidos no processo de valorização dos recursos naturais, bem como da conservação e utilização de forma sustentável dos recursos hídricos para as presentes e futuras gerações.

É salutar fomentar a educação ambiental entre os atores participantes, na qual as responsabilidades são compartilhadas entre os órgãos governamentais e os cidadãos, com a finalidade de melhorar a qualidade de vida da população brasileira.

## REFERÊNCIAS

Agenda 21 Brasileira. Ações prioritárias. 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 1998.



GRANZIERA, Maria Luíza Machado. **Direito das águas, disciplina jurídica das águas doces.** São Paulo: Atlas, 2001.

LOPES, Reinaldo José. Poluentes ameaçam megarreserva da água. Folha online Ciência, 28.08.02. Disponível em <http://www.folha.uol.com.br/folhaciência>. Acesso em 06.08.03.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental.** Campinas: Millennium, 2001.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. **Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos.** Leme: LED, 2001.

POLÍTICA para o lixo. O Estado de S.Paulo, 17.11.02. Disponível em <http://www.estado.com.br/editoriais>. Acesso em 03.08.03.

REIGOTA, Marcos (org.). **Verde cotidiano - o meio ambiente em discussão.** Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

REBOUÇAS, Aldo da C. et al (orgs.) **Águas doce no Brasil: capital ecológico, uso e conservação.** 2.ed. São Paulo: Escrituras Editoras, 2002.

REZEK, José Francisco. **O direito internacional no século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Alonso Urbano. **Rebaixamento temporário de aquíferos.** São Paulo: Tecnogeo/ Engenharia Fundações/ Geofix, 1999.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2001,



# **PARECERES**

---

**Parte III**

---



PARECER PGE/Nº 033/02

PARECER PAA/Nº 019/02

Processo Nº 15/000555/2002

Interessado: Auditor-Geral do Estado.

Assunto: Análise da incidência do parágrafo 1º do art. 65 da Lei 8.666/93 aos convênios.

Ementa: **Convênios - aplicabilidade da lei 8.666/93 - ART. 116 - realinhamento de valores.**

O art. 116 da Lei 8.666/93 é a regra específica que disciplina a atuação dos convênios pactuados pela Administração Pública.

Em havendo realinhamento de valores do convênios, aplica-se o art. 116 da Lei 8.666/93 que contém diretrizes sobre como proceder à limitação daquele.

### **Senhor Procurador-Geral do Estado**

O Auditor-Geral do Estado, por meio de **OFÍCIO/ AGE/ GAB Nº 162/2002**, em que consulta à Procuradoria-Geral do Estado, onde procura sanar dúvidas quanto a incidência do parágrafo 1º do art. 65 da Lei 8.666/93 aos convênios celebrados pela Administração Pública, em face do disposto nos arts. 116, “caput” e 2º, parágrafo único da referida regra.

Eis o sucinto relato.

A correta exegese dos dispositivos em apreço afasta, de início, a incidência do parágrafo único, do art. 2º da lei 8.666/93 aos convênios, porquanto, existindo regra específica (art. 116, Lei 8.666/93) a disciplinar os mesmos, o regramento desta colidiria com o parágrafo único do art. 2º.

Sendo assim, o dispositivo que trata especificamente de convênios, no bojo da Lei 8.666/93, é o já citado artigo 116, com as temperanças que ele mesmo consigna.

Nesse sentido é a clara lição de Jessé Torres Pereira Júnior (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, p.25-26), adiante reproduzida:

*“A norma uniformiza o tratamento legal que se dispensará a qualquer acordo de vontades entre a Administração Pública e particulares. Frise-se que a relação há de ser obrigacional e que em um dos seus pólos deverá estar o particular, porque, não havendo obrigações recíprocas (como no comodato ou no depósito), não haverá objeto suscetível de competição licitatória. Sendo ambos os pólos da relação ocupados por pessoas administrativas, de contrato não se cuidará, mas de convênio ou de consórcio administrativo, tampouco sujeitos à licitação.*

*No convênio, ‘têm-se partícipes (convenientes não vinculados contratualmente) que propugnam por objetivos de interesses comuns (ambos os Municípios querem a demarcação dos limites municipais: ou Estado-Membro e União desejam trocar informações para fins tributários). Sendo assim, é natural que qualquer partícipe, a todo momento, pode denunciar o convênio e de se retirar... O*

*convênio pode ter por objeto qualquer coisa (obra, serviço, atividade, uso de certo bem), desde que encarne um interesse público... Pode ocorrer que o objeto, além de encarnar um interesse público, também sintetiza um interesse particular, como é o caso do convênio em que um dos partícipes é pessoa privada... O objeto deve atender a interesses comuns dos partícipes. Vale dizer: os convenientes devem ter interesses iguais, comuns... Nenhum deseja vantagens ou interesses opostos. Se pretenderem interesses contrapostos, não se tem convênio, mas contrato...'*

*O consórcio 'é o ajuste administrativo celebrado por pessoas públicas da mesma espécie, para a consecução de objetivos de interesse comum dos partícipes. Vê-se que a distinção entre convênios e consórcios está na diversidade, ou não, dos convenientes. Dos convênios podem participar pessoas públicas de qualquer espécie ou mesmo particulares, dos consórcios só podem participar pessoas públicas, desde que da mesma espécie... Assim, a estrutura administrativa é item diferenciador entre esses dois tipos de ajustes. No mais, tudo o que se disse em relação ao convênio aplica-se ao consórcio'.*

*A Lei nº 8.666/93 rege acordos de vontade que a Administração celebre com particulares estabelecendo obrigações recíprocas, seja sob o nome de contrato, ajuste, pacto, acordo, convenção ou assemelhado, porque a todos considera contratos; a Lei nº 8.666/93 não rege convênios e consórcios administrativos, que*

*contratos não são. Tanto que, no art. 116, traça regime especial para a celebração de convênio, excluída qualquer menção a procedimento licitatório.”* (sem grifo no original).

Por outro lado, sendo assim, fica clara a inaplicabilidade do parágrafo 1º do artigo 65 da Lei 8.666/93 aos convênios, na hipótese de aditamentos de valores.

É que, como já se disse anteriormente, a regra específica da Lei 8.666/93 a incidir sobre convênios é o seu art. 116.

O parágrafo 1º do art. 65 da Lei 8.666/93, ao impor ao contratado a obrigação de aceitar, “*nas mesmas condições contratuais*”, acréscimos ou supressões de valor até um limite de 25% ou 50% (dependendo da hipótese), diz respeito a ajustes celebrados, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei 8.666/93, ou seja, quando há direitos e deveres para ambas as partes.

O convênio não assume essa postura de impor direitos e deveres contrapostos às partes. Muito pelo contrário, ele se caracteriza pela **comunhão de vontades** em direção a um objetivo comum.

Destarte, eventual alteração no alinhamento do objetivo do convênio é resultado, justamente, daquela comunhão de vontades. Se não houver essa comunhão de vontades, não há convênio, ou então ele se desfaz.

É por isso que, quando há um realinhamento de valores para a execução do objetivo de um convênio, ele não pode ser imposto, ele deve ser fruto do consenso dos interessados, os quais não agem com interesses contrapostos.



Nesse sentido, é a lição de Márcio Fernando Elias Rosa (Direito administrativo, p.111):

*“Convênio corresponde a acordo de vontades pelo qual o Poder Público firma com entidades públicas ou privadas associação visando ao atingimento de interesses comuns. Difere substancialmente dos contratos porque: a) os interesses não são conflitantes, mas comuns; b) há mútua colaboração entre partícipes do acordo; c) os pagamentos são integralmente voltados para a consecução do objetivo expresso no instrumento, e não como contraprestação remuneratória. Os convênios estabelecem formas de cooperação.*

*A Constituição, no art. 241 (com redação dada pela EC nº19/98), prevê a formalização de convênios e consórcios como forma de “gestão de serviços públicos”. É aplicável aos convênios a Lei 8.666/93, quando possível ou existente a possibilidade de livre disputa de propostas (a lei manda aplicar, no “que couber”, aos convênios – art. 116, ‘caput’).”*

Porém muito mais enfática e esclarecedora é a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Temas polêmicos sobre licitações e contratos. p.158-160):

*“A lei nº 8.666 trouxe, no art. 116, uma série de exigências a serem observadas na celebração de “convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.”*

*Com isto, tornou-se objeto de preocupação a distinção entre contrato e convênio. A este último aplicam-se as normas da Lei nº 8.666 “no que couber” (art. 116, “caput”), mais as exigências constantes dos §§ 1º a 6º do mesmo dispositivo.*

*A distinção ente contrato e convênio, se é aparentemente fácil no plano teórico, torna-se difícil diante dos casos concretos, quando surge a necessidade de enquadramento em uma outra modalidade.*

*Hely Lopes Meirelles, referindo-se aos convênios, define-os como “acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes. Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes”(Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1992, p.354).*

*Com efeito, a principal distinção que se faz é quanto aos interesses, que, no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos e comuns.*

*Eros Roberto Grau, citando a lição de Henry Jacquot (Le Statut Juridique des Plans Français, Paris, 1973. p.226), diz que, no contrato, “as partes têm interesses opostos e desejam coisas diferentes: o vendedor quer desapossar-se de um bem com a condição de receber em troca o mais elevado preço possível; o comprado deseja adquirir o mesmo bem, pagando o menor preço*

*possível. No ato coletivo, por outro lado, as partes desejam a mesma coisa: **realizar conjuntamente uma ou várias operações comuns**; seus interesses, ainda se diferentes, caminham na mesma direção” (In: Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 20/379).*

*Não obstante a clareza das lições doutrinárias, nem sempre é fácil transpô-las para os casos concretos. Alguns indicadores podem ajudar, no entanto, nessa tarefa.*

*Uma primeira hipótese seria aquela em que os entes conveniados têm **objetivos institucionais comuns** e se reúnem para obtenção de melhores resultados; por exemplo, o Estado, na sua missão de prestar serviços públicos na área da saúde, associa-se a hospital particular para ampliação da área de atendimento. Outro exemplo: uma universidade pública – cujo objetivo é o ensino, a pesquisa e a prestação de serviços à comunidade – celebra convênio com outra entidade, pública ou privada, para realizar um estudo, um projeto, de interesse de ambas, ou para prestar serviços de competência comum a terceiros.*

*É o que ocorre com os convênios celebrados entre Estados e entidades particulares tendo por objeto a prestação de serviços de saúde, educação, assistência social; é também o que se verifica com os convênios firmados entre Estados, Municípios e União em matéria tributária para coordenação dos programas de investimentos e serviços públicos, e mútua assistência para fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações.*

*Pode-se dizer que, antes do interesse comum almejado no âmbito do convênio, os partícipes têm **competências** institucionais comuns. O resultado almejado insere-se dentro das atribuições de cada um dos partícipes.*

*Outro indicador é a obtenção de um **resultado** comum, ou seja, de um estudo, de um ato jurídico, de um projeto, de uma obra, de um serviço técnico, de uma invenção, etc., que serão usufruídos por todos os partícipes.*

*Em todas essas hipóteses há mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de “know-how” e outros. Não se cogita de preço ou de remuneração.*

*Já, no contrato, uma das partes - o contratante - remunera a outra - o contratado - para que esta, dentro de suas atribuições específicas, execute o objeto do contrato - obra, serviço, estudo, projeto, etc. - de que a outra necessita. Os objetivos, os resultados, os interesses, não são comuns.*

*Enquanto os contratos abrangidos pela Lei nº 8.666 são necessariamente precedidos de licitação - com as ressalvas legais - no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de “know-how”. Não se cogita de*

*preços ou de remuneração que admita competição.*

*Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666; no “caput” é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a “estipulação de obrigações recíprocas” a que se refere o dispositivo.*

*Há que se lembrar, contudo, que, não obstante a denominação de “convênio”, ou “protocolo de intenções”, ou “termo de compromisso”, ou outra qualquer semelhante, se do ajuste resultarem obrigações recíprocas, com formação de vínculo contratual, a licitação será necessária, sob pena de ilegalidade. Situação como essa é que o legislador quis coibir com a expressão “seja qual for a denominação utilizada”, inserida na parte final do parágrafo único do art. 2º.” (grifos da autora).*

**Posto isso**, ofereço, à guisa de conclusão da análise procedida, o seguinte entendimento:

**I** – Não existe semelhança entre convênios e contratos públicos, porquanto nestes, as partes atuando segundo direitos e deveres contrapostos, enquanto que, nos primeiros se perfaz uma comunhão de vontades, objetivando uma finalidade comum;

**II** – A regra específica da Lei nº 8.666/93 a disciplinar os convênios é o seu art. 116, restando afastada a incidência do parágrafo único do art. 2º, bem como, do parágrafo primeiro do art. 65 da mesma lei;

III – O realinhamento de valores do convênio deve ser objeto de regramento, através de cláusula inserida no bojo do próprio instrumento, de acordo com o art. 116, § 1º, incisos I a VII da Lei 8.666/93.

Este o parecer.

Deixo à consideração do Procurador-Geral do Estado a outorga de caráter normativo a presente análise (art. 5º, XVIII, L.C. 95/01).

Campo Grande, 24 de junho de 2002.

Jerônimo Olinto de Almeida  
Procurador do Estado  
Chefe da Procuradoria Especializada de Assuntos  
Administrativos

## **Despacho**

Visto, etc.

1 - Aprovo, na íntegra, o Parecer PGE nº 033/02 – PAA nº Jerônimo Olinto de Almeida.

2 - Encaminhe-se cópia autoridade consulente.

3 - Por versar o aludido Parecer matéria de interesse de toda a Administração Estadual e considerando o remansoso entendimento sobre o tema apreciado, submeto-o à apreciação do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, José Orcirio Miranda dos Santos, para o fim de atribuir qualificação de normativo ao mesmo, nos termos do

inciso XVI, in fine, do artigo 8º da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de Dezembro de 2001.

Campo Grande, MS, 31 de Julho de 2003

José Wanderley Bezerra Alves  
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/ N. 067/2002

PARECER PGE/PIMA/02/2002

Processo nº 25/005.239/01

Interessado: Secretário de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos

Assunto: Doação de unidade desportiva ao município de São Gabriel do Oeste-MS

Ementa: Doação de ginásio poliesportivo ao município - Lei nº 2.365/01 - descentralização e popularização do esporte e do lazer - terreno de propriedade do donatário - edificações realizadas pelo doador - interesse público evidenciado - requisitos legais - possibilidade.

“É plenamente possível doação da construção do ginásio poliesportivo construído pela Administração Pública Estadual, em terreno de propriedade do Município, eis que presentes os requisitos legais permissivos e o interesse público evidenciado”.

Sr. Procurador-Geral do Estado

Trata-se o presente processo de consulta formulada pelo Secretário de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos, solicitando análise e parecer quanto doação, pelo Estado, da unidade desportiva (ginásio poliesportivo) ao município de São Gabriel do Oeste/MS.

Ressalte-se, por oportuna, que a unidade desportiva supramencionada foi construída em imóvel de propriedade do



próprio Município, conforme certidão de matrícula acostada às fls. 04.

Desta feita, o Sr. Secretário de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos do MS - ora consultante - solicitou posicionamento desta instituição sobre a viabilidade da efetivação da doação, em consonância com o Plano de Descentralização e Popularização do Esporte e do Lazer.

É o breve relatório.

Passamos a opinar.

Preliminarmente, insta ressaltar que, no tocante à alienação de bens da Administração Pública, dispõe o artigo 17, I, "b", da Lei Federal nº 8.666/93:

"Art. 17 - A alienação de bens da administração Pública, subordinada à existência de **interesse público** devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I- **quando imóveis dependerá de autorização legislativa** para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de **avaliação prévia** e de **licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:**

a) ...

b) **doação**, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;" (grifos nossos)

Por força da Lei nº 2.365, de 20 de dezembro de 2001, que altera dispositivos da Lei n.º 2.232, de 2 de maio de 2001, e autoriza

a doação de benfeitorias, ficou estabelecido, no seu artigo 3º inciso III:

“Art. 3º - Fica o Poder Executivo autorizado a doar os imóveis e suas benfeitorias aos Municípios abaixo indicados, construídos em terrenos destes ou de particulares:

I - ...

III - ao Município de **São Gabriel do Oeste** um ginásio desportivo, com estrutura metálica e área coberta de 1.937 m<sup>2</sup>, com capacidade para 3.000 (três mil) pessoas, possuindo dois alojamentos, dois banheiros, dois vestiários, uma cantina, uma sala de administração, uma sala de atendimento médico, uma quadra polivalente coberta, um campo de futebol, centro de administração e um palco, construídos em terreno do Município, inscrito sob a matrícula nº 3392 no 1º Ofício de Registro Público e de Protesto de Títulos Cambiais da Comarca de São Gabriel do Oeste;”(grifo nosso)

Outrossim, também a Lei Estadual nº 273, de 19 de Outubro de 1981, “Dispõe sobre o regime jurídico dos bens imóveis Estado e dá outras providências”, expressa no mesmo sentido:

**“Art. 5º - Toda alienação dependerá de lei que autorize, de licitação, prévia avaliação e, concomitantemente, de autorização do Governador do Estado”.**

Cumprindo observar que, conforme a norma veiculada no dispositivo supramencionado, as alienações dependem também de **autorização expressa do Governador do Estado.**

De fato, quanto à autorização legislativa exigida pela lei n.º 8.666/93, bem como pela Lei Estadual nº 273/81, tal requisito foi cumprido com a edição da Lei Estadual n.º 2.365/01.

O outro requisito legal - a avaliação prévia - também foi observado, consoante fls. 39/41 do processo.

No caso em comento, de acordo com o artigo 17, I, "b" supramencionado, é dispensada a licitação.

Em relação à dispensa de licitação mencionada no parágrafo anterior, cumpre-se esclarecer que o STF, em decisão cautelar na ADIN nº 927-3/RS, promovida pelo Governador do Estado do RS, suspendeu, quanto aos Estados, DF, Municípios e respectivas administrações indiretas a vigência da expressão **“permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo”**, contida no inciso I, alínea “b”, excluindo, assim, qualquer possibilidade de doação a particulares, em evidente ofensa ao princípio da isonomia.

Não obstante a suspensão imposta pela Corte Maior, o dispositivo, no que tange à doação, ainda é plenamente aplicável ao caso ora analisado, pois esclareça-se, tal suspensão incide apenas sobre a expressão acima explicitada.

Quanto ao interesse público - outro requisito exigida pela Lei n.º 8.666/93 - trata-se do vetor principal que direciona, em geral, todos os atos da Administração Pública, em vista do princípio administração da supremacia do interesse público.

Diz o mestre DIÓGENES GASPARINI<sup>1</sup> que, **interesse público:**

---

<sup>1</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6.ed. São Paulo: Saraiva. p.13

“...é o que se refere a toda a sociedade. É o **interesse do todo social**, da comunidade considerada por inteiro”  
(grifo nosso).

No mesmo sentido é a lição de DE PLÁCIDO E SILVA<sup>2</sup>:

“Ao contrário do particular, é o que se assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a **todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam de benefícios comum ou para proveito geral**, ou que se imponham para uma necessidade coletiva”. (grifo nosso)

Interesse público é o “pertinente à sociedade com um todo”, assegura Celso Antônio Bandeira de Mello.

Assim, no caso ora analisando, está evidenciado o interesse público, pois haverá maior eficiência e qualidade no serviço público prestado à comunidade se o bem (ginásio poliesportivo) ficar sob a coordenação do poder público municipal.

A doação do ginásio poliesportivo ao município de São Gabriel do Oeste, vista como um dos objetivos do Plano de Descentralização e Popularização do Esporte de do Lazer, certamente propiciará uma maior proximidade da comunidade local com as atividades desportivas e culturais, pois o próprio Município estará em maiores condições de anteder aos interesses da coletividade.

Efetivando-se a doação, o Estado estará, também, contribuindo indiretamente contra a marginalização, pois as

---

<sup>2</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 10.ed., Rio de Janeiro: Forense. v.2. p.498.

atividades de lazer esportivo, além de preencherem o espaço ocioso, desempenham um papel relevante na vida das pessoas, sendo fundamentais para o desenvolvimento da sociabilidade e das relações interpessoais, afastando-as das mazelas que contribuem para o regresso do cidadão: drogas, violência dentre outros fatores negativos que assolam o nosso país.

Por outro lado, a doação da unidade desportiva em análise desincumbirá o Estado dos gastos vultosos dos quais atualmente é encarregado, tais como: remuneração de pessoal; aquisição e manutenção de veículos; combustíveis e lubrificantes; contas de água, luz e telefone.

É óbvio, porém, que, efetivada a doação, a administração do bem passará a constituir encargo exclusivo do município donatário, pois segundo o artigo 4º da Lei n.º 2.365/2001 “O Estado de Mato Grosso do Sul fará a transferência de direitos, obrigações, ações e encargos relativos às benfeitorias de que trata o art. 3º, e de todas aquelas discriminadas no art. 1º da Lei nº 2.232/2001, aos Municípios donatários dos terrenos em que as mesmas se encontram edificadas”. (grifos nossos)

Além da transferência de todos os direitos e obrigações que recaiam sobre o bem a ser doado, o município donatário responsabilizar-se-á, ainda, pela regularização do mesmo no Registro de Imóveis da localidade.

Diz o artigo 167, inciso II, nº 4 da lei dos Registros Públicos:

“No registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I- ...

II- a averbação:

1) ...

4) da mudança de denominação e de

numeração dos prédios, da edificação, da reconstrução, da demolição, do desmembramento e do loteamento de imóveis”; (grifo nosso)

E, segundo o artigo 246, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos, temos:

“Art. 246- ...

Parágrafo Único - As averbações a que se referem os itens 4 e 5 do inc. II do art. 167 serão feitas a requerimento dos interessados, com firma reconhecida, instruído com documento comprobatório fornecido, pela autoridade competente. A alteração do nome só poderá ser averbada quando devidamente comprovada por certidão registro civil.” (grifo nosso)

Ora, como o terreno sobre o qual foi construído o ginásio poliesportivo é de propriedade do município de São Gabriel do Oeste, é evidente que o maior interessado na averbação da construção (objeto da doação) é a própria municipalidade, e não o Estado de Mato Grosso do Sul, pois, a partir da efetivação da doação, a construção incorporar-se-á ao patrimônio do Município.

Assim, o Estado de Mato Grosso do Sul, no caso em tela é mero possessor do terreno pertencente à municipalidade, sendo titular apenas da construção sobre ele efetivada, competindo, assim, ao Município de São Gabriel do Oeste proceder à averbação da construção e junto à matrícula do imóvel.

Autorizada, então, a doação, tal procedimento efetivar-se-á mediante lavratura de um **TERMO DE DOAÇÃO** - conforme modelo anexo a este parecer - no qual serão estabelecidas

todas as cláusulas e condições da doação, de acordo com as Leis n.ºs 2.232/01 e 2.365/01, devendo constar, ainda, a aceitação do município donatário, mediante a assinatura deste, concordando com os termos do instrumento de doação e recebendo o bem em caráter definitivo.

Elaborado o Termo de Doação e devidamente assinado pelos contratantes, proceder-se-á ao registro no Cartório de Títulos e Documentos da localidade, sendo tal procedimento encargo do Estado de Mato Grosso do Sul.

Assim, pela legislação federal e estadual aplicável à questão, e por tudo o mais que já foi exposto, conclui-se que estão presentes todos os requisitos permissivos da doação, devendo, porém, tal procedimento concretizar-se de acordo com os procedimentos supramencionados.

Dessa forma, sugerimos as seguintes providências:

a - Que seja o processo encaminhado ao Sr. Governador do Estado e, juntamente, o presente parecer, para conhecimento e expressa autorização, conforme estabelecido no artigo 5º, da Lei Estadual n.º 273/81;

b - Que seja encaminhada cópia do presente parecer à Secretaria consulente para conhecimento do mesmo;

c - Após a devolução do processo, esta especializada encaminhará o mesmo junto com o termo de doação à Procuradoria Regional, para que esta providencie as demais diligências necessárias à formalização do termo, com a assinatura do instrumento e o respectivo registro no Cartório de Títulos e Documentos da localidade;

Desta feita, sendo certo de que tanto o Estado de Mato Grosso do Sul quanto o município de São Gabriel do Oeste serão

beneficiados, opinamos pela viabilidade da doação da unidade desportiva.

É o parecer que submetemos à apreciação superior.

Solicitamos que os casos semelhantes que vierem a surgir fiquem vinculados ao presente parecer, devendo as peculiaridades de tais casos serem esclarecidas sob a forma de manifestação.

Campo Grande, 18 de outubro de 2002.

Senise Freire Chacha Zeola  
Procuradora do Estado

### **Despacho**

Vistos etc.

1. Aprovo, em todos os seus termos, com fundamento no artigo 8º inciso XVI, da Lei complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, o Parecer PGE nº 067/2002 - PIMA nº 002/2002, firmado pela Procuradora do Estado Senise Freire Chacha Zeola e pelo Advogado Cláudio Rogério F. Gomes, da Procuradoria Especializada de Imobiliária e de Meio Ambiente.

2. Registre-se.

3. Dê-se ciência aos subscritores do aludido Parecer. Depois disso, devolvam-se os autos à autoridade consulente.

Campo Grande, MS, 23 de outubro de 2002.

José Wanderley Bezerra Alves  
Procurador-Geral do Estado



PARECER PGE/Nº 073/2002

PARECER PP/Nº 025/2002

Interessado: Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública.

Assunto: Convocação e/ou designação de militares da reserva remunerada para o serviço ativo da PMMS.

Ementa: Convocação. Militar reserva remunerada. Art. 7º, caput, da lei complementar nº 53/90. Situações excepcionais. Função assessoramento. Inconstitucionalidade.

A convocação de militar da reserva remunerada somente se dará nos casos excepcionais estabelecidos no art. 7º, *caput*, da Lei Complementar n. 53/90, ou seja, em caso de grave perturbação da ordem ou guerra externa e tão-somente para as funções operacionais especiais. No tocante à função de assessoramento, esta somente poderá ser exercida por militares da ativa, em face do disposto no inciso V, do art. 37, da Constituição Federal.

Corpo Voluntário de Militares Inativos (CVMI). Transitoriedade e precariedade da função exercida. Não-caracterização de cargo público. Gratificação especial de retorno à atividade. *Pro Labore Faciendo*.

Possível a convocação de praças da polícia militar que se encontram na reserva remunerada para comporem o Corpo Voluntário de Militares Inativos, sendo que não exercem cargo público, mas, sim,

uma função transitória e precária, percebendo pelo exercício uma gratificação especial, cuja natureza é *Pro Labore Faciendo*.

Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado:

Trata o presente feito sobre consulta realizada pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública no tocante à constitucionalidade e legalidade dos diversos diplomas legais que tratam da possibilidade da convocação e/ou designação de militares da reserva remunerada para o serviço ativo da PMMS e do CBMMS, tendo em vista as diversidades das situações e conseqüências quanto aos direitos e obrigações decorrentes do retorno dos militares à atividade, bem como, a necessidade de uniformização das ações e da fixação de interpretação administrativa para a correta aplicação dos dispositivos legais.

Requer a análise dos seguintes dispositivos legais:

**Lei Complementar nº 053/90:** Art. 7º, alterada pela Lei Complementar nº 96/2001; art. 93.

**Lei nº 1.699/1996,** dispõe sobre o Corpo Voluntário de Militares Estaduais Inativos da PMMS.

**Decretos Estaduais:** nº 8.759/97; nº 9.659/99.

Esta, a síntese do contido nas f.02-03 dos presentes autos.

Passamos ao parecer.

O art. 7º, da Lei n. 53/90, dispõe *in verbis*:

**“Art. 7º. O militar da reserva remunerada poderá ser convocado, em caráter temporário, para o serviço ativo, por ato do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, em caso de grave perturbação da ordem ou de guerra, para exercer função de assessoramento ou funções operacionais especiais, mediante aceitação voluntária e expressa.”**

Já o art. 93, da mesma lei, determina que:

***“Art. 93 - O oficial da reserva remunerada poderá ser convocado para o serviço ativo por ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul para compor o Conselho de Justificação, para ser encarregado do Inquérito Policial-Militar ou incumbido de outros procedimentos administrativos na falta de oficial da ativa em situação hierárquica, compatível com a do oficial envolvido.***

*(...)*

***§ 2º - A convocação, de que trata este artigo, terá a duração necessária ao cumprimento da atividade a que ela deu origem, não devendo ser superior ao prazo de doze meses; dependerá da anuência do convocado e será precedida de inspeção de saúde”. (grifo nosso)***

Em relação ao art. 7º, acima transcrito, temos que a norma possibilita a convocação do policial militar que se encontra na reserva remunerada tão-somente nos casos de ***grave perturbação da ordem ou de guerra externa***, situações excepcionais, portanto.

Quanto à possibilidade da convocação para a função de **assessoramento**, a norma padece de vício de inconstitucionalidade, posto que o art. 37, V, da Constituição Federal, após a reforma realizada pela EC n. 19/98, permite que tal função seja exercida tão-somente por servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, o que, evidentemente, não ocorre com os policiais militares que se encontram na reserva remunerada.

Este o inteiro teor do artigo constitucional retro mencionado:

**“V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;”.** (grifo nosso)

Expresso, portanto, na norma constitucional que a função de assessoramento somente pode ser confiada a servidores ocupantes de cargo efetivo, o que não ocorre com os policiais militares da reserva remunerada, que não mais ocupam cargo, estando na inatividade.

No tocante ao art. 93, da Lei n. 53/90, percebe-se que a convocação ali prevista é tão-somente para que o OFICIAL participe do Conselho de Justificação ou de processo administrativo envolvendo oficial, na falta de outro de posição hierárquica superior à do envolvido, sendo que tal convocação deve durar somente o tempo necessário para o encerramento dessas atividades, não podendo ultrapassar o período de doze meses.

Cabível referida convocação, até mesmo para se garantir o direito do oficial envolvido em tais procedimentos, de se ver julgado por um outro de posição hierárquica superior à sua.

Outrossim, deve ser observado que para as convocações previstas nos artigos citados, a competência é do Governador do Estado.

Mesmo quando na inatividade, o militar permanece vinculado à sua profissão.

Os militares na inatividade, quando não reformados, constituem a “reserva” de 1ª linha das Forças Armadas, devendo se manter prontos para eventuais convocações e retorno ao serviço ativo, conforme prevê a lei, independente de estarem exercendo outra atividade, não podendo, por tal motivo, se eximir dessa convocação.

Entretanto cumpre-nos salientar que **qualquer outro tipo de convocação ou designação, que não seja nas situações excepcionais previstas no art. 7º, bem como no art. 93, da Lei n. 53/90, padecerá de inconstitucionalidade.**

A Lei n. 1.699/96 trata da criação do Corpo Voluntário de Militares Estaduais Inativos da PMMS, formado por militares estaduais que passaram para a inatividade na condição de praças, para atuar no policiamento de escolas e creches estaduais e na guarda dos prédios públicos situados no Parque dos Poderes.

Referida lei, em seu art. 3º, estabelece que o ingresso de militares estaduais inativos do CVMI dar-se-á por ato do Comandante-Geral da PMMS, após autorização do Governador do Estado, permanecendo os mesmos na referida Corporação pelo prazo necessário à realização da atividade que motivou a sua convocação, podendo a permanência ser renovada ou

revogada *ex officio* pela Administração, até ser atingida a idade de 65 anos, quando será desligado *ex officio*.

O art. 4º dispõe que os militares estaduais inativos, enquanto permanecerem no CVMI, perceberão Gratificação Especial de Retorno à Atividade, fixada pelo Poder Executivo.

Ao passarem para a reserva, os policiais militares mantêm vínculo com a Administração, podendo ser convocados, o que já não ocorre com os militares reformados.

Essa possibilidade está prevista no Estatuto da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, em seu art. 7º, *caput*, e §2º.

Com fulcro nesse dispositivo, foi editada a Lei nº 1699/96, criando o Corpo Voluntário de Militares Inativos na Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, formado por policiais militares que passaram para a inatividade na condição de praças, para atuar no policiamento de escolas e creches estaduais e na guarda dos prédios públicos situados no Parque dos Poderes.

De acordo com a citada lei, os integrantes que aderirem ao programa perceberão uma gratificação especial de retorno à atividade, sem prejuízo dos proventos da inatividade.

Nessa perspectiva, temos que os integrantes do CVMI, efetivamente desempenham atividade de natureza precária e transitória, de interesse público. Na verdade, não exercem cargo público, cuja investidura dá-se sabidamente por concurso ou por nomeação para cargo em comissão (CF, art. 37, II). Enquadra-se a situação, a rigor, na hipótese a que alude a Constituição Federal, permitindo a contratação de pessoal para atender necessidade temporária, de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX).

Oportuna, a propósito, a distinção entre **cargo público** - lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, provido na forma da lei - e **função pública** - atribuição que a administração confere aos servidores para a execução de serviços eventuais (conf. Hely Lopes Mierelles. In: *Direito administrativo brasileiro*. 16.ed. p.356). Daí que, consoante o saudoso administrativista, todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. E acrescenta: *“As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço a que visam atender”*.

Assim, os integrantes do CVMI não ocupam cargo público, exercem apenas uma função - *provisória e transitória*. Como prevê, inclusive, a própria lei, não recebem vencimento. Percebem, como diz a lei, uma gratificação especial, constituindo-se em vantagem pecuniária concedida por recíproco interesse do serviço e do servidor, mas sempre vantagem transitória, que não se incorpora automaticamente aos vencimentos, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção.

Como bem salientado pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, no Parecer MP0056/02-PP, da lavra do ilustre Promotor de Justiça, Dr. Gilberto Robalinho da Silva, Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça, *o programa de retorno de servidores inativos existe não só no Estado de Mato Grosso do Sul, como também no Rio Grande do Sul, onde o Tribunal de Justiça local assentou que não há qualquer inconstitucionalidade na convocação dos militares inativos para prestar serviço na ativa, bem como que a Gratificação Especial de Retorno à Atividade não possui natureza de vencimento ou vencimentos, podendo ser suprimida ou diminuída pela Administração, sem que haja violação ao princípio da irredutibilidade*.

No mesmo sentido de tudo o que até aqui já expusemos, vejamos o teor da ementa do acórdão proferido nos autos de Apelação Cível n. 70002023596, pela 3ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“ADMINISTRATIVO. CORPO VOLUNTÁRIO DE MILITARES ESTADUAIS INATIVOS (CVMI). LEI 10.916/97, INTRODUZINDO MODIFICAÇÕES EM VANTAGENS ESTIPULADAS EM LEIS ANTERIORES. CARACTERÍSTICA DA ATIVIDADE DE NATUREZA TEMPORÁRIA, DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE CARGO E FUNÇÃO PÚBLICA. NÃO-EXERCÍCIO DE CARGO, COM DIREITO À PERCEPÇÃO DE VENCIMENTO. FUNÇÃO AUTÔNOMA DE ÍNDOLE TRANSITÓRIA E PRECÁRIA. GRATIFICAÇÃO DE RETORNO À ATIVIDADE, NÃO GERANDO DIREITO SUBJETIVO, FIXADA UNILATERALMENTE E REGULADA POR LEGISLAÇÃO PRÓPRIA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO, TRATANDO-SE DE GRATIFICAÇÃO NÃO INCORPORADA, CONCEDIDA EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. REDUÇÃO DE VENCIMENTOS NÃO IDENTIFICADA, FORMA DE CONTRAPRESTAÇÃO NÃO CONTEMPLADA. VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO QUE NÃO SE OSTENTA. RECURSO IMPROVIDO”.

Desse modo, entendemos que nada há de inconstitucional na convocação de militares da reserva para compor o Corpo Voluntário de Militares Inativos, dada a transitoriedade a precariedade do exercício da função, bem como pelo fato de os mesmos não estarem percebendo remuneração, mas sim gratificação especial de retorno à



atividade, a qual não se incorpora aos proventos, posto sua natureza ser *pro labore faciendo*.

Este o parecer que submetemos à sua preciosa apreciação.

Campo Grande, 12 de novembro de 2002.

DENIS C. M. CASTILHO  
Procurador do Estado

### **Despacho**

Vistos etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, e com fundamento no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, o Parecer PGE nº 073/2002 - PP nº 025/2002, firmado pelo procurador do Estado Denis C. M. Castilho, da Procuradoria Especializada de Pessoal, acostado às folhas 05-14 e 25-8, por mim vistas, do processo nº 15/000815/2002.

2. Registre-se.

3. À Assessoria de Gabinete para dar ciência ao Procurador do Estado Denis C. M. Castilho, na Procuradoria Especializada de Pessoal; depois disso, encaminhar cópia desta decisão e do Parecer PGE nº 073/2002 - PP nº 025/2002, à autoridade consulente.

Campo Grande, MS, 06 de dezembro de 2002.

José Wanderley Bezerra Alves  
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/MS Nº 001/2003

PARECER PAG/MS/Nº 004/2002

Processo nº: 15/1066/2002

Interessado: Procurador-Geral do Estado

Assunto: Restrições impostas pela Emenda à Constituição Estadual nº 019, de 06/06/2002, ao provimento de cargos em comissão ou função gratificada na Administração Pública Estadual.

Senhor Procurador-Geral do Estado.

Ementa: Restrições impostas pela emenda à Constituição Estadual nº 019, de 06.06.2002, ao provimento de cargo em comissão ou função gratificada.

A Emenda Constitucional nº 019/2002 proíbe, a partir de 01.02.2003, que cargo em comissão ou função gratificada seja exercido, a qualquer título, por cônjuge; companheiro; parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau civil, de membros ou titulares da administração direta, indireta ou fundacional, esteja ou não o cargo ou a função relacionada a superior hierárquico que mantenha referida vinculação de parentesco ou afinidade, salvo se integrante do respectivo quadro de pessoal em virtude de concurso público de provas ou de provas e títulos.

**POSSIBILIDADE JURÍDICA PARA LIVRE NOMEAÇÃO À FUNÇÃO HONORÍFICA.**

O provimento de função honorífica, cuja nomeação *pela* autoridade competente, recair sobre as

pessoas enumeradas no § 7º da Emenda Constitucional nº 019/2002, não configurará descumprimento à norma constitucional, uma vez que a vedação constitucional não se estendeu ao provimento de tais funções.

## NECESSIDADE DE PUBLICAÇÃO, NA IMPRENSA OFICIAL, DOS ATOS DE EXONERAÇÃO DECORRENTES DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL.

A exoneração de cargo ou função gratificada dos agentes públicos, indicados no § 7º do art. 27 da Constituição Estadual, aperfeiçoar-se-á com a publicação, na Imprensa Oficial, dos respectivos atos de exoneração de seus ocupantes.

### I RELATÓRIO

Em despacho do Excelentíssimo Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, foi determinada à Procuradoria de Assessoria ao Gabinete a análise e a elaboração de Parecer a respeito das restrições impostas pela Emenda Constitucional nº 19, de 06.06.2002, ao provimento de cargo em comissão ou função gratificada, especificamente quanto às seguintes hipóteses:

- a) configura descumprimento do preceito constitucional a designação para função honorífica?
- b) o cônjuge do Governador do Estado, na qualidade de Primeira Dama, pode exercer função honorífica?
- c) será necessária a publicação de ato para fins de exoneração dos ocupantes de cargo em comissão e de função gratificada em fevereiro de 2003?

É o relatório sucinto.

## II FUNDAMENTAÇÃO

A Emenda Constitucional nº 19, de 06.06.2002, acrescentou parágrafos ao art. 27 da Constituição Estadual, que passou a vigorar com a seguinte redação:

### *“EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19*

*Acrescenta parágrafos ao artigo 27 da Constituição Estadual e dá outras providências.*

*A MESA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, nos termos do § 3º do art. 66 da Constituição Estadual, promulga a seguinte Emenda ao texto constitucional:*

*Art. 1º - O art. 27 da Constituição Estadual passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:*

*‘Art. 27 ....*

*§ 7º - No âmbito de cada Poder do Estado, bem como do Ministério Público Estadual, o cônjuge, o companheiro e o parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau civil, de membros ou titulares da administração direta, indireta ou fundacional, não poderão, a qualquer título, ocupar cargo em comissão ou função gratificada, esteja ou não o cargo ou a função relacionada a superior hierárquico que mantenha referida vinculação de parentesco ou afinidade, salvo se integrante do respectivo quadro de pessoal em virtude de concurso público de provas ou de provas e títulos.*

§ 8º - É vedado a qualquer servidor o exercício de cargo, emprego ou função sob as ordens imediatas de superior hierárquico, de que seja cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, ou até o terceiro grau civil.

Art. 2º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, considerando-se extintos, a partir de 1º de fevereiro de 2003, os provimentos existentes, com a respectiva exoneração dos cargos em comissão e das designações para funções gratificadas, que desatendam suas prescrições.”

Não é demais lembrarmos que a Emenda à Constituição Estadual nº 019/2002 emergiu de clamor da população sul-mato-grossense, que se mobilizou através de diversas entidades de classe, notadamente, a Ordem dos Advogados do Brasil, para sensibilizar os Deputados Estaduais para coibirem, através da Lei, a prática eventualmente adotada por alguns Administradores Públicos, que ficou vulgarmente conhecida como nepotismo.

A respeito dessa prática, o Professor Sérgio Augusto Pereira de Borja, comenta:

*“O vocábulo nepotismo traz uma inerência conceitual pejorativa. Através da lexicografia constata-se que a origem etimológica da palavra deriva de ‘nepos’, que significa neto, descendente ou sobrinho (Dicionário Latino - Ed. Globo) aglutinando-se como nepotismo (nepoteísmo), que traduz-se na ‘atitude de alguns papas que concediam favores particulares a seus sobrinhos...’ (Koogan/Houaiss – Enciclopédia).”*

---

<sup>1</sup> Artigo publicado no Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 26.11.96.

A finalidade buscada pela Emenda à Constituição Estadual nº 19/2002 é obedecer ao princípio isonômico, insculpido no artigo 5º “caput” da Constituição Federal, e ao princípio da acessibilidade aos cargos públicos.

O primeiro princípio assegura que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O segundo princípio é definido por Márcio Camarossano como:

*“o direito de todos os brasileiros à igual oportunidade de ingressar no serviço público, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos em lei”.*<sup>2</sup>

A Carta Magna, em seu artigo 37, incisos I e II, assegura essa igualdade de oportunidade para o ingresso no serviço público, ao determinar:

*“Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

*I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;*

*II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei,*

<sup>2</sup> CAMAROSSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1984. p. 47.

*ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"*

Verifica-se que o inciso II do artigo 37 da Carta Magna autorizou à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, estabelecerem limites para o provimento dos cargos em comissão, por sua natureza de livre nomeação e exoneração.

Feitas tais considerações, passaremos à análise das questões propostas:

### **PRIMEIRA QUESTÃO**

a) Configura descumprimento do preceito constitucional a designação para função honorífica?

### **CONSIDERAÇÕES**

Inicialmente, devemos fixar os conceitos de cargo em comissão, função gratificada e função honorífica, os quais não se confundem entre si.

O cargo em comissão é definido pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Melo, como:

*“aqueles cujos provimentos dispensam concurso público, vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar ‘ad nutum’, isto é, livremente quem os esteja titularizando”<sup>3</sup>*

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.269.

A função gratificada é definida por Maria Helena Diniz como:

*“encargo de chefia, acometido a um funcionário público sem que haja cargo correspondente, que gera, além dos vencimentos, uma gratificação de função”.*<sup>4</sup>

Para compreendermos o que vem a ser função honorífica, devemos primeiramente nos lembrar do que é função, assim definida por Hely Lopes Meirelles:

*“A atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais, sendo comumente remunerada através de ‘pro labore’. Diferencia-se, basicamente, do cargo em comissão pelo fato de não titularizar cargo público.*

...

**Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo.** *As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço que visam a atender, como ocorre nos casos de contratação por prazo determinado (CF, art. 37, IX). Daí por que as funções permanentes da Administração só podem ser desempenhadas pelos titulares de cargos efetivos, e as transitórias, por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente. Os servidores podem estabilizar-se nos cargos, mas não nas funções. Como visto, a EC 19 restringe*

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.612. v.2



*o exercício das funções de confiança apenas para o titular de cargo efetivo, vale dizer, o concursado. Dessa forma, o fato confiança fica restrito ao âmbito interno da Administração”<sup>5</sup> (grifo nosso)*

Conclui-se, que a função honorífica é a função pública que, pelo seu caráter transitório, prescinde da criação de um cargo para ser desempenhada e, por essa razão, pode ser exercida por agente honorífico, cuja definição tomamos emprestada de Hely Lopes Meirelles:

*“Agentes honoríficos: são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração. Tais serviços constituem o chamado ‘munus público’ ou serviços públicos relevantes, de que são exemplos a função de jurado, de mesário eleitoral, de comissário de menores, de presidente ou membro de comissão de estudos ou de julgamento e outros dessa natureza.*

*Os agentes honoríficos não são servidores públicos, mas momentaneamente exercem uma função pública e, enquanto a desempenham, sujeitam-se à hierarquia e disciplina do órgão a que estão servindo, podendo perceber um ‘pro-labore’ e contar o período de trabalho como de serviço público.*

---

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.392-393.

*Sobre estes agentes eventuais do Poder Público não incidem as proibições constitucionais de acumulação de cargos, funções ou empregos (arts. 37, XVI e XVII), porque sua vinculação com o Estado é sempre transitória e a título de colaboração cívica, sem caráter empregatício. A lei 9.608, de 18.02.1998, dispõe sobre o serviço voluntário, define-o como a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou instituição privada sem fins lucrativos com objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusiva mutualidade. Tal serviço não gera vínculo empregatício, nem obrigações de qualquer natureza trabalhista, previdenciária ou afim entre prestador e tomador. A lei permite o ressarcimento das despesas comprovadamente realizadas pelo prestador, desde que estejam autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário. Somente para fins penais é que esses agentes são equiparados a funcionários públicos quanto aos crimes relacionados com o exercício da função, nos expressos termos do art. 327 do CP".<sup>6</sup>*

Já se mencionou, alhures, que é possível juridicamente a existência da função, sem o cargo correspondente, quando se tratar de serviço público de caráter transitório.

Assim, a Administração Pública Estadual poderá dispor, em seu quadro de servidores, de agentes honoríficos, que não serão ocupantes de cargos públicos.

---

<sup>6</sup> MEIRELLES. *op. cit.*, p.74-75.

Se criada no âmbito de qualquer um dos Três Poderes, essa função honorífica seria desempenhada por agente honorífico, sem vínculo empregatício com o Estado, sem remuneração, mas com indenização das despesas, para prestação exclusivamente de trabalhos que visem objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social.

## **SEGUNDA QUESTÃO**

a) O cônjuge do Governador do Estado, na qualidade de Primeira Dama, pode exercer função honorífica?

## **CONSIDERAÇÕES**

O cônjuge do Governador do Estado possui o tratamento protocolar de Primeira Dama do Estado, posição essa decorrente unicamente de seu “status” de casado com o Chefe do Governo, e que não possui caráter de função ou cargo.

A propósito, observamos que grande número de mulheres, cujos cônjuges são Chefes dos Poderes Executivos Federal, Estaduais ou Municipais, deixou de ocupar apenas a posição protocolar de Primeira Dama, pois efetivamente se dedica, ainda que informalmente, a relevantes ações sociais ou beneficentes em prol da população mais necessitada.

Para algumas dessas Primeiras Damas, essas ações são nada mais que a continuidade de um trabalho voluntário que elas já desempenhavam ao longo de suas vidas, antes mesmo que seus respectivos cônjuges passassem a exercer cargos públicos, trabalho esse que veio a se tornar fato de conhecimento público, em razão da exposição e visibilidade decorrentes da posição protocolar que elas vieram posteriormente a ocupar.

Voltando à função honorífica, observamos que, não sendo esta remunerada, poderá ser instituída no quadro de pessoal do Estado, sem que para isso seja necessária a criação de um cargo.

A finalidade dessa função será a execução de objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social e, tendo em vista que a Emenda à Constituição Estadual nº 19/2000 não proibiu que o cônjuge do Chefe do Poder Executivo desempenhe dita função, entendemos que é possível juridicamente que a Primeira Dama do Estado seja nomeada para exercê-la.

Acrescentamos que, se no aspecto legal tal nomeação é possível, devemos também questioná-la no aspecto moral, uma vez que a impessoalidade e a moralidade administrativas são outros dos princípios constitucionais insculpidos no artigo 37 “caput” da Constituição Federal, a se obedecer

A moralidade administrativa, segundo Maurice Hauriou, é o

*...“conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto,*

*conforme já proclamavam os romanos. A moral comum é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve a finalidade de sua ação: o bem comum”.*<sup>7</sup>

*“A Lei Federal nº 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso IV, consagra o princípio da moralidade administrativa como a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.*<sup>8</sup>

O princípio da impessoalidade, ensina Hely Lopes Meireles,

*...”nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal”.*<sup>9</sup>

A função honorífica, sem remuneração, com a finalidade de executar ações ou serviços públicos com objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, pode ser exercida por qualquer cidadão, cuja atuação social o credencie para tal função.

<sup>7</sup> HAURIOU, Maurice. Précis Élémentaires de Droit Administratif, Paris, 1926, citado por Hely Lopes Meireles. *Direito administrativo brasileiro*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.83-84.

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.85.

<sup>9</sup> MEIRELLES. *op. cit.*, 2001, p.85.

Se o cônjuge do Chefe do Executivo, pela sua conduta cívica de cidadã sempre atuante e engajada nas ações sociais da comunidade, possuir os requisitos para bem desempenhar determinada função honorífica, não nos parece que esse exercício virá a ofender a moral administrativa.

Outrossim, entendemos que dita função honorífica, se exercida pela Primeira Dama do Estado, com a execução de ações sociais e educativas, será de alto valor moral, e que essa conduta poderá ser capaz de influenciar e mobilizar positivamente a sociedade para a consecução dos objetivos que tenham sido propostos.

### **TERCEIRA QUESTÃO**

c) Será necessária a publicação de ato para fins de exoneração dos ocupantes de cargo em comissão e de função gratificada em fevereiro de 2003?

### **CONSIDERAÇÕES**

Segundo dispõe, em seu art. 2º, a Emenda à Constituição Estadual nº 19/2002, considerar-se-ão extintos, a partir de 1º de fevereiro de 2003, os provimentos existentes, com as respectivas exonerações dos cargos em comissão e das designações para funções gratificadas, que desatendam suas prescrições.

O provimento, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, é:

*“O ato de designação de alguém para titularizar cargo público. O provimento dos cargos é sempre da alçada do Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário) em que estejam integrados”.*<sup>10</sup>

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.272.

A investidura no cargo ocorre quando a pessoa designada (nomeada) toma posse, devendo entrar em exercício do cargo, colocando-se à disposição da Administração para desempenhar suas funções.

A exoneração é o desligamento do vínculo existente entre o agente público e o Estado.

A motivação para a exoneração pode ser em virtude de disposição legal, mas o desprovemento do cargo só se efetiva com o ato administrativo da autoridade competente para exonerar o agente público.

Isso porque não há como conferir ao art. 2º da Emenda à Constituição Estadual nº 019/2002 a auto-aplicabilidade.

Referido dispositivo legal não é um ato de exoneração em massa, generalizado, de todos os agentes públicos que a partir de 01.02.2003 passarem a incidir na vedação constitucional do § 7º da referida Emenda Constitucional.

Dessa forma, para que o mencionado dispositivo constitucional produza a eficácia almejada, faz-se necessária a publicação na Imprensa Oficial, dos atos de exoneração do servidor a ser exonerado, expedidos pelos Chefes dos respectivos Poder ou Órgão, efetuando-se o pagamento das verbas rescisórias devidas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Além das questões propostas, acreditamos ser pertinente trazermos à baila questionamentos sobre a constitucionalidade da Emenda à Constituição Estadual nº 19/2002, que vem sendo objeto de discussões na comunidade jurídica sul-mato-grossense, tendo já ganho foro judicial.

Há quem sustente que a referida Emenda não poderia produzir efeitos sobre as nomeações e provimentos dos cargos em comissão e das funções gratificadas ocorridas antes de sua vigência, invocando o ato jurídico perfeito consumado à época em que não existia no ordenamento jurídico a vedação constitucional ora em exame.

Outros sustentam que a referida Emenda é inconstitucional porque tanto o provimento quanto a exoneração, deveriam ser da alçada de cada um dos Poderes nos quais estejam integrados os cargos em comissão ou funções gratificadas.

Tais questões podem ser objeto de outro Parecer, a critério da Administração.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, entendemos, salvo melhor juízo, que as respostas para as questões propostas são as seguintes:

## RESPOSTA À PRIMEIRA QUESTÃO

Tendo em vista que a Emenda à Constituição Estadual nº 019/2002 impõe ao cônjuge, ao companheiro e ao parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau civil, de membros ou titulares da administração direta, indireta ou fundacional, o impedimento para ocupar, a qualquer título, **cargo em comissão ou função gratificada**, esteja ou não o cargo ou a função relacionada a superior hierárquico que mantenha referida vinculação de parentesco ou afinidade, salvo se integrante do respectivo quadro de pessoal em virtude de concurso público de provas ou de provas e títulos, **entendemos que tais pessoas não se encontram impedidas de desempenhar tão**



**somente a função honorífica, uma vez que a tal não se estendeu a vedação constitucional.**

### **RESPOSTA À SEGUNDA QUESTÃO**

Se o cônjuge do Chefe do Poder Executivo preencher os requisitos para bem desempenhar determinada função honorífica, parece-nos que a sua convocação, ou designação ou nomeação é ato administrativo legal e que também se amolda perfeitamente aos princípios da moralidade e impessoalidade administrativas, não incidindo na vedação constitucional da Emenda nº 019/2002.

### **RESPOSTA À TERCEIRA QUESTÃO**

A Administração Pública, em obediência à Constituição Estadual, deverá promover a exoneração dos agentes públicos que, a partir de 01.02.2003, passarem a incidir na vedação constitucional da Emenda nº 019/2002, através de atos de exoneração individuais, com efeitos a partir de 01.02.2003, caso os mesmos não expressem seus respectivos pedidos de exoneração, os quais deverão ser publicados na Imprensa Oficial.

Ademais somente com a publicação dos atos de exoneração se aperfeiçoará o desligamento dos servidores exonerados, que deverão ter seus direitos respeitados, com o pagamento pela Administração, das verbas rescisórias a que fizerem jus.

É o parecer que submetemos à superior apreciação.

Campo Grande, 23 de dezembro de 2.002.

Vaneli Fabrício de Jesus Gouliouras  
Procuradora do Estado

## Despacho

Vistos etc.

1 - Aprovo, por seus próprios fundamentos e com supedâneo no artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, o Parecer PGE nº 001/2003 - PAG nº 004/2002, firmado pela Procuradoria do Estado Vaneli Fabrício de Jesus Gouliouras, da Procuradoria de Assessoria ao Gabinete, acostado às folhas 08-20, do processo nº 15/001066/2002.

2 - Anoto, por oportuno, que o assunto objeto da Emenda à Constituição Estadual nº 19, foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1521-4-RS e pelo Superior Tribunal de Justiça na Ação de Mandado de Segurança no 2.284-5-SP, nas quais não foram atacadas as questões primeira e segunda da consulta (f.03), enfocadas no Parecer ora aprovado.

3 - As conclusões postas no Parecer ora aprovado, a par do suporte teleológico satisfatoriamente demonstrado pela parecerista, têm sustentáculo em interpretação mesmo que perfunctória do texto constitucional, pois que a itenção do constituinte derivado foi obstar a investidura em cargo e função **remunerados**, o que não ocorre no exercício de função honorífica, como, *verbi gratia*, a exercida por jurado e por membro de mesa receptora de votos nas eleições majoritárias e proporcionais.

Essa afirmação é corroborada pela referência, no texto constitucional, **(1)** a cargo em comissão, que, sabidamente, só pode ser exercido mediante remuneração, *ex vi* do disposto no artigo 8º, da Lei (Estadual) nº 1.102, de 10 de outubro de 1990, e **(2)** a função "*gratificada*" adjetivo que, por si só, qualifica o

provimento e pressupõe o recebimento de contrapartida financeira.

4 - Registre-se.

5 - À Assessoria do Gabinete para que dê ciência desta decisão à subscritora do Parecer e, depois disso, providencie cópias para encaminhamento aos Excelentíssimos Senhores Governador do Estado, Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo e Secretário de Estado de Gestão Pública.

Campo Grande, MS, 03 de janeiro de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves  
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/MS Nº 008/2003

PARECER PP Nº 001/2003

Processo nº: 31/375318/2001

Interessado: Rui Gibin Lacerda

Assunto: Revisão de incorporação de benefício por desempenho de cargo em comissão, visando acrescer valores referentes a adicional de dedicação exclusiva.

1. Pedido de incorporação definitiva de adicional de dedicação exclusiva. Impossibilidade. Vantagem pessoal de caráter transitório, não incorporável por sua própria natureza, bem como, por disposição expressa no artigo 1º, inciso V, do decreto nº 7.883, de 02.08.94.

2. Policial militar que teve incorporado em seus proventos parcelas referente a exercício de cargo em comissão de natureza civil. Aplicação do artigo 77, da Lei Estadual nº1.102/90, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 7.883/94. Não preenchimento dos Requisitos nulidade do ato que concedeu a incorporação.

Senhor Procurador-Geral do Estado

Trata-se de processo administrativo no qual Rui Gibilm Lacerda, Tenente Coronel da Polcia Militar, solicita revisão de incorporação definitiva de DAS-2 por não estar recebendo adicional de dedicação exclusiva.

Sustenta sua pretensão no artigo 1º, inciso II e artigo 2º, do Decreto Estadual nº 8.076/94.

Junta documentos referentes à sua vida funcional (f.03), certidão de tempo de serviço (f.04), apostila de fixação de proventos (f.05), ato de transferência para a reserva (f.06), ato de concessão de incorporação de indenização de representação DAS-2 Especial (f. 09) e outros.

Nas f.15-16 veio, aos autos, parecer da Polícia Militar, opinando pelo deferimento do pedido.

Através do parecer nº 718/01/ASSJUR/SEJUSP/MS (f.19-20), a assessoria jurídica da Secretaria de Estado de Justiça menciona que aludida incorporação foi revogada pela Lei Estadual nº 1.756/99 (que revogou o artigo 77, do Estatuto dos Servidores Cívicos). Aduz, ainda, que, por força do disposto no artigo 1º, inciso V, do Decreto 8.076/94 e artigo 1º, inciso V, do Decreto 7.883/94, a gratificação de dedicação exclusiva não é incorporável.

Atendendo pedido da Secretaria de Gestão (f.22), veio, aos autos, processo administrativo que concedeu incorporação definitiva de gratificação por exercício em função de confiança (f.23-50).

Nas f.59-60, a Assessoria Jurídica da Secretaria de Gestão opinou pelo envio do processo a Procuradoria-Geral do Estado para emissão de parecer. Atentou para o fato de que a incorporação que se requer, tem natureza civil e, portanto, deve obedecer aos ditames do artigo 77, da Lei Estadual nº 1.120/90 e do Decreto Estadual nº 7.883/94.

É a síntese do necessário

Passamos ao parecer.

## **I. DA NATUREZA DO CARGO EM COMISSÃO EXERCIDO E DO DIPLOMA LEGAL A SER APLICADO**

O cargo em comissão exercido pelo requerente (Assessoramento Superior, classificado como DAS) possui natureza civil e, em alguns casos, é também exercido pelos Militares.

Sendo de natureza civil, aplicava-se à sua concessão e incorporação o revogado artigo 77, da Lei 1.102/90 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis), bem como, o também revogado Decreto Estadual nº 7.883, de 02 de agosto de 1994.

A aplicação dos diplomas acima mencionados era confirmada inclusive pelo Decreto nº 8.076, de 16/12/94 (que dispunha sobre a incorporação da indenização de representação para aos servidores militares), que, em seu artigo 5º, dispunha:

“A incorporação de remuneração pelo exercício de cargo em comissão de direção ou assessoramento superior, de natureza, de natureza civil, observará as disposições do Decreto nº 7.883, de 2 de agosto de 1994”.  
(grifo nosso)

Esclarecido o diploma legal a ser aplicado, passamos à análise do pedido propriamente dito.

## **II. IMPOSSIBILIDADE DE INCORPORAÇÃO DE VANTAGEM DE CARÁTER PESSOAL - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1º, INCISO V, DO DECRETO ESTADUAL Nº 7.883/94**

O pedido do requerente (incorporação do adicional de dedicação exclusiva) não tem guarida no Decreto que

regulamenta a matéria, pois o artigo 1º, inciso V, do Decreto Estadual nº 7.883/94, proíbe tal desiderato:

“V - não se somará a remuneração do cargo em comissão ou função de confiança para fins de cálculo do valor da incorporação, as vantagens de caráter individual e pessoal concedidas ao servidor beneficiado em razão do exercício de cargo em comissão ou função de confiança”. (grifo nosso)

Note-se: referido adicional é uma vantagem *ex pacto officii*, decorrente do desempenho de certos cargos ou funções que exigem regime especial de trabalho, em razão da peculiaridade do serviço, enquadrando-se no tipo de vantagem *pro labore faciendo* ou *propter laborem*.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Dessa forma, não faz jus à percepção do denominado Adicional de Dedicção Integral (ADI), que corresponde ao pagamento de duas horas extraordinárias, eis que a referida vantagem, que representa uma contraprestação pelo exercício de função comissionada, possui natureza transitória, de modo que, cessada a investidura na função cessa-se automaticamente o seu pagamento.”<sup>1</sup> (grifo nosso)

Oportuna ainda, a lição do sempre atual Hely Lopes Meirelles:

“Essas gratificações só podem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque

---

<sup>1</sup> STJ - 6ª T. ROMS 8698/GO, DJ 15/03/99, p. 291, Rel. Min. Anselmo Santiago.

são retribuições pecuniárias 'pro labore faciendo' e 'propter laborem', Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que os justificam, extingue-se a razão de seu pagamento."<sup>2</sup> (grifo nosso)

Diante destas considerações, opinamos pelo indeferimento do pedido de Rui Gibim Lacerda com relação à incorporação do adicional de dedicação exclusiva.

### III. NÃO APLICAÇÃO DO PARECER/PGE/Nº 076/95 AO CASO EM TELA

A assessoria jurídica da Polícia Militar, nas f.15-16, faz menção ao parecer nº 076/95 emitido por esta Procuradoria-Geral do Estado, através da antiga Procuradoria de Assuntos de Pessoal, em 26 de setembro de 1995.

Àquele parecer, conforme pode-se observar da cópia em anexo, não foi dado caráter normativo, portanto não é vinculante a todos os casos semelhantes, nem submete a opinião devidamente fundamentada de outros Procuradores do Estado.

Ademais, o aludido parecer não justifica a concessão do benefício pretendido, pois naquele ensaio, a nobre subscritora deixou claro **que a incorporação do adicional de dedicação exclusiva ficaria condicionada ao seu recebimento pelo interstício dos 36 (trinta e seis) meses que antecedessem à aposentadoria**, ou seja, **somente aqueles servidores que estivessem recebendo o adicional três anos antes do ato de aposentação, fariam jus à incorporação.**

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27.ed. São Paulo: Malheiros. 2002, p.463-464.



Pois bem. Verifica-se da f. 06 que o requerente foi transferido para a reserva remunerada em 25 de junho de 1997, tendo sido publicado o ato concessivo em **26 de junho de 1997**, enquanto que a função gratificada de natureza civil foi exercida **até a data de 08 de maio de 1994** (f.32).

Ora, percebe-se claramente que o requerente **não estava recebendo o adicional de dedicação exclusiva, nos trinta e seis meses que antecederam a sua aposentação.**

Assim, nem mesmo com base no PARECER/PGE/nº 076/95 o requerente tem direito à incorporação.

#### **IV. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE INCOPORAÇÃO - NULIDADE DO ATO CONCESSIVO**

Além de ser indevido o pedido administrativo, também o é a incorporação já efetivada, pois o revogado artigo 77, do Estatuto dos Servidores Civis, assim dispunha:

“Art. 77. O funcionário ocupante de cargo efetivo, que durante cinco anos consecutivos ou dez, alternados, tiver exercido cargo ou função de direção, chefia, assessoramento superior ou intermediário ou assistência direta e imediata, incorporará, definitivamente, à remuneração do cargo, para todos os efeitos legais, as vantagens pecuniárias do cargo em comissão ou da função de confiança, observado o seguinte:”  
(grifamos)

No caso em tela, vislumbra-se ausência de requisito indispensável para a concessão da incorporação, qual seja, **o preenchimento do lapso temporal de cinco anos**

**consecutivos**, pois, conforme se verifica da f. 32, o requerente contava com apenas **três anos e dois dias** de serviços prestados à Administração Direta do Poder Executivo, quando adquiriu o benefício.

As certidões juntadas às f.30, como bem lembrado pelo parecer de f.59-60, dizem respeito à função estritamente militar e não têm qualquer relação com o benefício incorporado (DAS 2 Especial).

Nesse ínterim, não faz *jus* ao que pleiteia no presente processo administrativo e nem mesmo ao que já foi ilegalmente incorporado aos seus proventos, **pois não laborou tempo suficiente para tanto.**

Bem assim, somos pela anulação do ato que e concedeu a incorporação da indenização de representação DAS-2 Especial, pois, segundo a melhor doutrina, trata-se de ato que merece sanção de **nulidade de pleno direito**, pois não honrou os requisitos necessários ao benefício conseguido.

Vejamos lição cristalina de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández os quais, após tecerem algumas considerações a respeito do ato administrativo anulável, **dissertam sobre o ato nulo:**

“O regime de nulidade absoluta ou de pleno direito é radicalmente diferente. A declaração de nulidade não está submetida a prazo algum nem requer petição alguma do imediatamente afetado pelo ato ou a norma viciados. A nulidade de pleno direito pode ser declarada em qualquer momento, à instância de parte ou, inclusive, de ofício pela própria Administração ou pelos tribunais. O consentimento do afetado não acrescenta

nem tira nada, é perfeitamente intranscendente. O simples transcurso do tempo tampouco, sana o ato ou a norma viciados, que seguem sendo absolutamente nulos como no momento em que foram ditados. Por outra parte, a nulidade de pleno direito produz efeitos em cadeia e se comunica aos atos e normas subseqüentes de forma automática. Este regime tão rigoroso se justifica pela gravidade dos vícios aos que se aplica esta sanção. Trata-se, com efeito, de vícios que transcendem ao puro interesse dos particulares e que afetam o interesse de todos, à ordem geral, à ordem pública, segundo a expressão de nossa jurisprudência.”<sup>3</sup> (grifo nosso).

Desse entendimento comungam autores clássicos, como Hely Lopes Meirelles<sup>4</sup> e autores modernos, como Odete Medauar.<sup>5</sup>

Deve-se, pois, anular o ato viciado (inconstitucional e ilegal), através de outro ato administrativo emanado pela mesma autoridade que concedeu o benefício indevido. Após, o ato anulatório deve obter a homologação do Tribunal de Contas do Estado, por tratar-se de ato administrativo complexo<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> ENTERRIA, Eduardo Garcia. *Curso de direito administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1990. p.235-236.

<sup>4</sup> MEIRELLES. *op. cit.*, p.169-170.

<sup>5</sup> MEDAUAR, Odete. *Op cit*, p. 188-190.

<sup>6</sup> **“Atos complexos - os que resultam da conjugação de vontade de órgãos diferentes”**. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 4.ed. São Paulo: Malheiros. 1993. p.201).

**“Atos complexos são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único”** (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 9.ed. São Paulo: Atlas. 1998. p.185.

Diz-se assim, porque não há outra opção perante atos nulos de pleno direito, já que não se trata de discricção administrativa, mas de poder/dever (caráter vinculado) oriundo do Poder de Auto-tutela da Administração Pública<sup>7</sup>, segundo permissivo expresso na súmula 473, do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. (grifamos)

## V. CONCLUSÃO

*Ex positis*, opina-se:

1) pelo indeferimento do pedido de f. 02 (incorporação do adicional de gratificação exclusiva);

2) pela anulação do ato que concedeu a incorporação da gratificação por exercício de cargo em comissão, porque não preencheu os requisitos da legislação vigente à época (art. 77, da Lei 1.120/90 e Decreto Estadual nº 7.883/94);

3) pelo reembolso dos valores recebidos indevidamente pelo servidor, desde a publicação do ato viciado.

Este é o parecer, salvo melhor juízo.

---

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p.339-340. Nesse sentido também: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 13.ed. São Paulo: Atlas. 2001. p.218.

Campo Grande, MS, 07 de janeiro de 2003.

Renata Corona Zuconelli  
Procuradora do Estado

### **Despacho**

Vistos, etc.

1 - Aprovo, por seus próprios fundamentos, e com supedâneo no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, o Parecer PGE nº 008/2003 - PP nº 001/2003, acostado às folhas 63-71 do processo epigrafado.

2 - À Assessoria de Gabinete para:

a) destinar o processo à Procuradoria de Pessoal, para ciência das Procuradoras do Estado Judith Amaral Lageano e Renata Corona Zuconelli;

b) depois disso, providenciar o recâmbio dos autos à origem, bem assim, extrair cópias do aludido Parecer e desta decisão, encaminhando-as ao Secretário de Estado de Segurança Pública e ao Comandante-Geral da Polícia Militar, para as providências recomendadas no Parecer (item V - Conclusão - nºs 2 e 3), alertando que, por se tratar de ato administrativo complexo, exige-se a participação dos órgãos envolvidos na expedição e no registro (TCMS) do ato concessivo do benefício questionado, observando-se o devido processo legal.

Campo Grande, MS 18 de fevereiro de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves  
Procurador-Geral do Estado