

PRÁTICA FORENSE

Apelação Cível n.º 2000.01.00.014661-1/DF

Relatora: Juíza Assusete Magalhães
Apelante: União Federal
Proc.: Waltércio Magalhães Nogueira
Apelantes: Monsanto do Brasil Ltda e Monsoy Ltda.
Adv.: Erickson Gavazza Marques e outros
Apelado: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
Adv.: Andrea Lazzarini Salazar e outros
Apelada: Associação Civil Greenpeace
Adv.: Almir Hoffman de Lara Júnior
Apelado: IBAMA Instituto Brasileiro do Meio Ambiente
Proc.: Ana Cláudia Ferreira Pastore

EMENTA

A LIBERAÇÃO DE PLANTIOS E CULTIVOS, COMERCIALIZAÇÃO, TRANSPORTE, ARMAZENAMENTO, CONSUMO E DESCARTE NO MEIO AMBIENTE DE QUALQUER ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADO DEVE ATENTAR PARA O RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO, QUE SE MATERIALIZA, NO DIREITO BRASILEIRO, PELA SUBMISSÃO À CTNBIO DO COMPETENTE *PARECER TÉCNICO CONCLUSIVO*, BEM COMO A PRÉVIO *ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO NO MEIO AMBIENTE EIA/RIMA*, DE ATRIBUIÇÃO DOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS.

PARECER CONCLUSIVO DA CTNBIO COMISSÃO TÉCNICA NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA NÃO SUBSTITUI NEM TORNA INEXIGÍVEL O EIA/RIMA.

ALÉM DE EXAMINAR FATORES OBJETIVOS DE RISCOS À VIDA E À SAÚDE DAS PLANTAS, ANIMAIS E SERES HUMANOS, O EIA/RIMA TAMBÉM DEVE LEVAR EM CONTA OS IMPACTOS ADVERSOS PROVOCADOS NO BEM-ESTAR DA POPULAÇÃO, E EM SUAS ATIVIDADES SOCIAIS E ECONÔMICAS.

1. A introdução de organismos geneticamente modificados no Brasil é uma questão política séria. Mas além desse aspecto, pelo impacto ambiental e econômico que pode produzir, vem sendo objeto de intenso debate judicial, não podendo ser resolvido sem a interferência do Judiciário.

2.O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC moveu contra a União Federal e sua Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, Ação Cautelar, em que as empresas multinacionais Monsanto e Monsoy se habilitaram, em razão de procedimentos omissivos dos órgãos federais, quanto a exigências para importação, comercialização e liberação para plantio de organismos geneticamente modificados, produzidos por aquelas multinacionais. Após diversos incidentes processuais, e a apresentação dos argumentos das partes, ancorados em pareceres técnicos e jurídicos, sobreveio sentença, julgando procedente a ação cautelar, para determinar, em caráter mandamental-inibitório:

- a apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, como condição para o plantio da soja transgênica, pelas empresas Monsanto e Monsoy;
- o impedimento para comercialização das sementes da soja, já produzidas, até que sejam regulamentadas e definidas pelo poder público as normas de biossegurança e rotulagem;
- a suspensão do cultivo, em escala comercial, da soja transgênica;
- a intimação dos Ministros da Agricultura, Ciência e Tecnologia, Meio Ambiente e Saúde para que não expeçam qualquer autorização às promovidas antes de cumpridas as determinações judiciais;
- a manutenção da multa pecuniária de dez salários-mínimos, por dia, a partir do descumprimento das medidas. (V. 5, p. 1599/1660).

Houve interposição de apelação por parte da União, atacando os argumentos expostos na sentença, utilizando-se de informações fornecidas pela Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia. (V. 5, p. 1679/1688).

Também interpuseram apelação as empresas Monsanto e Monsoy, ressaltando a existência de motivos para a modificação das características originais dos vegetais, para a utilização da engenharia genética, quais sejam, evitar as pragas e melhorar os produtos agrícolas.

- No mérito, apontou a ausência do ‘fumus boni juris’, eis que os poderes públicos somente poderiam exigir o EIA das atividades potencialmente causadoras de dano ao meio ambiente, definidas em lei, dentre as quais não se encontra a inserção de organismos geneticamente modificados no meio ambiente; e, ainda, devido ao Decreto n.º 1752/95 que outorgou a CTNBio a possibilidade de dispensar a apresentação de EIA se entender necessário;
- Também disse estar ausente o ‘fumus boni juris’ por ter sido o princípio da precaução devidamente respeitado pela CTNBio, que fundamentou sua decisão em estudos técnicos e adotou uma série de medidas de monitoramento que são suficientes à precaução;

Acrescentou que, de acordo com a legislação ambiental vigente no Brasil, qualquer atividade que implicasse em modificação significativa no meio ambiente, como o caso em tela, exigiria licenciamento ambiental.

Asseverou que somente os órgãos integrantes do SISNAMA e o IBAMA estariam habilitados a licenciar atividades com impactos ambientais. A CTNBio não pertencia ao SISNAMA, e, portanto, a disposição do Decreto 1752/95 deveria ser compreendida como mais um mecanismo à disposição da Comissão para complementação dos dados técnicos necessários a sua atividade – fato que não desobrigaria o órgão licenciador de exigir o EIA.

Disse que a cautelar não fora usada como meio de antecipação do provimento do mérito da ação principal, pois o pedido da ação civil pública não se confundia com o pedido da cautelar.

Transcreveu o pedido da ação civil pública, onde se postulava, dentre outras coisas, a elaboração pela CTNBio de normas relativas à segurança alimentar, comercialização e consumo de transgênicos, etc., e que não emitisse nenhum parecer antes de atendidas essas exigências.

Disse que os apelantes não se insurgiram quanto à necessidade de norma técnica sobre a rotulagem do transgênicos, o que gerou preclusão da matéria. Aduziram ser direito básico do consumidor a informação sobre os produtos (art. 6º, III, do CDC).

Alegou que a soja transgênica da Monsanto fora desenvolvida para ser resistente ao herbicida que ela própria fabricava, havendo interesse de lucro, na verdade.

Outrossim, acusou a empresa de se mostrar indiferente aos impactos ambientais que a soja em tela representaria ao meio ambiente. Ademais, a Monsanto não explicou o porquê de sua resistência ao EIA e ao RIMA.

Argumentou com base no princípio da precaução, apontando sua aplicabilidade ao caso em tela.

39. Manifestou-se o MPF de primeiro Grau mais uma vez, argumentando sobre a necessária atuação do *parquet*. Referiu-se ao fato de que a autorização da CTNBio teria apenas caráter de aconselhamento, não sendo autorizativo, conforme parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia.

40. A fls. 1971, do Volume 6, vê-se o *Parecer 083-99*, da Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia, que trata da “*Natureza Jurídica do Certificado de Qualidade em Biossegurança – CQB, e do Parecer Prévio sobre liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados – OGM, ambos emitidos pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio*”, cuja conclusão, lançada a fls. 1974, traz o que segue:

13. Uma leitura atenta dos dispositivos transcritos demonstra claramente que a autorização para liberar, no meio ambiente, organismos geneticamente modificados deve ser expedida pelos órgãos de fiscalização dos Ministérios da Saúde, da Agricultura e do Abastecimento, e do Meio Ambiente, observado o Parecer Técnico conclusivo da CTNBio. Portanto, o Parecer da CTNBio não tem o caráter de ato autorizativo, mas de um prévio opinamento, aconselhamento aos órgãos competentes para conceder a autorização.

A ação pretende *impedir o plantio de soja transgênica, enquanto não houver regulamentação, e enquanto não realizado estudo prévio de impacto ambiental*. Como não há regulamentação, e como não foi realizado prévio estudo de impacto ambiental, resta evidente que a existência de *cultivo* é prática que desatende as normas legais, e agride a pretensão veiculada na ação cautelar.

Quem quer impedir o plantio, quer impedir o cultivo. Se há cultivo, sem ter sido autorizado o plantio, o cultivo é irregular, e a sentença que decreta a *suspensão do cultivo* unicamente aplicou efeito necessário e inafastável, decorrente do pedido primário, contido na inicial, e reiterado nas manifestações do Ministério Público.

Ora, se os autores só reconhecem ao IBAMA a prerrogativa de licenciar atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental, não há como considerar que a mera expedição de Parecer do CTNBio pudesse tornar sem objeto a ação cautelar.

Ao contrário. Antes a afirma, e justifica sua permanência. Porque é precisamente contra a expedição desse Parecer Técnico Conclusivo, que pretende substituir-se ao EIA/RIMA, que houve interesse e necessidade do presente processo.

Portanto, não há, de modo algum, perda do objeto.

Mérito. Manutenção da sentença. Improcedência das apelações.

49. No mérito, melhor sorte não socorre as apelantes.

O argumento central das apelações orbita em torno do entendimento de que a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança CTNBio tem a última palavra sobre o assunto referente a organismos geneticamente modificados, o que implicaria na desnecessidade de pronunciamento de outros órgãos governamentais, quando envolvendo organismos transgênicos, como também tornaria inexigível estudo prévio de impacto sobre o meio ambiente, e seu subsequente relatório de impacto ambiental.

O que determinou a sentença na cautelar?

- impedimento para comercialização das sementes da soja, já produzidas, até que sejam regulamentadas e definidas pelo poder público as normas de biossegurança e rotulagem;
- a apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, como condição para o plantio da soja transgênica, pelas empresas Monsanto e Monsoy;
- a suspensão do cultivo, em escala comercial, da soja transgênica;
- a intimação dos Ministros da Agricultura, Ciência e Tecnologia, Meio Ambiente e Saúde para que não expeçam qualquer autorização às promovidas antes de cumpridas as determinações judiciais;
- a manutenção da multa pecuniária de dez salários-mínimos, por dia, a partir do descumprimento das medidas. (V. 5, p. 1599/1660).

Não é preciso muito esforço para chegar à conclusão de que a sentença ateu-se, rigorosamente, aos ditames constitucionais e legais.

50. Estão em conflito aparente o direito ao desenvolvimento, e a proteção ambiental. Esse conflito é resolvido a partir da adoção de políticas públicas que apontem para um desenvolvimento sustentável.

Desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento capaz de atender às necessidades das presentes gerações, sem comprometer a capacidade das futuras gerações a atenderem suas próprias necessidades.

Mas o próprio conceito de desenvolvimento teve de ser aprimorado. E, em Relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1994, das Nações Unidas, já se chegara ao entendimento da necessidade de ter um “desenvolvimento humano sustentável”. E tal desenvolvimento humano sustentável seria o desenvolvimento que não apenas geraria crescimento econômico, mas que distribuiria equitativamente seus benefícios; que regeneraria o meio ambiente invés de destruí-lo; que conferiria mais poder ao povo, ao invés de marginalizá-lo. O documento completa seu sentido dizendo que desenvolvimento humano sustentável é o desenvolvimento que confere prioridade aos mais pobres, ampliando suas possibilidades de escolha e de

oportunidades, assegurando sua participação nas decisões que afetam suas vidas. Tais conclusões resultavam, entre outros fatores, da constatação de que “os muito pobres, lutando por sua sobrevivência diária, freqüentemente não têm os recursos necessários para impedir a degradação ambiental. O que está em risco não é sua qualidade de vida - mas a sua própria vida”.

51. Nossa Constituição Federal garantiu ao meio ambiente dignidade fundamental. O artigo 225 é dedicado à sua proteção, e incorpora esses avanços já compreendidos pelos países desenvolvidos. Ela assegura a todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito, e afirma-o essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à sociedade em geral o dever de defendê-lo e preservá-lo.

Na norma fundamental, o tema vem assim tratado:

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.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente [...].

52. Para disciplinar o inciso V do artigo 225 da Constituição, foi promulgada a Lei nº 8.974, de 05.01.1995, a qual *“regulamenta os incisos II e V do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da*

Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências.”

De especial relevo, para solução do caso em exame, são os artigos 7º e 8º desse diploma legal:

Art. 7º **Caberá**, dentre outras atribuições, **aos órgãos de fiscalização** do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária e **do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal**, dentro do campo de suas competências, observado o parecer técnico conclusivo da CTNBio e os mecanismos estabelecidos na regulamentação desta lei:

I - (Vetado.)

II - **a fiscalização e a monitorização de todas as atividades e projetos relacionados a OGM do Grupo II;**

III - **a emissão do registro de produtos contendo OGM ou derivados de OGM a serem comercializados para uso humano, animal ou em plantas, ou para a liberação no meio ambiente;**

IV - **a expedição de autorização para o funcionamento de laboratório, instituição ou empresa que desenvolverá atividades relacionadas a OGM;**

V - **a emissão de autorização para a entrada no País de qualquer produto contendo OGM ou derivado de OGM;**

VI - **manter cadastro de todas as instituições e profissionais que realizem atividades e projetos relacionados a OGM no território nacional;**

VII - **encaminhar à CTNBio, para emissão de parecer técnico, todos os processos relativos a projetos e atividades que envolvam OGM;**

VIII - **encaminhar para publicação no Diário Oficial da União resultado dos processos que lhe forem submetidos a julgamento, bem como a conclusão do parecer técnico;**

IX - **aplicar as penalidades de que trata esta lei nos arts. 11 e 12.**

Art. 8º **É vedado, nas atividades relacionadas a OGM:**

I - qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo in vitro de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas nesta lei;

II - a manipulação genética de células germinais humanas;

III - a intervenção em material genético humano in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio;

IV - a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível;

V - a intervenção in vivo em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio;

VI - a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta lei.

§ 1º Os produtos contendo OGM, destinados à comercialização ou industrialização, provenientes de outros países, só poderão ser introduzidos no Brasil após o parecer prévio conclusivo da CTNBio e a autorização do órgão de fiscalização competente, levando-se em consideração pareceres técnicos de outros países, quando disponíveis.

§ 2º Os produtos contendo OGM, pertencentes ao Grupo II conforme definido no Anexo I desta lei, só poderão ser introduzidos no Brasil após o parecer prévio conclusivo da CTNBio e a autorização do órgão de fiscalização competente.

O texto é de clareza meridiana.

53. É certo a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança será a o órgão de referência necessária no sistema. Como lembra o jurista Herman Benjamin¹, a CTNBio “não exerce atribuições sanitárias, ambientais ou agrícolas. Essas ficam afeitas aos sistemas próprios, conectados, de forma respectiva, aos Ministérios da Saúde, do Meio Ambiente e da Agricultura, órgãos legalmente vocacionados e dotados de recursos humanos e materiais para tratar de interesses dessa envergadura. O novo órgão não veio para substituir nem para afastar, mas para complementar tais atribuições.” Por isso seu parecer será prévio, “o que significa que o primeiro órgão a ser ouvido sobre uma solicitação de autorização ou registro é a CTNBio. Só depois de sua apreciação – que, se desfavorável, ... mata no berço, a postulação, impedindo qualquer análise pelos outros três Ministérios – é que as autoridades da Saúde, Meio Ambiente e Agricultura são ouvidas”. (pág. 1907, V. 6).

Ser o primeiro não significa dizer ser o único.

O Parecer é prévio, e conclusivo quanto aos aspectos que a CTNBio tem que se pronunciar. Não desborda para análises de competência de outras instâncias e esferas da administração pública.

54. Ora, como visto no item 40, supra, o Parecer 083-99, da Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia, que trata da “Natureza Jurídica do Certificado de Qualidade em Biossegurança – CQB, e do Parecer Prévio sobre liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados – OGM, ambos emitidos pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio”, já concluíra que

o Parecer da CTNBio não tem o caráter de ato autorizativo, mas de um prévio opinamento, aconselhamento aos órgãos competentes para conceder a autorização (fls. 1974).

Conclusão idêntica chegou a Consultoria do Ministério do Meio Ambiente, em Parecer nº 262 CONJUR/MMMA/99, onde figurou como interessada a *Secretaria de Biodiversidade e Florestas*:

¹ Engenharia Genética: implicações ambientais e na proteção do consumidor. V. 6, pág. 1900 e seguintes.

Ao Ministério do Meio Ambiente, conforme a legislação nacional em vigor, cabe, no âmbito de suas competências, conceder autorização para a introdução no país e a liberação a campo, para qualquer fim, seja comercial ou para experimentos, de Organismos Geneticamente Modificados (OGM).

Isto posto e em consonância com as conclusões expostas no Parecer 083/99, de 22 de outubro de 1999, da Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia, tem-se que a CTNBio não tem poder para autorizar a liberação no meio ambiente, seja a título de pesquisa ou não, e o parecer expedido pela mesma não vincula a decisão do órgão autorizativo, embora deva ser anexado à solicitação de autorização e observado por este órgão.

(Parecer de lavra da advogada Roberta Rubim Del Giudice, de 3 de Abril de 2000, aprovado pelo Coordenador-Geral e pelo Consultor Jurídico. Anexo).

55. Após emissão do *Parecer Prévio Conclusivo* por parte da CTNBio, o assunto receberá o pronunciamento devido por parte dos demais órgãos incumbidos de concessão de autorização de liberação. Entre eles, e envolvendo questões de meio ambiente, o IBAMA.

56. Se o *Parecer Técnico Conclusivo* é o instrumento de demonstração de acatamento do *princípio da precaução*, por parte da CTNBio, a Constituição e leis que a disciplinam apresentam à sociedade outros mecanismos de implementação daquele princípio.

57. A Constituição recepcionou a Lei 6.938/81, que “*Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*”.

Segundo esse diploma legal,

Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios;

Ora, aí estão deitados os princípios fundamentais que informam a política ambiental: desenvolvimento sócio econômico, que proteja a dignidade da pessoa humana. Desenvolvimento humano sustentável, portanto.

Em razão de ter inovado não só no ordenamento jurídico, mas nas práticas sociais, cuidou o legislador de assentar alguns conceitos essenciais. Entre esses, o conceito de *meio ambiente, degradação e poluição*:

Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

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;

II - degradação da qualidade ambiental: a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - **poluição: a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:**

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) **criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;**

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

58. A leitura dos dispositivos legais já aponta claramente para o fato de que o conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado vai mais e além que a análise acerca de *risco à saúde e à vida de plantas e animais*. Inclui riscos ao *bem-estar da população*; ou que *criem condições adversas às atividades sociais e econômicas*.

E se inclui como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente tanto o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental, quanto o zoneamento ambiental e a *avaliação de impactos ambientais* (art. 9º).

Ora, é precisamente esse o ponto que marca a distância abissal entre o Parecer Técnico Conclusivo da CTNBio de um EIA/RIMA, a ser acompanhado e fiscalizado pelo IBAMA.

Como referido no início do presente Parecer, há a fls. 280 Parecer Técnico Conclusivo da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio – referente ao pedido da Monsanto para utilização da soja Roundup Ready, no qual considerou que *“não há evidência de risco ambiental ou de riscos à saúde humana ou animal, decorrentes da utilização da soja geneticamente modificada em questão”*, a cuja conclusão chegou, segundo contido no documento, em vista do exame de alguns elementos ambientais, e de Saúde Humana e Animal (V2, p.280/281).

Mas de modo algum o Parecer Técnico Conclusivo da CTNBio tem a natureza, abrangência e alcance de um EIA/RIMA.

É que o estudo de impacto ambiental realiza diagnóstico do meio ambiente, levando em conta as influências com o meio físico, biológico, mas igualmente sócio-econômico. Daí que exige equipe multidisciplinar.

59. Uma face da globalização é a utilização, além fronteiras, de princípios que inspiram os modos de organização das sociedades. E sendo o planeta terra um só, as alterações provocadas em uma região pode vir a afetar a outra. Daí que poucas áreas do direito recebem tanta influência do avanço do padrão normativo internacional como o direito ambiental.

Assim, tanto no Brasil, como nos Estados Unidos e na Europa, há o mesmo princípio regendo práticas que recomendam realização de estudos de impacto ambiental (“environmental assessment”), os quais incluem, invariavelmente, não só o impacto da atividade sobre a saúde e segurança humana, flora, fauna, solo, ar, água, clima, paisagem e monumentos históricos ou outras estruturas físicas, como a interação desses fatores, o que inclui os efeitos no patrimônio cultural e nas condições sócio-econômicas resultantes desses fatores².

² Sunkin, Maurice. Sourcebook on Environmental Law. London: Cavendish Publishing Ltd. 1998. p ; Ball, Simon e Stuart Bell. Environmental Law. London: Blackstone 1991. p.

Portanto, a CTNBio nem é nem pode pretender ser órgão de fiscalização ambiental. Tampouco pode pretender que seu Parecer Técnico Conclusivo, que não aborda aspectos do provável impacto sobre as condições sócio-econômicas, entre outras, possa substituir o EIA/RIMA. Como, aliás, dito pelas consultorias jurídicas dos Ministérios da Ciência e Tecnologia e Meio Ambiente.

60. O EIA/RIMA, como determinado na sentença, é inafastável como exigência preliminar, para autorização de realização de plantios e cultivos de soja transgênica, em larga escala. Atente-se para o fato de que a soja não é plantada em pequenas partidas, em roçados domésticos. Seu plantio ocupa grandes tratos de terra. É cultura de exportação, sendo carro chefe do setor agrícola brasileiro.

Para o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente e para a instalação de obra e atividade potencialmente causadora de degradação do mesmo, é necessária a apresentação do estudo prévio de impacto ambiental (EPIA) e da aprovação do relatório de impacto ambiental (RIMA), consoante disposições contidas no art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, art. 12, VII, e art. 7º, I, combinado com o inciso IX do art. 6º da Lei nº 8.666/93, com a nova redação dada pela Lei nº 8.883/94, e na Resolução nº 001/86 do CONAMA (TJMG – AC 62.043/5 – 5ª C. – Rel. Des. Campos Oliveira – J. 22.08.1996) (05 137/138-186)

AÇÃO DIRETA – LIMINAR – OBRA OU ATIVIDADE POTENCIALMENTE LESIVA AO MEIO AMBIENTE – ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL – Diante dos amplos termos do inc. IV do § 1º do art. 225 da Carta Federal, revela-se juridicamente relevante a tese de inconstitucionalidade da norma estadual que dispensa o estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais. (STF – ADI 1.086 – SC – TP – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 16.09.1994)

O EIA/RIMA é instrumento essencial de preservação ambiental, cuja finalidade é evitar que os danos ocorram, e não apenas corrigir ou remediar danos provocados. Esse o sentido identificado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar o AG 04.5222-6 SC³, em que foi Relator o Juiz José Luiz Borges Germano da Silva:

³ TRF 4ª, 4ª T., julg. 24.6.97, DJ 13.8.97, p. 62.924

Dano ambiental. Cortes de árvores. EIA/RIMA.

O Estudo de Impacto Ambiental é decorrência direta do mandamento constitucional que preocupou-se com a preservação e não com a restauração do meio ambiente.

Desta forma, é de ser suspenso o corte de árvores ao longo da BR 101 até a apresentação do EIA/RIMA, uma vez que este é o meio adequado de afastar a degradação ambiental.

Ora, se o EIA/RIMA é obrigatório para mensurar o impacto de atividades bem mais simples, configuraria absurda a idéia de que se pudesse dispensá-lo, quando se está em jogo a utilização de um organismo geneticamente modificado, com potencial concreto de ocupar, em pouco tempo, toda a área em que se realiza plantio de soja no Brasil.

61. A sentença recorrida, que condicionou a liberação de plantio da *soja transgênica* à apresentação de EIA/RIMA, portanto, não merece reforma.

Ela aceitou aplicação do *princípio da precaução*, que rege o *direito internacional do direito ambiental*, e rege o *direito constitucional e o direito ambiental* no Brasil.

Merecem transcrições os argumentos expendidos pelo Procurador Regional da República Aurélio Veiga Rios, que manifestou-se sobre o tema, ao emitir Parecer na Ação Civil Pública 1997.34.00.036170-4, movida pela Associação Greenpeace contra a União Federal e a CTNBio, com tramitação perante a mesma 6ª Vara Federal em Brasília:

38. Neste sentido, deve igualmente ser analisada a aplicação, no caso concreto, **do princípio da precaução** para afastar possibilidade de um dano ambiental ou o comprometimento da saúde pública pela introdução de soja transgênica em produtos alimentícios.

39. De fato, o produto que venha a ser comercializado sem uma pesquisa científica adequada, pode fazer com que o consumidor termine por servir de cobaia das experiências laboratoriais frustradas pelo tempo e pela perspectiva do lucro rápido.

40. A ausência de comprovação científica de efeitos danosos pela introdução da soja transgênica na cadeia alimentar, certamente foi e será usada pela Monsanto para

justificar a comercialização. No entanto, não é porque ainda não haja prova de que ela possa comprometer a saúde humana no presente, que essa soja geneticamente alterada possa ser considerada inofensiva para o ser humano.

41. O princípio da prevenção ao dano ambiental surgiu da necessidade de se lidar com as conseqüências dos danos ambientais causada pelos mais diversos fatores: contaminação dos recursos naturais, poluição do ar, desmatamento e etc. Havia a urgência de se prevenir os riscos ambientais crescentes resultantes de uma sociedade industrial fortemente estabelecida e de uso generalizado de energia nuclear por muitos países.

42. O filósofo alemão Ulrich Beck afirma que “a velha sociedade industrial baseada na distribuição de bens, foi sendo substituída por uma nova sociedade de risco estruturada na distribuição de males”⁴. De fato, na sociedade de risco a distribuição dos danos ambientais causados aflora indistintamente, sem discriminação geográfica ou social, e também não está delimitada no tempo.

43 Segundo Beck “a transição de uma era industrial para uma época de riscos ocorre de forma invisível e inconsciente no curso do processo de modernização. Neste sentido, a sociedade de risco não pode ser vista como uma opção que poderia ser escolhida ou rejeitada no curso do debate político. Os riscos que acompanham as novas tecnologias decorrem automaticamente da modernização, em um processo autônomo que é surdo e mudo quanto às suas conseqüências e perigos.

44 A ninguém surpreende, portanto, o fato de que a Europa, palco da primeira revolução industrial, ter sido o primeiro continente a reagir contra os diferentes tipos de ameaças ao meio ambiente. O Tratado da Comunidade Européia firmado em 1957, expressamente estabelecia quatro princípios para a política de meio ambiente no continente: 1) preservação, proteção e melhoria das condições de vida no planeta; 2) proteção à saúde humana; 3) a utilização prudente e

⁴ BECK, Ulrich in “*Risk Society and the Provident State*” in *Risk, Environment and Modernity - Towards a New Ecology*, Ed. Scott Lash, Branislav Szerszynsky and Brian Wynne, Sage Publications, London, 1996.

racional dos recursos naturais; 4) promoção de medidas internacionais e regionais.

45. Posteriormente, o Tratado de Maastricht deu significativa importância à prevenção de danos ambientais ao estabelecer que a "política da Comunidade Européia será baseada no princípio da precaução e no princípio de que medidas preventivas devem ser tomadas para que seja evitada a ocorrência de danos ambientais na origem"⁵.

46. O princípio da precaução foi elevado à categoria de regra do direito internacional ao ser incluído na Declaração do Rio, como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento-RIO/92, sendo considerado atualmente um dos princípios fundamentais para a prevenção do dano ambiental.

47. O Princípio nº 15 da Declaração do Rio assim estabelece: "com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados devem aplicar amplamente o critério da precaução conforme às suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental".

48. Isso significa que os Estados devem aplicar o princípio da precaução, de acordo com suas respectivas capacidades, de modo a evitar sérios e irreversíveis danos ambientais, mesmo se não houver ainda uma definitiva evidência científica dos efeitos de certos produtos e substâncias ao meio ambiente. Em outras palavras, pela Declaração do Rio, os Estados devem tomar medidas urgentes e eficazes para antecipar, prevenir e atacar as causas da degradação ambiental.

49. Deste modo, se não há prévia e clara base científica para definir os efeitos ou os níveis de contaminação de um certo produto é mais prudente ao Estado e aos cidadãos pressionarem o provável ou potencial causador do dano ambiental a provar, antes que os seus efeitos imprevisíveis possam ocorrer, que a atividade específica ou o uso de certos produtos ou substâncias não irão afetar o meio ambiente.

⁵ Art. 130r - The European Community Treaty, 1957, modificado pelo Tratado de Maastricht, 1993.

50. O enfoque ambientalista considera que a ciência está constantemente mudando, evoluindo e corrigindo verdades científicas. Isso significa que mesmo que não haja clara evidência científica confirmando um suposto dano ambiental causado por uma dada substância ou processo, isso não quer dizer que esse produto ou a interação dessa substância no meio ambiente seja inofensiva⁶. Efeitos danosos à saúde ou ao ambiente poderão emergir em algum momento do uso dessa substância.

51. O princípio da precaução sugere, então, que o ônus da prova seja sempre invertido no caso em que a agência de proteção ao meio ambiente ou os cidadãos tenham que provar os efeitos nefastos de uma substância danosa à saúde humana ou ao ambiente para que o produtor, empreendimento, ou responsável técnico tenham que demonstrar a ausência de perigo ou dano decorrente do uso da referida substância.

52. Em favor do princípio da precaução, a professora inglesa Rosalind Malcom sustenta que se uma denúncia for feita sobre os efeitos tóxicos de uma certa substância, mesmo que sem uma base científica atual consistente, devem ser tomadas as devidas cautelas pelo Estado para prevenir futuros danos ambientais, ainda que não esteja claramente estabelecido que o empreendimento ou a empresa denunciada sejam momentaneamente responsáveis pelo eventual dano ambiental causado pelo uso daquela substância⁷.

53. A justificativa para essa interpretação baseia-se no fato de que, se posteriormente for comprovada a responsabilidade da empresa ou da pessoa denunciada pela degradação ambiental causada pela dita substância, seria tarde demais para impedir ou prevenir os seus nefastos efeitos. Neste sentido, é melhor errar em favor da proteção ambiental do que correr sérios riscos ambientais por falta de precaução dos agentes do Estado.

⁶ MAYER & WYNNE, in "How science failed the Environment", *New Scientist*, Junho, 1993, pg. 27

⁷ MALCOLM, Rosalind in "A Guidebook of Environmental Law", Sweet & Maxwell, London, 1994, p. 27.

54. A propósito, a ilustre pesquisadora e membro integrante da CTNBio, Eliana Gouveia Fontes, defende abertamente a aplicação do princípio da precaução em relação aos novos produtos gerados pela biotecnologia. Ela afirma corretamente, em artigo publicado no Boletim Informativo nº 01/CTNBio, que:

Toda nova tecnologia deve ser analisada previamente, a fim de verificar se sua aplicação poderá ter qualquer impacto indesejável. Tomar conhecimento prévio é apenas uma questão de bom senso. Já aprendemos a nossa lição no passado com o que aconteceu com novas tecnologias e produtos, pesticidas sendo o caso em questão. Anteriormente novas tecnologias podiam ser introduzidas sem muito controle. Uma substância só era retirada do mercado quando o dano já havia ocorrido, em outras palavras quando já era muito tarde. Hoje, um novo químico somente pode ser introduzido no mercado se uma análise anterior indicar que efeitos danosos resultantes de seu uso não são esperados. Portanto, substâncias e produtos (inclusive organismos vivos), com características desconhecidas, ou com características maléficas conhecidas, são sujeitas a uma seleção cuidadosa antes de serem colocados no mercado. Este procedimento parece perfeitamente lógico, mas muito tempo se passou e dano ambiental considerável foi causado antes de se chegar a este estágio. **Também na biotecnologia moderna nos encontramos frente à uma nova tecnologia, por ser ainda desconhecido, se , ou até que ponto, efeitos danosos poderão resultar. Portanto, o princípio da precaução deve ser aplicado igualmente com organismos, substâncias e produtos dela resultantes.**

A falta de experiência com os organismos modificados geneticamente - OGMs e o potencial destes organismos para causar certos efeitos adversos, como resultado dos genes altamente alienígenas inseridos em seus genomas, são a base das regulamentações de biossegurança. Apesar de que a capacidade de produzir alterações genéticas precisas aumente a confiança de que mudanças não intencionais no genoma não irão ocorrer, **isto não assegura**

que todos os aspectos ecológicos importantes do fenótipo possam ser preditos⁸ (grifos nossos).

55. Considerando que o tempo não retornará para aqueles que sofrem de câncer pelas “bifenilas policloradas”, ou os que sofreram sequelas permanentes da “talidomida”, o Greenpeace faz uma pergunta embaraçosa, mesmo levando em conta a decisão unânime da CTNBio, que atesta a boa qualidade do novo produto para o consumo humano, quem pode atestar os efeitos dessa soja geneticamente modificada à saúde dos consumidores a médio e longo prazo ?”

No direito brasileiro, o *princípio da precaução* é materializado, também, pela necessidade de prévia avaliação da CTNBio, com emissão do seu *Parecer Técnico Conclusivo*, e do IBAMA, com a realização do *EIA/RIMA*, como se viu detidamente.

62. Consolidando essa abordagem doméstica, além de constar como *Princípio 15*, na “Declaração do Rio”, o *princípio da precaução* está contido na “Convenção sobre Diversidade Biológica”, promulgada pelo Decreto 2.519, de 16 de Março de 1998, a qual igualmente detém força normativa de lei federal, no Brasil.

Logo no Preâmbulo – que integra a Convenção, e informa a interpretação de todas as suas disposições, com idêntica força normativa e vinculante⁹ -, registra-se:

(...) é vital prever, prevenir e combater na origem as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica;

(...) quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça.

⁸ FONTES, Eliana M. G. in “Biossegurança de Biotecnologias - Breve Histórico”, Boletim Informativo nº 01/CTNBio, pg. 13, (juntado aos autos às pg. 177/8).

⁹ “O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo.” (STJ – REsp 74.376-0 – RJ – 3ª T. – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – DJU 27.11.1995).

E artigo 14 dessa Convenção, determina:

Artigo 14

Avaliação de Impacto e Minimização de Impactos Negativos

1. Cada Parte Contratante, na medida do possível e conforme o caso, deve:

a) Estabelecer procedimentos adequados que exijam a avaliação de impacto ambiental de seus projetos propostos que possam ter sensíveis efeitos negativos na diversidade biológica, a fim de evitar ou minimizar tais efeitos e, conforme o caso, permitir a participação pública nesses procedimentos;

63. Mas não foi só aquele o fundamento da sentença. A Cautelar também foi julgada procedente, pelo fato de que não poderia ter havido liberação, sem prévia regulamentação.

De fato, a Lei 8. 974, de 5 de janeiro de 1995, dispõe, em seu artigo 8º, inciso VI:

Art. 8º É vedado, nas atividades relacionadas a OGM:

VI - a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta lei.

Ora, há um comando claro, dirigido à CTNBio, no sentido de expedir o regulamento à plena eficácia das disposições legislativas, no que diz respeito à liberação e descarte no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

Aqui há um detalhe curioso. A CTNBio quer agir onde não pode, e não age onde deve.

A CTNBio quer emprestar a seu *Parecer Técnico Conclusivo* a eficácia de EIA/RIMA, invadindo a órbita de competência do IBAMA, e segue há mais de 20 (vinte) meses sem expedir o regulamento a que a Lei lhe impôs. Ou seja, ali erra ao agir. Aqui, ao não agir.

64. Consequentemente, inexistindo normas regulamentadoras expedidas pela CTNBio acerca de *plantio, comercialização, consumo e descarte* de organismos geneticamente modificados, não pode haver autorização de sua liberação.

65. As demais providências de “*suspensão do cultivo, em escala comercial, da soja transgênica; a intimação dos Ministros da Agricultura, Ciência e Tecnologia, Meio Ambiente e Saúde para que não expeçam qualquer autorização às promovidas antes de cumpridas as determinações judiciais; e a manutenção da multa pecuniária de dez salários-mínimos, por dia, a partir do descumprimento das medidas.* (V. 5, p. 1599/1660)”, sendo conseqüências imediatas da sentença, repousam justificadas pelos fundamentos nela expendidos.

66. A ciência deve estar a serviço da vida. E o desenvolvimento econômico dela decorrente deve ser centrado na pessoa humana.

O novo não deve ser causa de sustos e temores, mas deve ser objeto de precaução e cuidados.

A CTNBio não pode nem deve pretender o monopólio da verdade científica sobre os efeitos que organismos geneticamente modificados possam exercer sobre a vida humana, animal e vegetal, ou sobre as relações sócio-econômicas.

Na construção de uma sociedade livre, justa, fraterna e democrática, onde o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado seja um direito de todos, e o desenvolvimento humano sustentável seja a proposta de organização social, certamente a ciência tem um espaço enorme de atuação, para contribuir com aquela realização social.

No presente caso, há a dimensão científica do problema. Mas há igualmente sua dimensão ético-jurídica.

Como adverte Kant, “*a ética desligada da ciência é vazia; a ciência desligada da ética é cega*”.

Unindo a ética à ciência, afirma o economista e pensador Eduardo Gianetti,

A ciência é, portanto, um insumo valioso para a reflexão ética. Mas seria um grave erro acreditar que ela pode responder sozinha pelo produto final. Uma das conquistas centrais da filosofia moderna é o postulado de que **nenhuma quantidade de saber sobre o mundo como ele é pode nos permitir, por si só, dar o passo seguinte e fazer afirmações sobre o que deve ser.**¹⁰

67. Com essas considerações, opina o Ministério Público Federal pelo conhecimento mas não provimento das apelações, mantida a r. sentença recorrida, por seus jurídicos fundamentos.

Brasília, em 2 de Junho de 2000

Luciano Mariz Maia

Procurador Regional da República da 1ª Região ^(*)

^(*) Professor de Direitos Humanos da UFPB, Mestre em Direito Público pela Universidade de Londres, Doutorando em Direito Público pela UFPE.

ESTADO DE ALAGOAS
MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
1ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE SÃO MIGUEL DOS CAMPOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª
VARA DA COMARCA DE SÃO MIGUEL DOS CAMPOS

A Representante do Ministério Público no final assinada, no uso de suas atribuições erigidas no art. 127 da Constituição Federal, art. 201, inciso V e art. 210, inciso I da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – vem perante este juízo **propor a presente**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CUMPRIMENTO DE
OBRIGAÇÃO DE FAZER,**

com rito previsto nos artigos 212 e 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente e competência fixada no art. 209 do mesmo diploma legal, **em desfavor do MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DOS CAMPOS**, pessoa jurídica de direito público interno, com sede na Av. Diney Soares Torres s/n, Bairro Geraldo Sampaio, nesta; representado pelo Exmo. Prefeito Municipal, Sr. Nivaldo Jatobá, brasileiro, alagoano, divorciado, empresário, fazendo-o com fulcro nas razões fáticas e jurídicas aduzidas a seguir:

I - DOS FATOS

Na data de 8(oito) de fevereiro do ano 2000, compareceram no gabinete da Promotoria da Infância e Juventude desta Comarca dois Conselheiros Tutelares do Município, Sr. Rubens Pereira Cavalcante e Sra. Maria Rosimar dos Santos, noticiando a ausência de programas no Município destinados a menores, sobretudo adolescentes, em situação de risco pessoal e social, de que trata o art. 98 da Lei 8.069/90, bem como o não recebimento de remuneração atinente à função naquele ano. O Conselho Tutelar também

encaminhou ao MP cópias dos registros de atendimento efetuados, onde verifica-se grande número de adolescentes usuários de drogas e inseridos na problemática da prostituição em São Miguel dos Campos.

Este órgão do Ministério Público, diante das declarações prestadas e considerando a alto índice de jovens envolvidos com drogas e prostituição infantil no Município; sendo tais jovens, em casos mais graves, encaminhados a programas existentes em outros Municípios, afastando-os de sua referência familiar e comunitária, **instaurou Procedimento Administrativo**, na data de 21/2/2000, para apuração dos fatos e responsabilidades deles decorrentes. Em anexo.

As diligências determinadas no Procedimento foram cumpridas, tendo sido realizada inspeção por este órgão nas entidades de atendimento; encaminhadas informações pelo Fórum de Conselhos Tutelares do Estado e Secretaria de Ação Social do Município, bem como realizada audiência para oitiva do Procurador Geral do Município, representando o Sr. Prefeito.

Da inspeção realizada nas entidades, cujo relatório consta no Procedimento e ante as informações prestadas pela Secretaria de Ação Social, infere-se que nenhuma das entidades existentes no Município possui condições de atender crianças e adolescentes em situação de risco, referente ao envolvimento com prostituição infantil e uso de entorpecentes.

Constam de certidão expedida pelo Cartório da Vara da Infância e Juventude da Comarca, duas menores encaminhadas a entidades em Piaçabuçu. Tais adolescentes se prostituíam em São Miguel e já retornaram para a mesma situação. Frise-se a dificuldade de reintegração à convivência familiar e comunitária de menores cujo acompanhamento é realizado em comarca distante e com acesso, diríamos, quase impossível a genitores pertencentes a classes sociais de baixa renda.

Realizada audiência com o Procurador Geral do Município foi marcada reunião com o Exmo Sr. Prefeito e realizada aos 14/03/00. Nesta foi explicitado em que consiste o Procedimento instaurado, bem como a possibilidade de ser firmado um Termo de Ajustamento de Conduta para evitar o ajuizamento de ação civil pública e resolver de forma mais célere o problema. Diante da explicação de que o Município não tinha condições de instalar tais

programas, o Sr. Prefeito foi advertido de que a execução das políticas sociais públicas na seara da infância e juventude configuram-se prioridade absoluta, segundo o art 4º do ECA. A título de sugestão foi explanado o projeto de atendimento a drogaditos Desafio Jovem(para o qual o Conselho Tutelar já encaminhou adolescentes na cidade de Maceió) e Ramá. Salientou o MP que tais programas foram apenas sugeridos, podendo o Município apresentar outras propostas de implantação atendendo aos objetivos citados. Das sugestões expedidas, apenas parte do trabalho de cunho preventivo foi realizada, com a apresentação do show musical - A vida não é droga – aos 1º de junho de 2000.

Desde a instauração do Procedimento Administrativo, após requisição do MP, a Secretaria de Ação Social do Município encaminhou à Promotoria da Infância e Juventude diversos projetos de programas de atendimento a crianças em situação de risco, reconhecendo a municipalidade a necessidade da criação de tais programas. No relatório social da proposta de prevenção contra as drogas, encaminhado pela Secretaria de Ação Social ao MP no dia 3/7/2000 consta a seguinte assertiva: **“O Município de São Miguel tem constatado em sua realidade, uma parcela considerável de crianças e adolescentes em situação de uso de drogas e percebe o risco existente, no que se refere ao acirramento dessa questão, sendo este já um grande problema enfrentado na atualidade. No projeto Novo Horizonte, encaminhado à Promotoria aos 23/6/00, assinado pelo Sr. Prefeito e direcionado a adolescentes dependentes do uso de drogas é feita a seguinte afirmação: “O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) configura-se em uma doutrina sócio-jurídica de proteção integral, fundamentada no princípio de que as crianças e adolescentes são seres em desenvolvimento, sujeitos de direitos e deveres, devendo constituir-se prioridade absoluta nas ações do Estado, da Sociedade e da Família... Desse modo, reforçamos a necessidade da efetivação de um Projeto que contemple a clientela que vivencia a problemática em pauta no intuito de reverter o quadro existente, através do acesso a diversas atividades e a serviços sociais básicos e acompanhamento psicossocial, o que contribuirá para o processo de socialização. Em projeto intitulado Renascer e encaminhado à Promotoria aos 6(seis) de setembro de 2000, verifica-se: “É conveniente salientar**

que o abuso e a exploração sexual têm seu cerne na estrutura social, e vem se acirrando na conjuntura atual; entretanto, é preciso tomar medidas que se não solucionarem esta questão, pelo menos venham minimizá-la” No relatório de Gestão Municipal, ano de execução 2000, vislumbra-se: “Apoio à criança de 7 a 14 anos – duração do projeto, apenas 5 meses. O local não apresentava condições favoráveis”. O campo destinado às ações do Município dirigidas a jovens acima de 15 anos encontra-se em branco. É patente, do acima exposto, que o Município já reconheceu a necessidade e obrigatoriedade da criação de tais programas para atender a crianças e adolescentes em situação de risco.

Constata-se ainda que, diante das informações prestadas pelo Fórum de Conselhos Tutelares, alguns Municípios já possuem entidades de apoio sócio educativo em meio aberto. Finalmente, tencionando resolver a questão extrajudicialmente realizamos reunião com a sociedade civil, o Rotary Clube de São Miguel dos Campos e a Prefeitura Municipal em que cada ente ficaria responsável pela execução de parte do projeto de combate à prostituição infanto-juvenil. Elaboramos o convênio em apenso que foi entregue ao Município, não obtendo outrossim resposta quanto à possibilidade de celebração do mesmo.

Ressaltamos que foram dadas várias oportunidades ao Município para a criação dos programas em comento. Programas estes que, segundo as declarações prestadas pelos Conselheiros Tutelares do Município, são imprescindíveis para a resolução de certos casos, em que o Conselho, no uso de suas atribuições dispostas no art. 136 do ECA, aplica o disposto no art. 101, IV, daquele diploma legal. A necessidade da criação dos programas foi ratificada ainda pelos diretores das escolas municipais quando de uma reunião realizada aos 15/2/01 pelo Ministério Público e Conselho Tutelar acerca da possibilidade da implantação da FICAI – Ficha de Comunicação de Aluno Infrequente – no Município. Foi relatado pelos diretores das escolas que grande parte do índice de evasão é verificado entre alunos dependentes de entorpecentes e que não há possibilidade de resolver a questão somente no âmbito escolar.

Saliente-se que a própria comunidade e o Conselho Tutelar têm apresentado sugestões para a criação dos programas. No projeto

“De cara com as drogas” elaborado pelo Conselho, este cita como um dos objetivos do programa conscientizar o Poder Público de seu papel na elaboração de políticas sociais na área da infância. Ocorre que tal “conscientização” é imposição prevista em lei como veremos mais detalhadamente adiante. Verifica-se finalmente que, das questões objeto do procedimento apenas a referente ao pagamento dos conselheiros tutelares foi resolvida. No que pertine, porém, às condições de funcionamento do Conselho, encaminhamos recomendação ao Poder Público para que certas pendências sejam sanadas visando ao melhor funcionamento do mesmo, com a conseqüente melhoria do serviço prestado à população.

II – DO DIREITO

Estatui o art. 227, caput, da CF/ 88:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Parágrafo 3º: O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.
Grifamos.

Embasado no mandamento constitucional estipula o art. 4º do ECA:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e **do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único – **A garantia de prioridade compreende:**

- c) preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas;**
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Grifamos.**

A prioridade absoluta de que trata o legislador traduz-se no sentido de que o administrador não pode escudar-se no princípio da discricionariedade concernente aos atos da administração para não implementar as políticas referentes à infância e juventude. Não se trata de invasão do Judiciário na Administração Pública, mas simplesmente a aplicação do que, por se tratar de matéria da mais alta relevância, foi considerada questão primordial a ser tratada pela Administração. Comentando o ponto em referência, afirma o Prof. Antônio Fernando do Amaral e Silva in **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, p. 28:

Tanto a formulação quanto a execução das políticas sociais públicas exigem uma ação regulamentadora e controladora por parte dos órgãos do Poder Executivo, a par da fixação de planos e da realização de serviços. No desempenho de todas essas atividades deverá ser, obrigatoriamente dada precedência aos cuidados com a infância e a juventude. Será contrária à lei a decisão que não respeitar essa exigência, podendo por isso, ter pedida sua anulação ou suspensão pelo Poder Judiciário, através de mandado de segurança, ação popular ou ação civil pública, dependendo das circunstâncias. Os responsáveis pelo órgão público questionado deverão comprovar que, na destinação dos recursos disponíveis, ainda que sejam poucos, foi observada a prioridade exigida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No mesmo sentido, observa a Profª Tânia da Silva Pereira, in **Direito da Criança e do Adolescente** – Uma proposta interdisciplinar, p. 63:

A maior relevância do texto constitucional está, sem dúvida, na declaração de Direitos Fundamentais no art. 227 – CF, assegurados com prioridade absoluta, como dever da Família, Estado e Sociedade.

Sobre a responsabilidade do Município na implementação de políticas sociais na área da infância e juventude destacamos:

Art. 88 do ECA - São diretrizes da política de atendimento:

I – **municipalização do atendimento,**

III – **criação e manutenção de programas específicos,** observada a descentralização político-administrativa. Grifamos.

Art. 208 do ECA- Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por oferta aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, **referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:**

VI – **de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem.** Grifamos.

Analizando o artigo assevera o mestre Munir Cury em seu **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, pág. 648:

Como se vê, todas as atividades envolvidas no art. 208 são atribuídas aos Municípios, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado ou não, nos termos do art. 30 e seus incisos V, VI e VII da CF.

Assim, a questão da legitimação passiva para as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referente ao não oferecimento ou oferta irregular das atividades elencadas no artigo em comento, aponta no sentido do Município. Grifamos.

Observamos, por tudo o que foi colhido no Procedimento Administrativo, a necessidade premente da criação de programas no Município destinados a menores em situação de risco. Necessidade também reconhecida pela Municipalidade. Constatamos também a obrigatoriedade do Município na oferta de tais serviços. Finalmente frisemos que, não bastasse o clamor da sociedade, os fatos relatados são plenamente constatados pela Justiça da Infância e Juventude ao verificarmos que muitos menores dependentes de drogas cometem atos infracionais graves, somente restando ao Ministério Público requerer e ao Judiciário determinar a aplicação da mais grave das medidas sócio-educativas, quando, na maioria das vezes, uma orientação e tratamento adequados, reintegrariam este adolescente à

comunidade e cumpriríamos com nosso maior dever, seja como administradores ou operadores do direito – assegurar a proteção integral à criança e ao adolescente.

III – DO PEDIDO

Diante do exposto , o órgão do MP, com fulcro nos artigos retrocitados, arts. 212 e 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais disposições aplicáveis à espécie, vem requerer o seguinte:

1-Tendo em vista o relevante fundamento da demanda, somado ao justificado receio de ineficácia do provimento final – dadas as conhecidas e nefastas conseqüências à saúde causadas pelo consumo reiterado de entorpecentes , bem como o prazo dilatado previsto no art. 188 do CPC conferido à Fazenda Pública para contestar, – **SEJA CONCEDIDA TUTELA LIMINAR** para determinar ao Município que apresente projeto conclusivo para a realização de dois programas no prazo de 30(trinta)dias sendo um destinado a crianças e adolescentes vítimas da prostituição infanto-juvenil e outro destinado a crianças e adolescentes dependentes de entorpecentes e outras substâncias por utilização indevida; colocando-os em funcionamento também no prazo de 20(vinte) dias, totalizando 50(cinqüenta dias). Cada um dos programas deverá atender a 20(vinte) menores, com atividades educativas, recreativas, alimentação e tratamento de desintoxicação, sem prejuízo das disposições contidas no ECA referentes à matéria;

2- A fixação de multa diária ao Município-réu pelo descumprimento das medidas acima relacionadas no valor de R\$ 10.000,00; valendo no mesmo patamar para o descumprimento da sentença, revertidos os valores ao Fundo Municipal da Infância e Adolescência, regulamentado através da resolução n. 001/200, conta n .6-848-9, Agência 0824-9, desta Comarca; sendo

determinado ao órgão gestor, neste caso, encaminhamento de demonstrativo e aplicação destes valores a este juízo;

3 – A citação do Município-réu na pessoa de seu representante legal, o Sr. Prefeito Municipal, para apresentar defesa, sob pena de ser-lhe reconhecida a revelia e aplicados os seus consectários, na forma do art. 212, parágrafo 1º do ECA.

4- O julgamento procedente do pedido para obrigar o Município a criar e manter os programas acima citados, em prazo regular, e na forma do item 1, para atender a crianças e adolescentes em situação de risco decorrentes de envolvimento com prostituição e dependência do uso de drogas;

5 – A produção de quaisquer provas admitidas em direito(vistorias, perícias, testemunhas, etc.,) incluindo o Procedimento Administrativo que acompanha a presente petição.

Pede Deferimento.

Dá à causa o valor de R\$ 500,00 para efeitos meramente fiscais.

São Miguel dos Campos., 21 de fevereiro de 2001

Adriana Accioly de Lima Vilela

Promotora de Justiça

**MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
PARECER 01/02**

Ação: Ação Ordinária de Reintegração em Função Pública

Autor: Reinaldo dos Santos Delgado

Réu: Estado de Alagoas

Processo: 711/95

EMENTA: O licenciamento ex officio de policial militar em estágio probatório deve ser precedido de processo administrativo em que sejam garantidos a ampla defesa e o contraditório.

Súmula 21 do STF: SÚMULA 21 – “funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de **AÇÃO ORDINÁRIA DE REINTEGRAÇÃO EM FUNÇÃO PÚBLICA**, proposta por **REINALDO DOS SANTOS DELGADO** contra o **ESTADO DE ALAGOAS**.

2. Pelo que se infere dos autos, o Autor ingressou como soldado da Polícia Militar do Estado de Alagoas em 31 de julho de 1987. Durante sua permanência na Corporação foram-lhe aplicadas as seguintes punições de natureza disciplinar:

- a) 2 de agosto de 1989: 4 dias de detenção, por ter extorquido uma galinha do motorista de um caminhão que transitava nas imediações da Churrascaria Três Irmãos, Barro Duro;
- b) 29 de março de 1990: 8 dias de detenção, por embriaguez e agressão física ao esposo da senhora Laish Alves de Lima;

c) 9 de abril de 1990: 8 dias de detenção, por ter provocado, em estado de embriaguez, inúmeras arruaças no Bar das Estrelas, localizado na Rua São João, 109, Novo Mundo, Maceió;

d) 15 de fevereiro de 1991: 21 dias, sendo 5 em separado, por ter, durante sua folga, tentado penetrar em um ônibus pela porta da frente apresentando as credenciais de soldado. Como o motorista negou-lhe acesso, o Autor sacou de um revólver e deu um disparo no piso do coletivo, provocando pânico entre os passageiros. Apresentando sinais de embriaguez, reagiu à voz de prisão, chegando a agredir fisicamente um colega de farda.

3. Como consequência das sucessivas punições, o Autor viu seu comportamento ser agravado para “insuficiente” e, posteriormente, “mau”. A partir daí, a situação ficou insustentável. Por fim, em 21 de fevereiro de 1991, foi licenciado *ex officio* a bem da disciplina, sendo excluído das fileiras da Corporação. Ressalte-se que tal licenciamento deveu-se a requerimento do Comandante do Batalhão de Trânsito, conforme se pode verificar às fls. 09.

4. O Autor baseia sua pretensão no argumento de que o procedimento que redundou na exclusão do Autor da Polícia Militar violou o princípio da ampla defesa e do contraditório em virtude de não ter sido notificado para interrogatório, para arrolar testemunhas ou defender-se através de advogado devidamente constituído.

5. Contestando a Ação, o Estado de Alagoas afirma que o Autor atentou reiteradas vezes contra a hierarquia e disciplina da Corporação, colecionando várias punições em seu currículo, nascendo daí a incompatibilidade com a função de soldado da Polícia Militar. Em razão disso, no momento em que entrou no comportamento “mau”, foi automaticamente excluído da corporação.

6. Sustentou, em síntese, que, durante o curto período em que permaneceu na Polícia Militar, o Autor mostrou comportamento inadequado. As transgressões praticadas ao longo do estágio probatório – embora de média gravidade – terminaram por enquadrá-lo no *comportamento mau*, que foi pressuposto para posterior licenciamento.

7. Afirma ainda que o licenciamento não se deveu a uma infração isolada, punida com detenção ou prisão. Mas pelo conjunto de atos ilícitos praticados no interstício de um ano, nos precisos termos do inciso V do art. 31 do RDPMAL.

8. A tese subjacente do Estado de Alagoas é a seguinte: a inserção no comportamento mau não é uma punição *stricto sensu*. Mas uma consequência jurídica que atinge o militar indisciplinado e que serve de paradigma para posterior avaliação de conduta para se aquilatar o grau de adaptabilidade do soldado à vida militar. Através dela, o Comando poderá analisar se o praça respeita os princípios reitores da vida castrense ou se padece de desvios comportamentais incompatíveis com a farda.

9. Em suma: para o Estado de Alagoas, o licenciamento não foi uma punição suplementar a infrações pretéritas. Mas uma medida decorrente da avaliação negativa do comportamento do Autor no exercício das funções de soldado. Como não havia estabilidade funcional, era natural que o comportamento do Autor fosse permanentemente monitorado pelo Comando a fim de verificar sua aptidão para a carreira militar, sob a ótica da ética, da disciplina e da ordem. Afinal de contas, a missão da Polícia Militar consiste na prevenção de crimes, badernas e outros males que afligem a sociedade civil.

10. Instado a manifestar-se sobre o *meritum causae*, o Ministério Público requereu a juntada do procedimento administrativo que resultou no licenciamento do Autor. O Magistrado deferiu o pedido e determinou ao Comando Geral da Polícia Militar que cumprisse a diligência.

11. Acontece que o Estado de Alagoas comunicou a inexistência de processo administrativo, uma vez que o art. 31, parágrafo primeiro, inciso II do RDPM/AL/91 autoriza o licenciamento *ex officio* do militar que ingressasse no comportamento mau, sem maiores formalidades.

II - FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

12. O cerne do litígio pressupõe a solução de duas questões controvertidas. Em primeiro lugar é necessário averiguar se o comportamento do Autor no exercício da função de soldado era compatível com os princípios que regem a atividade militar a ponto de assegurar-lhe a renovação do engajamento ou justificar o pedido de licenciamento da Corporação. Em seguida, investigar se, à luz da ordem constitucional vigente, o enquadramento no comportamento “*mau*” bastaria para o automático licenciamento sem a necessária instauração de inquérito administrativo.

III - FUNDAMENTAÇÃO

A) INAPTIDÃO DO AUTOR PARA AS FUNÇÕES MILITARES

13. Após a nomeação, todo funcionário público passa por um período de adaptação ao cargo, durante o qual sua conduta pessoal e funcional torna-se objeto de interesse de seus superiores hierárquicos. É o chamado estágio probatório, que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, “tem o objetivo de auferir o preenchimento das condições para o exercício do cargo pleiteado” (STF – 6ª Turma – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 7.181/PE – Rel. Min. Fernando Gonçalves, Diário de Justiça, 03/02/1997, p. 787).

HELY LOPES MEIRELLES define estágio probatório como “o período de exercício do funcionário, durante o qual é observado, e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade (idoneidade moral, aptidão, disciplina, dedicação ao serviço, eficiência, etc.)” (Cf. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1989, p. 381).

14. O grau de adaptabilidade do funcionário público é estabelecido através de permanentes avaliações de desempenho no exercício de suas atividades funcionais e até mesmo de seu comportamento social, respeitando-se a esfera intransponível da intimidade e vida privada (CF, art. 5º, X). Busca-se com isso verificar se ele reúne as condições técnicas, físicas, psicológicas e éticas para o exercício do cargo que ocupa, tudo à luz do princípio da legalidade.

15. Quando se trata de função militar as exigências são ainda maiores. Como se sabe, praças e oficiais estão sujeitos a princípios extremamente rigorosos, sobretudo a disciplina e a hierarquia que, juntas, formam a base institucional da Polícia Militar.

16. Tais exigências têm razão de ser. O policiamento ostensivo tem como fim a segurança da população, do patrimônio e da ordem pública, através de ações militares preventivas e repressivas. O bom desempenho das atribuições institucionais implica obediência às ordens emitidas pelo Comando aos subordinados.

17. Ora, os militares trabalham nas ruas, nas escolas, nas estradas, nos hospitais, nos logradouros públicos, sempre em contato direto com a população. Além disso, portam armas da Corporação, fazem revistas, conferem documentos, aplicam multas. Essa gama de atribuições constitucionais exige grande capacitação de oficiais e soldados, a fim de que possam desempenhar suas funções com eficiência, sem descuidar da cordialidade e respeito aos direitos humanos dos cidadãos.

18. Infelizmente, durante todo estágio probatório, o Autor mostrou-se arremido às normas castrenses. Começou ferindo o princípio da disciplina e da honradez, pois praticou arruaças em visível estado de embriaguez, agrediu verbal e fisicamente cidadãos. Como se não bastasse, usou de sua condição de soldado da PMAL para entrar gratuitamente em um ônibus, mesmo sabendo que estava de folga e que não tinha direito a tal franquia. E o mais grave: respondeu a recusa do motorista com um disparo no interior do ônibus, deixando os passageiros em polvorosa. Tudo isso justificava seu licenciamento.

19. Ocorre, porém, que essa forma de exoneração não pode ser automática, uma consequência inevitável da conduta desviante do militar. Ao contrário. Pressupõe processo administrativo específico, em que se faculte o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Em diversos pareceres tenho sustentado a necessidade de assegurar aos réus o direito humano fundamental ao contraditório e à ampla defesa, através do procedimento administrativo-disciplinar adequado. Ainda que verdadeiras as imputações feitas ao autor, a ordem constitucional vigente garante ao réu o direito ao devido

processo legal. Pelo que se observa, o licenciamento não foi consequência de um procedimento, mas da vontade despótica do Comandante da Corporação que decidiu atender o requerimento do Comandante do BPTRAN e exonerar o praça.

O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem o constituinte de 1988 confiou a tarefa de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Ao buscar a observância das normas processuais consagradas no texto constitucional, o Parquet está concretizando o art. 129 da Carta Constitucional no que tange o respeito aos direitos humanos dos réus.

B) PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO DE MILITARES EM ESTÁGIO PROBATÓRIO.

CONTROVERSIA JURISPRUDENCIAL

20. No curso do estágio probatório, a Administração Pública desenvolve intensa atividade fiscalizadora do desempenho do funcionário. Pretende auferir se ele possui capacitação funcional mínima – qualificação técnica, eficiência, disciplina, lealdade, urbanidade, equilíbrio emocional, conduta ilibada, etc. – para o exercício do cargo.

A estabilidade, que consiste no direito de não ser demitido do serviço público, a não ser diante da prática de falta funcional grave, apurada mediante processo administrativo, ocorre sempre que o ocupante de cargo de provimento efetivo ultrapassa, com êxito, o período de estágio probatório. Tal fenômeno é conhecido por *efetivação*.

Os servidores públicos estáveis podem ser demitidos ou exonerados. No primeiro caso, o desligamento tem caráter sancionador; no segundo, não há sanção propriamente dita, podendo acontecer de duas formas: “*a pedido*”, quando não há interesse do ocupante de cargo efetivo em continuar no serviço público, ou *ex officio*, ou seja, por deliberação espontânea da Administração, nos

casos previstos em lei (Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 147).

21. A exoneração de funcionário público em estágio probatório sempre foi alvo de debates. Até hoje a matéria é controvertida. Em conhecida passagem do *Direito Administrativo Brasileiro*, HELY LOPES MEIRELLES sustenta que

“Comprovado durante o estágio probatório que o funcionário não satisfaz as exigências legais da Administração, pode ser exonerado justificadamente pelos dados colhidos no serviço, na forma estatutária, independentemente de inquérito administrativo, isto é, de processo administrativo disciplinar. Essa *exoneração* não é penalidade, não é demissão; é simples dispensa do servidor, por não convir a Administração a sua permanência, uma vez que se revelaram insatisfatórias as condições de seu trabalho na fase experimental, sabiamente instituída pela Constituição para os que almejam estabilidade no serviço público (obra citada, p. 381-382)”.

Como se vê, o Autor sustenta a tese de que a autoridade administrativa tem o poder discricionário de dispensar o servidor cuja atuação no serviço público for considerada insatisfatória, sem que seja necessária a instauração de inquérito ou de procedimento administrativo similar.

22. Esse posicionamento exerce forte influência no Superior Tribunal de Justiça, que reiteradamente tem-se posicionado pela desnecessidade de instauração de inquérito administrativo para exoneração de policial militar em estágio probatório. Prevalece o entendimento de que, inexistindo estabilidade, a sindicância sumária é suficiente para a exclusão de servidor militar.

Para a Corte, a dispensa de servidores militares nessas circunstâncias exterioriza-se como legítima manifestação do poder discricionário da Administração Pública. Caracterizada a inaptidão para o cargo, o Comandante da Corporação pode licenciar sumariamente o militar não estável, sem lhe garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Essa postura jurisprudencial manifesta-se através de diversos julgados, dentre os quais o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 5.306/ES: “durante o estágio probatório, o servidor não possui a garantia da estabilidade no serviço público, podendo ser exonerado, desde que não demonstre os requisitos próprios para o exercício da função pública, tais como idoneidade moral, aptidão, disciplina eficiência e outros, circunstância aferível por mera sindicância sumária, desprovida de contraditório (STJ – 6ª Turma – Rel. Ministro Vicente Leal, Diário de Justiça, 04/11/96, p. 42.526)”.

Vejamos:

“Militar. Corpo de Bombeiros. Dispensa Ex Officio. Lei Estadual 880/85, art. 120, II, parágrafos 3º e 4º. Estágio probatório. Ausência de estabilidade. Desnecessidade de inquérito administrativo.

1. Carente de estabilidade, não há falar-se em necessidade de inquérito administrativo para a dispensa de militares nessas condições.

2. Recurso não provido (STJ – 5ª Turma – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 3.634/RJ – Rel. Min. Edson Vidigal, Diário de Justiça, 19/04/99, p. 148)”.

Ainda,

“Administrativo. Policial Militar. Falta grave.

- Licenciamento. Não sendo estável o policial, sua exclusão dos quadros da corporação se basta pelo cometimento de falta grave, apurada em sindicância (STJ – 5ª Turma – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 4.636/PB – Rel. Min. José Dantas, Diário de Justiça, 13/02/1995, p. 2.245).

23. Ocorre, porém, que esse posicionamento jurisprudencial destoa radicalmente da posição do Supremo Tribunal sobre a matéria. Desde a década de 60, o STF firmou sólida jurisprudência no sentido de que o funcionário público em estágio probatório é indemissível “*ad nutum*”, chegando, inclusive, a editar a Súmula 21, *in verbis*:

SÚMULA 21 – “funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

Em 1962, ao apreciar o Agravo de Instrumento ou de Petição n. 24.260, relatado pelo Ministro ANTÔNIO VILLAS BOAS, a 2ª Turma do STF decidiu que “funcionário público efetivo, mesmo em estágio probatório, não pode ser exonerado sem fundamentação, isto é, que não se refira a justa causa ou motivo de interesse da Administração” (Diário de Justiça, 24/05/62, p. 1.120. Nesse mesmo sentido, cf. STF – 2ª Turma – Agravo de Instrumento ou de Petição n. 28.319 – Rel. Victor Nunes, Diário de Justiça, 18/04/63, p. 952; STF – Agravo de Instrumento ou de Petição n. 40.407/PE – Rel. Min. Victor Nunes, Diário de Justiça, 11/09/67, dentre outros).

Ainda hoje a tradição é mantida. No Recurso Extraordinário 230.540/SP, relatado pelo Ministro ILMAR GALVÃO, a Suprema Corte decidiu que “o policial militar, conquanto em fase de estágio probatório, somente pode vir a ser desligado da Corporação mediante regular processo administrativo, em que lhe seja garantida a oportunidade de defender-se, utilizando-se, para tanto, de provas, sob a égide do contraditório” (STF – 1ª Turma – Diário de Justiça, 13/08/99, p. 22).

Em outra ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence, mencionando expressamente o Acórdão anterior, manteve-se fiel a essa orientação. Para ele, o militar em estágio probatório só pode ser desligado da Corporação em sede de regular processo administrativo, em que lhe seja oferecida oportunidade de defender-se, utilizando-se, para tanto, das provas que tiver sob a égide do contraditório (cf. STF – 1ª Turma – Recurso Extraordinário 184.091/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário de Justiça, 11/02/2000, p.31).

À luz da Constituição de 1988, essa divergência jurisprudencial não se justifica. Como veremos a seguir, é evidente que a ampla defesa e o contraditório devem estar presentes tanto no processo judicial como no administrativo, sob pena de nulidade.

A COMPULSORIEDADE DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.

24. O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, dispõe que

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

A grande inovação trazida pelo Constituinte de 1988 foi a extensão da ampla defesa e do contraditório ao processo administrativo. Não que isso tenha sido algo inusitado no Brasil. Entre nós já era perceptível forte tendência jurisprudencial de assegurar aos indiciados em processos administrativos as mesmas garantias constitucionais aplicáveis aos litigantes em juízo.

O inciso LV do art. 5º da Constituição brasileira é auto-aplicável. Sua eficácia independe de lei complementar que o regulamente. Trata-se de garantia fundamental do cidadão que incide sobre a disciplina processual, assegurando às partes o direito de discutir em condições de igualdade o objeto da lide.

25. Em que consiste a ampla defesa? Para PONTES DE MIRANDA, é direito subjetivo constitucional que se manifesta através do *exercício da pretensão à tutela jurídica por parte do acusado*. Ele observa que é nulo processo em que não foi assegurada a defesa ao réu (cf. *Comentários à Constituição* de 1967, tomo V. São Paulo: RT, 1968, p. 219-221).

Para PHILIPPE PÉDROT, professor da Universidade de Toulon, na França, a regra jurídica que estabeleceu a ampla defesa e o contraditório tem como base “*la libre discussion entre les parties au procès*”. Funciona como indispensável contrapeso ao poder da Administração, garantindo ao indiciado o direito de refutar a acusação

que lhe é feita, apresentar os elementos de prova que julgar necessários e acompanhar todos os atos do procedimento (*“Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil in Droits et libertés fondamentaux. Paris: Dalloz, 1996, p. 347”).*

O constitucionalista brasileiro CELSO RIBEIRO BASTOS fundamenta a ampla defesa no *princípio da igualdade*. Ou seja, na necessidade de as partes terem iguais possibilidades no processo. O direito de defesa exterioriza-se através do contraditório, uma vez que “a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor” (*Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999, p.227*).

Ora, o principal fundamento das liberdades públicas – direitos humanos de 1ª geração – é proteger o cidadão do despotismo estatal, evitando que o arbítrio se sobreponha à lei. A ampla defesa cumpre esse papel na medida em que garante a igualdade de oportunidades e a livre discussão entre os litigantes no processo, características essenciais ao processo justo.

26. Nesse mesmo diapasão, devemos estabelecer o conteúdo da ampla defesa e do contraditório, a fim de que possamos verificar se, *in casu*, o licenciamento do Autor obedeceu à ordem constitucional vigente. Em alentado estudo, GILMAR FERREIRA MENDES, propõe a seguinte interpretação ao art. 5º, LV da CF:

- “- Direito à informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgado a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- Direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- Direito de ver seus argumentos considerados (*recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador a capacidade de apreensão e isenção de ânimo (...) para completar as razões apresentadas” (*Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 94*).

Verificando que o comportamento do Autor era inadequado para o exercício da carreira militar, o Comando deveria dar início ao procedimento de licenciamento a bem da disciplina, instaurando inquérito administrativo. A partir daí facultar-se-ia ao indiciado o direito de constituir advogado, tomar conhecimento do teor da acusação bem como de todos os atos praticados no processo, defender-se oralmente ou por escrito e ser julgado mediante decisão fundamentada.

Nada disso foi feito. Sequer inquérito administrativo foi instaurado. O licenciamento foi sumário e lacônico. Consistiu em mera publicação em Boletim Ostensivo da Corporação.

Ao estabelecer a ampla defesa e o contraditório em processo administrativo, o inciso LV do art. 5º da Constituição de 1988 não estabeleceu exceções. Isso significa que a observância de tais garantias é compulsória. Desrespeitá-las provoca nulidade de todo processo.

Diante disso, a conclusão é inexorável: o ato de licenciamento hostilizado é nulo, em virtude de afronta ao citado preceito constitucional.

IV - CONCLUSÃO

Assim sendo, opina o Ministério Público pela procedência da presente AÇÃO ORDINÁRIA DE REINTEGRAÇÃO EM FUNÇÃO PÚBLICA, a fim de que o Autor seja reincorporado à Polícia Militar do Estado de Alagoas, no posto de soldado. Ato contínuo, deve ser instaurado inquérito administrativo – com as garantias da ampla defesa e do contraditório – investigar se o seu comportamento justifica o licenciamento a bem do serviço público ou a continuidade da carreira militar.

Quanto aos efeitos financeiros devem incidir a partir do ajuizamento da ação, com o pagamento dos soldos em atraso.

Maceió, 10 de janeiro de 2002.

GEORGE SARMENTO

Promotor de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 2003.000196-4.

IMPETRANTES: Jaeudeson Carlos Ferreira de Souza e Outros.

IMPETRADO: Governador do Estado de Alagoas.

Parecer nº ____

Mandado de segurança. Concurso público. Candidatos aprovados sub judice. Nomeação comprovada de candidatos pior classificados. Pela concessão parcial da segurança, determinando-se a reserva de vaga.

Egrégio Tribunal:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Jaeudeson Carlos Ferreira de Souza, Manoel Messias da Silva e Mozart da Silva, devidamente qualificados nos autos do processo em epígrafe, contra ato do **Governador do Estado de Alagoas**, sob a alegação de ter o mesmo incorrido em abuso de poder, ao nomear e empossar aprovados no concurso para provimento de cargos de agente da Polícia Civil do Estado de Alagoas, em discrepância com a ordem de classificação.

Alegam os impetrantes que se inscreveram no concurso público para ingresso, como agente, nos quadros da Polícia Civil do Estado de Alagoas, submetendo-se a todas as fases constantes do edital, sendo eliminados no exame psicotécnico. Inconformados com tal resultado, impetraram Mandado de Segurança, para salvaguardar o direito de prosseguir no certame, onde foi concedida a segurança para invalidar o ato de eliminação e permitir que os mesmos participassem do Curso de Formação Policial.

Ocorre que em 20 de maio de 2002, foi publicado o despacho do Exmo. Sr. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça que deferiu pedido de suspensão de execução de liminar, formulado pelo Estado

de Alagoas, no entendimento de que os provimentos cautelares, garantidores da participação dos reprovados, afrontavam o interesse público, nos termos do art. 4º da Lei 8.437/92. Tal entendimento foi reformado em 23/08/2002, no exercício de retratação, quando da apreciação de centenas de agravos interpostos nos autos do Processo 02.000797-3, para garantir a participação dos agravantes nominados, inclusive dos ora impetrantes (doc. de fls. 16) no Curso de Formação Policial.

Alegam os impetrantes, apresentando farta documentação comprobatória, que o Exmo. Sr. Governador do Estado de Alagoas já nomeou e empossou vários candidatos em pior classificação que as suas, posto que ocupantes da 810ª, 719ª e 684ª posições, respectivamente, na classificação geral, inclusive vários *sub judice*. Pleiteiam, ao final, nomeação e posse definitiva no cargo de agente de polícia.

Uma vez concedida a liminar requerida, onde foi determinada nomeação e posse dos impetrantes, vieram aos autos as informações de fls. 54/65. Asseverou, o impetrado, a impossibilidade de nomeação do candidato reprovado que teve os efeitos de liminar suspensos e, por derradeiro, a inexistência de preterição a justificar o *mandamus*, em face da ausência de direito à nomeação de candidato aprovado e classificado *sub judice*; pugnando, ao final, pela revogação da liminar e denegação da segurança.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público para emissão de parecer.

É, em síntese, a história do presente *mandamus*.

PRELIMINARMENTE - DA CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS.

Cumpre-nos emprestar relevo ao fato de que embora tenham requerido os impetrantes a citação dos litisconsortes, como também apresentado o rol de possíveis afetados, conforme determinação da eminente Desembargadora Relatora, tal providência não foi determinada, impondo-se sua efetivação para que não se alegue qualquer nulidade processual.

Do Meritum causae

Da análise dos autos, resulta a inafastável conclusão de que os fatos informadores do presente *writ* apresentam-se translúcidos, devidamente demonstrados através dos documentos colacionados. Os impetrantes, embora amparados por medida judicial, participaram com êxito de todas as demais fases do concurso, figurando na classificação geral em 810ª, 719ª e 684ª posições, respectivamente, posto que tiveram julgadas, em 1º grau jurisdicional, inválidas suas eliminações no exame psicotécnico, em face da subjetividade nele reconhecida. A despeito de suas posições resolutas, em face da pendência de trânsito em julgado da referida decisão, alegam e comprovam inversão da ordem de nomeação, em benefício de candidatos aprovados em pior classificação.

Certos os fatos, resta-nos perquirir seus efeitos, como também a viabilidade de buscá-los através da via mandamental, cujos requisitos e rito peculiar, restringem seu âmbito de utilização. Nesse particular, por demais **controvertidos os entendimentos adotados nos nossos tribunais superiores** que, embora ostentem a missão de uniformização jurisprudencial, sucedem-se com extrema facilidade e incoerência, posto que se modificam e se contradizem em curto espaço de tempo, **num mesmo órgão fracionário (3ª Seção do STJ) que sequer alterou-se em sua composição.**

Para demonstrar a extrema volatilidade de entendimentos, cumpre-nos transcrever algumas dessas decisões que embora prolatadas, em sua maioria, por unanimidade, “evoluíram”, em pouco mais de um mês, **do reconhecimento do direito líquido e certo de nomeação para aprovados *sub judice*, tal qual se busca nos presentes autos, para a total denegação da segurança, pela ausência de liquidez do direito postulado,** para os mesmos candidatos amparados em medida judicial sem trânsito em julgado, conforme demonstrado nas informações do impetrado. Senão vejamos:

Acórdão

MS 6417 / DF ; MANDADO DE SEGURANÇA
1999/0058310-8

Fonte

DJ DATA:29/11/1999 PG:00119

Relator

Min. FELIX FISCHER (1109)

Ementa

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. PROVA DE MOTORISMO. PARTICIPAÇÃO ASSEGURADA POR MEDIDA LIMINAR. APROVAÇÃO SUB JUDICE. NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS PIOR CLASSIFICADOS. PRETERIÇÃO. OCORRÊNCIA. DIREITO À NOMEAÇÃO. SÚMULA 15/STF.

I - Os candidatos aprovados em concurso público tem mera expectativa de direito à nomeação, mas passam a ter direito a ela se há nomeação para o mesmo cargo com quebra da ordem classificatória, desde que dentro do prazo de validade do certame.

II - Direito que se reconhece também aos candidatos que concluíram o concurso e obtiveram aprovação amparados por medida liminar.

Precedentes.

Segurança concedida.

Data da Decisão

27/10/1999

Orgão Julgador

S3 - TERCEIRA SEÇÃO

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, **por unanimidade, conceder a segurança**, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram de acordo os Ministros Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, Fontes de Alencar e **José Arnaldo**.

Ausentes, justificadamente, os Ministros WILLIAM PATTERSON e FERNANDO GONÇALVES.

Menos de trinta dias após a referida decisão, resolvem os Srs. Ministros da mesma 3ª Seção do STJ, também por unanimidade de votos, denegar, em hipótese idêntica, a ordem anteriormente concedida:

Ementa

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL.

REPROVAÇÃO. EXAME PSICOTÉCNICO. NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO.

SÚMULA 15-STF. TEORIA. FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE.

1 - A participação de candidato, reprovado no exame psicotécnico, nas demais fases e subseqüentes do conclave, inclusive com frequência ao Curso de Formação - por força de decisão em ação ordinária ajuizada e ainda sem trânsito em julgado - não lhe atribui direito líquido e certo à nomeação, com quebra da ordem classificatória, em face do caráter condicional de sua situação, diversa daqueles outros regularmente classificados. Nem mesmo a teoria do fato consumado nestas circunstâncias autoriza a nomeação.

2 - Ordem denegada.

Data da Decisão

24/11/1999

Orgão Julgador

S3 - TERCEIRA SEÇÃO

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a segurança. Votaram de acordo os Ministros **Felix Fischer**, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Edson Vidigal, Fontes de Alencar e José Arnaldo. Ausentes, justificadamente, os Ministros William Patterson e Jorge Scartezzini

O Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, apreciando recurso ordinário em Mandado de Segurança, entende que os candidatos aprovados em concurso público sob o amparo de medidas liminares não têm direito subjetivo a nomeação, ou seja, mesmos que estes tenham concluído com êxito todas as demais fases do certame, não pode o Poder Judiciário deferir tal medida, por faltar elemento essencial para concessão da ordem, qual seja, o direito líquido e certo. Seguindo este entendimento assim se pronunciou nossa Corte Suprema, a saber:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL. REPROVAÇÃO EM EXAME PSICOTÉCNICO. LIMINAR CONCEDIDA. APROVAÇÃO NA SEGUNDA ETAPA. PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO. FATO CONSUMADO: INEXISTÊNCIA. 1. Liminar concedida tão-somente para a participação na segunda etapa do certame. A aprovação no concurso não gera direito líquido e certo à nomeação e posse. 2. O prazo de validade do concurso a que se submeteram os impetrantes tinha expirado quando foram nomeados candidatos aprovados em concurso subsequente. Hipótese e em que não se dá a quebra da ordem de classificação vedada pela Súmula nº 15-STF. 3. Não há falar em fato consumado, se a aprovação na segunda etapa criou mera expectativa de direito sem se verificar situação consolidada pelo tempo. Recurso ordinário não provido.¹

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO – POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL – REPROVAÇÃO EM EXAME PSICOTÉCNICO – PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE LIMINAR. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. SÚMULA 15.

¹ STF - RMS 23.813/DF, Rel. Min. Maurício Correia, 21/08/2001.

INAPLICABILIDADE. Se a lei exige, para a investidura no cargo, o exame psicotécnico, não pode este ser afastado a pretexto de se resguardar fato consumado. Precedentes da Primeira Turma do STF. A participação em segunda etapa de concurso público, assegurada por força de liminar em que não se demonstra a concessão definitiva da segurança pleiteada, não é apta a caracterizar o direito líquido e certo à nomeação. Recurso ordinário que se nega provimento.²

A despeito daquele último posicionamento do STJ parecer formar jurisprudência dominante, posto que encontrou ressonância no Supremo Tribunal Federal, nos compete evidenciar que, na prática, a questão ainda não se pacificou.

O mesmo Tribunal que julga a inviabilidade de nomeação de candidato aprovado *sub judice*, nega provimento ao Recurso Especial para manter, com base na teoria do fato consumado, a nomeação determinada na instância singela em idênticos casos. Por demais curioso o fato de que foi do Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, que juntamente com o Ministro Fernando Gonçalves representavam os maiores defensores da denegação da ordem de nomeação, o voto condutor do julgado unânime, senão vejamos:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO. PARTICIPAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL. CONCLUSÃO E APROVEITAMENTO. NOMEAÇÃO E POSSE. FATO SUPERVENIENTE E TEORIA DO FATO CONSUMADO. O recorrido comprovou já estar no exercício do cargo há mais de dois anos, em razão do que lhe garantiu o acórdão recorrido, tendo em mira o “fato superveniente” constatado (conclusão no Curso de Formação e aprovação em disciplina equivalente). Violações não configuradas. Recurso desprovido.³

² STF – RMS 23.962-6/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, 23/10/2001.

³ STJ – R. Especial nº 390.563/PR – Min. Rel. José Arnaldo da Fonseca, 28/05/2002.

Nesse cenário, onde o próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o direito à nomeação, não nos parece justo nem jurídico simplesmente denegar a segurança por se tratar de direito controvertido, em razão de não terem os nossos tribunais firmado sólido entendimento quanto aos candidatos aprovados em situação condicional e que esperam o julgamento definitivo de outro processo. Não nos parece razoável que os impetrantes sejam remetido às vias ordinárias enquanto ilustram sua petição com decisões em que se concedeu idêntica ou semelhante segurança.

DA RESERVA DE VAGA:

Diante de tantas divergências jurisprudenciais no seio de uma mesma Seção do STJ onde transmudam-se entendimentos contemporâneos, pelo que sequer podemos aquilatar qual o posicionamento mais recente, **emerge a mais coerente das posições já abraçadas naquele Sodalício para hipótese vertente.**

Diante de tão tormentoso tema, compete-nos transcrever a ementa e o elucidativo voto condutor do acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 6.430 – DF, da lavra do Min. Felix Fischer, que fazendo uma análise comparativa e reportando-se ao voto recente do eminente Ministro Hamilton Carvalhido em caso semelhante, assim se pronunciou:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. APROVAÇÃO SUB JUDICE. NOMEAÇÃO DE COANDIDATOS COM PIOR CLASSIFICAÇÃO. PRETERIÇÃO. OCORRÊNCIA. DIREITO À NOMEAÇÃO. SÚMULA 15/STF.

Conforme orientação firmada no âmbito da Terceira Seção no julgamento no MS 6.521/DF (relator o Min. Hamilton Carvalhido), verificada a preterição de candidato aprovado *sub judice* com quebra da ordem classificatória, reconhece-se o direito à reserva de vaga, até o julgamento definitivo do processo em que

foi concedida a liminar assegurando sua participação na disputa. Segurança parcialmente concedida.

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO FELIX FISCHER:

A questão tratada neste mandado de segurança diz respeito à preterição sofrida pelo impetrante na nomeação dos aprovados no concurso público de Policial Rodoviário Federal.

*Inicialmente, cabe considerar que não se está a discutir a legalidade da reprovação sofrida pelo candidato no exame psicotécnico. Essa questão é objeto de outro **mandamus**, em curso perante a 17ª Vara da Justiça Federal de Brasília.*

*O tema abordado neste **writ** diz respeito, especificamente, à possibilidade do candidato aprovado **sub judice** ser nomeado. A **quaestio** não é pacífica, tendo suscitado julgamentos divergentes na âmbito desta Seção. (em sentido contrário à pretensão do candidato, pode-se citar, como exemplo, algum precedentes: MS 6.242/DF, relator Min. Fernando Gonçalves; MS 6.423/DF, relator Min. José Arnaldo da Fonseca).*

Recentemente, no entanto, nesta Seção, foi julgado caso semelhante ao ora em exame, o MS 6.521/DF, relator o Min Hamilton Carvalhido, no qual se reconheceu o direito dos candidatos aprovados com amparo na medida judicial, sendo concedida a segurança, por apertada maioria, para determinar a reserva de vaga.

Transcrevo, a propósito, o voto condutor do acórdão:

“É firme o constructo doutrinário e jurisprudencial na afirmação do direito subjetivo do candidato aprovado e classificado à observância, quando da convocação para a nomeação decidida

pela Administração Pública, da ordem dos concursos e, por implícito, da ordem de classificação dos concorrentes habilitados.

Em violando o Estado o dever jurídico primário insculpido no inciso IV do artigo 37 da Constituição da República, surge-lhe o dever jurídico secundário de nomeação do candidato preterido e, não, o de simples desfazimento do ato que irregularmente incidiu sobre pessoa errada, como observou Celso Ribeiro Bastos, nos Comentários à Constituição do Brasil(3º vol., tomo III, p.79, Saraiva, 1992).

E, desenganadamente, não apenas esse dever secundário, mas, também, aqueloutro de reserva de vaga para o candidato aprovado e classificado, cuja nomeação se vê obstada pela falta de trânsito em julgado de decisão em pleito judicial dirigido a vencer ilegalidade ou abuso de poder da Administração Pública, ela mesma.

É também freqüente e acertado o reconhecimento da violação do direito subjetivo à observância da ordem dos concursos da classificação dos candidatos, em havendo abertura de novo certame dentro do prazo de validade do concurso anterior, a evidenciar a existência de vagas, cujo preenchimento se mostra assim, já decidido pela Administração Pública, como oportuno e conveniente.

Anota-se, por fim, que a teoria do fato consumado tem dado fundamento a decisões várias deste Superior Tribunal de Justiça, as quais, na força constitutiva do tempo e de circunstâncias legitimadoras especialíssimas, se reconhece a transformação de situações jurídicas consolidadas em direito subjetivo, merecedor de tutela mandamental.

In casu, o impetrante inscreveu-se regularmente no concurso e, depois de haver sido aprovado nas quatro primeiras provas seletivas da primeira parte do concurso, foi-lhe comunicado que não poderia realizar a prova de motorismo, ao argumento da insuficiência da permissão para dirigir.

Tal exigência, qual seja, a da apresentação da Carteira Nacional de Habilitação, mereceu pronta resposta judicial, com a concessão de liminar no mandado de segurança que se impetrou na 1ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado de Roraima, assecuratória da participação do impetrante na prova de motorismo.

Isto porque a exigência da autoridade administrativa infringia o edital do concurso que, estabelecendo, a idade mínima de 18 anos para os candidatos, viabilizaria a suficiência da Carteira Nacional de Habilitação Provisória (permissão para dirigir), eis que a Carteira Nacional de Habilitação somente é conferida após 1 ano, contado a partir da aprovação no exame de habilitação para dirigir veículo automotor(art.148 da Lei nº 9.503/97).

O mandado de segurança, no primeiro grau de jurisdição, foi concedido e pende de recurso oficial.

O impetrante, como demonstrou, foi aprovado no concurso público, classificando-se em 7º lugar, entre as dez vagas disponibilizadoras no Edital do concurso para o 5º Distrito de Roraima(cf.fl.101).

A autoridade administrativa, contudo, ao publicar a relação dos candidatos aprovados, o fez em duas listas, distinguindo os que participaram no concurso por força de decisão judicial e os excluindo da lista destinada a informar as nomeações futuras e, após, efetivamente realizadas(cf.fls.80/81 e 85/86).

*O verbo constitucional, é certo, não enseja a menor duvida de que o direito à nomeação decorre da violação da ordem de classificação e dos concursos públicos(Constituição da República, artigo 37, inciso IV), não podendo, contudo, nesta sede, reconhecer ao impetrante tal direito, por isso que, embora tenha sido aprovado e tenha se classificado para o cargo que concorreu – como se há de afirmar em relação àquele que só resiste à ilegalidade ou abuso de poder do estado, por haver satisfeito todas as exigências legais e regulamentares -, sujeita-se a sua aprovação, ainda, a resolução, à falta do trânsito em julgado da decisão concessiva do **mandamus**.*

*Todavia, a inexistência de um quadro geral de classificação e a exclusão do impetrante da lista destinada a informar as nomeações futuras e por fim efetivadas caracterizam rematada violação do direito subjetivo à reserva de vaga a candidato aprovado e classificado, **sub judice**, também assegurado no inciso IV do artigo 37 da CF.*

Entender em contrário em casos tais como o dos autos, será fortalecer o abuso do poder, consentir na negociação do principio da isonomia e fazer do cidadão o depositário exclusivo dos gravames da demora da prestação jurisdicional.

Pelo exposto, concedo em parte a segurança, para preservar a liminar deferida, sem prejuízo, no tempo oportuno, da observância das condições de investidura elencadas no Edital do Concurso”.

Posteriormente, houve nova decisão, seguindo os termos do precedente acima citado, cuja ementa é a seguinte:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. CANDIDATO APROVADO EM TODAS AS ETAPAS POR FORÇA DE LIMINAR.

**PRETERIÇÃO NA NOMEAÇÃO COMPROVADA.
DIREITO À RESERVA DE VAGA.**

*I – Comprovada a preterição de candidato **sub judice**, essa Terceira Seção manifestou-se recentemente no sentido de não reconhecer, de pronto, o direito à nomeação, mas apenas o de reserva de vaga, até o trânsito em julgado da decisão que lhe garantiu participar de todas as etapas do concurso, se confirmada. Ressalva do entendimento pessoal do Relator, pela aplicação da teoria do fato consumado.*

II - Segurança parcialmente concedida".

(MS 6.425/DF, Rel. Min.Edson Vidigal, DJU de 19/06/2000)

*Como visto, prevaleceu no âmbito desta Seção o entendimento pelo qual, em se tratando de candidato aprovado **sub judice**, não se pode quebrar a ordem de classificação dos candidatos. Assim, se não é possível deferir a nomeação do concorrente, em virtude da falta de trânsito em julgado da decisão judicial que lhe permitiu a participação no certame, garante-se-lhe, por outro lado, a reserva de vaga.*

*Pelo exposto, voto pela concessão parcial da segurança, apenas para determinar a reserva de vaga do impetrante até o julgamento definitivo do **mandamus** em que se discute o direito a prosseguir no certame.*

DA CONCLUSÃO:

In casu, enquanto se aguarda o trânsito em julgado da decisão que declarou inválida eliminação dos impetrantes, embora não represente a pronta nomeação medida mais acertada, mostra-se inatácável a necessidade de se prevenir o perecimento do direito, para que não se tornem inócuas as decisões judiciais proferidas neste ou noutros processos correlatos.

Portanto, opina esta Procuradoria Geral de Justiça, por representar a mais coerente das posições adotadas na hipótese fática sob comento, pela concessão parcial da segurança para deferir a efetiva reserva de vaga para os impetrantes, mantendo-as sem provimento, até a o julgamento definitivo do processo em que se discute o direito de terem prosseguido no certame.

Maceió, 7 de maio de 2003.

Dilmar Lopes Camerino
Procurador-Geral de Justiça

Carlos Omena Simões
Promotor de Justiça – Assessor Técnico



Esta obra foi impressa na Q Gráfica em 2003
Campus Universitário, BR 101, Km 97,6
Tabuleiro do Martins - Fones: (82) 322.2383 / 9351.2234
CEP: 57.072-970 - Maceió - Alagoas - Brasil