

REVISTA DA PROCURADORIA FEDERAL/FUNASA

GESTÃO ADMINISTRATIVA

FUNASA
FUNASA

REVISTA JURÍDICA



Ministério da Saúde
Fundação Nacional de Saúde

Presidente da República
Luiz Inácio Lula da Silva

Ministro da Saúde
Humberto Sérgio Costa Lima

Presidente da Fundação Nacional de Saúde
Valdi Camarcio Bezerra

Diretor-Executivo
Lenildo Dias de Moraes

Diretora do Departamento de Engenharia de Saúde Pública
Kátia Regina Ern

Diretor do Departamento de Saúde Indígena
Ricardo Luíz Chagas

Diretor do Departamento de Administração
Wilmar Alves Martins

Diretor do Departamento de Planejamento e Desenvolvimento Institucional
Déo Costa Ramos

Auditor-Chefe
Rômulo Lins de Araújo Filho

Procurador-Chefe
Cláudio Renato do Canto Farág

Assessor Parlamentar
Jorge Augusto Oliveira Vinhas

Assessora de Comunicação e Educação em Saúde
Suelene Gusmão

**Revista da Procuradoria
Federal/Funasa**



Brasília, 2004

Copyright © 2004
Fundação Nacional de Saúde (**Funasa**)
Ministério da Saúde

Editor
Assessoria de Comunicação e Educação em Saúde
Núcleo de Editoração e Mídias de Rede/Ascom/Presi/**Funasa**/MS
Setor de Autarquias Sul, Quadra 4, Bl. N. 5º andar - sala 511
70.070-040 - Brasília/DF

Distribuição e Informação
Procuradoria Geral Federal/**Funasa**
Setor de Autarquias Sul, Quadra 4, Bl. N, 10º Andar, Sala 1017
Telefone: 0XX61 314-6261
Fax.: 321-3201
70.070-040 - Brasília/DF

Tiragem
1.000 exemplares



É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Sumário

- Natureza jurídica das fundações públicas por Antônio Coutinho de Carvalho Júnior..... 7
- Da sindicância punitiva por Bruno César da Luz Fontes..... 19
- A publicidade das bebidas alcoólicas e as restrições eficazes previstas no ordenamento jurídico pátrio por Cássia Hoshino 61
- O direito como instrumento auxiliar no combate à dengue: reflexões sobre a situação do estado do Ceará e do município de Fortaleza por Francisco Humberto Cunha Filho 73
- Direito de greve no serviço público por João Gomes Cantanhede..... 103



Editorial

Quando conseguimos uma mudança e podemos vê-la, orgulhamo-nos dela. Quando mudanças ocorrem, outros também se sentem encorajados a experimentá-las. Ao enviarmos os artigos jurídicos para publicação, expondo as nossas idéias, cujo conteúdo é proveitoso para todos, auxiliando no desempenho de cada um, nos sentimos estimulados e vislumbramos que alguma mudança acontece em nós. Assim contribuindo, quando apoiamos o crescimento uns dos outros, o trabalho se torna tranqüilo e nossos corações, cheios de alegria.

Trocando informações entre nós e interpretando o seu significado é que percebemos o real conceito de comunicação. Esta comunicação torna-se eficiente quando o seu receptor compreende a mensagem produzida, e se torna eficaz quando o emissor alcança os objetivos desejados do receptor. E o objetivo, ao materializar esse anseio dos operadores do direito, demonstrado por ocasião do Encontro de Procuradores Federais em exercício, realizado na **Funasa** em meados de agosto do ano passado, ao criar uma revista jurídica, que é um veículo noticioso ainda que de curso restrito e de pequenas pretensões, é estimular e difundir o conhecimento jurídico entre os profissionais da **Funasa**, sem olvidar que os assuntos abordados nos artigos encaminhados servem para integrar e motivar o grupo de procuradores, tanto os que estão chegando quanto os que aqui estão.

A idéia de se criar uma revista não é nova. Esta primeira edição vem realçar a positiva mudança por que passa a **Funasa** e, junto com ela, a Procuradoria Federal.

A criação da Revista Jurídica permite que se dê visibilidade à atuação da Procuradoria Federal, e o conteúdo de suas publi-

cações servindo para nivelamento de informações, bem como de subsídio para se orientar juridicamente a **Funasa**.

Assim, para que a participação neste projeto se torne cada vez mais prazerosa, faz-se mister que os colegas procuradores federais encaminhem suas publicações para que possamos dar continuidade às outras edições da revista, pois como já dizia Edward Schon: "ou uma idéia encontra um campeão que a defende ou então morre. Um envolvimento simplesmente habitual com uma idéia é incapaz de fornecer energia suficiente para enfrentar a indiferença e a resistência que uma grande mudança provoca".

Avante, pois!

Cláudio Renato do Canto Farág.

Natureza jurídica das fundações públicas

Por Antônio Coutinho de Carvalho Júnior
Procurador-Federal da **Funasa**

1. Introdução

O estado desenvolve diversas funções, muitas delas podem ser resumidas numa só: a atividade administrativa. Para melhor desenvolver estas funções o estado cria autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, que juntas formam a Administração Indireta.

Uma questão divergente na doutrina brasileira é a natureza jurídica da fundação criada pelo estado. A fundação criada pelo estado poderá ser regida pelo direito privado, ou somente pelo direito público?

Esta questão será abordada da seguinte forma: primeiramente, trataremos da Fundação pública, destacando seu conceito, as divergências doutrinárias e legislativas acerca de sua natureza jurídica; e, após, apontaremos as diferenças existentes entre as fundações públicas de direito público e as de direito privado.

2. A fundação no direito público

O estado exerce as mais variadas atividades. Para facilitá-las, o estado se utiliza de alguns mecanismos, entre eles: a descentralização.

Chamamos de descentralização o processo de distribuição de competências de uma pessoa para outra pessoa, física ou

jurídica. Sob o ponto de vista administrativo, temos a **descentralização por serviços ou funcional**, que ocorre quando um ente federativo (União, estado-membro ou município) cria uma pessoa jurídica (de direito público ou privado) para o exercício de determinado serviço público. Da descentralização por serviços surgiu a Administração Indireta, que é composta por: autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Agora, interessa-nos as fundações.

Definimos a **Fundação instituída pelo poder público assim: “é o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividade do estado na ordem social, com capacidade de autocomposição e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”**.¹ Do conceito, destacamos as seguintes características das fundações públicas:

- a) patrimônio oriundo, inteiramente, do poder público, ou parcialmente;
- b) personalidade jurídica de direito público ou de direito privado;
- c) exercício de atividade estatal na área social;
- d) capacidade de auto-administração;
- e) sujeição à fiscalização da Administração Direta, dentro dos critérios legais.

Uma questão que gera controvérsias na Doutrina é a natureza jurídica da fundação criada pelo estado (fundação pública). Afinal, esta fundação é de direito público ou de direito privado? Basicamente, existem duas correntes doutrinárias: uma afirma serem as fundações públicas de direito privado; já a segunda corrente prega a existência de fundações públicas com personalidade de direito privado e outras com personalidade de direito público. São adeptos da primeira corrente Hely Lopes de Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho; e aderem à segunda corrente: Maria Sylvia Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Melo e Diógenes Gasparini.

1. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 1998. Pág. 323.

Por que é tão importante se apontar a natureza (jurídica) de uma pessoa jurídica? Porque as características, os atributos, as finalidades, os poderes de atuação da pessoa jurídica dependem da sua natureza jurídica. Celso Antônio Bandeira de Melo distingue muito bem as pessoas jurídicas quanto a sua natureza jurídica, vejamos:

Faz-se importante citar algumas posições doutrinárias:

Pessoa privada	Pessoa pública
- origem na vontade dos particulares;	- origem na vontade do poder público;
- fins geralmente lucrativos;	- fins não lucrativos;
- finalidade geralmente de interesse particular;	- finalidade de interesse coletivo;
- liberdade de fixar, modificar, prosseguir ou deixar de prosseguir os próprios fins;	- ausência de liberdade na fixação ou modificação dos próprios fins e obrigação de cumprir os escopos;
- liberdade de se extinguir;	- impossibilidade de se extinguir pela própria vontade;
- sujeição a controle negativo do estado ou simples fiscalização;	- sujeição a controle positivo do estado (tutela e vigilância);
- ausência de prerrogativas autoritárias.	- geralmente, disposição de prerrogativas autoritárias.

Maria Silvia Di Pietro:

“Colocamo-nos entre os que defendem a possibilidade de o poder público, ao instituir uma fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado.”²

2. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 1998. Pág. 322.

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“Sem dúvida, a lei pode criar uma fundação estatal de direito privado, como pode também criar uma fundação de direito público.”*³

Já Helly Lopes de Meirelles reza:

*“As fundações, como universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade, ou como um patrimônio transfigurado pela idéia que o põe ao serviço de um fim determinado, sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado (Decreto-Lei nº 200/1967, art. 5º, IV, acrescentado pela Lei nº 7.596/1987).”*⁴

José dos Santos Carvalho Filho ensina:

*“Em nosso entender, sempre nos pareceu mais lógico e coerente o pensamento de Hely Lopes Meirelles. Na verdade, causa grande estranheza que uma fundação criada pelo estado se qualifique como pessoa de direito público, ainda mais quando se sabe que o recurso do Poder Público a esse tipo de entidade de direito privado visava a possibilitar maior flexibilidade no desempenho de atividades sociais exatamente iguais às colimadas pelas fundações instituídas por particulares.”*⁵

Há divergências quanto a esta questão não só no campo doutrinário mas também no campo legislativo. O art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967, que disciplina a Administração Indireta, na sua redação original, não incluía a Fundação na Administração Indireta, apenas a equiparou à empresa pública. O Decreto-Lei nº 900/1969, no art. 3º, declarou que as fundações criadas por lei federal não integravam a Administração Indireta, mas deveriam sofrer a supervisão ministerial, caso

3. De Melo, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 6ª edição. São Paulo. Malheiro Editores. Pág. 82.

4. Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 1999. Pág. 319.

5 Carvalho Filho, Manoel dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1996.

recebessem recursos da União. O Decreto-Lei nº 2.299/1986 incluiu as fundações federais na Administração Indireta apenas para fins de sujeição às normas de fiscalização, controle e gestão financeira e para fins de inclusão de seus cargos, empregos e funções no Plano de Classificação de Cargos da Administração Direta. Já a Lei nº 7.596/1987 modificou a redação do art. 4º do Decreto nº 200/1967 ao incluir nele a expressão “fundação pública”, desta feita passou a fundação pública a figurar como parte da Administração Indireta, houve, também o acréscimo do inciso IV ao art. 5º, este inciso define a fundação pública como pessoa jurídica de direito privado, *in verbis*:

“Art. 5º - Para fins desta lei, considera-se:

(...)

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para desenvolvimento de atividade que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.”

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o assunto, em pauta, reapareceu, pois seu artigo 37, fixava:

“Art. 37 - A Administração Pública Direta, indireta ou Fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e , também, ao seguinte:” (destacou-se).

Por esta redação, entendemos que o legislador considerava a Fundação Pública como de direito público, pois ele incluiu na redação do artigo a expressão “**e fundacional**”, artigo este que fixa as diretrizes da Administração Pública. Porém com a Emenda Constitucional nº 19/1998, tal expressão foi suprimida. Mais uma vez, as divergências doutrinárias vieram à tona, pois a CF/1988 não mais “vedava” a possibilidade de a fundação pública vir a ser de direito privado. Vejamos a nova redação:

“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e , também, ao seguinte:” (grifo nosso).

Após uma análise minuciosa da matéria, filiamo-nos à corrente da eminente professora Maria Sylvia Di Pietro, pois entendemos que o estado ao criar uma fundação pode atribuir-lhe o regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou lhe pode atribuir um regime jurídico “privado” (misto), esta fundação é, então, uma pessoa jurídica intermediária entre as pessoas públicas e as pessoas privadas. Bem sabemos que o regime jurídico público é rigoroso, até por vigorar sobre pessoas físicas e jurídicas que atuam diretamente com o interesse público, atuando, às vezes, como obstáculo para a realização do próprio interesse público. Atribuindo o regime jurídico privado a uma fundação, o estado lhe concede maior mobilidade para executar suas atividades, por exemplo: nas fundações públicas de direito privado, seus empregados são regidos pela CLT, isto permite que um mau empregado seja demitido com maior facilidade e rapidez e se contrate um novo empregado, o mesmo não acontece com demais pessoas jurídicas da Administração Pública regidas pelo direito público, pois seus empregados, depois de certo tempo, gozam de estabilidade; outro exemplo: se um cidadão do interior do Ceará for prejudicado por uma fundação pública de direito privado, seu acesso ao Judiciário será facilitado, pois ele pode na Comarca de sua cidade pleitear uma reparação, facilitando, até mesmo a defesa da própria fundação; já se o citado cidadão for prejudicado por uma fundação pública de direito público, seu acesso ao Judiciário será dificultado, pois goza tal fundação de Foro Especial, que é, no caso, a Sessão Judiciária de Fortaleza (Justiça Federal). Essa liberdade de ação decorre justamente da não-aplicação integral do regime jurídico que regem as pessoas da Administração Direta sobre as fundações públicas de direito privado; na verdade, há uma mistura entre o regime jurídico de direito público e o de direito privado, e é por isso que situamos estas fundações entre as pessoas públicas e as privadas.

A Administração Pública ao criar uma fundação de direito privado está se utilizando dos meios de atuação próprios do direito privado, que, como já dissemos, dá à fundação maior liberdade de agir em relação ao regime da Administração Direta. Contudo, tal fundação não se sujeita inteiramente ao direito privado, pois seu regime jurídico é misto. Sob muitos aspectos, estas fundações se submetem ao direito público, já que deve prevalecer a vontade do ente estatal a qual se vinculam.

3. Fundação pública: de direito público x de direito privado

Resolvida a questão principal, agora, apontaremos as diferenças que existem entre as fundações públicas de direito público e as de direito privado, tomando por base alguns fatores.

3.1. Objeto

As finalidades das fundações públicas são, sempre, de caráter social e suas atividades são tidas como serviços públicos. As fundações públicas atuam principalmente nas seguintes áreas: assistência social; assistência médica e hospitalar; educação e ensino; pesquisa; atividades culturais. Como exemplos de fundações públicas citamos: Fundação Nacional de Saúde, Fundação Nacional do Índio, Fundação Escola de Administração Pública e Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

3.2. Criação e extinção

As fundações públicas de direito público são criadas pela simples autorização de uma lei, isto é, a própria lei dá existência e personalidade jurídica à fundação; nada mais sendo necessário para sua criação. A extinção dessas entidades se dá por meio de lei.

As fundações públicas de direito privado são criadas por meio de dois atos: o primeiro é a autorização de uma lei para a criação de tal fundação; e o segundo é a inscrição da escritura pública da constituição de tal fundação no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. É por meio deste ato de registro que a fundação adquire sua personalidade jurídica. A extinção das fundações públicas de direito privado exige

lei autorizadora e respeito ao que está previsto nos seus estatutos e no Código Civil. O art. 5º, § 3º do Decreto nº 200/1967 dispõe:

“Art. 5º - omissis

§ 3º - As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil.”

3.3. Regime jurídico

É pela análise do regime jurídico da fundação pública que poderemos determinar a sua natureza jurídica. Para apontarmos, na prática, seu regime jurídico e, conseqüentemente, sua natureza jurídica, precisamos observar o que está disposto na lei instituidora e nos estatutos da fundação pública.

Basicamente, as fundações públicas de direito público possuem o mesmo regime jurídico das autarquias, enquanto que as fundações públicas de direito privado possuem regime jurídico semelhante aos das empresas estatais.

As fundações públicas de direito público possuem as mesmas prerrogativas das autarquias, tanto no que diz respeito ao Direito Material quanto ao Direito Processual, afinal para muitos autores, por exemplo: Diógenes Gasparini, essas entidades são consideradas espécie do gênero autarquia. Citemos algumas dessas prerrogativas: execução fiscal de seus créditos inscritos na dívida ativa; prescrição quinquenal de suas dívidas passivas; ação regressiva contra seus servidores; imprescritibilidade de seus bens; duplo grau de jurisdição, se a sentença proferida lhe for desfavorável. O STF entende da mesma forma, vejamos parte da ementa do acórdão (CC15380/SE,1995/0053289-1), que teve como relator o Min. Adhemar Maciel:

“(…)

A jurisprudência do STJ e do STF equipara as fundações públicas federais as autarquias federais, tendo em vista a gestão do interesse público, gozando aquelas, com isto, do foro feral (art. 109, I, da CF).”

Já as fundações públicas de direito privado possuem um regime misto: no que concerne à criação, há aplicação das normas de direito privado; sobre o restante, há predomínio das normas de direito público. São essas normas as responsáveis pela adequação dessas entidades à Administração Indireta.

3.4. Regime tributário

O artigo 150, § 2º da CF/1988 estabelece que as fundações públicas (as de direito público e as de direito privado) são imunes a impostos relativos ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados às suas finalidades principais ou às delas decorrentes. *In verbis*:

“Art. 150 - omissis

§ 2º - A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”

3.5. Patrimônio

Os bens patrimoniais das fundações públicas de direito público são caracterizados como bens públicos, protegidos por todas as prerrogativas que o ordenamento jurídico a estes concede.

O patrimônio das fundações públicas de direito privado é composto por bens privados, incumbindo a sua gestão aos órgãos dirigentes da entidade na forma prevista no seu respectivo estatuto. Pode a lei, que autorizou a criação da entidade, impor limitações quanto à gestão dos bens fundacionais, havendo tais restrições os órgãos dirigentes que deverão obedecê-las.

3.6. Controle

As fundações públicas, pessoas da Administração Indireta, sujeitam-se ao controle da respectiva Administração Direta. Existem três meios de se exercer este controle sobre as fundações públicas: o político, o administrativo e o financeiro.



O controle político decorre da relação de confiança entre os órgãos de controle e os dirigentes da entidade controlada; estes são escolhidos e nomeados por aqueles.

O controle administrativo, consiste na fiscalização por parte da Administração Direta sobre as fundações, tendo em vista manter as atividades dessas entidades em conformidade com os fins para os quais foram instituídas.

O controle financeiro é exercido pelo Tribunal de Contas, por meio da fiscalização sobre as contas das fundações.

Vale ressaltar que o Ministério Público é o responsável pela fiscalização das fundações privadas. Contudo, tal fiscalização não é exercida sobre as fundações públicas.

As fundações públicas de direito público praticam atos de direito privado e atos administrativos; na primeira hipótese, o controle judicial ocorrerá pelas vias comuns; na segunda hipótese, o controle judicial será exercido pelas vias específicas, como o mandado de segurança e a ação popular. As fundações públicas de direito privado, em regra, praticam atos de direito privado, logo o controle judicial se dará pelas vias comuns.

3.7. Foro dos litígios

A fundação pública de direito público federal terá seus litígios tratados pela Justiça Federal, inclusive aquelas lides que envolvam relação estatutária entre a fundação e os seus servidores. Vejamos parte da ementa de um acórdão do STF (CC 14011/RS, 1995/0029335-8), cujo relator foi o Min. Milton Luiz Pereira:

“(…)

1. As fundações de direito público, criadas por lei, instituídas para a gestão de serviço estatal, por suas finalidades e atividades não lucrativas (no caso, educação, cultura, e pesquisa científica), origem e obtenção de recursos e patrimônio públicos, devem ser equiparadas à espécie do gênero autarquias, ou, até mesmo, por equiparação, generalizadas como empresas

públicas federais, ficando removidos os óbices para o desfrute do foro federal (art. 109, I, C.F.).”

As fundações estaduais e municipais terão seus conflitos resolvidos no foro fixado no código de organização judiciária do Estado em que se situarem.

A fundação pública de direito privado terá seus litígios, seja qual for a esfera federativa a que esteja vinculada, resolvidos na Justiça Estadual.

Vale ressaltar que o Código de Processo Civil, no seu art. 475, inciso II, estabelece que a sentença judicial proferida em 1º grau de Jurisdição contra a União, os estados e os municípios só produzirá efeito depois de confirmada pelo Tribunal; logo as fundações públicas também gozam de tal privilégio.

3.8. Atos e contratos

Em regra, as fundações públicas de direito público praticam atos administrativos, que são regulados basicamente por regras especiais de direito público. Podem, também, praticar atos de natureza privada, nesse caso, estarão sujeitas às regras de direito privado. Seus contratos são caracterizados como administrativos, logo estarão sujeitos à Lei nº 8.666/1993, inclusive quanto à obrigatoriedade da licitação prévia.

Normalmente, as fundações públicas de direito privado praticam atos de direito privado. Podem, ainda, praticar atos administrativos, caso em que estarão praticando uma função delegada do Poder Público. A Lei nº 8.666/1993 também se aplica a essas entidades, por força do art. 1º da mesma lei, que determinou a sua aplicação às fundações públicas, sem distingui-las em de direito público e em de direito privado.

3.9. Servidores

Os agentes das fundações públicas de direito público são servidores públicos civis. Na esfera federal, são regidos pela Lei nº 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Civis Públicos da União). Logo seu regime jurídico é o estatutário.



Já os agentes das fundações públicas de direito privado estão sujeitos ao regime trabalhista comum, delineado pela CLT. Contudo, para os fins previstos no artigo 37 da CF/1988, seus empregados são equiparados aos funcionários públicos, inclusive quanto à acumulação de cargos, para fins criminais e para fins de improbidade administrativa.

3.10. Responsabilidade

As fundações públicas são inteiramente responsáveis pelas obrigações que assumir, pois são pessoas distintas da Administração Pública a que se vinculam; não sendo a Administração Pública responsável, nem subsidiariamente ou solidariamente, por essas obrigações.

As fundações públicas são civilmente responsáveis pelos atos de seus agentes. Trata-se de Responsabilidade Objetiva prevista no § 6º do art. 37 da CF/1988, *in verbis*:

“Art. 37 - omissis

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

4. Conclusão

Pelo relatado, concluímos que o estado, ao criar uma Fundação, pode lhe conceder o regime jurídico público ou o regime jurídico privado, logo a natureza jurídica da fundação pública pode ser de Direito Público ou de Direito Privado.

A principal vantagem de se criar uma fundação pública de direito privado é a mobilidade de ação que lhe é concedida, que é bem mais ampla do que a da fundação de direito público. Não olvidemos que se aplica à fundação pública de direito privado as normas de direito privado, ressalvando-se algumas normas de direito público.

Da sindicância punitiva

Bruno César da Luz Pontes*

*Procurador Federal, pós-graduado em direito penal e direito processual penal pela Academia de Polícia Civil de Goiás/ Universidade Católica de Goiás, autor do livro "Direito Acadêmico", de artigos jurídicos e monografias. E-mail pessoal: bclpontes@hotmail.com; e-mail funcional: bruno.pontes@funasa.gov.br. Palmas/TO, setembro de 2003.

Este artigo visa demonstrar que a sindicância, no âmbito federal, pode ser investigativa ou punitiva, e que esta última deve ser analisada com critério e cuidado, sob pena de gerar prejuízos de toda ordem para a Administração Pública. Cuida, assim, dos efeitos e dos eventuais problemas que pode gerar a sua instauração, demonstrando, em última análise, a necessidade de uma nova abordagem sobre as formalidades próprias da sindicância punitiva.

1. Introdução

Na área federal, como de maneira geral em todas as áreas, a sindicância é sempre vista, até de forma absoluta, sem exceção, como um mero procedimento investigatório, sem forma, sem partes, sem acusação e sem qualquer necessidade de assegurar a ampla defesa e o contraditório. Apesar da regra geral ser esta, existe exceção, que é a **sindicância acusatória** que pode gerar advertência ou suspensão de até 30 dias, e tal exceção não é muito bem compreendida, de modo que as comissões de sindicância, mesmo gerando prejuízo de toda ordem para a Administração Pública Federal, acabam realizando procedimentos desnecessários e até anuláveis.

Mesmo que conhecida tal exceção, os efeitos da mesma podem não ser bem visualizados e compreendidos, o que, significativamente, pode gerar prejuízos, nulidades e inutilidades, quando do aparecimento das faltas funcionais. Daí a necessidade de um esclarecimento e uma análise mais criteriosa, de caráter orientador, sem contudo tentar esgotar o tema.

2. A sindicância investigativa e a sindicância punitiva

No âmbito federal, diz o art. 145 da Lei nº 8.112/1990, que da sindicância poderá resultar: a) o arquivamento do processo; b) a aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 dias; ou c) a instauração de processo disciplinar.

O legislador, ao assim dispor, fez gerar, no âmbito federal, uma grande quantidade de procedimentos nulos ou inúteis, com gastos desnecessários. Atualmente, os agentes responsáveis pelos processos disciplinares já estão mais acostumados com tal diferenciação, mas ainda existem dúvidas e, o que é pior, desconhecimentos que continuam gerando prejuízos à Administração.

Como se sabe, a sindicância é, por sua própria natureza, um procedimento inquisitório de investigação, sem necessidade de ampla defesa e contraditório, onde não há lide, partes ou ordenação seqüencial de atos.

Esta regra geral se justifica porque a própria etimologia da palavra assim indica: sindicância vem de *síndico*, que se derivou de *sindicar* (examinar, inquirir, tomar informações), e gramaticalmente exprime ação e efeito de sindicicar.⁶ Ratificando esta noção geral, a palavra sindicância, como lembrou Maria Sylvania Zanella Di Pietro, citando José Cretela Júnior,⁷ é formada pelo prefixo *syn* (junto, com, juntamente com) e *dic* (mostrar, fazer ver, pôr em evidência), ligando-se

6. Neste sentido, De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Vol. IV, 12ª edição, 1996, Ed. Forense, p. 238.

7. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 7ª edição, Ed. Atlas, 1996, pp. 406.

este segundo elemento ao verbo *deiknymi*, cuja acepção é mostrar, fazer ver. Por isso, correto conceituar gramaticalmente a sindicância como “a operação cuja finalidade é trazer à tona, fazer ver, revelar ou mostrar algo, que se acha oculto”.

Porém, o legislador, no âmbito federal, ao dispor que da sindicância poderá resultar penalidade para o servidor, criou uma divisão da sindicância, já que, se resultar penalidade para o servidor, ela será acusatória (ou punitiva), e não investigativa tão-somente.

Se da sindicância resultar, então, penalidade de advertência ou suspensão de no máximo 30 dias, será ela acusatória; se resultar arquivamento ou abertura de processo administrativo disciplinar, será investigativa.

Observe, então, que a *classificação da sindicância é retroativa, e não progressiva*, porque será ela investigativa ou punitiva não em função de uma percepção inicial, e sim em função de uma percepção final, após o término da mesma⁸ (a lei diz “**poderá** resultar”). É dizer: os servidores públicos, membros da comissão de sindicância, encarregados pelo procedimento, só saberão se estão realizando uma investigação ou uma acusação no final dos trabalhos, quando elaborarem o relatório final, até mesmo porque, caso a comissão resolva dar ao procedimento a caracterização de sindicância punitiva (antevendo a possibilidade de punição apenas de advertência ou de suspensão de

8. A Lei nº 8.112/1990, ao estabelecer uma classificação retroativa da sindicância, na verdade levou em consideração a existência da maior carga de discricionariedade, quando do exercício do Poder Disciplinar pela Administração Pública, especialmente para o caso, já que o art. 129 fala em pena de advertência quando houver “*inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave*”. Tal discricionariedade existe porque a lei dá ao administrador, na escolha da pena, a possibilidade de analisar a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem ao serviço público (art. 128, Lei nº 8.112), além de existir uma definição genérica e imprecisa de algumas infrações, como é o caso de “procedimento irregular”, “ineficiência do serviço” e “falta grave” (neste sentido, Maria Sylvania Di Pietro, *Direito Administrativo*, opus citado, pp. 76/77). Como o legislador não poderia impor a pena a ser aplicada para determinadas condutas, não poderia, da mesma maneira, impor a utilização da sindicância punitiva,

até 30 dias), e a autoridade competente entender que a pena deverá, por exemplo, ser de suspensão de 45 dias, a sindicância será caracterizada como meramente investigativa, nítido procedimento prévio para subsidiar a abertura do processo administrativo disciplinar, independentemente de se ter ou não anteriormente garantido a ampla defesa e o contraditório.

Nem precisa dizer, então, que o legislador agiu mal ao fazer esta divisão, dando possibilidade de aplicação de advertência ou suspensão de até 30 dias por meio de uma sindicância, sem que tenha estipulado qual seria o procedimento para tal sindicância, fazendo surgir várias dúvidas procedentes, e algumas tantas nulidades. Da mesma forma, o legislador não conseguiu manter um mecanismo para saber, logo no início, se a sindicância será punitiva ou meramente investigativa, pois, repita-se, propiciou uma classificação retroativa, e não progressiva.

É interessante fazer tal observação, porque o art. 143 diz que, no caso de ciência de irregularidade, a autoridade é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo

diante da incompatibilidade manifesta, já que cabe à autoridade administrativa competente analisar se determinada pena é ou não mais adequada para esta ou para aquela conduta apurada. Diferentemente ocorre no processo penal tradicional, pois o legislador pode, com segurança, estabelecer este ou aquele procedimento para todas as condutas típicas, podendo vincular determinado rito processual à imputação técnica e detalhada produzida no início do processo. O juiz, então, está amarrado às penalidades já previamente impostas pelo legislador para determinada conduta, de modo que, ficando provado tal conduta, a lei já tem a pena. A pena, neste caso, é escolhida pela sociedade, por intermédio do Congresso Nacional, enquanto a pena, no processo administrativo disciplinar, é também, via de regra, escolhida pela sociedade, mas com a exceção de, em alguns casos, ser escolhida pelo juízo de conveniência e oportunidade do administrador, com base no art. 128 da Lei nº 8.112/1990, sempre limitado pela razoabilidade e pela proporcionalidade, pois, como lembrou Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, 10ª edição, Atlas, 2001, pp. 121/122, *embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.*

administrativo disciplinar, **assegurada ao acusado a ampla defesa**. Deixa entender, inadvertidamente, que tanto na sindicância quanto no processo administrativo disciplinar, haverá necessidade de ampla defesa, mas, como se viu, somente se a sindicância for punitiva, e não no caso de sindicância meramente investigativa. No mesmo sentido, consta o parágrafo único do art. 116, que dá ao menos avisado a noção de que tanto na sindicância quanto no PAD, deverá haver ampla defesa e contraditório.

Poderia-se alegar, neste complexo de idéias, que quando a Lei 8.112/1990 diz, no art. 145, que da sindicância poderá resultar advertência ou suspensão de até 30 dias, ela está, na verdade, igualando a sindicância punitiva ao processo administrativo disciplinar. Assim, independentemente da pena a ser aplicada (seja de advertência ou suspensão de até 30 dias, ou outra mais grave), o procedimento a ser adotado seria aquele previsto para processo administrativo disciplinar, nos artigos 148 a 182. Não é a melhor interpretação, como veremos.

Tal pensamento estaria desfocado da *mens legis*, haja vista que a referida Lei nº 8.112 só distinguiu a sindicância do processo administrativo disciplinar porque seria a maneira mais razoável e proporcional de tratar diferentemente situações diferentes. Ora, se a Lei impusesse o mesmo procedimento tanto para as penas graves, como a demissão e a cassação da aposentadoria, quanto para as penas leves, como a advertência e a suspensão de até 30 dias, ela seria desarrazoada e até ilógica. Por isso é que impõe a sindicância punitiva para penas leves, e o processo administrativo disciplinar para penas graves. O mesmo ocorre, desde há muito, com o nosso Código de Processo Penal, que impõe procedimentos mais rápidos e sem tanto rigor na garantia do contraditório e da ampla defesa, para os crimes mais leves, e outros, mais demorados e com maior rigor nestas garantias.⁹

9. O CPP, no Título II (Dos processos especiais), assim como no Livro II do Título XII (arts. 394/502), criou vários procedimentos, levando-se em conta a valoração dogmática de cada crime. A Lei nº 9.099/1995, neste íterim, também estabeleceu outro procedimento, mais rápido e sem tanto rigor na ampla defesa e no contraditório, baseado na pouca gravidade dos crimes a ela submetidos.

Reforçando o raciocínio do último parágrafo, o art. 146 da Lei nº 8.112/1990 é suficientemente esclarecedor do espírito da lei, ao dizer que será obrigatória a instauração de **processo disciplinar** sempre que o ilícito ensejar penalidade superior à suspensão de mais de trinta dias. Aqui, a Lei não utilizou a expressão “processo disciplinar” no seu sentido amplo, para englobar qualquer procedimento administrativo para efetivar o Poder Disciplinar, como se fizesse menção tanto ao processo administrativo disciplinar quanto à sindicância, seja ela investigativa ou punitiva, já que assim impõe a interpretação sistemática (combinação dos arts. 143, *in fine*, 145 e 146). O *processo*, então, será utilizado para ilícitos funcionais mais graves, e a *sindicância punitiva* para ilícitos menos graves (com pena máxima de advertência ou suspensão de até 30 dias).

É interessante observar que a doutrina, ao fazer um paralelo entre a sindicância e o processo administrativo disciplinar, faz questão de deixar claro que não há possibilidade de haver qualquer punição sem o respeito ao contraditório e à ampla defesa. Tal lembrança da doutrina, contudo, se perde no excesso de atenção ao inciso LV do art. 5º, da Constituição Federal, e acaba por esquecer de apontar o que mais interessa, o verdadeiro ponto crucial, *data vênia*. Explicamos.

A doutrina, preocupada com a redação do artigo 145 da Lei nº 8.112/1990, porque lá está escrito que da sindicância poderá resultar advertência ou suspensão de até 30 dias, faz questão de dizer que não há como impor qualquer pena ao servidor sem que a ele tenha sido assegurado o contraditório e a ampla defesa. Deste modo, lembram diversos autores, que nunca haverá “sindicância” para impor qualquer pena, pois “sindicância” só existe para levantar preliminarmente o fato e a autoria, sem necessidade de ampla defesa e contraditório.

Neste sentido, observe a advertência de Diógenes Gasparini:¹⁰

"Cremos que, à vista do que prescreve o inc. LV do artigo 5º da Constituição Federal ("aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"), sempre que se tiver

10. Direito administrativo, 4ª edição, São Paulo, 1995, p. 572.

um servidor acusado de infração, o processo administrativo disciplinar é obrigatório, pois só nessa espécie de processo podem realizar-se, efetivamente, essas garantias constitucionais. De sorte que, atualmente, é irrelevante qualquer discussão quanto à gravidade da infração para saber se comporta ou não processo administrativo disciplinar."

No mesmo sentido, lembra José dos Santos Carvalho Filho, citado por R. Friede:¹¹

"(...) Ora, só por esse texto (referência ao artigo nº 145, II, Lei nº 8.112/1990) se pode verificar que essa sindicância só tem o nome de sindicância, mas sua natureza é a de processo administrativo disciplinar principal, porque nesse tipo de sindicância, que tem caráter acusatório, há repercussão do princípio da ampla defesa e do contraditório, sendo inconstitucionais quaisquer dispositivos estatutários que dispensarem essa exigência. Repita-se, contudo, que esse processo não corresponde à noção clássica de sindicância."

É verdade, como vimos, que a sindicância, pela sua própria etimologia, é um procedimento inquisitório para revelar o fato e a autoria, dando supedâneo ao processo administrativo disciplinar, e exatamente por isso é que, sendo ela usada unicamente como preparação para o PAD (só no sentido de apurar o fato, sem acusar e sem garantir o devido processo legal) não se pode, por meio dela, impor qualquer tipo de pena ao servidor. É a comparação feita pela doutrina: a sindicância está para o processo administrativo disciplinar assim como o inquérito policial está para o processo penal (neste caso, trata-se da sindicância investigativa). O artigo 154 da Lei nº 8.112/1990 oferece claramente tal idéia.

Tal realidade, nós sabemos, o que é incontestável diante do texto constitucional. Porém, os doutrinadores não tratam da possibilidade de se utilizar um procedimento que não seja o processo administrativo disciplinar regulado pelos artigos 148 a 182 da Lei nº 8.112/1990, mas desde que, de uma forma ou de outra, seja garantida a ampla defesa e o contraditório, para impor a pena de advertência ou de suspensão de até 30 dias. Este outro procedimento, se possível, seria o que aqui

11. Lições objetivas de Direito Administrativo, Saraiva, 1999, p. 323

denominamos de “sindicância punitiva”, que estaria incólume de muitas das exigências do procedimento rigoroso e mais formal do PAD, mas que, por outro lado, não poderia deixar de respeitar a ampla defesa e o contraditório, devendo ser regulada, de forma genérica, pela Lei nº 9.784/1999.

Chegamos à conclusão, então, que não basta afirmar que não se pode impor pena por meio de sindicância, considerando que nesta não há ampla defesa e nem contraditório. É preciso ir além, para analisar se realmente é possível impor a pena de advertência ou suspensão de até 30 dias, *através de outro procedimento que não o PAD regulado pelos arts. 148 a 182 citados*, mas que respeite o contraditório e a ampla defesa. Se for possível – como entendemos que é –, é preciso analisar também *se na sindicância punitiva seria necessário cumprir todas as formalidades previstas para o processo administrativo disciplinar*, como é o caso da exigência de três servidores para compor a comissão (artigo 149), a ouvida das testemunhas antes do interrogatório do acusado (artigo 159) e a necessidade do termo de indiciamento no final do processo (artigo 161).

Estas são, na verdade, as questões relevantes.

Estamos convictos de que é perfeitamente possível realizar um procedimento, denominado **sindicância punitiva**, incólume inclusive de algumas exigências formais do processo administrativo disciplinar, para impor ao servidor as penas leves de advertência ou suspensão de até 30 dias. Para tanto, é imprescindível que em tal sindicância seja dado ao servidor a oportunidade de exercer sua ampla defesa (que seja respeitado todos os meios e recursos a ela inerentes, como se verá), e que seja, durante todo o procedimento, respeitado o contraditório (possibilidade do servidor acusado participar da produção da prova).

Não nos enganemos: é mais fácil deixar de fazer tal análise jurídica, e desde logo impor à Administração Pública que realize, em todo e qualquer caso (seja punição de demissão ou meramente de advertência), que instaure preliminarmente uma sindicância investigativa, e depois passe a fazer o processo administrativo disciplinar seguindo todos os passos apontados no Capítulo III do Título V, da Lei 8.112/1990 (*o que abunda não prejudica!*). Assim, não haveria

engano, e evitaria qualquer análise mais aprofundada do espírito da lei, e de quebra evitaria qualquer possibilidade de encontrar um magistrado desavisado, que anularia toda a sindicância punitiva, baseado simploriamente no fundamento de que o processo administrativo disciplinar seria obrigatório em todo caso, sem importância a gravidade da infração e da pena.

Não é, porém, o que estamos propondo, pois a intenção é analisar as variantes interpretativas da legislação, causadas especialmente por erro e falta de técnica do legislador, para esclarecer o espírito da lei e deixar claro quando ocorrem e quando não ocorrem nulidades.

Para confirmar nossa convicção (de que é possível realizar a sindicância punitiva para impor a advertência ou suspensão de até 30 dias, mesmo sem as formalidades e sem seguir todos os ritos dos artigos 148 a 182 da Lei nº 8.112/1990, mas desde que, de uma forma ou de outra seja assegurada a ampla defesa e o contraditório), logo de início transcrevemos o artigo 146:

*"Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar"*¹² (grifamos).

12. Diógenes Gasparini, ao interpretar este artigo, comunga, de certa forma, com o nosso entendimento: "(...) Ademais e segundo o artigo 146 dessa lei, o processo administrativo disciplinar somente é obrigatório sempre que o ato do servidor ensejar a imposição de pena de suspensão por mais de 30 dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão. De sorte que para a aplicação das demais penas (advertência, suspensão por tempo inferior a 30 dias, e destituição de função comissionada), pode ser utilizada a sindicância" (Direito Administrativo, Saraiva, 3ª edição, 1993, p. 613). Mais à frente, na p. 614, o autor parece confirmar tal situação: "À vista do que dissemos, pode-se definir a sindicância como o processo sumário de elucidação de irregularidades no serviço público, para bem caracterizá-la ou para determinar seus autores, para a posterior instauração do competente processo administrativo. Essa definição, por certo, não inclui a sindicância instituída e regulada na lei do Regime Jurídico Único dos servidores federais" (grifamos).

Como se vê, a própria Lei nº 8.112/1990 quer que entendamos que deve haver um procedimento para as faltas funcionais mais graves, e outro para as faltas funcionais leves. Para tal Lei, então, as faltas funcionais graves seriam aquelas em que a pena poderia ser **superior** à suspensão de até 30 dias, e as faltas funcionais leves seriam aquelas em que a pena máxima seria a suspensão **de até** 30 dias (advertência ou suspensão de até 30 dias).

A análise do art. 146, acima transcrito, deve ser lido sistematicamente, com a ajuda do artigo 145, inciso II, que fala em aplicação de advertência ou suspensão de até 30 dias por meio de sindicância. Parece claro que a Lei 8.112/1990 seguiu a lógica do sistema, isto é, a lógica de se estabelecer procedimentos diferentes para ilícitos diferentes. Esta é, sem dúvida, a lógica do nosso sistema processual punitivo, baseado nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade

Ainda para confirmar nossa convicção, temos que o devido processo legal formal pode ou não ser regulado em lei. É dizer: é conveniente e técnico estabelecer de que forma a ampla defesa e o contraditório serão efetivados, e para isso acontecer a lei deverá estabelecer o rito e as formalidades para que se chegue à punição de alguém. A lei, via de regra, estabelece e regula o devido processo legal.¹³ No entanto, o devido processo legal formal pode não ser regulado pela lei, mas

13. Para que um funcionário público seja condenado nos crimes de responsabilidade sua, é preciso antes que seja concedido, antes do recebimento da denúncia e da citação, a chance para se defender (artigo 514 do CPP). Para a condenação por crimes de calúnia, injúria e difamação, de competência do juiz singular, é preciso, antes, a realização da audiência de reconciliação (artigo 520, CPP) (sem embargo do entendimento de que tais crimes são regidos pela Lei nº 9.099/1995). No caso de crime contra a propriedade imaterial, é preciso, antes do recebimento da queixa ou ordenação de qualquer diligência requerida pelo ofendido, sem prova do direito à ação (artigos 525 e 526, CPP). Para os crimes dolosos contra a vida, é preciso a realização de um Tribunal do Júri (artigo 5º, XXXVIII, “d”), e ainda passar pela fase da pronúncia (artigo 408, CPP). Para a condenação por crime com pena máxima não superior a dois anos, é preciso, antes de mais nada, a realização de uma audiência preliminar de conciliação, para tentar a composição dos danos e a aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (artigos 72/73 da

deve ser respeitado, quando houver acusação contra alguém, possibilidade de imposição de qualquer pena ou conflito de interesses. Por isso, então, a Constituição Federal diz, no inciso LV do art. 5º, que “aos **acusados** em geral” deverá ser garantido o contraditório e a ampla defesa, “com os meios e recursos **a ela inerentes**”.

Podemos citar alguns casos em que é preciso assegurar ao acusado a ampla defesa e o contraditório, *apesar de não haver lei regulando como devem ser garantidos tais princípios constitucionais*. É o caso, por exemplo, da Tomada de Contas Especial,¹⁴ dos vários casos de aplicação de multa por órgãos da Administração Pública Direta e Indireta e da imprevisão, em determinados Conselhos das Profissões, do procedimento para apurar o ilícito e aplicar a pena. Da mesma forma, inúmeros são os casos, fora do Direito Público, em que os Tribunais têm verificado a aplicação de punição sem respeito ao contraditório e à ampla defesa, como é o caso de punição feita pelo condomínio ao condômino, do sindicato ao sindicalizado, da sociedade civil ao sócio, etc., nos casos em que a convenção, o estatuto, o regimento interno *et all* preverem as penas para os últimos. Em todos estes casos, qualquer pena só seria possível se: a) estivesse previamente prevista;

Lei nº 9.099/1995 c/c Lei nº 10.259/2001). Para a demissão do serviço público, em função de inassiduidade habitual, abandono de cargo e acumulação ilícita de cargos públicos, não é preciso a utilização de um processo administrativo disciplinar com o mesmo rigor daquele previsto nos artigos 148/182 da Lei nº 8.112/1990, podendo ser por meio mais ágil, que é o processo sumário (artigos 133 e 140 da Lei nº 8.112/1990). Em todos estes casos, a lei regula como deverá ser a ampla defesa e o contraditório, isto é, ela regulamenta o devido processo legal, levando em consideração a valoração dogmática de cada infração, para estabelecer este ou aquele rito processual.

14. ATCE é um procedimento administrativo existente no âmbito da Administração Pública, para apurar a responsabilidade daquele que der causa à perda ou extravio de bens e dinheiro público, ou qualquer outra irregularidade que resulte dano ao erário ou ainda que não cumpra o dever de prestar contas. Ela se desenvolve tanto no âmbito interno dos órgãos públicos, quanto no âmbito externo, perante o Tribunal de Contas da União. Neste último caso, será sempre concedida a ampla defesa e o contraditório. No desenvolvimento interno, haverá ampla defesa e contraditório sempre que houver presunção de autoria, isto é, quando houver indicativo de culpa de alguém, sendo desnecessária tais garantias quando vise apenas apurar se houve ou não irregularidade. No âmbito interno, apesar da previsão dos documentos que deverão ali constar, não há previsão do rito a ser seguido.

b) se o particular se submetesse a ela; e c) se houver respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Mas como o condômino, o sindicato, a sociedade civil e, especialmente no caso, a comissão de sindicância punitiva, deveriam assegurar a ampla defesa e o contraditório, antes de impor a punição, se não existe lei prevendo o rito correto para tanto? Não importa a ausência de previsão do rito, pois o essencial é respeitar o contraditório e a ampla defesa, independentemente de previsão legal, estatutária, regimental ou convencional. Vamos além: mas como se saberá se realmente estará sendo respeitada a ampla defesa? A resposta é: desde que se saiba, durante todo o decorrer do procedimento, se está se dando ao acusado os meios e recursos a ela inerentes, nos termos do texto constitucional.

Os *meios e recursos a ela inerentes* são revelados pela boa doutrina pelo resguardo dos seguintes direitos ao acusado (efetivação do devido processo legal):

- a) direito à citação;
- b) direito ao conhecimento da imputação;
- b) direito de realizar sua autodefesa (ser ouvido sobre as acusações);
- c) direito a um julgamento público e razoavelmente rápido;
- d) direito a produzir provas (arrolar testemunhas, com notificação das mesmas, além de juntar documentos);
- e) direito ao procedimento contraditório (participação ativa da produção das provas, além de ter conhecimento de outras juntadas aos autos e vista dos mesmos) (a todo ato produzido pela acusação, pode o acusado, no momento correto, dar sua versão ou apresentar uma versão jurídica diversa daquela apresentada pelo autor);
- f) direito de não ser processado, julgado ou condenado por ter infringido leis criadas após o fato (proibição da irretroatividade para prejudicar);

- g) direito à igualdade entre a acusação e a defesa;
- h) direito a não ser condenado nem acusado com base em provas ilícitas;
- i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita;
- j) direito à proibição da auto-incriminação;
- l) direito a analisar as provas produzidas e realizar defesa, antes do ato decisório;
- m) direito de ser julgado por autoridade competente e imparcial;
- n) direito à decisão motivada.

Não temos dúvida de que, quando o legislador traça os caminhos, impondo os ritos mínimos para que o contraditório e a ampla defesa sejam assegurados, ele estará propiciando uma melhor efetividade de tais princípios. Porém, a simples ausência de imposição dos ritos específicos não serve, e nem deve servir, de exação à inconstitucionalidade, até mesmo porque os referidos princípios podem ser melhor efetivados quando o rito não é imposto de maneira sumária e prejudicial à mais ampla defesa, como muitas vezes ocorre.

Assim, reafirmamos que é possível a utilização de um procedimento, diverso daquele previsto nos artigos 148 a 182 da Lei nº 8.112/1990 (processo administrativo disciplinar), para aplicação ao servidor público federal, das penas de advertência ou suspensão de até 30 dias, desde que, de uma forma ou de outra, sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa, pois assim estará garantida a conveniência da Administração de respeitar o devido processo legal.¹⁵

15. O STJ teve a oportunidade de fixar que, “*Obedecidos os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, desenvolve-se o procedimento administrativo dentro das conveniências da administração*” (ROMS 12.021/RJ, 2ª Turma, DJ 8.4.2002, p. 165, Rel. Min. Eliana Calmon). Mais especificamente à questão do PAD e da sindicância, o mesmo STJ assim julgou: “*CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – SINDICÂNCIA – CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – OBSERVÂNCIA – PUNIÇÃO DISCIPLINAR – LEGALIDADE. I – A sindicância segue um rito peculiar, cujo escopo é a investigação das pretensas irregularidades funcionais cometidas, sendo desnecessária a observância de alguns*

O leitor não encontrará, em lugar algum da Lei nº 8.112/1990, a exigência de seguir o rito do processo administrativo disciplinar, para aplicação das penas de advertência e suspensão de até 30 dias. Pelo contrário, pois, como vimos, a leitura de muitos artigos, e a interpretação sistemática, nos conduz à idéia de que há plena desnecessidade de tal. Além dos artigos 145, II, e 146, já citados e comentados, podemos verificar que o artigo 149, ao falar que é preciso compor a comissão com três servidores estáveis e o seu presidente no mesmo nível hierárquico do servidor acusado, cita o *processo administrativo disciplinar*, e não a *sindicância*. Da mesma forma, o art. 151, ao submeter o rito à existência do inquérito, e o artigo 152, ao falar em prazo máximo de 60 dias, fala em processo administrativo disciplinar, e não em sindicância.

No mesmo sentido, observe que a Seção I, que trata do inquérito (artigos 153/166), está dentro do Capítulo III do Título V, que trata do processo administrativo disciplinar. É exigido do intérprete, então, fazer uma análise deste *caráter polifacético* da Lei nº 8.112/1990, que estipula Títulos, Capítulos e Seções, oferecendo um sistema com grupos de importância específica separados dentro da Lei, mas que se integram e se orientam mutuamente. Tal análise propicia, então, a visão diferenciada da sindicância punitiva e do processo administrativo disciplinar, ficando claro que os rigores do inquérito administrativo aplicam-se ao PAD, e não à sindicância punitiva.

princípios basilares e específicos do processo administrativo disciplinar. Afinal, procedimento não se confunde com processo. Todavia, se tal instrumento tiver pretensão de servir de base à aplicação de sanção deve-se observar os pressupostos do devido processo legal, concedendo-se ao sindicado a ampla defesa. II - A Constituição da República (artigo 5º, LIV e LV) consagrou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também, no âmbito administrativo. A interpretação do princípio da ampla defesa visa a propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a defesa. III - Desta forma, comprovado nos autos a observância aos mencionados princípios, afasta-se a pretensa ilegalidade da punição disciplinar, aplicada com base em sindicância. V - Recurso conhecido e desprovido" (ROMS 12.719/CE, 5ª Turma, DJ de 28/4/2003, p. 209, Rel. Min. Gilson Dipp). No mesmo sentido: ROMS 4.606/PE, 5ª Turma, DJ 22.4.2003, p. 237, Rel. Min. Gilson Dipp).

É bom lembrar que o artigo 46 da Lei nº 8.112/1990, ao possibilitar o desconto de valores no contracheque do servidor, não regulamentou qualquer procedimento prévio para que tal restrição pudesse ser efetivada. O referido artigo, ao invés de ditar todos os ritos para se chegar ao desconto, em um verdadeiro procedimento prévio (que poderia muito bem ser um processo sumário especial), apenas disse que as reposições e indenizações devem ser previamente comunicadas ao servidor. Ora, neste caso, mais uma vez a Lei nº 8.112/1990 pecou por não estabelecer um rito específico, assim como o fez para as penas de advertência e suspensão de até 30 dias.

Então, poderia-se dizer que, para impor os descontos no contracheque do servidor, seria necessário seguir todos os ritos impostos para o processo administrativo disciplinar? É evidente que não. Seria de fato um grande equívoco interpretar a Lei nº 8.112/1990 desta maneira, pois a intenção foi deixar claro que, para o desconto, deve ser feito um procedimento mais rápido, mais ágil, sem necessidade de grandes rigores formais, mas desde que sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa.¹⁶ Como, então, garantir o devido processo legal, se não há lei que dite ao administrador como deverá ser o procedimento? Novamente insistimos: basta assegurar os pilares básicos, apontados pela doutrina, para efetivar os meios e recursos inerentes à ampla defesa, já transcritos.

16. Neste sentido: *“RECURSO ESPECIAL – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE EXECUTIVA (GAE). ARTIGO 46 DA LEI Nº 8.112/1990 – DESCONTO RETROATIVO NA FONTE – REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS – NECESSIDADE DE AMPLA DEFESA E PROCEDIMENTO PRÓPRIO. O desconto retroativo, em folha de pagamento de servidores públicos, da contribuição previdenciária incidente sobre a Gratificação de Atividade Executiva (GAE) e não descontada na época oportuna, sem a prévia ouvida dos servidores públicos e sem procedimento próprio, viola o devido processo legal e a garantia da ampla defesa”* (STJ), RESP. 336170/SC, DJ 8.9.2003, p. 272, Rel. Ministra Eliana Calmon, Relator para o acórdão Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma). A 3ª Seção acaba por confirmar tal entendimento, ao dizer que *“A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, seguindo orientação do Pretório Excelso, firmou entendimento no sentido de que a desconstituição da eficácia de qualquer ato administrativo, que repercuta no âmbito dos interesses individuais dos servidores ou administrados, deve ser precedido de instauração de processo administrativo, em obediência aos princípios constitucionais do devido*

O artigo 46 da Lei nº 8.112/1990, então, está aqui sendo citado para que possamos perceber, com segurança, a importância de uma interpretação sistemática, ao ponto de deixar claro a plena possibilidade da utilização da sindicância punitiva para aplicar as penas de advertência e de suspensão de até 30 dias.

Aliás, a própria Lei nº 9.784/1999, ao dizer, no seu artigo 69, que a referida Lei se aplica apenas subsidiariamente para os casos onde não exista lei própria, está deixando bem claro que, em muitos e muitos casos, existe a necessidade de se estabelecer normas e direitos básicos, como é o caso do desconto do artigo 46 e, também, da sindicância punitiva do artigo 145, II, todos da Lei nº 8.112/1990.

O Ministro Moreira Alves dá a entender da mesma forma, ao destacar o seguinte:

"Do sistema da Lei nº 8.112/1990 resulta que, sendo a apuração de irregularidade no serviço público feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurada ao acusado ampla defesa (artigo 143), um desses dois procedimentos terá de ser adotado para essa apuração, o que implica dizer que o processo administrativo não pressupõe necessariamente a existência de uma sindicância, mas, se o instaurado for a sindicância, é preciso distinguir: se dela resultar a instauração do processo administrativo disciplinar, é ela mero procedimento preparatório deste, e neste é que será imprescindível

processo legal e da ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes" (STJ, MS 7978/DF, DJ de 16/12/2002, p. 241, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 3ª Seção). Ao saber que determinado servidor recebeu os valores indevidos, ou que de alguma forma deve devolver ao erário um determinado valor, a Administração deverá, então, abrir um processo específico para tanto, e nele apurar os valores, com levantamento atualizado. Depois, deve apresentar ao servidor mediante notificação formal, dando a ele a oportunidade de se manifestar sobre os valores e sobre a intenção de desconto. Após a sua manifestação é que a Administração deverá, à vista das argumentações do servidor, se houver, decidir a respeito do desconto, podendo pedir, inclusive, um parecer jurídico. Não há necessidade, evidentemente, de constituir comissão com três servidores, muito menos indiciar o servidor, e sim de seguir a regulamentação genérica feita pela Lei nº 9.784/1999. Enfim, não há necessidade de seguir as formalidades apontadas nos artigos 148 a 182 da Lei nº 8.112/1990, muito embora haja necessidade de garantir o contraditório e a ampla defesa.

*se dê a ampla defesa do servidor; se, porém, da sindicância decorrer a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até 30 dias, essa aplicação só poderá ser feita se for assegurado ao servidor, nesse procedimento, sua ampla defesa."*¹⁷

Parece, também, que o mestre Hely Lopes Meireles comungava com o nosso entendimento, ao alertar:

*"(...) Entretanto, a sindicância tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores, caso em que deverá haver oportunidade de defesa para validade da sanção aplicada."*¹⁸

Com esta visão, resta analisar, finalmente, algumas formalidades aplicáveis ao processo administrativo disciplinar, para saber se elas se aplicam na sindicância punitiva, além de analisar a importância da previsão da pena. É o que faremos a seguir.

3. A importância da previsão da pena realizada pelas comissões

Pode-se perceber, deste modo, que quando a Administração Pública resolve abrir uma sindicância, entrega à comissão processante não só a responsabilidade de apurar os fatos, mas, principalmente, a responsabilidade de antever a penalidade que o servidor irá sofrer, sob pena de se realizar todo um procedimento sem saber a natureza e o objetivo do mesmo, gerando um trabalho inútil ou, em determinados casos, nulo.

A Constituição Federal, ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, em processo judicial e administrativo (artigo 5º, inciso LV), refere-se aos processos e procedimentos que possam gerar limitação da liberdade ou do patrimônio de alguém em função de uma imputação por ter cometido algum ato punido pela lei, daí porque utiliza a expressão "aos **acusados** em geral". Tanto é verdade que o

17. RMS n. 22.789/RJ, DJ 25.6.1999, p. 45, 1ª Turma (a ementa seguiu à risca o escólio do Ministro, ao proferir seu voto). Grifamos.

18. Direito Administrativo Brasileiro, 22ª edição, Ed. Malheiros, 1997, p. 603.

STF, desde há muito tempo, já disse que não há contraditório e nem ampla defesa no Inquérito Policial, uma vez que aqui não há acusação contra ninguém.

Na sindicância, da mesma forma, não há, **via de regra**, acusação contra o servidor público, e sim investigação, afastando o contraditório e a ampla defesa. Porém, quando a sindicância for acusatória, isto é, resultar punição (advertência e suspensão de até 30 dias), haverá, evidentemente, uma acusação, ganhando força a norma constitucional do inciso LV do artigo 5º, que assegura a ampla defesa e o contraditório.

Portanto, se a sindicância, depois de todo o trabalho investigativo, revelar que a punição que o servidor deverá sofrer será apenas de advertência ou de suspensão de até 30 dias, tais punições não poderão ser aplicadas se no decorrer do processo não tiverem sido garantidos o contraditório e a ampla defesa, forçando a comissão a relatar e indicar a abertura de outro procedimento, agora o processo administrativo disciplinar. Caso contrário, em se advertindo o servidor ou impondo ao mesmo suspensão de até 30 dias, após uma sindicância *investigativa*, haverá, com certeza, nulidade, e tal conclusão escapa a eventuais dúvidas.

Como, neste contexto, a comissão de sindicância saberá, desde o início, se o procedimento será de acusação ou apenas de investigação?

Na verdade, a própria comissão é quem dará a roupagem ao procedimento, a partir de uma análise, sensata e razoável, dos fatos a serem investigados, prevendo, após tal análise, se os mesmos revelam falta leve ou grave, isto é, se os fatos a serem revelados a contento sujeitarão o servidor acusado apenas em advertência ou suspensão de até 30 dias, ou em suspensão maior que 30 dias, demissão, cassação da aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou de função comissionada (artigo 127, II a VI).

Quando a comissão for instituída, a primeira atitude dos seus membros, então, será a realização de uma reunião, onde será debatida, entre outras coisas, a tipificação da conduta do servidor,

como se os fatos a serem investigados realmente aconteceram da forma como os indícios apontam. Se eles chegarem à conclusão que os fatos a serem investigados revelam uma conduta leve, que possibilitará à autoridade competente aplicar apenas uma advertência ou uma suspensão mínima, de no máximo 30 dias, começarão a tratar o procedimento como se fosse também de acusação, e não de investigação tão-somente.

Se, pelo contrário, não houver possibilidade de analisar dogmaticamente a falta funcional, haverá mera sindicância investigativa, sem necessidade de ampla defesa e contraditório, já que a comissão não terá como saber qual será a pena. Observe-se, entretanto, que em alguns casos a comissão não pode saber, no início, qual será, especificamente, a imputação a ser feita, mas saberá que, mesmo havendo alguma mudança na imputação, não acarretará a mudança na pena, ficando ela vinculada ao máximo de advertência de 30 dias. Neste caso, poderá sim se nortear.

Imaginemos, por exemplo, que determinado servidor envie para a autoridade competente uma denúncia, de que o determinado servidor está aliciando subordinados para filiarem-se a partido político, juntando rol de testemunhas. Ou então denuncie que determinado servidor mantém sob sua chefia imediata, em cargo de confiança, um filho seu. A autoridade competente determinará, então, a abertura de uma sindicância prévia para investigar os fatos (sindicância investigativa), e nomeará os servidores para tanto. Neste caso, independentemente da mudança da imputação (se foi neste ou naquele dia, ou nestas ou naquelas circunstâncias), é possível valorar a pena a ser imposta. Portanto, seria interessante, desde logo, instaurar-se uma sindicância punitiva, e não uma meramente investigativa, sob pena de ter que, futuramente, refazer todo o procedimento, agora sob a égide de um verdadeiro processo administrativo disciplinar.¹⁹

19. Mais adiante, será visto que a autoridade competente, que baixará a Portaria, não tem a responsabilidade de determinar se a sindicância será punitiva ou investigativa, cabendo tal atribuição à comissão, já que a esta é dada a responsabilidade de formatar o procedimento a partir de então, concedendo ampla defesa e contraditório, nunca a autoridade instauradora da sindicância.

É sabido que, em muitos casos, a Administração Pública recebe denúncias com carga probatória, mesmo indiciária, que não permite uma formação típica da conduta do servidor acusado, ou então recebe uma denúncia ou age *ex officio*, sem uma descrição mais específica dos fatos. A autoridade competente, nos termos do artigo 143, saberá da irregularidade por algum meio, seja por denúncia, de ofício, pela imprensa ou qualquer outro meio lícito que demonstre que determinado servidor, subordinado a si, provavelmente está cometendo um ilícito funcional, sem contudo saber qual é o ilícito. É dizer: a autoridade competente percebe que o servidor provavelmente cometeu alguma falta funcional, mas não sabe dimensionar e nem especificar a imputação. Nestes casos, então, o melhor mesmo é instaurar uma sindicância investigativa, para que se colha elementos para o futuro processo administrativo disciplinar.

Não é difícil citar casos tais: imagine a autoridade, ao ler o jornal diário, perceber que o servidor, a si subordinado, foi preso, e constatou-se na sua residência vários bens que pertencem a seu órgão. Instaura sindicância para *verificar* (portanto, a sindicância será investigativa) se os bens foram retirados sem autorização da autoridade competente (artigo 117, II), se o servidor valeu-se do cargo para lograr proveito pessoal, em detrimento da dignidade da função pública (artigo 117, IX), ou se houve utilização pessoal de recursos materiais da repartição, em serviços ou atividades particulares (artigo 117, XVI). A sindicância investigativa se impõe, para subsidiar o futuro processo administrativo disciplinar a ser instaurado.

Portanto, na reunião inicial,²⁰ os servidores públicos, membros da comissão, analisando os fatos até então conhecidos – conhecidos muito provavelmente por indícios –, deverão levar em consideração *“a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os*

20. Vale lembrar, por oportuno, que tal reunião deverá atender ao disposto no § 2º do artigo 152, Lei nº 8.112/1990: deverá ser registrada em uma ata, com detalhamento das deliberações adotadas. Entre as deliberações, deverá mencionar a conclusão de que os fatos possibilitam apenas a aplicação de advertência ou suspensão de até 30 dias no servidor.

antecedentes funcionais” (artigo 128, Lei nº 8.112/1990), lembrando que a advertência será aplicada nos casos dos incisos I a VIII e XIX do art. 117, e de inobservância de dever funcional por ventura previsto em outra lei, regulamento ou em norma interna do órgão, que não justifique a imposição de penalidade mais grave (art. 129), e a suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita à penalidade de demissão (artigo 130).

Como se vê, a aplicação da advertência ou da suspensão passa, inevitavelmente, pela *discricionarietà limitada* (limitada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade), que a autoridade competente deverá ter, no momento da imposição da pena (vide nota de rodapé nº 3). Isto acontecerá porque o legislador estabeleceu tipificação genérica para as faltas passíveis de advertência, pois fala em “inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave”. A própria Lei fala que a inobservância de dever funcional poderá justificar a imposição de uma pena superior à advertência, devendo passar, então, pela discricionarietà administrativa.

Além do mais, quando a Lei nº 8.112/1990 disse que a inobservância de dever funcional previsto em lei poderá justificar uma pena mais grave que a advertência, deixou claro que qualquer violação dos deveres do artigo 116 poderá resultar em advertência, suspensão de 10, 15, 20, 30, 40, 50 ou outra quantidade de dias (até 90, conforme artigo 130, e até 15, para o caso de recusa à inspeção médica - §1º do mesmo artigo 130). Imagine-se o caso do servidor que, repetidamente, vem destratando e até humilhando pessoas da comunidade que procuram a repartição. Tal conduta não se submete a nenhuma previsão do artigo 117 (proibições), mas se submete à previsão do artigo 116, XI. Neste caso, qual seria a pena? Vai depender, obviamente, do juízo discricionário limitado da autoridade competente. No entanto, julgamos legítimo que a comissão poderá, também neste caso, estabelecer um juízo de valor antecipado, para poder delimitar o campo de atuação e realizar uma sindicância punitiva ou uma meramente investigativa, imaginando que uma pena superior a 30 dias seria desarrazoada.

A conclusão, então, mudará completamente a atitude da comissão, pois terão seus membros a consciência de que, a partir de então, deverão atuar não só como investigadores, mas também como acusadores, dando oportunidade para efetivação do contraditório e da ampla defesa.

Se a comissão, por outro lado, chegar à conclusão de que os fatos revelam uma falta funcional mais grave, isto é, que enseja uma suspensão de mais de 30 dias (artigo 127), obviamente que o procedimento será, de fato e originalmente, investigativo, afastando qualquer formalidade e dando à comissão a liberdade de trabalhar sem a presença do servidor acusado e sem dar atenção às eventuais alegações escritas do mesmo, podendo inclusive mandar desentranhá-las.

Evidentemente que não há qualquer impedimento legal específico proibindo a realização de uma sindicância investigativa sobre fatos que podem gerar punição advertência ou suspensão de até 30 dias, desde que tal sindicância sirva, apenas, para instruir o futuro processo administrativo disciplinar, e não para aplicar qualquer penalidade.

O impedimento, em um primeiro plano, será *de ordem econômica*, pois seria realmente um desperdício constituir uma comissão de sindicância, retirar os servidores das suas funções originais, gastar com papéis, tintas de impressoras, ocupação de salas, computadores e carros oficiais, pagamento de diárias, etc., para novamente realizar outro procedimento, com os mesmos ou maiores gastos, sem que este novo procedimento fosse necessário e muito menos obrigatório. Se a sindicância for suficiente para aplicar as penalidades de advertência e suspensão de até 30 dias, seria razoável realizar apenas um procedimento, com garantia do contraditório e da ampla defesa, e sem repetir outro, quase que com o mesmo objetivo.

Em segundo plano, o impedimento – de se realizar uma sindicância investigativa e posteriormente, de forma repetida, realizar o processo administrativo disciplinar, quando é possível realizar apenas um procedimento, que é a sindicância punitiva – encontra ratificação no *princípio da eficiência*, agora instado ao nível constitucional pela EC nº 19/1998 (artigo 37, *caput*, CF/1988), que claramente obriga o servidor público a agir para conseguir resultados, e ainda sem grandes gastos. O princípio da eficiência,

por assim dizer, impõe a otimização dos serviços públicos, de modo que por princípio é correto falar que a comissão de sindicância está obrigada a antever a punição que o servidor acusado irá sofrer e, a partir de então, realizar somente um procedimento, evitando gastos e repetição de procedimentos com o mesmo objetivo.

Não custa lembrar que violar um princípio é mais grave que violar uma regra, pois o violador estará desconsiderando uma ordenação legítima de todo o sistema, subvertendo os maiores valores do ordenamento jurídico, aceitos e englobados justamente no princípio. Não custa relembrar a conhecida advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."*²¹

Pode-se afirmar, então, que o exercício de prever a pena, por parte dos membros da comissão de sindicância, é uma imposição constitucional, derivada do princípio da eficiência.

4. A portaria instauradora e a imputação

Importante lembrar, por oportuno, e para o fim de evitar nulidades, que o servidor acusado deverá ter consciência dos fatos a ele atribuídos, pois a partir da consciência da imputação é que ele poderá, efetivamente, se defender. Não há quem possa se defender se não sabe qual é a imputação contra si dirigida. Só depois de saber qual o ilícito o Poder Público *supõe* que ele cometeu, com as suas circunstâncias inerentes, poderá ter condições de afastar a suposição.

21. Curso de Direito Administrativo, 13ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 2001, p. 772.

No processo administrativo disciplinar, a comissão terá ampla possibilidade de definir corretamente a imputação, pois só realizará esta após a apuração detalhada dos fatos. É dizer: somente após a juntada de documentos, a realização de perícias, se for o caso, e o colhimento de depoimentos, é que haverá o indiciamento, nos termos do art. 161. Deste modo, no PAD, a comissão não fará a imputação logo no início do processo, e sim no final dele, já que só no final terá a chance de definir corretamente a infração funcional praticada pela servidor acusado, com as circunstâncias inerentes (se for o caso e possível, com indicação de horário, dia, local, etc).

Daí porque a jurisprudência pacificou-se no sentido de que, no ato de abertura da sindicância (Portaria), não há necessidade de descrição pormenorizada dos fatos, bastando uma indicação geral dos mesmos, desde que se identifique o acusado e os membros da comissão, com qualificação,²² uma vez que o momento correto para a descrição mais detalhada dos fatos e a tipificação está na segunda fase do processo administrativo disciplinar, que é o indiciamento, nos termos do artigo 161 da Lei nº 8.112/1990.

Sendo assim, com muito mais razão, existe a desnecessidade de tipificação e descrição específica dos fatos, no ato da instauração da sindicância. Repita-se, entretanto, que este raciocínio parte da premissa de que a sindicância será meramente investigativa, havendo ainda um outro aspecto a se considerar: na sindicância, seja ela punitiva ou investigativa, não há uma segunda fase para se realizar o indiciamento.

Já foi lembrado alhures que a autoridade competente, ao instaurar a comissão de sindicância, não tem a mínima idéia se ela será punitiva ou investigativa, cabendo tal roupagem aos membros da comissão, daí porque existe a necessidade destes se reunirem para dispor a respeito. Assim, a autoridade competente, ao baixar portaria

22. Neste sentido, STJ, MS 8.409/DF DJ 31/3/2003, p. 145, Relator Min. Vicente Leal, 3ª Seção; MS 8.146/DF, DJ 17.3.2003, p. 175, Rel. Min. Hamilton Carvalho, 3ª Seção; ROMS 13.475/MG, DJ 17.3.2003, p. 241, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma; MS 8.374/DF, DJ 11/11/2002, p. 146, Relator Min. Felix Fischer 3ª Seção.

instaurando a sindicância e nomeando os membros da comissão, não poderá optar entre uma descrição pormenorizada ou uma mais generalizada, de modo que aquela autoridade parte do pressuposto de que a sindicância será meramente investigativa.

No processo administrativo disciplinar, como foi visto, a doutrina e a jurisprudência entendem que a Portaria inaugural não precisa descrever pormenorizadamente os fatos imputados ao servidor acusado, justamente porque existe uma fase exclusiva para tanto, que é o indiciamento (art. 161, Lei nº 8.112/1990). No entanto, na sindicância punitiva, por não haver a fase do indiciamento, poderia ocorrer do servidor acusado não saber, durante todo o procedimento, qual seria, especificamente, a acusação contra si. Pergunta-se, então: tomando a sindicância a roupagem de **punitiva**, haveria necessidade de descrição pormenorizada na portaria de abertura, à guisa de respeito à ampla defesa e ao contraditório?

Entendemos que não. Já foi afirmado que a ampla defesa e o contraditório, no âmbito da sindicância, seja ela punitiva ou investigativa, não se efetiva com rigor tão formal quanto no processo administrativo disciplinar, porque aqui, diferente de lá, apura-se faltas funcionais mais graves, além de haver um rito predeterminado e mais definido que na sindicância. Neste diapasão, não custa lembrar que seria impossível, para a autoridade competente, fazer a opção entre uma descrição mais detalhada dos fatos, verdadeira imputação, e entre outra, mais generalizada, se não será ela a responsável pela classificação da sindicância em punitiva ou investigativa. Seria impossível, então, fazer desde logo a imputação, para garantir a ampla defesa e o contraditório.

Como proceder, então, para assegurar a fundamental necessidade de dar ao servidor acusado o conhecimento da imputação? Não temos dúvida de que seria *mais fácil* realizar o **termo de indiciamento**, nos moldes do processo administrativo disciplinar, e até evitaria uma nova classificação dos fatos (vide a seguir). Assim, deveria seguir, desde o início, respeitando a ampla defesa e o contraditório, e no final, levantar o fato à vista das provas colhidas, e proceder à imputação, comunicando-a ao servidor acusado (artigo 161). Esta é, então, uma saída, mas não é a única.



Não haverá problema, por outro lado, se a comissão, ao invés de fazer o termo de indiciamento no final da sindicância punitiva, mandar citar o servidor acusado, e na citação fazer constar uma descrição suficientemente clara dos fatos que eles julgaram ensejadores da punição de advertência ou suspensão de até 30 dias. Sendo assim, deverá constar na citação, que o servidor deverá comparecer para se defender dos fatos mencionados, dando conhecimento ao servidor, logo no início do procedimento, por meio da citação, quais os fatos que serão investigados e provavelmente punidos. Não há necessidade, então, de na portaria inaugural da sindicância punitiva, haver uma descrição pormenorizada dos fatos, desde que no mandado de citação a comissão tenha o cuidado de descrevê-los.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que,

*"Conquanto no mandado de citação não se tenha descrito os fatos apurados, mas apenas indicados os dispositivos legais porventura violados pelo processado, essa peça foi acompanhada de documentos que traziam minuciosa descrição do que seria apurado. Destarte, não há como alegar-se prejuízo para defesa por ignorância a respeito da conduta imputada ao servidor."*²³

Neste caso, não há necessidade de apontar os dispositivos legais, porque o servidor acusado se defenderá dos fatos, e não dos dispositivos, até mesmo porque os dispositivos legais não indicam qual foi a conduta, muito embora seja interessante e mais técnico a indicação. É uma parêmia do Direito Processual Penal que cabe perfeitamente no Direito Administrativo Disciplinar: o réu se defende dos fatos narrados, e não dos dispositivos penais apontados.

Poderia-se fazer a seguinte indagação: ora, se no início da sindicância a própria comissão não tem uma visão mais clara dos fatos, por que então fazer a imputação logo no início, ao invés de fazê-la no final, quando do indiciamento? Como foi dito, a imputação pode ser feita no final da sindicância punitiva, como acontece no PAD, e é até recomendável, quando a comissão não tem, ainda, uma melhor

23. Item II da ementa do acórdão proferido no ROMS 10.472/ES, 5ª Turma, DJ de 4/9/2000, p. 171, Rel. Min. Felix Fischer, *in* LEXSTJ 136/40.

idéia dos fatos. Porém, se a comissão já tem condições de analisar mais detalhadamente os fatos, é interessante fazer desde logo a imputação, pois possibilitará ao próprio servidor acusado, durante o decorrer da sindicância, se defender com mais efetividade. Se, por acaso, houver uma mudança na visão dos fatos, uma verdadeira *mutatio libelli*, em função da nova caracterização possibilitada pelo conjunto probatório, a comissão poderá fazer o termo de indiciamento com a nova definição jurídica do fato, dando ciência ao servidor acusado, aplicando-se analogicamente o artigo 384 do Código de Processo Penal.²⁴

Assim, se no início da sindicância punitiva, o servidor acusado for conscientizado, via mandado de citação, que está sendo acusado de ter se ausentado do serviço durante o expediente, várias vezes e sem autorização do chefe imediato (artigo 117, I), e depois dos depoimentos, descobrir-se que na verdade ele estava sendo inassíduo e impontual (artigo 116, X), a comissão deverá proceder ao indiciamento correto dos fatos e comunicar novamente ao servidor esta nova definição jurídica, para ele se defender desta acusação. Não importa, evidentemente, se a pena será a mesma. O que é essencial é verificar se os elementos da conduta típica mudaram,²⁵ e se os novos elementos surgiram em razão dos fatos inicialmente investigados.

De nada adianta iniciar uma sindicância punitiva, para apurar e punir a recusa de fé em documentos públicos (artigo 117, III), e

24. Neste sentido, o TRF da 4ª Região, decidiu que: “É consabido que ao processo administrativo disciplinar se pode aplicar subsidiariamente as normas de direito processual penal. Em sendo possível a aplicação da denominada ‘*emendatio libelli*’ (artigo 383 do Código de Processo Penal) no processo penal, ramo do direito onde há exposição de bem da vida de maior importância, como a liberdade do indivíduo, com maior razão, possibilita-se a aplicação deste instituto no processo administrativo disciplinar. Inexiste óbice algum em a autoridade administrativa alterar o seu posicionamento e entender pela inclusão de outras infrações disciplinares pertinentes à espécie no curso de tal procedimento, desde que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, o que se verifica em testilha” (AC 368621/PR, 4ª Turma, DJU 13.3.2002, p. 991, Rel. Juiz Valdemar Capeletti).

25. No CPP, se se descobrir um outro fato, decorrente da imputação inicial, mas que tenha a mesma pena ou uma inferior, aplica-se o *caput* do artigo 384; se a nova definição causar pena mais grave, aplica-se o seu parágrafo único.

depois proceder ao termo de indiciamento, para efetivar a *mutatio libelli*, porque da análise probatória verificou-se que o servidor estava mantendo sob sua chefia imediata algum parente, em cargo ou função de confiança (artigo 117, VIII), ou então que ele estava manifestando despreço no recinto da repartição (artigo 117, V). A mudança do libelo não pode ocorrer quando se descobrir uma outra infração, que não tem nenhuma vinculação à infração inicialmente conhecida. Se a nova infração é, de alguma forma, uma decorrência da infração inicial, isto é, se alguma circunstância elementar do fato inicial foi modificado, o termo de indiciamento poderá incluí-la (o termo servirá como uma forma de *mutatio libelli*, pois na sindicância punitiva, como se viu, poderá existir uma imputação inicial, feita no mandado de citação, se a comissão assim desejar e achar mais oportuno diante dos indícios de que dispõe).

Quando a nova infração descoberta, no decorrer da sindicância punitiva, estiver desvinculada à infração inicialmente prevista, a comissão deverá retirar cópia dos documentos e depoimentos que confirmam as outras faltas funcionais, e comunicar à autoridade competente, para que outro procedimento seja instaurado, e continuar com a sindicância punitiva normalmente.

A comissão deverá ter o cuidado, nestes casos, de verificar se a nova definição jurídica do fato não possibilita uma pena maior que suspensão de 30 dias, quando então deverá abandonar a comunicação ao servidor e enviar os autos diretamente à autoridade competente, sugerindo o PAD. A partir do momento da descoberta de que o fato inicialmente verificado é, na verdade, outro mais grave, em função da alteração de alguma circunstância elementar não contida na inicial imputação, que sugere uma pena maior que 30 dias de suspensão, a comissão deverá abandonar, imediatamente, qualquer resguardo da ampla defesa e do contraditório, que até então estavam sendo resguardados, relatar e enviar à autoridade competente.

Não seria demais imaginar a crítica, considerando que seria insensatez imaginar uma sindicância punitiva se ainda não houve uma investigação prévia dos fatos. Contra tal argumentação, apenas diríamos que o mundo dos fatos, na Administração Pública, rechaça tal

idéia, pois muitas vezes o fato está bem esclarecido, antes mesmo de qualquer investigação. Não são incomuns comunicações feitas com tanta carga probatória que o administrador competente já poderia, desde já, vislumbrar, com clareza, qual foi a falta praticada, e só não aplica desde logo a punição porque tem que cumprir uma formalidade, que é o devido processo legal. Aliás, não é por outra razão que existe a possibilidade de instaurar diretamente o processo administrativo disciplinar, sem sindicância investigativa, se já existirem indícios suficientes para tanto.

Neste tópico, cabe uma última análise. Se desde o início já existirem indícios suficientes para se fazer uma sindicância punitiva, com possibilidade de imputar mais detalhadamente os fatos no mandado de citação, por que não instaurar, desde logo, o processo administrativo disciplinar, nos termos dos artigos 148 a 182, se assim evitaria, da mesma forma, ineficiência e gastos desnecessários com uma sindicância? Como já o dissemos, não há problema algum realizar um PAD para aplicar apenas advertência ou suspensão de até 30 dias. Considerando o ainda pouco nível das comissões, geralmente compostas por servidores sem formação jurídica, seria até mais seguro, pois eles seguiriam à risca todos os artigos mencionados, sem ter a necessidade de analisar tudo o que nesta oportunidade foi por nós explanado. No entanto, se for aberto diretamente um PAD, nos moldes dos artigos 148 a 182, haverá mais formalidades e a comissão irá, com toda certeza, seguir todos os passos lá ditos, o que importará em mais tempo (60 dias prorrogáveis por mais 60, conforme artigo 147 e seu parágrafo único)²⁶ maior rigor, mais servidores públicos à disposição (no mínimo três), obrigatoriedade do termo de indiciamento no final do processo e interrogatório somente após o depoimento das testemunhas, etc. Enfim, não haverá liberdade no procedimento e nem rapidez, para punir faltas leves.

26. É bom lembrar que o prazo final para que o servidor acusado possa se defender, na sindicância punitiva, será de 10 dias, não porque o artigo 161 assim dispõe, mas porque, não havendo previsão legal de rito, aplica-se as regras básicas da Lei nº 9.784/1999, e lá está dito que o prazo será de 10 dias (artigo 44).

5. A composição da comissão de sindicância punitiva

O artigo 149 é bem específico: a comissão de processo administrativo disciplinar deverá ser composta por três membros estáveis. E na sindicância punitiva, a comissão deverá ser composta também por três servidores estáveis?

Quando a doutrina e a jurisprudência permitem a realização da sindicância por apenas um servidor, na verdade há referência, mesmo implícita, à sindicância investigativa. Ora, se a sindicância investigativa servirá apenas para levantar os fatos, sem qualquer acusação ou conflito de interesses, e sem a necessidade de garantir o contraditório e a ampla defesa, realmente parece óbvio que ela poderá ser levada a cabo por um só servidor, até mesmo porque não haverá nulidades.

Porém, no que tange à sindicância punitiva, a visão deve ser outra.

Para a análise da questão, essencial analisar sistemática e teleologicamente o artigo 149 da Lei nº 8.112/1990 e, precipuamente, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, diante da ausência de solução legal específica.

Em princípio, não haveria necessidade de constituir a comissão de sindicância com três e nem com dois servidores, desde que a mesma pudesse oferecer ao servidor acusado plena possibilidade de defesa, além da possibilidade de participar ativamente da produção da prova (contraditório), até mesmo porque o artigo 22 da Lei nº 9.784/1999 é explícito em dizer que *“Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”*. Não há exigência alguma da sindicância punitiva ser conduzida por comissão formada por três ou dois servidores...

O artigo 149 da Lei nº 8.112/1990, ao exigir a composição da comissão do processo administrativo disciplinar por, no mínimo, três membros estáveis, sendo o seu presidente do mesmo ou superior nível escolar ou hierárquico do servidor acusado, *baseou-se não só no fato de que tal processo serve para aplicar penalidade, mas também no fato de que tais penalidades são mais sérias*. Deste modo, não é

correto imaginar que a sindicância, quando for acusatória, forçando o contraditório e a ampla defesa, por possibilitar a aplicação das penalidades de advertência e suspensão de até 30 dias, deveria ser formalizada da mesma forma que a comissão do processo administrativo disciplinar. E não é correto porque a intenção da lei, ao prever maior formalidade para a comissão dos processos administrativos disciplinares, não levou em consideração apenas e tão-somente a possibilidade de punição, mas também a gravidade delas.

Foi intenção do artigo 149, também, possibilitar o exercício dialético do Poder Disciplinar da Administração Pública, a partir do momento em que a comissão possa debater, do início ao fim do processo, os fatos, suas circunstâncias, com bastante carga dogmática, para que, enfim, possa ser alcançada a pena mais adequada, além de poder ser afastada qualquer atitude imparcial ou que possibilite nulidades futuras.

Neste sentido, então, seria conveniente que a comissão de sindicância fosse composta por três ou dois servidores, para que eles pudessem exercer dialeticamente o Poder Disciplinar, como foi dito, razão porque a Administração Pública deve sempre incentivar a constituição da comissão por mais de um servidor.

Ademais, é a própria Lei nº 8.112/1990 que deseja uma apuração rápida e eficiente para faltas funcionais leves, pois estabelece um prazo prescricional bem mais curto (artigo 142, II e III), deixando evidente que o tratamento da sindicância, mesmo punitiva, e o do processo administrativo disciplinar, devem ser diferentes, apesar de ambos ensejarem punição ao servidor.

No Tribunal Regional da 1ª Região, encontra-se um importante acórdão, que trata bem da questão:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – SINDICÂNCIA – LEI Nº 8.112/1990, ARTIGO 151 – INAPLICABILIDADE – AMPLA DEFESA – SATISFAÇÃO – INDICIAÇÃO DO SERVIDOR, ESPECIFICAÇÃO DOS FATOS E PROVAS – DETERMINAÇÃO QUE SE REFERE AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PRAZO PARA CONCLUSÃO EXTRAPOLADO – MEMBROS DA COMISSÃO – RESPONSABILIDADE – MÉRITO DAS INVESTIGAÇÕES – EXAME



– IMPOSSIBILIDADE. 1. A sindicância constitui um procedimento simples – se comparada ao processo administrativo disciplinar –, destinado à aplicação de pena mais branda (suspensão até 30 dias). Logo, não está sujeita à observância de todas as fases descritas nos incisos do artigo 151 da Lei nº 8.112/1990 e nem, conseqüentemente, ao rito inerente a cada uma delas. 2. A intimação do servidor para se defender é suficiente para se considerar satisfeito o princípio da ampla defesa. Logo, é constitucional a imposição ao Impetrante da pena de suspensão de 30 dias, prevista no artigo 145, II da Lei nº 8.112/1990, por meio de sindicância. 3. Nos termos do disposto no artigo 161, caput, da Lei nº 8.112/1990, “tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”. Este dispositivo legal se refere ao inquérito, segunda fase do processo administrativo disciplinar, e não à sindicância. 4. “A extrapolação do prazo para a conclusão do processo administrativo não gera qualquer conseqüência para a validade do mesmo, podendo importar, porém, em responsabilidade administrativa para os membros da comissão” (STJ, ROMS 6.675/PR. Rel. Min. Anselmo Santiago, 6ª Turma, DJU de 12/4/1999). 5. Questões relativas à responsabilidade pela publicação de matéria jornalística e outras atinentes ao mérito das investigações não podem ser examinadas em mandado de segurança, cujo rito não admite dilação probatória. 6. Apelação a que se nega provimento.²⁷

Sendo assim, não é correto interpretar diferentes situações para impor a mesma solução. Inexiste, no caso, a mesma *ratio*. A comissão de sindicância, então, mesmo sendo ela punitiva, poderá sim ser formalizada diferentemente da comissão de processo administrativo disciplinar, ratificado pela inexistência legal de composição de três membros, já que a sindicância punitiva visa aplicar penalidade leve, depois de investigar, também, faltas funcionais leves.

Temos, ainda, que no processo administrativo também vige o formalismo moderado e a instrumentalidade das formas, de modo que

27. TRF da 1ª Região, AMS – Apelação em Mandado de Segurança nº 1285324/MA, 1ª Turma Suplementar, DJ de 20.10.2001, p. 214, Rel. Juiz Ricardo Machado Rabelo, v. u. Destaques sem originalidade.

é correto aceitar uma comissão de sindicância *punitiva* constituída por apenas dois servidores (dois servidores é o mais conveniente e razoável, como se verá), sendo um estável e o outro, seu presidente, com nível de escolaridade e hierarquia igual ou superior do servidor acusado. Neste sentido, o STJ já se posicionou:

RMS – ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – FISCAL DE TRIBUTOS – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – EXTRAPOLAÇÃO DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL – NULIDADE DO PROCESSO – NÃO OCORRÊNCIA – PRESCRIÇÃO PUNITIVA AFASTADA – CONJUGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1 - O princípio da instrumentalidade das formas, no âmbito administrativo, veda o raciocínio simplista e exageradamente positivista. A solução está no formalismo moderado, afinal as formas têm por objetivo gerar segurança e previsibilidade e só nesta medida devem ser preservadas. A liberdade absoluta impossibilitaria a seqüência natural do processo. Sem regras estabelecidas para o tempo, o lugar e o modo de sua prática. Com isso, o processo jamais chegaria ao fim. A garantia da correta outorga da tutela jurisdicional está, precisamente, no conhecimento prévio do caminho a ser percorrido por aquele que busca a solução para uma situação conflituosa. Neste raciocínio, resta evidenciada a preocupação com os resultados e não com formas preestabelecidas e engessadas com o passar dos tempos. 2- Neste contexto, despcienda a tentativa de anular todo o processo com base na existência de nulidade tida como insanável. A dilação do prazo para entrega do relatório final, em um dia, se deu por conta da complexidade do processo em testilha, oportunidade em que devem ser conjugados os princípios da razoabilidade e instrumentalidade das formas. 3 - Ademais, restando afastada a prescrição punitiva, não há que se falar em nulidade do processo administrativo, afinal “a extrapolação do prazo para a conclusão do processo administrativo não gera qualquer conseqüência para a validade do mesmo, podendo importar, porém, em responsabilidade administrativa para os membros da comissão”. Precedentes (RMS 6.757 - PR; RMS 10.464 - MT; RMS 455 - BA e RMS 7.791 - MG). 4 -Recurso conhecido, mas desprovido.²⁸

28. STJ, ROMS 8.005/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 2.5.2000, p. 150, votação unânime, in JSTJ 17/353. Grifamos.

Ainda existe outro argumento para possibilitar a formação da comissão de sindicância punitiva por apenas dois membros. No processo administrativo disciplinar, de uma forma geral, também vige o princípio do prejuízo, indicando haver nulidade apenas quando a defesa realmente sofrer prejuízo. É a adoção do significado francês *"pas de nullité sans grief"*. Neste sentido:

*"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – EFEITO INFRINGENTE – EXCEPCIONALIDADE – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – OBSERVÂNCIA – DEFENSOR DATIVO – SERVIDOR IMPEDIDO DE ADVOGAR CONTRA ENTE PÚBLICO – MÚNUS PÚBLICO – ATUAÇÃO RESTRITA AO INTERROGATÓRIO – PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. I – Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade. Os efeitos modificativos somente são concedidos ao recurso integrativo em casos excepcionálíssimos, respeitando-se, ainda, os indispensáveis contraditórios e ampla defesa. II - O fato de defensor dativo possuir impedimento para advogar contra o Poder Público não gera a nulidade de processo administrativo disciplinar, já que a sua atuação decorre de múnus público. In casu, a atuação da defensora circunscreveu-se, apenas, em acompanhar o indiciado, também Bacharel em Direito, no interrogatório. III - A declaração de nulidade de ato processual exige a respectiva comprovação de prejuízo. Havendo prova robusta do respeito aos princípios constitucionais fundamentais ao caso, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, descabida a anulação do compêndio. Aplicável, à espécie, o princípio do "pas de nullité sans grief". IV - Embargos de declaração parcialmente acolhidos, conferindo-lhes o excepcional efeito infringente, para negar provimento ao recurso ordinário."*²⁹

29. STJ, EDROMS 10264/PE, DJ 7.10.2002, p. 273, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma (destacamos). No mesmo sentido, MS 7157/DF, DJ de 10/3/2003, p. 82, Rel. Min. Gilson Dipp, 3ª Seção; ROMS 11782/MG, DJ de 18/3/2002, p. 274, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma; ROMS 10574/ES, DJ 4.2.2002, p. 414, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma.

Sem grande esforço, pode-se vislumbrar que a ampla defesa e o contraditório, na sindicância punitiva, não serão afetados pela falta de três membros na comissão, desde que no decorrer do procedimento exista, de fato, possibilidade de exercer os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não havendo qualquer problema para atingir os fins da sindicância, sendo uma forma moderadamente considerada para conseguir os objetivos, especialmente para assegurar aqueles princípios.

Conclusão diversa ofende o formalismo moderado, e chega às raias do positivismo e da formalidade absolutos, até mesmo porque não há exigência legal expressa de três servidores para a sindicância, e sim para o processo administrativo disciplinar, além de ofender o princípio do “*pas de nullité sans grief*”, da razoabilidade e da instrumentalidade das formas.

Se a autoridade competente instaurar uma sindicância investigativa, com apenas um servidor, e este perceber que poderá ser levada adiante uma sindicância punitiva, diante do conjunto probatório já formado, poderá providenciar a alteração da portaria para que seja incluído mais um servidor, sendo seu presidente com o mesmo ou superior nível hierárquico ao do servidor acusado.

No entanto, a conclusão deve ser outra quanto à possibilidade da comissão de sindicância punitiva ter como presidente um servidor com nível hierárquico ou escolar inferior que o servidor acusado. A conclusão é diferente porque, aqui, além de incidirem os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade sob outro ângulo, incide também o princípio específico do Direito Administrativo, que é o da **hierarquia**.

Realmente, não é razoável imaginar um servidor, sozinho, levar adiante um procedimento (sindicância acusatória), contra outro servidor público, podendo gerar uma punição, mesmo sendo apenas uma sindicância, porque, apesar de sindicância, ela é punitiva. Neste caso, o servidor acusador passaria a ser um verdadeiro inquisidor, senhor do procedimento, sem incômodo e sem nenhum tipo de controle para levar o processo adiante. Válida a lembrança de que o princípio da razoabilidade, que tem assento na análise substancial

do **devido** processo legal, também foi adotado expressamente para a Administração Pública, especialmente no que tange aos processos administrativos, nos termos do artigo 2º da Lei nº 9.784/1999. Não foi por outro motivo que a própria Lei, no parágrafo único do mesmo artigo 2º, incisos II, VI e XIII, diz que nos processos administrativos os fins de interesse geral deverão ser atendidos, sempre com adequação entre os fins e os meios e interpretação da norma administrativa da melhor forma para atender o fim público a que ela se dirige.

Ora, não há como atender ao princípio da razoabilidade se um único servidor levar adiante um procedimento contra outro servidor, com a possibilidade deste ser punido, uma vez que é da própria lógica do sistema impedir que apenas um servidor seja responsável por tais procedimentos. Além de caracterizar uma afronta pessoal, não haveria controle algum e muito menos possibilidade de debate entre aqueles responsáveis pelo procedimento, ferindo o interesse geral e afastando a adequação entre o fim do procedimento com o meio utilizado.

Da mesma forma, não é razoável imaginar este mesmo procedimento sendo presidido por um servidor de nível hierárquico inferior ou de nível de escolaridade abaixo do servidor acusado, mesmo sendo, repita-se, uma sindicância, já que ela é punitiva. Além de irrazoável, será ofensivo ao princípio da hierarquia, que deve permear toda a Administração Pública, sendo base para a existência desta, lembrando que a hierarquia preserva também a imparcialidade, a independência e o bom nível das decisões administrativas.

Neste sentido, o STJ, mesmo em se tratando de processo administrativo disciplinar, já teve a oportunidade de destacar a importância do princípio da hierarquia:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – PROCURADOR AUTÁRQUICO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – COMISSÃO – CONSTITUIÇÃO IRREGULAR (ARTIGOS 149, C/C 150, LEI Nº 8.112/1990) – NULIDADE. 1 - É nulo o processo administrativo disciplinar cuja comissão seja constituída por servidores que, apesar de estáveis, não sejam de grau hierárquico superior ou igual ao indiciado. Preserva-se, com isso, o princípio da hierarquia

que rege a Administração Pública, bem como a independência e a imparcialidade do conselho processante, resguardando-se, ainda, a boa técnica processual. Inteligência dos artigos 149 e 150, ambos da Lei nº 8.112/1990, com as alterações trazidas pela Lei nº 9.527/1997. 2 - Recurso conhecido, porém, desprovido.³⁰

Assim, apesar de entendermos que é possível que a comissão da sindicância punitiva seja composta por apenas dois servidores, como foi visto, não cremos possível a composição por apenas um servidor, e muito menos sem que um deles não tenha o mesmo nível hierárquico do servidor acusado, pois isto transbordaria em clara falta de razoabilidade, além de desconsiderar a necessidade de atenção ao princípio da hierarquia.

6. Da ordem na realização do interrogatório e dos depoimentos testemunhais

Diz o artigo 159 que somente após a conclusão do depoimento das testemunhas é que o servidor será interrogado. Na sindicância, o interrogatório poderia acontecer antes dos depoimentos testemunhais?

Por tudo que se viu, é possível tal inversão. Na Lei nº 8.112/1990, o artigo 159 está dentro da Seção do Inquérito, que por sua vez está dentro do Capítulo III do Título IV, que trata do Processo Disciplinar. Não se atina à sindicância.

O que se poderia alegar é que a inversão na ordem do interrogatório e dos depoimentos poderia prejudicar a defesa do servidor, pois após a análise do depoimento das testemunhas é que o servidor poderá, com mais segurança e fecundidade, apreciar a imputação. Se ele não puder analisar os depoimentos das testemunhas antes do interrogatório, estaria sendo-lhe tolhido uma grande forma de exercer sua autodefesa, quando do interrogatório.

Porém, não se pode perder de vista que a realização do interrogatório antes ou depois do depoimento das testemunhas, em um

30. STJ, REsp. 152224/PB, DJ 7.8.2000, p. 126, Rel. Min. Jorge Scartezini, *in* RSTJ 137/564. Sublinhamos.

procedimento sem rito determinado pela lei, como é o caso da sindicância punitiva, não é a matriz central do problema da efetividade ou não da ampla defesa. A defesa do servidor acusado vai ser efetivada por outros meios, como é o caso da possibilidade de constituição de defensor técnico, da autodefesa³¹ no interrogatório e do prazo final para analisar todas as provas colhidas. Assim, é verdade que o servidor acusado deve ter um tempo para analisar os depoimentos, mas não é necessário que tal análise se dê antes do seu interrogatório, se a lei não impõe.

As novas legislações vem considerando que a ampla defesa será melhor efetivada se o interrogatório do acusado for feito após o depoimento das testemunhas, até mesmo porque propicia um fortalecimento da autodefesa (sem esquecer que poderá levar mais facilmente à confissão). No entanto, não se pode falar em inconstitucionalidade, por ofensa à ampla defesa, se o interrogatório for feito antes dos depoimentos testemunhais, se não houver lei impondo a ordem deles, até mesmo porque no próprio processo penal, onde as liberdades individuais são mais atingidas, o interrogatório é feito antes dos depoimentos, como se vê dos artigos 394/396 do CPP.

Ademais, o STJ já teve a oportunidade de enfatizar, inclusive, que a inversão na ordem, mesmo no caso de processo administrativo disciplinar, pode não conduzir à nulidade, se não se verificar qualquer tipo de prejuízo. Neste sentido:

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – DEMISSÃO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – IRREGULARIDADES – INEXISTÊNCIA – ORDEM DENEGADA – Na moldura legal do processo administrativo disciplinar não se exige que da portaria de instauração conste exposição minuciosa dos fatos imputados ao servidor, providência essa que é imperativa na fase de indiciamento, na forma prevista no artigo 161, da Lei nº 8.112/1990, e em consonância com o princípio constitucional da ampla defesa. – Tendo os imputados participado de toda a fase instrutória do processo e inclusive apresentado defesa escrita após o indiciamento, não há que se alegar

31. Neste sentido, vide artigo 81 da Lei nº 9.099/1995.

cerceamento de defesa. – *A inversão da ordem de oitiva de testemunha e interrogatório dos acusados não é motivo para nulidade, se não for comprovado que tal fato implicará em prejuízo dos últimos.* – Segurança denegada.³²

7. Conclusões

Ao final, concluímos que:

- a) a sindicância no âmbito federal, via de regra, é investigativa, sendo um procedimento onde não há necessidade de garantir o contraditório e a ampla defesa, pois serve para investigar os fatos e não há acusação nem conflito de interesses, podendo resultar arquivamento ou abertura de processo administrativo disciplinar;
- b) a Lei nº 8.112/1990, ao dizer que da sindicância poderá resultar advertência e suspensão de até 30 dias, criou uma nova sindicância, que é a sindicância punitiva, ou também conhecida como acusatória;
- c) a classificação entre sindicância investigativa e punitiva se dá no final dos trabalhos, quando a comissão faz o relatório, pois aí é que se saberá, com mais segurança, se a falta funcional do servidor investigado merece advertência ou suspensão de até 30 dias, ou outra mais grave;
- d) a comissão de sindicância, porém, atendendo ao princípio da eficiência e à necessidade de economicidade no serviço público, deverá reunir-se logo no início do procedimento e definir, com base nos artigos 128, 129 e 130, qual a provável punição que sofrerá o servidor a ser investigado, e transformará o procedimento, se for o caso, em sindicância punitiva, garantindo ao servidor a ampla defesa e o contraditório;
- e) na portaria inaugural da sindicância punitiva, não há necessidade de descrição pormenorizada dos fatos, e sim

32. STJ MS 8.409/DF, DJ de 31/3/2003, p. 145, Rel. Min. Vicente Leal, 3ª Seção.

genérica, com indicação qualificada dos membros da comissão e do seu presidente, desde que, no ato da citação, a comissão possa realizar uma imputação mais detalhada dos fatos, conscientizando o servidor acusado desde o início, ou então que realize, na forma do que ocorre no processo administrativo disciplinar, um termo de indiciamento no final do procedimento;

- f) a comissão de sindicância, na sindicância punitiva, deverá ser convenientemente composta por três ou dois membros estáveis, sendo seu presidente ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. Não há nulidade na composição de apenas dois, pois atingirá seu fim e não prejudicará a ampla defesa, aplicando-se os princípios da proporcionalidade, da instrumentalidade das formas e da formalidade moderada, até mesmo porque não há exigência de composição de três servidores para a sindicância punitiva;
- g) a comissão de sindicância punitiva, porém, não pode ser formada por apenas um servidor, e nem ter como presidente servidor com nível hierárquico ou escolar inferior ao servidor acusado, pois isto seria irrazoável e desproporcional, acarretando ferimento também ao princípio da hierarquia, que é base para a Administração Pública e à própria lógica do sistema; e
- h) na sindicância punitiva, não há necessidade do interrogatório ser realizado após o depoimento das testemunhas.

8. Referências bibliográficas

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, 7ª edição, 1996, Ed. Atlas

FRIEDE, R., Lições objetivas de direito administrativo, Saraiva, 1999

GASPARINI, Diógenes, Direito administrativo, 4ª edição, São Paulo, 1995, p. 572

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro, 22ª edição, Ed. Malheiros, 1997

MELO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo, 13ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 2001

MORAIS, Alexandre de, Direito constitucional, 10ª edição, Atlas, 200

SILVA, De Plácido e, Vocabulário jurídico, Vol. IV, 12ª edição, 1996, Ed. Forense;

Sítios pesquisados:

<http://www.stf.gov.br> (acesso dias 8.9.2003 e 9.9.2003):

<http://stj.gov.br> (acesso dia 8.9.2003):

<http://www.cjf.gov.br> (acesso dias 7.9.2003, 8.9.2003).



A publicidade das bebidas alcoólicas e as restrições eficazes previstas no ordenamento jurídico pátrio

Cássia Hoshino, Procuradora Federal em exercício na **Funasa**.

Fabrizio Bolzan de Almeida, Procurador do Município de Mauá/SP, Especialista em Direito do Consumidor, Direito Ambiental e Processos Coletivos pela Escola Superior de Advocacia (OAB – Seção de São Paulo/SP.

O uso imoderado do álcool está despertando a atenção de especialistas bem como da sociedade em geral, por se tratar de um dos principais e mais graves problemas de saúde pública.

Com efeito, o álcool apresenta-se como droga lícita, estando facilitado seu acesso. É o que revela a pesquisa realizada pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (Cebrid) órgão pertencente à Universidade Federal de São Paulo, em que 68,7% dos brasileiros são ou foram usuários de álcool, sendo que 11,4% da população são dependentes crônicos.

Infelizmente, o uso dessa substância tem sido banalizado pela mídia, que o veicula como comportamento correto e natural, como se fosse normal pessoas beberem todos os dias. Em outras situações, constata-se até o glamour no uso do aludido produto.

Contudo, para 94,5% dos cidadãos comuns, o álcool é considerado uma substância cujo risco de se consumir diariamente é classificado como grave, conforme o Primeiro Levantamento

Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil, realizado Pela Universidade Federal de São Paulo (setembro/2002).³³

Ademais, é possível a inclusão do álcool como um dos fatores que aumenta a violência, já que é substância que permite a exacerbação da impulsividade estando associado com pelo menos 50% dos acidentes com morte, 50% dos homicídios e 25% dos suicídios.³⁴ Em pesquisa divulgada em maio/2003 pela Cebrid, constatou-se que em 52% dos casos de violência doméstica no Estado de São Paulo, o agressor estava alcoolizado; e em recente matéria veiculada na Revista *Veja*³⁵, afirmou-se que cerca de 30.000 pessoas morrem por ano no Brasil, vítimas de acidentes de trânsito em que houve o uso de álcool pelos motoristas.

Assim, podemos denominar os potenciais perigos causados pelo usuário de álcool de danos imediatos e danos mediatos. De fato, o álcool é considerado droga psicotrópica porque atua no sistema nervoso central e é capaz de desenvolver dependência, podendo causar os chamados danos imediatos – alteração instantânea da maneira de sentir, pensar ou agir, capaz de causar acidentes de trânsito e expor a risco a coletividade – e os danos mediatos – decorrentes da dependência, do uso prolongado, tais como doenças fisiológicas e psicológicas e problema na relação sociofamiliar.

Diante deste controverso cenário em que de um lado há um estímulo da mídia para o consumo de bebidas alcoólicas, e de outro, o grave problema de saúde pública que é considerado, é que discutiremos a incidência da publicidade das bebidas alcoólicas.

A publicidade, sendo uma das formas de exteriorização do *marketing* e com o objetivo voltado para a atividade comercial, tem abordagem diferenciada quanto à autoregulação até

33. Pesquisa publicada no Jornal “Folha de São Paulo”, de 5 de setembro de 2002, Caderno Cotidiano, pág. C5.

34. Kaplan, Harold I., Sadock, Benjamin J., *Compêndio de Psiquiatria, Ciências Comportamentais, Psiquiatria Clínica*. 6^o ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993, pág. 303.

35. “Sexo e bichinhos ficam de fora”, Revista “Veja”, edição 1.822, ano 36, n^o 39, 1^o de outubro de 2003, pág. 75.

então existente, principalmente após o surgimento da sociedade de massa que exigiu a elaboração de regramento capaz de preservar o consumidor de produtos nocivos e prejudiciais à sua saúde.

De fato, com a existência dos inúmeros males comprovadamente causados pela ingestão de bebidas alcoólicas, é de se impor restrições à sua publicidade, bem como a utilização de advertências que orientem o consumidor ao uso moderado.

Inicialmente, a restrição da publicidade de produtos nocivos e perigosos à saúde e/ou à segurança pública originaram-se no Direito Comparado. A título de exemplificação, citamos Portugal e França que dispõem de restrições às mensagens publicitárias de bebidas alcoólicas em âmbito televisivo e em qualquer tipo de comunicação publicitária.

No Brasil, a auto-regulamentação da publicidade de bebidas alcoólicas é realizada pelo Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária (Conar), composto por anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação social, cujas decisões são baseadas no Código Brasileiro de Auto-regulamentação, editado em 1978.

“O Conar tem um Conselho de Ética, dividido em câmaras encarregadas de apreciar as informações ao seu Código. Qualquer cidadão pode encaminhar reclamações ao Conar. As punições são de advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio, recomendação de sustação da veiculação e divulgação da posição do Conar no caso de não-acatamento das suas decisões.”³⁶

Diante da natureza jurídica do Conar, entidade de Direito Privado, não há qualquer força coativa em suas decisões, apesar destas encontrarem fundamento de validade no já citado Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária.

Analisaremos, assim, neste momento, as regras ali previstas que se revelam afetas ao tema, a começar pelo artigo 18, “a”, que considera

36. Pasqualotto, Adalberto. *Os efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 1997, pág. 68.

anúncio qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule, incluindo, pois, entre suas espécies as informações constantes nas embalagens, nos rótulos, folhetos e materiais de ponta de venda.

Por outro lado, o artigo 1º prevê que **todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro**, estabelecendo por honestidade o anúncio realizado de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento, nem se beneficiar de sua credulidade.³⁷

Anúncio verdadeiro, por sua vez, é aquele que apresenta entre outras características a descrição, ou seja, todas as alegações e comparações apresentadas no anúncio devem estar relacionadas com fatos ou dados que possuam base em provas reais.³⁸

Por fim, cumpre citar o artigo 33, “c” da mesma fonte legislativa que dispõe sobre a necessidade do anúncio **mencionar cuidados específicos para a prevenção de acidentes**, quando tais cuidados forem especiais ao uso do produto.

Em breve análise aos dispositivos citados, concluímos que, a despeito da inexistência de coatividade à atividade do Conar, as **regras gerais** de publicidade previstas na legislação em que se baseiam suas decisões não vêm sendo aplicadas aos casos de publicidade de bebidas alcoólicas.

Fácil notar que os anúncios das bebidas alcoólicas utilizam-se do abuso de confiança do consumidor, nem sempre emanam alegações baseadas em provas reais além de omitir informações sobre os perigos de acidentes afetos ao uso do produto.

Quanto às **regras específicas** de publicidade de bebidas alcoólicas, o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária em seu anexo a prevê a diferenciação entre o conceito de bebidas de baixo teor alcoólico e alto teor alcoólico.

Para o referido Código, as restrições previstas no tocante à publicidade de bebidas alcoólicas, entre elas a impossibilidade de

37. Artigo 23 do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária.

38. Artigo 27, § 1º, do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária.

endereçamento dos anúncios a menores de idade, bem como a proibição da propaganda que aborda a bebida como um desafio, ou que menospreza aquele que não bebe; incidem tão-somente sobre as chamadas “bebidas de alto teor alcoólico”, excluindo, portanto, bebidas como cervejas, vinhos e *ices*.

Já quanto às denominadas “bebidas de baixo teor alcoólico”, o Código também possui restrições próprias em seu anexo p, das quais podemos citar a título de exemplo, aquela segundo a qual o anúncio publicitário de vinhos e cervejas não sugerirá que tais produtos transfiram ou proporcionem ao consumidor qualquer potência ou força anormal.³⁹

Da mesma forma, nota-se que as regras específicas da publicidade de bebidas alcoólicas, tanto aquelas do anexo a, quanto às do anexo p, vêm sendo sistematicamente descumpridas a olhos nus.

Ademais, é de se observar com ressalvas esta estranha distinção (entre bebidas de alto e baixo teor alcoólico), que obviamente não encontra amparo em nenhum trabalho científico conhecido nem nas regras do mais elementar bom senso. Aliás, o bom senso do cidadão médio indica que quaisquer bebidas alcoólicas, seja de baixo ou alto teor, são igualmente prejudiciais, dependendo da quantidade da ingestão.

Contudo, as restrições publicitárias não advêm tão-sós da auto-regulamentação, incidindo aquelas provenientes da Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei nº 9.294/1996 e suas alterações, senão vejamos.

Primeiramente, cumpre-nos analisar os dispositivos da Constituição Federal, norma vértice do sistema jurídico nacional, a que confere validade.

Em seu artigo 5º, inciso IV, a Carta Magna estabelece a livre manifestação de pensamento como direito fundamental, prevendo ainda, em seu artigo 220, *caput*, que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação não sofrerão qualquer restrição, salvo quando esta advir da própria Constituição.

39. Anexo p, 1., do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária.

Portanto, considerando a publicidade como forma genuína de manifestação de pensamento e de criação, não poderá sofrer restrições, exceto aquelas previstas constitucionalmente.

É nesse contexto que a Constituição Federal estabelece em seu Artigo 220, § 4º que a publicidade das bebidas alcoólicas estará sujeita a restrições legais – lei ordinária que vier a regulamentá-lo, uma vez que se trata de norma de eficácia limitada – “e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes do seu uso.” (g.n.).

Para nós, a parte final do dispositivo citado, configura-se como norma constitucional de eficácia plena, ou seja, contém todos os elementos necessários e suficientes para a produção imediata e integral dos seus efeitos.

Assim, considerando o álcool uma droga psicotrópica capaz de produzir danos imediatos e mediatos para a saúde física e psíquica do consumidor, bem como para a segurança da coletividade, plenamente incidente a restrição contida no artigo 220, § 4º, *in fine* da Constituição Federal.

Outrossim, se eventual legislação regulamentadora dessa forma de comunicação publicitária for omissa quanto à obrigatoriedade de advertência sobre os malefícios do uso, ainda assim é norma que se faz imperativa, devendo, portanto, toda publicidade do produto álcool vir acompanhada do referido alerta.

No tocante ao panorama infraconstitucional para a publicidade de bebidas alcoólicas, cabe-nos aludir ao tratamento cuidadoso dispensado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A preocupação do legislador infraconstitucional com relação ao contato do público infanto-juvenil para com as bebidas alcoólicas exteriorizou-se na proibição prevista no artigo 79, *in verbis*:

"As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família."

Neste diapasão, diante da natureza de droga psicotrópica do álcool, o ECA proibiu também a venda à criança e ao adolescente de bebidas alcoólicas,⁴⁰ bem como tipificou as condutas de vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, como crime.⁴¹

Com efeito, também é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à publicidade de bebidas alcoólicas, classificando-a como enganosa por omissão e abusiva.

Concluimos que a publicidade de bebidas alcoólicas é **enganosa por omissão**, enquadrando-se perfeitamente no conceito descrito no parágrafo 3º do artigo 37 do CDC,⁴² uma vez que neste tipo de anúncio comumente verificamos a omissão de dado essencial sobre o álcool – riscos da ingestão imoderada, malefícios para a saúde e segurança do consumidor, bem como para a coletividade.

A doutrina autorizada do Professor Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin explica que: “na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é”.⁴³

Ademais, deve ser considerado como dado essencial do produto as informações sobre os seus riscos todas aquelas relevantes na decisão de adquiri-lo, bem como tudo o que a lei determinar que o anúncio publicitário deve conter (lembre-se que a Constituição Federal determina que a publicidade de bebidas alcoólicas deve conter advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso).

40. Artigo 81, inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente.

41. Artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

42. § 3º do artigo 37 do CDC: Para efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

43. Benjamin, Antônio Herman de Vasconcelos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2000. pág. 285.

Por fim, faz-se necessário enunciar que o legislador infraconstitucional no artigo 9º do CDC,⁴⁴ corroborou o disposto no artigo 220, § 4º, *in fine* da Constituição Federal, quanto à obrigatoriedade de divulgação da nocividade e periculosidade de determinados produtos à saúde e segurança do consumidor.

De outra feita, a mensagem publicitária da bebida alcoólica também é **abusiva**, subsumindo-se na parte final do parágrafo 2º do artigo 37 do CDC,⁴⁵ eis que estimula o consumo de uma droga psicotrópica, induzindo, desta maneira, o consumidor a comportar-se de forma prejudicial à sua saúde e segurança.

É também o entendimento da eminente jurista Maria Elizabete Vilaça Lopes: "... a publicidade de tabaco e de bebidas alcoólicas seria na verdade capaz de induzir o consumidor a comportar-se de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde, em especial, se, como sói acontecer, a mensagem é formulada de maneira tal que as pessoas associem o uso desses produtos ao melhor desempenho esportivo ou sexual, à melhoria nas relações sociais ou afetivas, etc. Nesse tipo de anúncio as cores são sempre vibrantes, as ações audaciosas, e tudo leva a crer que a atuação dos tabagistas e alcoólatras é sempre fantástica".⁴⁶

Continuando, ainda na seara da legislação infraconstitucional, analisaremos a Lei nº 9.294/1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, e alterações posteriores, bem como o Decreto nº 2.018/1996, que a regulamenta.

44. Artigo 9º do CDC: *O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.*

45. § 2º do artigo 37 do CDC: *É abusiva, entre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à saúde ou segurança.*

46. Lopes, Maria Elizabete Vilaça. *O Consumidor e a Publicidade*. Revista Direito do Consumidor – 1. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1992. pág. 174/175.

Para efeitos da Lei, **bebidas alcoólicas** são aquelas potáveis com teor alcoólico **superior a 13 graus Gay Lussac**,⁴⁷ não abrangendo, portanto, cervejas, vinhos e *ices*.

Assim, as restrições quanto à publicidade de bebidas alcoólicas ali previstas, tais como limitação de horário para a propaganda comercial (artigo 4º, *caput* da Lei nº 9.294/1996); proibição de associação da propaganda ao esporte olímpico ou de competição, ao desempenho saudável de qualquer atividade física, à condução de veículos ou idéias de êxito ou sexualidade das pessoas (artigo 4º, § 1º); e a necessidade de constar advertência nos rótulos das embalagens (artigo 4º, § 2º); não se aplicam às cervejas, vinhos e *ices*.

Mais uma vez, afirmamos que não há qualquer justificativa para a exclusão de bebidas alcoólicas com teor abaixo de 13 graus Gay Lussac, uma vez que todas elas são consideradas drogas psicotrópicas, causadoras de diversos danos imediatos e mediatos, além de causar dependência.

Na verdade, quando das alterações propostas pela Medida Provisória nº 118/2003, o Ministério da Saúde sugeriu a extensão das restrições à publicidade de bebidas alcoólicas para aquelas com menos de 13 graus, visando a corrigir uma situação surreal criada pela Lei nº 9.294/1996. Contudo, tal emenda foi excluída do ato normativo, por força de um poderoso *lobby* das empresas de cerveja e de publicidade, que chegaram a ponto de se instalarem em um escritório na Capital Federal com intuito de derrubar a aludida proposta.

Não há como sustentar a exclusão de bebidas como a cerveja das restrições impostas pela Lei nº 9.294/1996, até porque, há inúmeras pesquisas que apontam a influência direta das propagandas no início e aumento do consumo do álcool. Ademais, lembremos que a cerveja é a bebida alcoólica mais consumida no Brasil.

Some-se a isto o aumento do consumo de bebidas do tipo “*ice*”, que disfarçam o sabor característico das bebidas alcoólicas, tornando-

47. Artigo 1º, § único da Lei nº 9.294/1996 e artigo 8º, *caput* do Decreto nº 2.018/1996.

se especialmente agradáveis aos jovens, bem como a existência de trabalhos científicos que associam a maior probabilidade de se desenvolver dependência química, quanto mais precoce a idade que se comece a beber (74% dos estudantes do ensino médio e fundamental já experimentaram bebidas alcoólicas).⁴⁸

Nem se alegue que a propaganda não influi no consumo destes produtos; de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), países desenvolvidos que acabaram com a publicidade de bebida alcoólica têm consumo 16% mais baixo e 23% menos mortes no trânsito em comparação a outros que não têm restrição.⁴⁹

Neste contexto, o Governo Federal criou um “Grupo Interministerial” composto por membros dos Ministérios da Saúde, Educação, Justiça e representantes de agências de publicidade e fabricantes de bebidas alcoólicas, a fim de que criasse uma política nacional de redução de danos causados por bebidas alcoólicas.

Divulgou-se, recentemente,⁵⁰ que o tal “Grupo Interministerial” propôs alteração do conceito de bebida alcoólica, consideradas aquelas que tiverem 0,5 grau Gay Lussac ou mais, em sua composição. Sugeriu, ainda, restrições na propaganda dirigida a grupos vulneráveis, uma política fiscal que desestimule o consumo e medidas restritivas de venda.

Certamente, trata-se de promissora iniciativa governamental, que apenas visa cumprir o dever do Poder Público de alertar a sociedade para os riscos da ingestão de bebidas alcoólicas e fazer diminuir o consumo destes produtos que se tornaram grave problema de saúde pública.

Há, inclusive, precedente jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reconheceu a responsabilidade da União na necessária inclusão das advertências dos riscos e males causados pelas bebidas alcoólicas, em face do dever constitucional do estado

48. Revista *Veja*, op. Cit.

49. Jornal *Folha de São Paulo*, de 14 de maio de 2003, Caderno Cotidiano, pág. C5.

50. Jornal *Folha de São Paulo*, de 21 de agosto de 2003, Caderno Cotidiano, pág. C1.

de fixar políticas públicas de saúde, bem como da competência federal no que pertine à comunicação social, de modo a permitir que as pessoas possam se defender de agressões à saúde.⁵¹

Reiteramos que se trata de conduta que dispensa qualquer alteração ou criação legislativa, uma vez que o atual Sistema Jurídico já apresenta inúmeros dispositivos que por si só exigem a veiculação de advertência quanto aos riscos do uso do álcool.

Primeiramente, constata-se a obrigatoriedade da advertência quanto aos malefícios causados pelo álcool em publicidade das bebidas alcoólicas no artigo 220, § 4º, *in fine* da Constituição Federal, norma de eficácia plena.

Depois, o artigo 9º do CDC obriga este tipo de anúncio informar sobre a nocividade e periculosidade das bebidas alcoólicas, além de enquadrá-lo como publicidade enganosa por omissão e abusiva, respondendo o fornecedor pelas sanções administrativas, penais e civis.

Há, ainda, as regras previstas no ECA e na própria Lei nº 9.294/1996, conforme já descrevemos.

Diante deste amplo contexto normativo, cumpre ressaltar, por fim, que as recentes alterações realizadas pelo Conar (restrição na publicidade da participação de atores e modelos com aparência inferior a 25 anos, de erotismo, de animais humanizados, bonecos ou animação que atraia a atenção de crianças, entre outras) têm a sua importância, mas não podem servir de sucedâneo dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais acima mencionados, nem substituir uma eventual legislação mais eficaz no combate à publicidade de bebidas alcoólicas, como já acontece na mensagem publicitária dos cigarros.

Tal assertiva tem por fundamento o fato de que o consumo do álcool gera um grande problema de saúde pública, devendo assim, ser imediatamente combatido pelas autoridades competentes, por meio dos instrumentos processuais já existentes – Ação Civil Pública e Ações Cautelares Inominadas – nos termos do ordenamento jurídico pátrio elencados nessa explanação.

51. Jornal *Folha de São Paulo*, de 17 de abril de 2003.



O direito como instrumento auxiliar no combate à dengue: reflexões sobre a situação do estado do Ceará e do município de Fortaleza

Francisco Humberto Cunha Filho (Advogado da União)
Aureolino Meireles da Fonseca (Ex-assessor jurídico da **Funasa**/Core-CE)

1. Introdução

Como decorrência do advento de uma epidemia de dengue no final de 2001, a Comissão Cearense de Combate à Dengue deliberou encomendar a uma equipe de técnicos da área jurídica um estudo sobre os instrumentos normativos existentes no ordenamento brasileiro, capazes de dar suporte à atuação do Poder Público no combate aos vetores.

Para a composição da referida equipe foram indicadas as seguintes pessoas, todas com formação jurídica: Francisco Humberto Cunha Filho (**Funasa**/AGU), Aureolino Meireles da Fonseca (**Funasa**), Kléber Rocha Sampaio (Secretaria de Saúde do estado do Ceará) e Antonio Airton do Vale Melo (Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social – Fortaleza-CE).

Na fase inicial dos trabalhos todos os membros colaboraram na definição da estratégia, bem como no fornecimento de material. Da fase intermediária à final, porém, em virtude de mudança na estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Fortaleza, bem como de elevado número de atividades jurídicas internas na Secretaria Estadual da Saúde (Sesa), os dois últimos advogados acima nominados afastaram-se, ficando o trabalho

de conclusão e redação final por conta dos dois primeiros, ou seja, Francisco Humberto Cunha Filho e Aureolino Meireles da Fonseca, que por esta razão assinam, como autores, o presente trabalho.

2. A metodologia adotada

No desenvolvimento do estudo, foi adotada a seguinte metodologia:

- a) coletou-se, junto aos técnicos de saúde da **Funasa** – Sivanda Rodrigues de Oliveira, da Divisão de Epidemiologia (Divep) –, e da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social (assinatura apenas institucional), os problemas existentes para o combate à dengue, cujas soluções dependem de aplicação de normas jurídicas;
- b) coletou-se, também, junto aos mesmos técnicos, as soluções reputadas ideais;
- c) contrastaram-se tais soluções com o ordenamento jurídico vigente, observando:
 - a viabilidade jurídica;
 - a existência de disciplina jurídica;
- d) apontou-se a adequação ou inadequação do direito vigente para dar suporte às soluções juridicamente possíveis;
- e) sugeriu-se, quando necessário, a criação ou modificação de normas;
- f) resgataram-se importantes estudos precedentes e similares, e sobre os mesmos foram feitas reflexões.

3. Os estudos precedentes

O presente estudo não é o primeiro que é feito com o mesmo objetivo de identificar instrumentos jurídicos capazes de dar suporte ao combate a uma epidemia, no caso, a dengue.

A seguir serão transcritos dois estudos precedentes, com finalidade análoga. Precisamente são eles: O “Plano Diretor de Erradicação do *Aedes Aegypti* do Brasil – PEAa” e o “Plano de Intensificação das Ações de Controle da Dengue”.

As finalidades destas transcrições são:

- aproveitar o conhecimento já produzido sobre a matéria;
- oferecer suporte para que seja averiguada a implementação das sugestões anteriormente realizadas;
- comparar os precedentes com as novas contribuições acrescentadas pela Comissão signatária do presente documento.

Eventuais observações sobre os trabalhos a seguir transcritos serão feitas em notas de rodapé.

a) Primeiro estudo precedente:

Plano diretor de erradicação do *Aedes Aegypti* do Brasil

(Elaborado pelo Ministério da Saúde em articulação com o Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (Conass) e Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems).

(Versão de 1/3/1996)

Anexo IX

Componente: Legislação de Suporte

Participantes:

- Dr. Luiz Carlos Pelizari Romero (Consultor Legislativo do Senado Federal)
- Dr. Luiz Felipe Moreira Lima (Ministério da Saúde – Secretaria de Vigilância Sanitária (Copaf)/Rio de Janeiro)

Janeiro/96

Componente: Legislação de Suporte



A legislação existente fornece suficiente arcabouço para as ações de erradicação do *Aedes aegypti* (ver quadro em anexo). No entanto, alguns aspectos específicos devem ser ressaltados.

– Legislação que permita a realização de atividades sanitárias nos ambientes domiciliares e peridomiciliares.

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso XI, diz *in verbis*:

“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

Ora, a atividade de busca e erradicação de vetores se fará exatamente nos ambientes domiciliares e peridomiciliares e o caso de o morador negar a entrada do agente sanitário em sua casa se constituirá em empecilho para o sucesso do plano.

O Código Penal, Decreto-Lei n.º 2.848/1940, em seu artigo 268, define como crime:

“Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro”.

Ademais, a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, em seu artigo 10º, inciso VII, classifica como infração sanitária:

“Impedir ou dificultar a aplicação de medidas sanitárias relativas às doenças transmissíveis e ao sacrifício de animais domésticos considerados perigosos pelas autoridades sanitárias:

Pena – Advertência e/ou multa.”

Aparentemente, o agente de saúde poderia citar o Código Penal ou a Lei de Infrações Sanitárias para obrigar o morador a aquiescer

em deixá-lo cumprir sua tarefa, mas o agente sanitário não possui poder, explicitamente citado em lei, para tanto.⁵²

Além disto, se tal poder fosse dado ao agente de saúde, necessário seria que a recusa em permitir a execução das atividades de busca e erradicação de vetores no interior da casa fosse ainda qualificada como delito e definida a forma de caracterização do flagrante.

Outra alternativa seria obter a devida determinação judicial.

Considerando que deverão ser visitados, permanente e rotineiramente, um total estimado de 16 milhões de domicílios apenas nas áreas infestadas do país, este pode vir a ser um problema relevante e comprometer parcialmente o sucesso do Plano.

Propõe-se, como forma de contornar o problema, que as atividades de mobilização popular incluam mensagens especificamente orientadas para o assunto e que o treinamento dos agentes de saúde, inspetores e supervisores possuam objetivos institucionais especialmente desenhados para que os mesmos sejam capacitados em técnicas e formas de abordagem, tendentes a vencer as resistências da população, no particular. De qualquer forma, as resistências detectadas e que persistam, apesar de todas as tentativas do agente de saúde, devem constituir um motivo de visita pelo supervisor, que deve revisitar a casa em questão, sempre em caráter educativo e de persuasão.

Nestas circunstâncias, recomenda-se que a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde formule consulta ao Supremo Tribunal Federal (STF)⁵³ sobre a aplicabilidade do conceito de flagrante delito a casos semelhantes, em que a aplicação de “medidas sanitárias relativas a

52. Divergimos desta conclusão porque a simples menção do contido em uma norma jurídica é direito, e mesmo, dever, de qualquer cidadão, principalmente se investido de função pública.

53. Divergimos dessa sugestão porque o próprio Supremo Tribunal Federal já eliminou, reiteradamente, a possibilidade de desempenhar o papel de órgão consultivo. Primeiro porque suas atribuições são taxativamente previstas no texto constitucional, o qual não relaciona a consulta como mister desta Corte; segundo porque é da natureza dos órgãos jurisdicionais solucionar conflitos, e não responder a consultas, salvo o caso, no Brasil, da Justiça Eleitoral.

doenças transmissíveis” seja impedida ou dificultada. Recomenda-se, não obstante, e com muita ênfase, que o STF considere o conceito aplicável à situação e até defina as formas de caracterização do flagrante, ainda nesta circunstância, esta possibilidade só seja utilizada em situações extremas, após várias tentativas de atuar por meio do convencimento e após discutir e documentar cada caso com os supervisores e seus superiores hierárquicos.

Outra alternativa seria propor ao Congresso Nacional uma Proposta de emenda Constitucional incluindo o caso de perigo à Saúde Pública entre as exceções do artigo 5º da Constituição da República.⁵⁴

– Questões legais relativas ao financiamento das ações de Saúde Pública

Existem alguns problemas relativos ao financiamento das atividades do plano e seu reflexo nas relações entre as diferentes esferas de governo (federal, estadual e municipal), que devem ser comentados.

Na Lei nº 8.080/1990, em seu artigo 35, que estabelece a forma como serão transferidos os recursos federais para os estados e municípios, dá entre outros critérios para a análise de programas e projetos – como é o presente caso – o perfil demográfico e epidemiológico da região.

Surpreendentemente, na Lei nº 8.142/1990 encontra-se no § 1º do artigo 3º que:

A respeito do aqui colocado, transcrevemos a decisão do STF, em Embargos de Declaração – Edadi nº 1.057/BA, interpostos em ADIn, relatados pelo Ministro Celso de Mello, a qual se deu nos seguintes termos:

Ementa

E M E N T A: (...) RECURSO QUE CONSUBSTANCIA VERDADEIRA CONSULTA - IMPOSSIBILIDADE DE SUA APRECIACÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.

(...)

- São insuscetíveis de apreciação quaisquer petições recursais que veiculem consulta dirigida aos órgãos do Poder Judiciário, eis que postulações dessa natureza refogem ao domínio de atuação institucional.

54. Proposta de difícil operacionalização, em virtude do que consta no § 4º do artigo 60 da Constituição Federal, as clamadas *cláusulas pétreas*, nas quais está inserido o artigo 5º.

“Enquanto não for regulamentada a aplicação dos critérios previstos no Art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, será utilizado, para repasse de recurso, exclusivamente o critério estabelecido no § 1º do mesmo artigo”.

O parágrafo 1º do artigo 3º, da Lei nº 8.142, acima referido, especifica:

“Metade dos recursos destinados a estados e municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independentemente de qualquer procedimento prévio”.

Sem deixar de considerar a importância da assistência médica e a necessidade de sua ordenação, como fator de fortalecimento do Sistema Único de Saúde, é indispensável fazer-se realçar que a associação do critério epidemiológico para alocação e avaliação dos recursos destinados à saúde nos estados e municípios é essencial para que o financiamento do Sistema se transforme em instrumento potente de melhoria da situação de saúde da população.

A Norma Operacional Básica, do Ministério da Saúde, vem se constituindo no principal instrumento regulador dos repasses financeiros da esfera federal para as esferas estadual e municipal. Esta norma está estruturada e vem sendo modificada, principalmente, sob a ótica das formas de pagamento da assistência médico-hospitalar, embora tenham sido criadas formas alternativas de financiamento para atender às necessidades de recursos para financiamento de ações de saúde pública que não se enquadraram nos critérios adotados para o pagamento da atenção médico-hospitalar. Quando o Ministério da Saúde avalia a condição de gestão dos municípios, classifica-os segundo critérios que valorizam especialmente a capacidade da administração municipal em programar, distribuir, controlar e pagar as contas médico-hospitalares.

Urge, pois, inserir os Programas de Saúde Pública e, especificamente, este de erradicação do *Aedes aegypti* nas instâncias de administração financeira do Sistema Único de Saúde, adotando critérios epidemiológicos para a alocação de recursos, definindo as normas específicas para os programas desta natureza, integrando-as com as já existentes.

Nestas circunstâncias, recomenda-se que o Ministério da Saúde promova, com urgência, a regulamentação do art. 35 da Lei nº 8.080, de modo a que os repasses a estados e municípios se façam levando em conta a complexidade de programas como este em que além dos critérios de caráter demográfico, são necessários considerar outros de natureza epidemiológica, entomológica e até de condições de saneamento ambiental.⁵⁵

– Projetos de lei relativos à política urbana

Vários projetos de lei, que tratam da regulação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, versando sobre a política de desenvolvimento urbano, no âmbito da qual se inserem as ações de saneamento básico, encontram-se em tramitação no Congresso Nacional.⁵⁶

Dada a importância do saneamento para a saúde da população e, especificamente, para este Plano, recomenda-se que o Ministério da Saúde promova um levantamento de todos estes projetos e sua análise para, em seguida, procurar acelerar o andamento daquele que melhor possibilite equacionar as questões de saneamento, especialmente de água e lixo, de tão grandes impactos sobre a saúde humana.

– Projeto de Lei nº 1.148, de 1989 (no Senado Projeto de Lei da Câmara nº 67, de 1989)

Este Projeto de Lei, que dispõe “sobre as ações de prevenção e controle de zoonoses urbanas e dá outras providências” se encontra na Câmara dos Deputados, aguardando apreciação pelo seu Plenário, após ter sido emendado pelo Senado e retornado à Câmara.

Recomenda-se uma articulação com as lideranças do Governo na Câmara para que a apreciação e votação do referido Projeto de Lei sejam acelerados.

55. O contido nesta sugestão foi implementado com a edição da Portaria nº 1.399/1999, editada pelo Ministro de Estado da Saúde.

56. Informamos que foi publicada a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como “Estatuto da Cidade”, que “regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”, segundo os precisos termos de sua ementa.

– Atualização dos códigos municipais de postura

A ausência de um código de posturas é uma realidade para inúmeros municípios, tornando mais difícil a ação da autoridade sanitária no saneamento básico, na fiscalização das condições prediais, ambientais e das práticas comerciais e industriais.

Sugere-se uma ação efetiva das esferas federal e estadual apoiando as coordenações municipais do Plano para obter junto ao Poder Legislativo municipal, a proposição de projetos de código onde não existam e de projetos de lei com o objetivo de promover sua revisão e atualização onde se fizer necessário.

Recomenda-se que as Comissões Executivas das esferas estaduais e municipais procedam de forma similar em relação aos projetos em tramitação nos legislativos correspondentes, especialmente no que se refere aos códigos de posturas municipais.

Suporte legal ao Plano diretor de Erradicação do *Aedes aegypti*

Legislação	Ementa
Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977.	Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas e dá outras providências.
Decreto-Lei nº 5.181, de 11 de janeiro de 1943.	Dispõe sobre o transporte de artrópodes vivos por aeronaves e dá outras providências.
Decreto nº 56.759, de 20 de agosto de 1965.	Baixa normas técnicas especiais para a profilaxia da Febre Amarela e dá outras providências.
Decreto-Lei nº 190, de 24 de fevereiro de 1967.	Dispõe sobre o despacho de embarcações e dá outras providências.
Decreto nº 64.395, de 22 de abril de 1969.	Regulamenta o Decreto-Lei nº 190, de 24 de fevereiro de 1967.
Decreto nº 87, de 15 de abril de 1991.	Simplifica as exigências sanitárias para ingresso e permanência de estrangeiros no país.
Portaria SVS nº 28, de 27 de abril de 1993.	Normas técnicas sobre controle de viajantes procedentes de áreas de ocorrência de Febre Amarela.
Portaria SVS nº 48, de 1º de junho de 1995.	Define procedimentos a serem cumpridos quando da emissão da Livre-Prática às embarcações que operam serviços de transporte de cargas e viajantes em portos brasileiros.

b) Segundo estudo precedente:

Plano de intensificação das ações de controle da dengue

(**Funasa** - Ceará – julho/2001)

(...)

IV – Estratégias

A estratégia será implementada por intermédio de dez componentes, explicitados a seguir:

(...)

– Legislação

- proposição de uma legislação federal com aspectos que facilitem as ações da autoridade na fiscalização e reversão das condições prediais, ambientais e das práticas comerciais e industriais que favoreçam a proliferação do vetor;
- aplicação efetiva da resolução do Conama nº 258/1999, que dispõe sobre a destinação de pneus usados estabelecendo que em 2002 os fabricantes e importadores de pneus deverão responsabilizar-se pelo recolhimento e destino adequado de 25% dos pneus, percentual este que se eleva anualmente até o ano de 2004, quando deverá ser de 125%;
- estimular a agilização e a aprovação de projetos de lei que visem a adoção de propostas análogas ao Projeto de Lei nº 03750 que estabelece normas para destinação final de garrafas plásticas do tipo PET, responsabilizando os fabricantes pelo seu recolhimento e destino final e/ou reciclagem;
- propor a participação do Ministério Público nas discussões sobre as ações de controle da dengue”.



4. As competências em matéria de saúde

Este capítulo será dedicado à investigação das competências legislativas e materiais (ou administrativas)⁵⁷ dos diversos entes da federação em termos de **saúde**. Tal estudo se mostra importante por conferir às autoridades da área a dimensão de seus poderes e deveres, habilitando-as a adotar as medidas normativas e administrativas adequadas a cada situação.

Antes de adentrar na identificação das competências referidas, faz-se necessária pequena inserção teórica no princípio da legalidade, especialmente no que concerne à ação do estado. Por este princípio, os entes públicos somente podem fazer aquilo que a lei (*lato sensu*) os autoriza fazer. Quer isso dizer: qualquer ação pública tem que estar previamente autorizada em norma preexistente a tal ação. Daí a grande importância de saber, no presente caso, quem pode editar e executar normas sobre saúde, segundo os preceitos da Constituição Federal, esta que distribui as competências entre os entes da federação.

a) Competência legislativa

A competência legislativa consiste na capacidade que os entes públicos têm de editar normas jurídicas. Doutrinariamente, esta competência é dividida em:

- exclusiva: a que a Constituição Federal atribui a um dos entes, com exclusão dos demais;
- delegada: a que um ente recebe de outro, nos limites e forma constitucionalmente previstos;
- concorrente: quando mais de um ente pode legislar sobre a mesma matéria, nos limites e forma constitucionalmente previstos;

57. Kelsen, Hans: Teoria Geral do Direito e do Estado (tradução de Luis Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 451 a 461.

- residual:⁵⁸ a competência atribuída a um ente, relativa a assuntos não especificados pela Constituição como sendo da competência dos demais.

Em termos de saúde, na vigente CF/88, a competência legislativa é do tipo concorrente, o que se afirma com base no artigo 24, XII, que literalmente estabelece: *“Compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social, proteção e defesa da saúde”*.

Cabe aqui especificar um pouco mais esta competência, o que é feito pela própria Constituição Federal, nos parágrafos do artigo 24. Transcrevemos:

“§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

Transpondo o embasamento normativo aludido para solução do problema concreto enfrentado por este trabalho, devemos especificar, em matéria de combate à dengue, quais as competências legislativas da União, dos estados e dos municípios. Tais competências, para os dois primeiros entes mencionados (União e estados), foram referidas acima. Resta assentar a dos municípios, que é abordada no artigo 30, I e II, da Lei Maior, nos seguintes termos:

58. Santos, Ozéias: Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Lawbook Editora, 1999, p. 210. Também no direito americano, paradigmático neste aspecto, dispõe o artigo X da primeira e única Constituição dos Estados Unidos: *“Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos estados, são reservados aos estados ou ao povo”*.

“Art. 30. Compete aos municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

Em síntese, observamos que, na atual realidade brasileira, a competência para editar normas de proteção à saúde, circunscreve-se ao seguinte quadro:

- a) a União pode editar normas gerais, e o fez, até o presente momento, principalmente nos termos da Lei nº 8.080/1990, a qual *“dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”*;
- b) em virtude dessa produção normativa, por parte da União, aos estados-membros remanesce a competência para suplementar a legislação sobre esta matéria;
- c) quanto aos municípios, a estes compete legislar, para seus estritos domínios, bem como suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber, para o adequado desempenho de suas competências materiais.⁵⁹

Observe-se que a questão é pontual e atinente especificamente ao combate (preventivo e profilático) aos vetores que provocam a dengue. Sobre a questão dengue, a União não editou, ainda, especificamente, normas gerais, o que confere aos estados os poderes para fazê-lo, se assim entenderem necessário e oportuno.

Diante deste quadro, uma pergunta se insinua: “E se um de nossos municípios, seguindo o exemplo de São Paulo, capital, editasse uma norma geral de combate à dengue, criando obrigações e multas para os munícipes que não colaboram com o combate aos vetores, o que representaria tal lei, do ponto de vista jurídico?”

59. Ferreira, Pinto: Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 271: “O artigo 30, em seu inciso II, preceitua caber ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na Constituição anterior. Agora o município pode suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não possa contraditá-las”.

Em princípio não haveria problema algum, desde que tal edili-
dade respeitasse as prescrições gerais contidas na legislação federal
(principalmente a Lei nº 8.080/1990), bem como eventual legislação
estadual sobre a matéria.

Este é também o exato pensamento de Hely Lopes Meirelles, ao
tratar da polícia sanitária dos municípios, cujo tópico respectivo
pedimos *venia* para transcrevê-lo, na quase integralidade, por ser
pertinente e adequado ao deslinde da questão ora analisada:

*A polícia sanitária abrange tudo quanto possa interessar à sa-
lubridade pública. A amplitude de seu campo de ação está a indicar
e a aconselhar medidas conjuntas da União, dos estados-membros
e do município. E na realidade é o que ocorre. No setor sanitário,
pode-se dizer que predomina o interesse nacional sobre o local ou
regional. Com os rápidos meios de transporte que cortam o espaço
e encurtam as distâncias, toda coletividade está exposta a contágio,
desde que haja o elemento contaminante em qualquer ponto do ter-
ritório da Nação, ou mesmo de um país longínquo. Daí a convergência
do interesse nacional, regional e local para a adoção de medidas de
polícia sanitária que tenham por objeto debelar ou circunscrever as
moléstias e doenças, as epidemias e endemias, ao mínimo possível de
contágio e propagação. Essa política sanitária é praticada por todos
os povos civilizados, não só no âmbito interno, como também nas
relações internacionais.*

(...)

*No âmbito municipal, respeitados os assuntos da competência da
União (CF, artigo 24, XII e § 1º, que lhe reserva a edição de normas gerais
de defesa e proteção da saúde; Lei Federal nº 8.080, de 19.9.1990 que
dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da
saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes;
a Lei Federal nº 8.142, de 28.12.1990, que regula a participação da
comunidade na gestão do SUS, previsto no artigo 198, III, da CF, estabe-
lecendo, ainda, os requisitos necessários para a transferência dos recursos
aos estados e municípios; a Lei Federal nº 8.078, de 11.9.1990, que edita
o Código de Defesa do Consumidor; a Lei Federal nº 6.437/1977, alterada
pela Lei nº 7.967, de 22.12.1989, que configura as infrações à legislação*

sanitária federal e estabelece as sanções respectivas; e o Decreto Federal nº 49.947-A, de 21.1.1961, que aprova o Código Nacional de Saúde) e supletiva do estado-membro (Código Sanitário Estadual e normas complementares) remanesce para o município e a polícia sanitária local em todos os assuntos de seu interesse, concernentes à higiene da cidade e ao abastecimento de sua população (CF, artigo 30, VII).

A higiene pública é, em última análise, o asseio da cidade. Condição primeira para a salubridade da população é a cidade limpa. Essa limpeza vai desde a varrição e lavagem das vias e logradouros públicos, a coleta de lixo, a condução das águas pluviais, as redes de água potável e de esgotos, a desinfecção de locais insalubres e veículos de transporte coletivo, o desmatamento de terrenos baldios, a limpeza das margens de rios e lagos, o combate a animais nocivos, a drenagem de charcos, a purificação do ar respirável, o tratamento de águas utilizáveis, o controle das atividades poluidoras, até a inspeção dos gêneros oferecidos ao consumo da população local.

Para tanto, o Município dispõe do poder de polícia necessário à fiscalização sanitária das coisas e locais, públicos ou particulares, que devam manter-se higienizados, em benefício da salubridade coletiva, podendo propor as sanções cabíveis, na forma regulamentar.”⁶⁰

A relevância da questão é tão acentuada que, mesmo que inexistisse qualquer norma estadual ou federal ditando prescrições gerais sobre saúde, dificilmente uma lei municipal que contivesse a disciplina dos particulares como colaboradores ativos no combate à dengue, teria sua constitucionalidade questionada, por suposta violação da partição de competências. Não se descarta, porém, questionamento desta natureza, vindo, por exemplo, de alguém que fosse multado com base na lei, que poderia arguir a sua inconstitucionalidade, como recurso para se livrar da pena. Ademais, nesta situação, facilmente seria suscitada a “teoria dos poderes implícitos”⁶¹ para dar suporte

60. Meirelles, Hely Lopes: Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 09-1994, pp. 352 e 353.

61. Esta teoria tem a seguinte base: Se um ente público tem um certa obrigação constitucional a cumprir, por óbvio possui, mesmo que implicitamente, os respectivos instrumentos necessários ao adequado cumprimento deste mister.

à atitude municipal de edição da lei sobre prevenção e combate à aludida epidemia.

Não obstante tal constatação, e considerando: 1) o fato de que as questões de saúde, como visto na doutrina de Hely Lopes Meireles, são de interesse nacional; 2) o caráter punitivo, em questões com esta abrangência, não pode violar a isonomia entre os brasileiros; 3) que pode haver enormes variações de penalidades nos quase seis mil municípios brasileiros, relativamente a um mesmo tipo de infringência legal, é aconselhável a disciplina deste aspecto punitivo por uma norma nacional.

b) Competência material (ou administrativa))

Competência material (ou administrativa) é aquela atribuída pela Constituição aos entes públicos para que realizem atividades, tarefas, ações. A competência material, como visto, é limitada pelo princípio da legalidade, ou seja, para que um ente público adote certa medida administrativa, deve estar previamente respaldado por alguma norma legal preexistente. Ocorre que, nem sempre esta norma é produzida por aquele ente que a executa. É muito comum, acontecer que uma lei federal discipline certas atitudes de estados e municípios, como ocorre, por exemplo, com a matéria desapropriação. Neste assunto (ora mencionado apenas à guisa de exemplo), a competência para legislar é privativa da União, mas a competência para efetivar (desapropriação) é de qualquer dos entes da Federação.

A competência material (ou administrativa) também comporta classificação; a mais comum é feita nos seguintes termos:

- privativa: aquela constitucionalmente atribuída a um certo ente público;
- conveniada: aquela não originariamente pertencente a um ente público, mas a ele atribuída de forma precária, por convênio firmado com outro ente público, ao qual (este último), constitucionalmente pertence tal competência;
- comum: aquela que a Constituição reserva indistintamente aos entes da federação, mas que, via de regra, e por força da lógica



que sedimenta o princípio federativo, atribui à União atividades de interesse nacional, aos estados as de interesse regional e aos municípios as de interesse local.

No que concerne à competência material dos entes públicos sobre saúde, a regra geral está definida no Artigo 23, II da Constituição Federal, nos seguintes termos: *“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”*.

O artigo 30, VI da *Lex Superior*, explicita a atuação dos municípios nos seguintes termos: *“Compete aos municípios prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do estado, serviços de atendimento à saúde da população”*.

Acentue-se, porém, que o tema da saúde, alçado a princípio sensível,⁶² presente em praticamente todos os títulos da Constituição Federal, mereceu do Poder Constituinte uma seção específica (artigo 196 a 200), na qual é pormenorizada a ação pública frente ao setor.

c) Síntese mnemônica

Do que foi acima exposto, para efeitos didáticos e visuais, podemos sintetizar as competências legislativa e material dos entes da federação, em termos de saúde, observando o seguinte quadro:

62. Silva, José Afonso da: Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001, pp. 596.

Ente público	Competência Legislativa	Competência Material
União	Legislar sobre normas gerais	Responsabilizar-se por ações de interesse nacional
Estados	1) Suplementar a legislação federal, para o âmbito de seu território; 2) Inexistindo legislação federal, exercer competência legislativa plena, para o âmbito do seu território.	Responsabilizar-se por ações de interesse regional.
Municípios	1) Legislar plenamente naquilo que concerne ao seu peculiar interesse; 2) Suplementar as legislações federal e/ou estadual, no que couber, para o âmbito do seu território.	Responsabilizar-se por ações de interesse local.

5. Os problemas pendentes de solução jurídica e respectivas soluções apontadas como ideais

A partir da coleta de dados realizada com os setores que diretamente combatem a dengue, nos âmbitos do estado do Ceará, do município de Fortaleza e da **Funasa-CE**, foram relacionados os problemas abaixo descritos, com as respectivas soluções apontadas como ideais.

O presente estudo opinará sobre a viabilidade jurídica das soluções, bem como as medidas necessárias a implementá-las, se for o caso.

a) Primeiro problemas

Existência de piscinas desativadas e não tratadas.

Solução:

Esvaziamento e cobertura de piscinas desativadas, como obrigação dos proprietários.

Opinião sobre a viabilidade jurídica da sugestão

Não vislumbramos impedimento constitucional para que se crie comando normativo no sentido de fixar a obrigatoriedade aludida.

Direito de regência:

Esta questão geralmente é disciplinada pelo município, por estar diretamente afeta a obras e posturas.

No caso do município de Fortaleza - CE, o artigo 180 da Lei Municipal nº 5.530, de 17 de dezembro de 1981 (Código de Obras e Posturas), estabelece que “a água das piscinas sofrerá controle químico e bacteriológico e deverá atender às exigências de saúde e higiene pública, de que trata a legislação pertinente”.

Observa-se, assim, que a norma municipal transcrita é do tipo aberta (em branco), ou seja, depende da produção de uma norma técnica, elaborada por quem de direito, para que o jurisdicionado possa cumprir a obrigação de forma precisa.

Providência a ser adotada:

Elaborar norma que especifique as exigências no tratamento das piscinas ativas e determine o esvaziamento e cobertura das inativas.

b) Segundo problema

Inadequados guarda e manuseio de objetos hábeis a acumular água, por parte dos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, principalmente borracharias, sucatas, oficinas, cemitérios, construtoras, etc.

Soluções:

- exigir dos comerciantes e prestadores de serviços responsáveis pela guarda e manuseio de objetos hábeis a acumular água, que mantenham tais objetos protegidos contra este líquido;
- criar estímulos para diminuir ao máximo a acumulação de tais objetos.

Opinião sobre a viabilidade jurídica da sugestão:

Não vislumbramos impedimento constitucional para que se crie comando normativo no sentido de criar a obrigatoriedade aludida.

Direito de regência:

Esta questão geralmente é disciplinada pelo município, por estar diretamente afeta ao uso e ocupação do solo urbano/obras e posturas. No caso do município de Fortaleza/CE, toda a parte III, composta dos capítulos XX a XXXV da Lei Municipal nº 5.530, de 17 de dezembro de 1981 (Código de Obras e Posturas), contempla normas referentes às construções residenciais, comerciais e de prestação de serviços, abordando, em essência, as medidas e distâncias regulamentares, mas remetendo, quase sempre, as exigências relativas à salubridade, para a legislação específica.

Observa-se, assim, que a norma municipal referida é, para a questão de salubridade, também do tipo aberta, ou seja, depende da produção de uma norma técnica, elaborada por quem de direito, para que o jurisdicionado possa cumprir a obrigação de forma precisa.

Quanto à criação de estímulos para diminuir a acumulação de objetos que armazenam água, tal se dá com a reciclagem e o reaproveitamento que nos casos dos que trabalham com sucatas de pneus e vasilhames do tipo PET, mostra-se adequada a sugestão contida no Plano de Intensificação das Ações de Controle da Dengue (PIACD).

Providências a serem adotadas:

- elaborar norma que especifique as exigências relativas ao comportamento desejado dos comerciantes e prestadores de serviços aludidos neste tópico;
- reforçar as sugestões contidas no Piacd.

c) Terceiro problema

Acúmulo de lixo nas vias públicas, lagoas e riachos.



Soluções:

- compelir os municípios a respeitar as normas municipais de limpeza pública;
- compelir os municípios a efetivarem a limpeza pública.

Opinião sobre a viabilidade jurídica da sugestão

Não vislumbramos impedimento constitucional para que se crie ou efetive comando normativo no sentido de encetar as sugestões aludidas.

Direito de regência:

Esta questão geralmente é disciplinada pelo município, por estar diretamente afeta ao uso e ocupação do solo urbano/obras e posturas. No caso do município de Fortaleza/CE, na Parte IV da Lei Municipal nº 5.530, de 17 de dezembro de 1981 (Código de Obras e Posturas), há capítulos específicos sobre o tema, a saber: XXXVI – Da Limpeza Pública – Do Asseio dos Logradouros e da Coleta do Lixo; XXXVII – Conservação, Asseio e Higiene das Habitações; XXXVIII – Condições Gerais Relativas a Terrenos. Esta norma traz precisos comandos ao poder público e à população sobre os respectivos papéis, no que concerne ao acondicionamento e destinação do lixo.

Quanto ao mecanismo hábil a compelir as autoridades municipais a realizarem a adequada coleta de lixo, cabe lembrar que o ordenamento pátrio comporta responsabilidades civis (Ação Civil Pública), penais e políticas (*impeachment*).

Providência a ser adotada:

- aplicar os comandos do código de obras e posturas do município;
- especificar, se necessário, novas posturas para os atores envolvidos na questão.

d) Quarto problema:

Existência de caixas d'água (e similares) sem a devida cobertura.

Soluções:

- estabelecer um prazo para que os proprietários vedem suas caixas d'água;
- condicionar o fornecimento público de água (novas ligações), à constatação de que as caixas d'água estão devidamente cobertas;

Opinião sobre a viabilidade jurídica das sugestões:

Não vislumbramos impedimento constitucional para que se crie ou efetive comando normativo no sentido de encetar a primeira das sugestões aludidas.

Quanto à segunda sugestão, em virtude da essencialidade do bem “água” para a vida humana, pode-se questionar sobre sua viabilidade jurídica por suposta agressão a direitos sociais. Porém tal agressão é apenas aparente, visto que a exigência é ínfima, mesmo em termos pecuniários, uma vez que a cobertura das caixas d'água pode ser feita com material de baixo custo. Além disso, a relação custo-benefício, individual e coletivo, justificaria a medida.

Em linguagem jurídica: o sopesamento dos interesses envolvidos na questão justifica a exigência ora analisada, que a bem da verdade é de dimensões ínfimas. Para evitar qualquer questionamento sobre a viabilidade jurídica da medida, sugere-se, para os casos de pobreza comprovada, o fornecimento, por parte do Poder Público, do material necessário à cobertura das caixas d'água.

Direito de regência:

Esta questão envolve duas perspectivas:

- quanto ao comando para vedar as caixas d'água, pode ser disciplinado pelo município, por estar diretamente afeto ao uso e ocupação do solo urbano/obras e posturas, bem como as competências de polícia sanitária local. No caso do município



de Fortaleza/CE, não foram encontradas normas específicas neste sentido.

- quanto ao comando para condicionar o fornecimento público de água, há que se averiguar de que ente parte tal fornecimento, se do estado ou do município, para que se crie a norma jurídica adequada a veicular o comando obrigacional. No caso do município de Fortaleza e do estado do Ceará, não foram detectadas normas neste sentido.

Providência a ser adotada:

Criar normas que contenham o comando almejado.

Sugestão de sanção premial: O Poder Público poderia “trocar” uma certa quantidade de litros d’água pela ação voluntária de vedar as caixas d’água, por parte da população.

e) Quinto problema

Dificuldade de acesso às caixas d’água, em virtude de defeitos na construção dos imóveis.

Soluções:

Estabelecer padrões adequados para as construções, de modo a que o acesso às caixas d’água seja facilitado.

Opinião sobre a viabilidade jurídica da sugestão:

Não vislumbramos impedimento constitucional para que se crie ou efetive comando normativo no sentido de encetar as sugestões aludidas.

Direito de regência:

Esta questão pode ser disciplinada pelo município, por estar diretamente afeto ao uso e ocupação do solo urbano/obras e posturas, bem como as competências de polícia sanitária local. No caso do município de Fortaleza/CE, não foram encontradas normas específicas neste sentido.

Providência a ser adotada:

Criar normas que contenham o comando almejado.

f) Sexto problema

Impossibilidade de ingresso dos Agentes Sanitários nos imóveis desabitados.

Solução:

Facilitar o acesso às chaves do referido imóvel.

O direito de regência:

A primeira vinculação jurídica que se estabelece com a questão dos imóveis é a concernente à inviolabilidade domiciliar.

Em caso de imóvel desabitado, a inviolabilidade referida não é afetada. Vejamos.

Dispõe o inciso XI do artigo 5º da vigente Constituição Federal que *“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”*.

A proteção constitucional da casa, enquanto asilo inviolável, limita-se às residências habitadas. A base desta afirmação reside no fato de que a Lei Maior exige o consentimento do morador para o ingresso de estranhos em seu “asilo inviolável”. Ressalte-se, portanto, que o texto não se refere ao proprietário, ao vigilante, ou qualquer pessoa em situação diferente do morador. Isto porque o bem jurídico, ora focado, a ser protegido, é a privacidade, a qual, como visto, somente pode ser afetada em casos excepcionais: 1º) durante o dia, por determinação judicial; 2º) a qualquer momento do dia ou da noite para prestar socorro, ou em caso de flagrante delito ou de desastre.

Afastada a hipótese de violação domiciliar, em caso de imóveis desabitados, não se pode afirmar, por outro lado, que o estado simplesmente ingresse, sem autorização, em tais imóveis, sob o pretexto



de combater a dengue, isto porque há a proteção constitucional de outros direitos, dos quais sobressai-se, para o presente enfoque, a proteção à propriedade privada.

A disciplina constitucional da propriedade, para o tema ora focado centra-se principalmente nos incisos XXII, XXIII e XXV do artigo 5º. O primeiro deles estabelece que *“é garantido o direito de propriedade”*; o inciso subsequente traz uma limitação a este direito: *“a propriedade atenderá a sua função social”*. Já o inciso XXV, pontuando uma situação hipotética, determina que *“no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”*.

Assim, a autoridade pública vê-se diante de uma situação quase dilemática: por um lado tendo que cumprir seu mister de proteger a saúde da população, por outro, vendo-se barrada pela forte proteção constitucional que ainda goza, entre nós, a propriedade privada. Há, portanto, que se encontrar o ponto de equilíbrio para a convivência simultânea dos dois princípios aludidos.

A solução da questão merece tratamento tópico, segundo o tipo de imóvel, a respectiva localização e o problema que ele gera.

Assim, precisamos refletir sobre soluções atinentes aos imóveis urbanos, deixando de ponderar sobre os imóveis rurais, por estar concentrada nos primeiros a problemática da dengue.

Quanto tais imóveis podemos ter as seguintes situações:

Tipo de Imóvel	Problemas	Soluções
- Imóvel com área construída e habitado.	1) O morador não permite o ingresso do AS; 2) O AS faz a visita em horário que o morador não está.	1) Mandado judicial; crime; multa. 2) Ajuste administrativo
- Imóvel com área construída e não-habitado. - Terreno baldio murado.	1) O AS não consegue entrar porque existem obstáculos; 2) O AS não entra por temer que viola a propriedade.	1) Desde que autorizado por lei, o estado pode romper o obstáculo, mas se houver dano, deve indenizar; 2) Se o Estado ingressa, sem qualquer dano, não comete ilícito.
- Terreno baldio e não murado		O AS pode ingressar livremente

g) Sétimo problema

Dificuldades no acesso às residências em virtude de a população temer que marginais se disfarçam de agentes sanitários.

Causas do problema

- 1) o quadro geral de violência pelo qual passa o Brasil;
- 2) inadequada apresentação dos agentes sanitários.

Soluções:

- 1) disponibilizar à população um número telefônico, isento de tarifa, para que esta possa colher informações sobre a dengue, bem como conferir dados cadastrais e de identificação dos agentes de saúde;
- 2) manter a indumentária do pessoal de campo de maneira uniformizada.



Opinião sobre a viabilidade jurídica da sugestão:

Não vislumbramos impedimento constitucional para que se crie ou efetive comando normativo no sentido de encetar as sugestões aludidas.

Direito de regência:

Esta questão pode ser disciplinada por qualquer ente público que tenha em seus quadros agentes sanitários.

A principal dificuldade que se vislumbra é de eventual inexistência de recursos para efetivar a sugestão, o que pode ser resolvido com a previsão orçamentária respectiva.

Providência a ser adotada:

Criar normas, até mesmo de âmbito estritamente administrativo, que contenham o comando almejado.

6. Sugestões de unificação de comando normativo

O que se observa, compulsando os problemas no combate à dengue e as respectivas soluções sugeridas, é que há amparo jurídico para implementar quase todas, mas em diversas normas espalhadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, e no âmbito das três esferas da federação.

Observamos ainda o seguinte fator: o enfoque de combate à dengue, abrange ações que vão desde a limitação de direitos civis até a de proteção ambiental, mas todas numa perspectiva unificada de proteção da saúde pública.

Deste modo mostra-se adequada uma norma unificada que possa ser facilmente manuseada por seus aplicadores e que dê direcionamento normativo ao foco da questão: a proteção à saúde.

O município de São Paulo elaborou norma desta natureza e com esta amplitude, no que pode ser seguido por outras edilidades. Ocorre que, cada município brasileiro, se disciplinar individualmente o combate à dengue, pode criar situações e comandos normativos os mais diversos, para uma questão que é preponderantemente de interesse nacional.

Mostra-se, portanto adequado, que a União edite norma geral sobre a questão, a qual servirá de base à suplementação por parte de estados (artigo 24, XII, CF/88) e municípios (artigo 30, II, CF/88).

Em não sendo acolhida a sugestão supra, por parte da União, os estados podem editar uma lei ordinária contemplando a unificação das sugestões normativas apresentadas neste relatório.

7. Conclusões

A natureza do presente trabalho, no qual os problemas foram apreciados pontualmente, obriga a variação das conclusões, geralmente arroladas em tópico final de um relatório, fazendo com que sobre cada tema abordado já venha, ao longo do texto, a respectiva conclusão.





Direito de greve no serviço público⁶³

Por João Gomes Cantanhede⁶⁴

Com efeito, a matéria em epígrafe encontra-se agasalhada no seio da Constituição Federal, mormente nos princípios explícitos e implícitos dela decorrentes. (CF/88, artigos 1º, inc. III e IV, 5º, § 2º, e 37, inc. VII).

Não é de hoje que a doutrina e a jurisprudência se debatem no afã de estabelecer um “divisor de águas” entre direito e garantia, como pressuposto lógico para uma interpretação constitucional consentânea para a obtenção da maior efetividade possível do “Texto Máximo”.

José Afonso da Silva, in Curso de direito constitucional positivo, 16ª ed., Malheiros Editores, 1999, p. 191, aduz que:

“A doutrina não auxilia muito no descortinar o sentido dessas expressões. Ela emprega a expressão garantias constitucionais em três sentidos: 1) reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais; assim, a declaração de direitos seria simplesmente um compromisso de respeitar a existência e o exercício desses direitos, ‘que não provêm de lei alguma, senão diretamente da qualidade e dos atributos naturais do ser humano’; parte-se da idéia de que os direitos preexistem à Constituição, que não os cria nem outorga, reconhece-os apenas e os garante; é uma idéia vinculada à concepção do direito natural ou da supra-estabilidade dos

63. A data em que este fragmento de texto foi elaborado remonta a período anterior à entrada de seu autor nos quadros da PGF. Hoje o entendimento do autor é diverso.

64. João Gomes Cantanhede é Procurador Federal com atuação junto à Unidade de Execução da PGF/Funasa/PA.

direitos fundamentais; 2) 'prescrições que vedam determinadas ações do poder público' ou 'formalidades prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os direitos constitutivos da personalidade individual'; 3) proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia ou 'recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura''. (grifei)

Pois bem, qualquer que seja a acepção adotada, forçoso é concluir que o chamado “direito de greve” ventilado na CF/88, em seu artigo 37, inc. VII, , constitui-se, em real verdade, em uma garantia constitucional. Até mesmo porque seria ilógico pensar que a greve, em sua essência, seja um instituto criado pelo direito. Muito pelo contrário, ela exsurge de fatores metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) que refogem à alça de mira do operador do direito, segundo Kelsen.

Contudo, em que pese a reserva acima no que tange ao conhecimento de matérias não pertinentes à seara jurídica, não podemos esconder do alcance das nossas retinas a realidade da vida que nos rodeia, deixando de vislumbrar que a greve tem sua origem no plexo do corpo social, justamente em meio às tensões sociais que permeiam certas relações, notadamente as que têm por objeto a prestação e a respectiva contraprestação pelo trabalho, seja no setor público seja no setor privado.

Em que pese o posicionamento majoritário do STF em reconhecer no inc. VII do artigo 37 da CF/88 uma norma de eficácia limitada, *permissa concessa venia*, não me vinculo a esse entendimento, ante o fato de vislumbrar na citada disposição não um mero direito, mas sim uma garantia, e, como tal, não cabe ao constituinte derivado, pela via da omissão – abusiva, registre-se –, mitigá-lo, ao ponto de querer convolar em “letra morta” um direito que não está agasalhado apenas no dispositivo em comento, mas que encontra-se implícito, indubitavelmente, em alguns dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, importa dizer, naqueles que tutelam “a dignidade da pessoa humana” e os “valores sociais do trabalho”, inc. III e IV, do artigo 1º, respectivamente.

Ora, se à normatização infraconstitucional não é dada a possibilidade, em sua versão positiva, de tornar inviável o exercício de um direito que preexiste ao próprio *Texto Constitucional*, muito menos ainda de forma omissiva poderia ela esterilizar um preceito de índole constitucional, mormente quando tal preceito encontra-se umbilicalmente ligado a preceitos que fundamentam a própria República Federativa.

E isso é assim porque vejo a Constituição Republicana de 1988 como um tecido normativo vocacionado à efetividade, que, se não chega a ser plena, longe está de ser inócua. Luís Roberto Barroso, in *Interpretação e aplicação da Constituição*, 3ª ed., Editora Saraiva, 1.999, p.240, aduz que:

“No outro extremo está a Constituição semântica, subalterna formalização da situação de poder político existente, para o exclusivo benefício dos detentores do poder de fato, que dispõem do aparato coativo do estado. Se não houvesse nenhuma Constituição formal ou escrita, a vida institucional não seria perceptivelmente diferente. ‘A roupa não veste, como no caso da Constituição normativa, mas esconde, dissimula ou disfarça’”. (grifei)

Portanto, apoiado nessas premissas, tenho que o direito de greve não é criado pelo Texto Constitucional, até mesmo porque o movimento paredista, como fruto da tensão social, é um fato, e, por assim ser, somente cabe ao legislador infraconstitucional jurisdicizar as conseqüências de sua ocorrência, e, no limite, estabelecer parâmetros para concatenar sua fruição.

Noutro giro, não se alegue que o princípio da continuidade do serviço público estaria a impedir o exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos, haja vista que tal princípio é de origem infraconstitucional, ao passo que o direito de greve – a despeito de sua origem transcendental – encontra-se estribado em princípios constitucionais que alicerçam a própria República Federativa (art. 1º, inc. III e IV), além de está previsto em dispositivo constitucional carecedor de normatividade inferior para que se lhe dê garantia expressa (artigo 37, inc. VII), fato esse que não lhe retira o *status* de norma constitucional.

Noutra quadra, é absolutamente inconsistente a alegativa de que a greve patrocinada no âmbito do serviço público causa grave lesão à ordem pública, uma vez ser ininteligível pensar-se que a eclosão de um movimento socialmente organizado, exercido dentro dos lindes que esteiam a democracia, possa infirmar a própria ordem jurídica que o reconhece.

Desse modo, mesmo estando diante de uma situação fática que ainda desafia regulamentação, não cabe ao operador do direito escusar-se de enfrentar a matéria, isso em função da incidência do princípio da auto-integração do ordenamento jurídico, que não admite lacunas (LICC, artigo 4º, e CPC artigo 126). Por conseguinte, considerando a grande distância que separa a seara pública da seara privada, e a diversidade da natureza dos institutos e princípios que regem as mesmas, afasta-se, de plano, a incidência da analogia e dos costumes, resolvendo-se a temática na quadra dos princípios gerais do direito, que permeiam as duas searas.

Nesse passo, mas agora de forma paralela e em sentido contrário, ao mesmo tempo em que deve ser reconhecido a legitimidade do direito de greve dos servidores públicos, não se pode ignorar que resta potencializado o direito do estado e, sobretudo, da sociedade de verem-se contemplados pela contraprestação laboral relativa à remuneração que aos seus servidores tenha sido dispensada durante o movimento paredista.

Isso é assim porque, na ausência de dispositivo legal a regulamentar a matéria, e sem que se tenham parâmetros de natureza positiva para permitir ao operador do direito emitir um juízo de valor acerca da justiça ou injustiça do movimento e, assim, imputar o ônus à parte que houver dado causa à cessação das atividades, nada mais lícito que se restabelecer a equação inicial da relação jurídica, de forma a trazer a situação para o eixo da normalidade, ao seu *statu quo ante*, sob pena de enriquecimento sem causa dos grevistas.

Mas essa conclusão não induz à construção de exegese que permita ao estado promover o desconto relativo aos dias em que o movimento paredista se manteve firme, pois reduzir o conceito de greve (movimento de resistência de índole coletiva, motivada por

fatores de ordem social, política e econômica) ao de falta ao serviço (ato individual – somente acidentalmente coletivo –, desidioso, imotivado, despido de qualquer conotação de resistência democrática) seria destempero desmedido.



Capa e projeto gráfico do miolo

Gláucia Elisabeth de Oliveira/Nemir/Codec/Ascom/Presi/**Funasa**/MS

Diagramação

Maria Célia de Souza– Nemir/Codec/Ascom/Presi/**Funasa**/MS

Revisão Ortográfica e Gramatical

Olinda Myrtes Bayma S. Melo – Nemir/Codec/Ascom/Presi/**Funasa**/MS

Normalização Bibliográfica

Raquel Machado Santos – Comub/Ascom/Presi/**Funasa**/MS