



HUMBERTO LUCCA

**A ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL NA BRIGADA MILITAR – A LEI COMO
OBSTÁCULO PARA EFICÁCIA – UM PARADIGMA A SER SUPERADO À LUZ
DO PÓS-POSITIVISMO**

Porto Alegre

2013

HUMBERTO LUCCA

**A ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL NA BRIGADA MILITAR – A LEI COMO
OBSTÁCULO PARA EFICÁCIA – UM PARADIGMA A SER SUPERADO À LUZ
DO PÓS-POSITIVISMO**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título em especialista em
Gestão Pública – MBA – In company,
pela Universidade Feevale.**

Orientador: Prof Me. Vladimir Luís Silva Da Rosa

Porto Alegre

2013

HUMBERTO LUCCA

Trabalho de conclusão do Curso Administração, com título **A ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL NA BRIGADA MILITAR – A LEI COMO OBSTÁCULO PARA EFICÁCIA – UM PARADIGMA A SER SUPERADO À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO**, submetido ao corpo docente da Universidade Feevale, como requisito necessário para obtenção do Grau Especialista em Gestão Pública.

Inclui Termo de Consentimento da Empresa/Entrevistado: Sim; Não

Aprovado por:

Orientador: Vladimir Luís Silva Da Rosa

Professor avaliador

Professor avaliador

[...] Vivemos sob o domínio das ideias racionalizadoras, que não consideram aquilo que se passa, mas que privilegiam os sistemas fechados, coerentes, consistentes. [...] Ela é inteiramente fechada, não considera as paixões, a vida, a carne dos seres humanos. É incapaz de efetuar uma previsão quando aparece um acontecimento inesperado. Mais ainda do que no século de *Molière*, os *Diafoirus*¹ triunfam. (MORIN, 1996, p. 239)

¹ Uma referência a *Thomas Diafoirus*, um médico pedante que, na peça 'O Doente Imaginário' do dramaturgo francês, adora ostentar rebuscada terminologia científica pouco se lixando para os pacientes.

Dedicatória

Aos meus pais, *Umberto* e *Marli* pela dádiva da existência e pelo amor. A minha irmã *Viviane* pelo incentivo e pela cedência de livros. A *Samanta* pelo auxílio e pela paciência e pelo carinho nas horas difíceis. Ao Maj Marcel Vieira Nery, pelo incentivo ao estudo e pela profícua convivência na Assessoria Jurídica. Ao Prof. Me *Vladimir Luís Silva da Rosa*, orientador, que soube guiar-me nos passos da pesquisa científica.

RESUMO

Os desafios propugnados pela Administração Gerencial, em contraponto com a Administração Burocrática, objetiva maior eficácia e maior inovação. Constitui-se na mola propulsora da pesquisa. Tal evolução reclama um novo paradigma quanto ao aspecto jurídico. Assim surgem teorias como do Pós-positivismo e do Neoconstitucionalismo que reclamam uma ressignificação do princípio da legalidade na administração pública. Como embasamento teórico correspondente ao pós-positivismo, a pesquisa aborda conceitos como legalidade formal x legalidade material, diferença entre princípios e regras e a aplicação direta de princípios na administração pública. A análise conjunta da pesquisa bibliográfica, bem como de casos concretos permitiu verificar que é possível pela administração pública, em especial da Brigada Militar, uma superação do paradigma positivista como fundamento jurídico para o aperfeiçoamento da gestão e para o alcance de maior eficiência em seus procedimentos. A aplicação destas novas teorias reclama decisões mais fundamentadas, que deixe claro o motivo pelo qual se optou pela prevalência de determinado princípio jurídico (pela técnica da ponderação) ou da (otimização - na melhor medida do possível) em detrimento de outro princípio ou pela conformação/extração do sentido, dos limites, e do alcance de determinada regra. A aplicação de referidas técnicas hermenêuticas pressupõe a análise de uma situação fática real, concreta, não se operacionalizando abstratamente. O próprio judiciário vive um momento de renovação constitucional com aplicação direta de princípios como os da razoabilidade e da proporcionalidade dando renovada importância a Constituição e seus valores democráticos. Neste norte não se afigura lógico deduzir que o Administrador estaria proibido de fazê-lo. Redundaria concluir que o cumprimento da Constituição incumbiria somente ao judiciário, o que não se afigura justo nem razoável. Em síntese, as novas teorias do constitucionalismo brasileiro reclamam que a Constituição seja colocada onde sempre deveria estar, no ápice do sistema normativo brasileiro, irradiando tais efeitos pelas mais diversas instancias onde se insere a administração pública e o próprio princípio da legalidade.

Palavras-chave: Pós-positivismo. Neoconstitucionalismo. Ressignificação da legalidade. Administração Gerencial.

ABSTRACT

The challenges enabled by the Administration Management, in contrast with the Bureaucratic Administration, aims greater effectiveness and innovation. Constitutes the mainspring of research. This evolution calls for a new paradigm of the juridical aspect. So theories arise as the Post-positivism and neoconstitutionalism that calls for a resignification of the principle of legality in public administration. As theoretical foundation corresponding to post-positivism, the research approaches concepts such as formal legality x legality material difference between principles and rules, and direct application of principles in public administration. The combined analysis of the literature, as well as specific cases has shown that it is possible for the public administration, especially military Brigade, an overcoming of the positivist paradigm as the legal basis for the improvement of management and to reach greater efficiency in their procedures. The application of these new theories complains more informed decisions, making it clear the reason that was chosen by the prevalence of a particular legal principle (the technique of weighting) or (optimization - in the best extent possible) over detriment of another principle or the conformation / extraction of meaning, limits, and scope of a particular rule. The application of these techniques presupposes the hermeneutical analysis of a factual situation real, concrete, not abstractly operationalized. The Judiciary himself is experiencing a period of renovation constitutional with direct application of principles such as reasonableness and proportionality giving renewed importance to the Constitution and its democratic values. In the north it does not seem logical to deduce that the Administrator would be prohibited from doing it. Would result conclude that compliance with the Constitution would lie only to the judiciary, which does not seem fair or reasonable. In summary, the new theories of Brazilian constitutionalism claim that the Constitution is placed where he should be, at the apex of the Brazilian normative system, such effects by irradiating several instances where it enters the public administration and the very principle of legality.

Keywords: Post-positivism. Neoconstitutionalism. Resignification of legality. Administration Management.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA PARA A GERENCIAL - CONTRIBUIÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO E DO NEOCONSTITUCIONALISMO	13
3 DO POSITIVISMO JURÍDICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO (ou) POS-POSITIVISMO – NOTAS INTRODUTÓRIAS	15
3.1 DO POSITIVISMO JURÍDICO	16
3.2 O PÓS-POSITIVISMO OU NEOCONSTITUCIONALISMO	20
3.3 PRINCÍPIOS E REGRAS – GÊNERO NORMAS JURÍDICAS	24
3.4 LEGALIDADE FORMAL X LEGALIDADE MATERIAL	27
4 APLICAÇÃO DIRETA DE PRINCÍPIOS NO ÂMBITO DA BRIGADA MILITAR – NOTAS INTRODUTÓRIAS	28
4.1 A APLICAÇÃO DIRETA DE PRINCÍPIOS COMO PRÁTICA E O CONSELHO DE DISCIPLINA LEI 71.500/72	30
5 ESTUDO DE ALGUNS CASOS ANÁLISADOS PELA ASSESSORIA JURÍDICA COM BASE NAS TEORIAS ACIMA DISCORRIDAS	35
5.1 INFORMAÇÃO JURÍDICA 0225/2011 – IDADE PARA INGRESSO NA BRIGADA MILITAR	35
5.2 – INFORMAÇÃO 081ASSJUR2011 - PEDIDO DE RECONDUÇÃO DE SERVIDORA CIVIL – EX POLICIAL MILITAR	44
5.3 INFORMAÇÃO - 0189ASSJUR2013 – CONCURSO INGRESSO MILITAR DO EXÉRCITO ADIDO	47
5.4 O PÓS-POSITIVISMO E O NEO-CONSTITUCIONALISMO NA BRIGADA MILITAR – POSSIBILIDADES E (OU) LIMITES DE APLICAÇÃO	55
5.4.1 O fogo no hospital e o positivismo incendiário	56
5.4.2 Policiamento na Rodovia – e a lei da insegurança	59
6 METODOLOGIA	61
6.1 MÉTODO DA PESQUISA	61
6.2 CLASSIFICAÇÃO DA PESQUISA	62
6.1.1 Quanto à sua natureza	62
6.1.2 Quanto aos seus objetivos	62

6.1.3 Quanto aos procedimentos técnicos.....	62
6.1.4 Quanto à abordagem do problema	63
6.2 OBJETO DE ESTUDO	63
6.3 TÉCNICAS DE COLETA DE DADOS	63
6.4 INSTRUMENTO DE PESQUISA.....	64
7 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS.....	65
REFERÊNCIAS.....	70
ANEXOS	74
ANEXO A	75
ANEXO B	76
ANEXO C	90
ANEXO D.....	93

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como tema a Administração Gerencial na Brigada Militar e a abertura material hermenêutica propiciada pelo Pós-positivismo a fim de superar-se o paradigma da lei como obstáculo para a eficácia.

A pesquisa foca alguns aspectos jurídicos atinentes à releitura da legalidade a luz do Pós-Positivismo Jurídico, trabalhando a interseção entre Administração Gerencial e Pós-Positivismo, aventando sobre os limites/possibilidades de aplicação dessas novas teorias no âmbito da Brigada Militar como forma de aperfeiçoamento da gestão.

A Administração Pública gerencial surge como novo paradigma para uma administração pública moderna frente à Administração Burocrática. Inobstante, o que regulamenta o agir do Administrador Público é a Lei que se insere no chamado princípio da legalidade.

A modificação da estratégica gerencial passa por uma atualização do que representa o Princípio da Legalidade, do que representa a própria lei diante das novas técnicas hermenêuticas, diante dos conceitos de legalidade material em contraponto a legalidade formal, diante do que representa o Direito Administrativo Constitucional informado pelas novas teorias do Pós-Positivismo e do Neoconstitucionalismo.

Como na Administração Pública prepondera o princípio da legalidade, numa visão panorâmica, preambular, parece-nos que uma nova fórmula gerencial impõe uma nova técnica jurídica, uma releitura do princípio da legalidade - de origem positivista - às novas teorias e sua conformação ao texto Constitucional.

Neste sentido o trabalho analisa os limites e possibilidade de aplicação destas novas teorias no âmbito da Brigada Militar fazendo para isto uma análise de algumas decisões administrativas partindo do geral (doutrina) para o particular (estudo de caso) e do particular para o geral, procurando correlacionar a teoria à prática.

Parte-se da premissa de que a administração pública não pode restar inerte e refratária frente às novas teorias jurídicas que tem sugerido uma mudança conceitual do que representa o Princípio da Legalidade.

Assim surge o problema - qual a importância dos Princípios Constitucionais na apreensão do significado e na interpretação das leis que regem a Administração Pública? É possível a aplicação direta de princípios constitucionais no âmbito administrativo da Brigada Militar? Em quais hipóteses e quais seus limites?

Conforme é preconizado pelas novas teorias constitucionalistas o princípio da legalidade que se aplica a Administração Pública não é único. As leis e as normas não possuem sentido unívoco e amorfo, dependem de um trabalho hermenêutico a fim de apreender seu sentido e seu alcance.

Neste desiderato, possuem os princípios constitucionais importante papel e função conformativa no significado das normas infraconstitucionais. A superação do modelo jurídico positivista coincide com a superação do modelo burocrático positivista na Administração Pública.

No direito surgem novas teorias como do Pós-positivismo e do Neoconstitucionalismo, sugerindo um novo modelo hermenêutico e de aplicação do direito, propugnando por colocar a Constituição e seus princípios num patamar mais elevado. Esta modificação de paradigma impõe uma revisitação do princípio da legalidade, de seu significado e das formas interpretativa da apreensão sujeito – objeto, do real “alcance” das normas jurídicas, gênero do qual são espécies as regras e os princípios.

Diante da exigência da legalidade material que não mais se contenta com uma interpretação da lei de forma amorfa, hermética, literal e compartimentada, impõe-se o desafio de uma quebra de paradigmas, do desenvolvimento de um novo ferramental jurídico para enfrentar os desafios da modernidade onde se insere os princípios constitucionais como abertura material na atividade hermenêutica de interpretação das normas jurídicas.

A pesquisa tem como objetivo geral desvendar a aplicabilidade das teorias da Administração Gerencial na Brigada Militar, propondo para tanto uma releitura do princípio da legalidade a luz do pós-positivismo jurídico. Tal evolução objetiva a superação do paradigma positivista e do seu “legalismo”, que devido suas matrizes metodológicas costuma interpor a lei como pretexto para o alcance da justiça e para o incremento da eficácia.

Para tanto a pesquisa foi desenvolvida com os seguintes objetivos específicos:

- analisar a diferença entre Legalidade Formal e Material – Regras e Princípios – e colisão entre ambos;
- identificar a aplicação direta de princípios no âmbito administrativo da Brigada Militar
- analisar casos, decisões administrativas e sua adequação aos Princípios Constitucionais.
- identificar a evolução da Administração Pública Burocrática para a Gerencial e a contribuição das teorias jurídicas Pós-positivistas e do Neoconstitucionalismo, limites e possibilidades na Brigada Militar.

Para o desenvolvimento do tema proposto, o trabalho utilizou como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, com análise crítica dos estudos pertinentes ao tema pelo método dialético (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 26).

A análise documental foi constituída pela ilustração de algumas decisões e procedimentos administrativos e sua adequação ao denominado Neoconstitucionalismo e aos Princípios constitucionais, em resumo: à própria Constituição Federal.

A pesquisa vislumbra a abertura hermenêutica dos textos legais preconizada pelo Neoconstitucionalismo como possibilidade, como forma do aumento da eficácia tal qual como recomendado pela teoria da administração gerencial. Pressupõe que muitas vezes o que obstaculiza uma maior eficácia não é a lei, mas a forma como a mesma é interpretada e o sentido que é dado pelo intérprete, antevendo como possibilidade de superação deste paradigma, a ampliação da cultura jurídica interna pelos gestores em contraponto ao mero conhecimento “legal” exegético, sendo necessário para tanto a colocação da Constituição Federal e de seus princípios onde eles devem estar: no ápice do sistema.

A relevância e importância do tema é elementar: não fosse a aplicação deste novo paradigma interpretativo, não teria sido possível a formatação do curso ora trilhado, MBA em Gestão Pública como sucedâneo do Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais. Antecipando o que adiante foi desenvolvido, pelo positivismo exegético que

estamos acostumados a trabalhar, tal formatação inovadora deste curso, somente seria possível com a edição de uma lei.

Eis o desafio e a importância da presente pesquisa que ora passa a ser desenvolvida: propor um novo referencial teórico para a gestão e para a tomada de decisão que seja mais consentâneo às propostas da administração gerencial e aos desafios da modernidade por maior eficácia.

Assim o primeiro capítulo irá tratar da evolução da Administração Pública Burocrática para a Gerencial, contribuição do Pós-positivismo e do Neoconstitucionalismo; o segundo abordará os temas positivismo jurídico, pós-positivismo e o neoconstitucionalismo; o terceiro tratará da aplicação direta de princípios no âmbito administrativo e o quarto irá analisar algumas decisões administrativas com base em pareceres da Assessoria Jurídica a fim de ilustrar o tema com base no desenvolvimento do trabalho nos capítulos anteriores identificando-se o método hermenêutico utilizado, sua adequação / inadequação, possibilidade / impossibilidade quanto às teorias estudadas seguindo-se das considerações finais. Para tanto, trabalho foi estruturado em quatro capítulos.

2 EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA PARA A GERENCIAL - CONTRIBUIÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO E DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A Burocracia ligada a segurança num mundo do arbítrio foi uma evolução diante daquele momento histórico. Hoje vivemos uma situação inversa, da proliferação de normas, de leis exaustivas que pretendem reger tudo de forma absoluta. Tal modelo não tem se mostrado eficaz, pois a vida vivida, ou a vida como ela, apresenta situações concretas impossíveis de ser imaginadas e previstas a priori por intermédio de leis prévias, abstratas e com sentido pré-determinado e inflexível.

Por outro lado a Constituição Federal cada dia mais ganha importância como diploma normativo no sistema normativo da Democracia Brasileira.

O desafio do desenvolvimento, os avanços técnico-científicos e tecnológicos, a globalização vêm demandando das instituições públicas novas respostas no que se refere à melhoria dos serviços prestados à sociedade.

A contemporaneidade traz demandas que o modelo burocrático de organização já não atende de forma satisfatória. Esse modelo que se desenvolveu em condições diferentes das atuais, em uma sociedade de ritmo mais lento, em um tempo em que o trabalho era muito mais braçal do que intelectual e no qual somente as pessoas em postos hierarquicamente superiores dispunham de informações suficientes para decidir, não está mais adequado ao mundo da velocidade. Como dizem Osborne e Gaebler (1998, p.16):

Em certas circunstâncias, as instituições burocráticas ainda funcionam. Se o ambiente é estável, a tarefa a realizar, relativamente simples, e todos os clientes querem o mesmo serviço, sem que a qualidade se torne crítica, a burocracia pública tradicional pode ser eficaz.

Tal modelo burocrático até então se mostrou satisfatório porque propiciava segurança e estabilidade, criava empregos e fornecia serviços essenciais de forma elementar. Esse quadro mudou e as administrações públicas vêm cada vez mais sendo pressionadas a produzir serviços com maior qualidade e oferecer opções diferenciadas.

Para isso, as administrações públicas se deparam com problemas de ordem legal, cultural e gerencial. A dimensão legal:

[...] refere-se aos dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais, que se colocam como obstáculo à modernização de gestão do aparelho do Estado, em consonância com os padrões de eficiência e qualidade requeridos no processo da reconstrução do mesmo. A dimensão cultural se refere aos valores patrimoniais e principalmente burocráticos com os novos valores gerenciais e modernos na administração pública brasileira. A dimensão gerencial se refere às práticas administrativas (ENAP, 1996, p.2).

No ramo da administração surgem teorias como do caos e da complexidade tratando-se sobre tema como da auto-organização, auto-gestão, e outras modalidades como forma de não sufocar a inovação propiciando maior flexibilidade. Conforme Bauer (1999, p. 244):

Estamos aqui para divagar sobre o destino da humanidade. Todavia de forma bem menos macro podemos também constatar que tudo na sociedade de primeiro ou segundo estágios **ou acredita poder permanecer indefinidamente estável ou procura compensar eventuais instabilidades no sentido de um retorno ao equilíbrio. Assim todas as instancias sociais (e não apenas as empresas) podem perfeitamente ser objeto de um novo modo de compreensão a partir dos conceitos do caos e da complexidade.** (Grifou-se)

O Neoconstitucionalismo cunhado por alguns de Pós-positivismo representa uma evolução no direito tal qual a evolução operado dentro do próprio ramo das ciências e de toda a sociedade a partir da compreensão de teorias como da complexidade e da aleatoriedade inerente ao próprio universo em que vivemos.

3 DO POSITIVISMO JURÍDICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO (ou) POS-POSITIVISMO – NOTAS INTRODUTÓRIAS

O Neoconstitucionalismo, como teoria, exige uma interpretação constitucional que não se contenta com o método clássico de interpretação das regras baseado na subsunção tal qual como proposto pelo Positivismo Jurídico.

O método subsuntivo é aquele que parte do pressuposto da existência de uma lei geral e abstrata que é criada para regulamentar todas as situações que se enquadram em sua “moldura”. Assim caberia ao intérprete diante de um caso concreto, encontrar a lei adequada, extrair a solução por ela apontada e aplicá-la.

Este método conhecido também como positivista partia do pressuposto de que o direito não só tinha por instrumento a lei - mas iniciava e terminava na própria lei - sem qualquer Juízo valorativo e sem compromisso com as consequências deste “enquadramento”.

Tal modelo produziu a clássica cisão entre direito e justiça, fazendo do direito não um instrumento para alcançar a justiça, mas um fim em si mesmo. Esta cisão entre direito e justiça repercutia também entre direito e moral considerando-os como sendo coisas distintas e apartadas.

Expressões como aquela que denominavam o Juiz e o próprio Jurista como “boca da lei” são assentes no positivismo jurídico.

Tal metodologia visava garantir a segurança jurídica. Partia do pressuposto de que o direito é um sistema fechado equiparando-o as ciências exatas de origem cartesiana.

A derrocada deste direito teve início com a época dos sistemas totalitários como foram o nazismo e o fascismo. Hitler e sua estratégia depurativa, pretendia realizar a purificação da raça humana desencadeando para tanto uma série de atrocidades do ponto de vista da dignidade humana, todas elas baseadas numa lei, na lei do estado nazista de Nuremberg. Tudo em perfeita harmonia como o que preconizado pelo positivismo jurídico, pois se tratava de uma lei “válida”, eficaz e vigente, sendo que para o positivismo era o que bastava.

Este sistema que pressupunha a “segurança jurídica” poria em risco a própria existência da humanidade pela negação de diversos princípios de cunho supranacional ligados a própria natureza humana e todo o desenvolvimento do direito internacional e constitucional positivado ou de cunho jusnaturalista.

Tais consequências nefastas levaram o conhecimento jurídico moderno a por em cheque o prolapado positivismo jurídico até então assente como perfeito e adequado.

Para tanto vem calhar à introdução cunhada por Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 06), em sua obra: “[...] Este estudo se constrói sobre a convicção de que **o direito não há mais de se resumir à mera aplicação de textos legais e de que estes não abrangem todo o direito podendo mesmo contradizê-lo**”. (Grifou-se)

Em apertada síntese as assertivas acima tem finalidade de introduzir o assunto com o que passamos ao ponto subsequente objetivando densificar o movimento que veio a ser denominado positivismo jurídico e precedeu o pós-positivismo jurídico sob o qual o trabalho irá debruçar-se como maior intensidade.

3.1 DO POSITIVISMO JURÍDICO

O termo “positivismo” surgiu na história da filosofia ocidental no século XIX e foi cunhado por Auguste Comte para designar uma teoria do conhecimento antigo (GOMIDE, 1999) tendo como cenário o avanço das ciências naturais, o positivismo pretendeu integrar todo o conhecimento humano por meio da metodologia empírica exata, liberta de toda e qualquer interpretação metafísica.

Segundo Silvino (2007), a corrente filosófica do positivismo influenciou variadas produções humanas além de situar-se em diversas tradições culturais. Na França, inseriu-se no racionalismo, de Descartes a Auguste Comte; na Inglaterra, apresentou-se com tradição empirista e utilitarista, John Stuart Mill e Herbert Spencer; na Alemanha, o cientificismo e monismo materialista, Ernst Heckel e Jakob Moleschott; na Itália, se amparou no naturalismo renascentista – Roberto Ardigò; e balizou o espírito da época.

No direito o avanço das teorias positivistas propugnou por transformá-lo numa ciência exata que para tanto deveria fundamentar-se em fenômenos reais cientificamente aferíveis. A filosofia investigaria apenas as relações entre as ciências individuais e os seus métodos e extrairia leis, como por exemplo a lei “comteana” dos “três estados”². (CONTE, 2002)

O positivismo jurídico surgiu na Alemanha durante a formação do Estado Moderno, especificamente na Escola Histórica de Direito sendo como principal idealizador o filósofo Savigny. Tem como principal característica criticar o direito natural como um direito universal, imutável, onde a razão era o que prevalecia como defendiam os Iluministas. (SAVIGNY 1968, p. 201 - 202)

Faz necessário distinguir que a filosofia do direito a época possuía origem no direito natural e os positivistas desejavam substituir essa filosofia por uma teoria geral do direito tendo como base Kelsen, por ser uma ciência jurídica “pura”, sem influência das demais áreas do conhecimento. Segundo Kelsen (1987) o direito basta-se em si mesmo.

Em sua Teoria Pura do direito coroa o positivismo iniciado por Comte estabelecendo o positivismo jurídico ou juspositivismo (LACERDA, 2009). Para ele, o direito deveria ser considerado como tal, independente de outras ciências ou da moral. As fontes do Direito “têm que ser buscadas apenas no próprio Direito, excluindo-se as fontes extrajurídicas, como hábitos e costumes compartilhados, além de valores disseminados socialmente”.

O positivismo pressupõe a existência de somente uma ordem jurídica que é aquela comandada pelo Estado que é soberana - para ele não há mais direito que o direito positivo, assumindo assim atitude de ostracismo perante o Direito Natural, o positivismo jurídico se satisfaz plenamente com o Direito Positivo, sem idealizar sobre a forma ideal do Direito, sobre o devir jurídico. Assim, para o positivista a lei assume a condição de valor único.

² Em sua Lei dos três estados ou estágios do desenvolvimento intelectual, Comte teorizou que o desenvolvimento intelectual humano havia passado historicamente primeiro por um estágio teológico, em que o mundo e a humanidade foram explicados nos termos dos deuses e dos espíritos; depois através de um estágio metafísico transitório, em que as explicações estavam nos termos das essências, de causas finais, e de outras abstrações; e finalmente para o estágio positivo moderno. Este último estágio se distinguiu por uma consciência das limitações do conhecimento humano. As explicações absolutas conseqüentemente foram abandonadas, buscando-se a descoberta das leis baseadas nas relações sensíveis observáveis entre os fenômenos naturais.

Neste contexto um dos grandes objetivos do direito que deveria ser - a justiça – era frequentemente sacrificada em nome da segurança jurídica o que não deixa de ser compreensível pelo momento histórico. Na transição da idade média para a moderna, de meados do século XVIII ao início do século XIX, a sociedade reclamava limites ao poder concentrado e ilimitado do soberano. Buscavam-se barreiras aos arbítrios dos reis absolutistas.

Neste sentido (KELSEN, 1987, p. 8): “[..]porque o problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do direito que se limita à análise do direito positivo como sendo a realidade jurídica. Os movimentos constitucionalistas modernos, cuja origem liga-se às criações da Constituição francesa de 1791 e da Constituição dos Estados Unidos de 1787, trouxeram consigo também um mito no sistema jurídico: a lei.

Esse instrumento conformador da liberdade dos cidadãos passa a ser considerado o único a legitimar a limitação dos seus direitos. Somente a lei válida poderia impor obrigações aos cidadãos. A lei e o primado da soberania popular ganham tamanha importância que são elevados ao nível de um dogma (MENDES et al., 2007, p. 176-180).

Aguiar (2004, p. 146) condensa o pensamento da época ao aduzir que a *“colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos pelo absolutismo”*. (Grifou-se). Qual seja: a limitação do soberano e a imposição de balizas às suas arbitrariedades.

A lei passa a ser considerada a expressão máxima da “vontade – soberania” popular, a qual é considerada o alicerce e fundamento central para a criação dos Estados modernos. *“O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical da soberania popular ganha espaço”* (MENDES et al., 2007, p. 176).

Essa mudança, decorrente também da estruturação do Estado moderno, ocorrida com fundamento na posição da norma positiva no sistema. Como dito *alhures*, a lei passa a ganhar maior importância jurídica que os postulados principiológicos, a ponto de afastar, de colocar em segundo plano os princípios contidos no ordenamento e de retirar-lhes a força normativa. As normas de conduta

passam a ser limitadas à lei, a qual passa a ser o ponto nodal de conformação da sociedade. Com isso, os códigos adquirem total centralidade no Direito.

Neste sistema positivista as leis adquirem “*um caráter de abstração desconhecido em épocas pretéritas, passando a expressar um padrão de comportamento contido em uma relação obrigatória entre uma hipótese abstrata e sua consequência*”. (AGUIAR 2004, p. 145)

A partir de então, a lei passa a prever uma solução a *priori*, abstrata, sendo aplicada ao caso concreto por meio de um método dedutivo. Passa a ser um “*comando estratificado, abstrato e coercitivo*” (AGUIAR, 2004, p. 146), não permitindo soluções criadas ulteriores à sua confecção. Em síntese, os efeitos decorrentes da aplicação da norma são conhecidos anteriormente a sua concreção, o que atendia a uma necessidade de proteção dos indivíduos em face dos desmandos e autoritarismos dos soberanos, numa época e que o direito ligava-se aspectos mitológicos e que o secularismo ainda buscava afirmação.

É neste contexto que surge o positivismo jurídico em contraponto ao jusnaturalismo. O direito natural é impelido “*para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX*” (BARROSO, 2007, p. 22). Conforme Barroso (2007) o positivismo “*equipara o direito a lei*” tratando-os como coisas equivalentes. Assim a lei deixa de ser somente uma das fontes do direito passando a ser seu único nascedouro e também seu “*morredouro*”³.

Para Kelsen o direito pode ter qualquer conteúdo, pois sua aferição dá-se no plano formal da vigência e da validade, (KELSEN 1987, p. 44):

Segundo o Direito dos Estados Totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalho e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como fora da ordem jurídica desses Estados.

O aplicador do direito não realiza a verificação se os efeitos, quando da concreção, são bons ou ruins, justos ou injustos, há somente a aferição de sua

³ Trocadilho com nascedouro, cunhado no sentido de dizer que o Direito não iniciaria na lei mas nela se esgotaria; nela nasceria e morreria.

validade, o sistema não adota uma pretensão de correção. Portanto, os aspectos morais são extrínsecos ao direito.

A inexistência de alguma abertura axiológica na aplicação da norma fez com que normas absolutamente injustas fossem aplicadas pelos juízes sem a possibilidade de sua correção, como foi o caso das leis de Nuremberg, ou na Itália com as leis fascistas, ou ainda no Brasil com os Atos Institucionais pós - 1964. Para Luis Roberto Barroso (2007, p. 22), foram as barbáries sobre a proteção da legalidade que promoveram a decadência do positivismo após a Segunda Guerra Mundial.

Como lembrado anteriormente em relação às leis de Nuremberg, em nome da lei o direito foi utilizado para a realização de barbáries e atrocidades. O mundo não mais aceitava o império de uma lei tirânica. Alguns parâmetros morais de justiça precisavam ingressar no direito, visto que somente os critérios formais de validade não eram suficientes. Com isso, surge o movimento de aproximação do Direito com a moral, denominado por alguns de pós-positivismo que será o próximo ponto abordado.

3.2 O PÓS-POSITIVISMO OU NEOCONSTITUCIONALISMO

Decisões desconectadas da justiça, como as àquelas atinentes ao fascismo e o nazismo, não mais poderiam ser admitidas. Assim a sociedade deu-se conta que, “se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei [...], o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos” (MARMELESTEIN 2008, p. 10).

Esta conjuntura criou um ambiente propício para o surgimento de uma nova doutrina constitucional denominada Neoconstitucionalismo que representa a superação do positivismo daí porque também denominada por alguns pós-positivista.

Embora pareça a mesma coisa importa considerar que Pós-positivismo e Neoconstitucionalismo são termos com suas distinções.

Segundo Barroso (2007, p. 22), “[...] o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo”. Dito de outro modo, o pós-positivismo pode ser encarado como formação teórica do neoconstitucionalismo permitindo repensar alguns alicerces jurídicos, como a teoria da norma⁴, a teoria das fontes⁵, interpretação⁶, etc.. Sendo utilizadas diversas nomenclaturas para esse novo paradigma filosófico como pós-positivismo, antipositivismo, neopositivismo, dentre outros.

O colapso do positivismo e sua derrocada são evidenciados, entre outras razões, a) pelo pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna, que fazem sucumbir a ideia de completude do sistema positivo codificado, e b) pelas dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas mesmo diante de soluções absurdas ou desproporcionais, como no exemplo do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista. Assim o positivismo tradicional passa a ser incapaz de explicar a realidade do direito, restante inepto para as aspirações da modernidade.

Autores como Robert Alexy (2008b), Ronald Dworkin (2002), Gustavo Zagrebelsky (2007), García Figuera (2009a) e, entre os nacionais, Paulo Bonavides (2009), Luís Roberto Barroso (2007), André Rufino do Vale (2009), Humberto Ávila (2009)²⁰, entre muitos outros, embora seus pensamentos não sejam uníssonos, entendem o direito segundo essa nova perspectiva.

Segundo André Rufino do Vale (VALE 2009 p. 47), há um ponto de convergência entre os autores citados: eles “relativizam a separação entre Direito e Moral, admitindo critérios materiais de validade das normas”.

Uma das principais críticas ao modelo positivista foi a falta de critérios valorativos para a aplicação da norma, a qual favoreceu, muitas vezes, decisões distantes da justiça e até mesmo absurdas.

⁴ As normas jurídicas não são mais somente as leis, decisões judiciais, costumes, etc.; a normatividade dos princípios reformula essa teoria.

⁵ Os princípios não são mais fontes secundárias, como previa o art. 4º da LICC, porém fontes primárias capazes de regular condutas, daí falar-se na aplicação direta dos princípios.

⁶ A teoria da interpretação alcança novo status ao receber influência da filosofia do direito: “a tópica (e a retomada em se pensar o estudo dos casos a partir de problemas neles suscitados), a hermenêutica (e todos os métodos de interpretação conhecidos e incrementados pela metodologia constitucional contemporânea) e a argumentação jurídica (no tocante à justificação do intérprete)” (SANCHÍS, 2009, p. 218).

O pós-positivismo objetiva sanar essa problemática, não mais admitindo o direito na sua acepção formal descompassada com a justiça, com supedâneo em normas “abstratas”, propugnando então pela implementação dos direitos constitucionais mediante uma verificação axiológica das normas não mais na sua “abstratividade”, mas nos reais resultados por elas produzidos, aplicáveis concretamente.

Hoje resta pacificado que o Direito é uma ciência social axiológica e normativa (prescritiva). Miguel Reale já ressaltava, em sua Teoria Tridimensional do Direito, a relação dos fatos com valores e com as normas. Tanto no positivismo como no pós-positivismo, não se modifica a noção de que os valores ingressam no direito de alguma forma. A diferença entre as duas correntes, no que se refere ao ingresso de valores no sistema, é que no primeiro os valores ingressam nas normas tão somente por meio da atividade legislativa, ou seja, a valoração entre o que é ou não é bom, para determinada sociedade em determinado contexto social é aferida pelo legislador. Assim, a moral é elemento externo ao direito, uma vez positivado não mais interage com este numa cisão superveniente.

No modelo positivista cumpre ao aplicador da lei observá-la daí porque neste contexto surgem expressões como aquele em que o Juiz é a “boca da lei” (MONTESQUIEU, 1973, p. 91). Importa considerar que o positivismo se contenta com a validade formal do direito, ou seja, o legislador não teria a obrigação de se pautar em qualquer valor moral ou mesmo principiológico. A lei estando em vigor é suficiente para ensejar a observação irrestrita e acrítica pela sociedade.

O pós-positivismo, ao seu turno, sustenta uma fundamentação jusfilosófica para que se possam buscar parâmetros de justiça ou equidade quando da aplicação do direito. Isso se dá com a abertura valorativa do sistema. Nessa nova corrente, a forma e o momento da inserção dos valores no sistema são alterados; os valores permeiam o sistema tanto no momento da confecção da norma como durante sua aplicação. Os princípios são representados os valores nessa concretização.

Assim, os valores pressupõem os princípios para adequação do sistema e passando o direito com isso a pretender maior correção. Mesmo as regras, sobretudo aquelas que contenham conceitos jurídicos indeterminados, necessitam

de um juízo de valor prévio do magistrado para sua significação. (LARENZ, 2003, p. 406-413).

Com isso, o operador do direito pode identificar princípios norteadores que tragam valores relevantes aplicando-os concretamente, a despeito das leis não os contemplarem ou serem contrárias. Desta forma é possível afastar determinada norma por ocasião da sua aplicação em concreto com o objetivo de se alcançar uma solução justa. Daí porque os princípios jurídicos passam a ser aceitos como “pautas axiológicas, abertas e indeterminadas” (MENDES et al., 2007, p. 121).

Sobre o tema, vem calhar o posicionamento de Luís Roberto Barroso:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. (BARROSO, 2007, p. 22, grifo nosso).

Por este viés, a lei dá espaço aos princípios e estes transportam os valores para dentro do sistema, passando a condição de centralidade no constitucionalismo moderno permitindo uma adequação quando da aplicação concreta das normas.

Para Alexy (Idem), a positivação dos direitos fundamentais representa “uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais”. Mais à frente, enfatiza:

[...] o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico (ALEXY, 2008b, p. 109).

Assim, o direito se abre aos valores aproximando-se da moral deixando de ser visto de forma hermética, com um fim em si mesmo, mas como um instrumento para consecução de valores superiores.

O próximo ponto a ser abordado é quanto a diferença entre princípios e regras.

3.3 PRINCÍPIOS E REGRAS – GÊNERO NORMAS JURÍDICAS

Primeiramente calha lembra que atualmente as normas se dividem em princípios e regras, ou seja, norma é um gênero que se compõe destas duas espécies.

Para o pensamento positivista clássico, princípios não eram considerados normas; no máximo eram vistos como fórmula integradora do sistema ou critério de hermenêutica. A partir dos estudos dos teóricos como Dworkin (1967) e Alexy (1979), o pós-positivismo elevou os princípios a condição de norma jurídica tal qual como as regras.

Humberto Ávila (2009, p. 25), por seu turno, também entende os princípios como normas jurídicas, posto que eles, “indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamentos”. Neste sentido manifesta-se também Paulo Bonavides (2009, p. 275), dentre outros. Portanto, na atual dogmática os princípios são normas e como tal possuem aptidão para gerir diretamente condutas. Ressalta-se também sua função estruturante do sistema, formatando as bases para a interpretação do direito.

Assim, Ivo Dantas ensina que:

[...] princípios são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, com tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade. (DANTAS, 1995, p. 59)

Ferreira Filho, explica minuciosamente que,

Os juristas empregam o termo 'princípio' em três sentidos de alcance diferentes. Num primeiro, seriam 'supernormas', ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são ponto de referência, modelo, para regras que as desdobram. No segundo, seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas – ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinadas ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma 'abstração por indução. (FILHO, 1991, p. 73 – 74)

Uma das formas de diferenciação entre princípios e regras, depende, por outro lado, da análise de seu grau de abstração concretude aferível também quanto a sua aplicabilidade. Por todos, Celso Ribeiro Bastos complementa:

O mais encontrável é o grau de abstração pelo qual não se acentua a diferenciação qualitativa entre princípios e normas, mas tão-somente se insiste no grau tendencialmente mais abstrato dos princípios em relação às normas. Outras vezes, o que se acentua é a aplicabilidade, o que vale dizer, que os princípios demandariam medidas de concentração em comparação com a possibilidade de aplicação direta das normas. (BASTOS e MARTINS. 2002, p. 376).

Assim o manejo dos princípios enseja um processo hermenêutico com maior complexidade já que os mesmos não seguem a lógica do tudo ou nada, mas sim a técnica da otimização por intermédio de um processo de ponderação o que se dá no interregno da análise de um caso concreto.

Neste sentido Canotilho reforça a ideia sobre a consequência da distinção entre princípio e regra, e aduz que os princípios: “[...] permitem o balanceamento de valores e interesses, não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’, mas sim consoante seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 168).

Segundo ele, a valoração constitucional deriva dos princípios contidos no ordenamento jurídico os quais conferem a ele sua unidade: “[...] são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional”. (CANOTILHO, 2003, p. 169).

Aprofundando-se no assunto impõe-se indagar sobre uma possível colisão entre princípios e regras, conflito que não se confunde com aquele entre duas regras que possuem normatividade para sua superação seja pelo método da hierarquia, da especialidade ou da temporariedade.

Observa-se que aparentemente os princípios podem ser contraditórios, no entanto é possível harmonizá-los, seja pela aplicação conjunta pela técnica da otimização “na melhor medida do possível” ou pelo afastamento de um pela maior preponderância do outro diante de determinado caso concreto, já que para eles – princípios - a interpretação não segue a dicotomia do “tudo ou nada”, conforme José Joaquim Gomes Canotilho: “[...] *Prevalecendo, afinal, apenas até o ponto em que*

deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é antagônico ou divergente". (CANOTILHO, 2003, p. 118).

Por fim, a influência dos princípios na hermenêutica constitucional consagra os valores que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico, revestindo o sistema constitucional da necessária harmonia e unidade. Para Celso Ribeiro Bastos, entende-se por valores os conteúdos materiais da Constituição: “[...] os valores podem vir inseridos dentro da Constituição, como uma autêntica norma jurídica”. (BASTOS; MARTINS, 2002, p. 77 - 78).

Nesta trilha as técnicas interpretativas propugnadas pelo positivismo com apego aos dispositivos legais de forma hermética, compartimentada, alheia aos princípios e a própria Constituição tem-se por ultrapassada. Impõe-se por outro lado uma abertura material da própria constituição e sua força hermenêutica, uma análise sistemática das normas, evitando-se antagonismos e antinomias o que é incompatível com o constitucionalismo moderno que propugna pela unidade da Constituição.

Conforme Branco (2009, p. 146):

A teoria das normas como princípios, distintos das normas-regras, é devedora dos estudos de Ronald Dworkin. Um princípio normativo e uma regra se assemelham – ensina o professor de Nova York –, porquanto ambos estabelecem obrigações jurídicas, mas se estremam no aspecto do tipo de diretiva que apresentam.

Para tanto vem calhar a diferença quanto aos conflitos normativos tocante as regras dos princípios (BRANCO 2009, p. 146):

A regra se **aplica segundo o modo do tudo ou nada, a aplicação é, pois, disjuntiva**. “Se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão”. As regras, ainda, comportam exceções que podem ser arroladas e enumeradas. Um conflito entre regras resolve-se pelos critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquico, da especialidade e cronológico). (Grifo nosso)

Já quanto aos princípios a técnica é outra, (BRANCO, 2009, p. 146):

Já os princípios não desencadeiam consequências jurídicas que se seguem automaticamente da ocorrência da situação de fato a que aludem. Daí

resulta que os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. **Quando os princípios interferem uns nos outros, “deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”**. Isso, admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio ou qual o seu peso numa situação observada. Não se resolvem os conflitos entre princípios, tomando um como exceção ao outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam.

Neste sentido objetivando densificar o referencial teórico com instrumentalização para os estudos de casos posteriores passa-se a analisar a denominada legalidade formal x legalidade material.

3.4 LEGALIDADE FORMAL X LEGALIDADE MATERIAL

A evolução do conceito de legalidade bem como as mudanças ocorridas na vinculação deste princípio com a Administração Pública são fenômenos relevantes na modernidade. Conforme Ferraz Júnior (1994, p. 287):

[...] a chamada interpretação gramatical tem na análise léxica apenas um instrumento para mostrar e demonstrar o problema, não para resolvê-lo. A letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica.

Forçoso se torna pensar que o princípio da legalidade deve, imperiosamente, ser trabalhado de acordo com a realidade contemporânea de sua época. A desmistificação da ideia da lei perfeita, em sentido estrito, o crescente protagonismo dos órgãos administrativos, e a distância existente entre a formulação teórica dos alicerces político-filosóficos do princípio da legalidade e a sua efetiva concretização, demonstram que as atividades da Administração Pública devem, agora, ser pautadas na lei em sentido material.

Neste viés o atendimento do princípio da legalidade, não meramente formal, mas (material) não se contenta com o embasamento em algum dispositivo legal sem que a solução dele decorrente encontre respaldo nos princípios constitucionais e na própria constituição. Para que seja possível uma análise crítica tocante às superadas leituras do princípio ora discutido, faz-se necessário um ressignificação de seu sentido, como também apreciar a possibilidade da aplicação direta dos princípios constitucionais que será o assunto tratado no próximo item.

4 APLICAÇÃO DIRETA DE PRINCÍPIOS NO ÂMBITO DA BRIGADA MILITAR – NOTAS INTRODUTÓRIAS

Inúmeras situações práticas não encontram respostas efetivas por intermédio de uma previsão legal exata e autoaplicável à situação concreta, por meio de uma subsunção direta. Outras vezes, existe uma colisão entre dois ou mais dispositivos legais, entre princípios constitucionais, ou, entre regras e princípios.

O sistema normativo brasileiro às vezes dificulta, inclusive, a localização de determinados diplomas legais no emaranhado de leis que cada dia mais se avolumam, inobstante o Administrador Público tem que diariamente tomar decisões, muitas delas em curto espaço de tempo.

O princípio da legalidade liga-se a segurança jurídica. A sociedade atual, por sua vez, vive uma era de incertezas. No mundo moderno da velocidade não há mais tempo para a certeza de outrora. A incerteza, o caos, a sociedade líquida são as novas formas de ordenação da vida social com influxo em diversos processos produtivos, de marketing e de gestão.

Vive-se a era da inovação, da aleatoriedade, da complexidade, onde o que era ultramoderno torna-se ultrapassado de um dia para o outro.

Neste contexto a segurança jurídica de outra hora não se coaduna com as demandas da contemporaneidade. Deve-se trabalhar com risco calculado, desenvolver métodos de decisão mais rápidos, mas seguros, holísticos que se ligam mais aos princípios do que as regras.

Esta nova conjuntura que não é um privilégio do direito, mas se irradia por outras áreas como da administração e das ciências liga-se a teoria do caos a era da complexidade e da aleatoriedade, conforme Morin (1996, p. 239):

A complexidade reclama uma verdadeira reforma do pensamento, semelhante àquela provocada no passado pelo paradigma de Copérnico. Mas esta nova abordagem e compreensão do mundo, de um mundo que “se autoproduz”, dá também um novo sentido à ação: é fazer apostas, o que significa que com a complexidade ganhamos a liberdade.

A busca por soluções simplistas, típicas de uma realidade racionalista, traz a perpetuação de modelos insuficientes, trazendo à sociedade contemporânea o que se pode chamar de mal-estar pós-moderno. Conforme Morin (1996, p. 239) “A grande descoberta deste século é que a ciência não é o reino da Certeza”.

Ora, se a própria ciência não é mais o reino da certeza, a pretensão do direito sê-lo perde completamente o sentido. O direito é uma ciência social e não pode mais olvidar-se da complexidade inerente a vida humana pretendendo oferecer soluções prontas e descontextualizadas. Faz-se necessário uma modificação de paradigmas onde se insere o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.

Para tanto a superabilidade das normas jurídicas surge como possibilidade conforme Thomas da Rosa de Bustamante, (Apud, ALBUQUERQUE, 2010, p. 299):

[...] trata-se de um fenômeno que é sempre possível no raciocínio jurídico fundado em normas jurídicas, tendo em vista que um sistema jurídico perfeito é algo irrealizável, haja vista que seria necessário, para a sua criação, existir uma regra para cada comportamento humano imaginável.

Tal superabilidade baseia-se em dois argumentos (ALBUQUERQUE, 2010, p. 300). **Primeiro argumento** - as regras são superáveis porque o legislador que as formula tem em mira disciplinar os casos normais delineados pelas suas condições de aplicação, **não os casos atípicos**, para os quais provavelmente teria estabelecido outra solução jurídica. Esse sentido da superabilidade é também mencionado por Carlos Alchourrón (Apud, ALBUQUERQUE, 2010, p. 300): “*Muitas (senão todas) formulações normativas são superáveis, isto é, possuem usualmente exceções implícitas, existem circunstâncias que afastam a norma ainda que elas não estejam explicitamente enunciadas*”.

Segundo argumento - informa que o sentido de um enunciado normativo pode ser excepcionado **por outro só acionado pelo e no contexto fático de aplicação**, o qual, em termos gerais, se vê compreendido na sua hipótese de incidência.

A possibilidade de sua operacionalização na via administrativa será verificada na análise de alguns processos e pareceres que tramitaram na Assessoria Jurídica do Comando-Geral da Brigada Militar que é o próximo tópico a ser abordado.

4.1 A APLICAÇÃO DIRETA DE PRINCÍPIOS COMO PRÁTICA E O CONSELHO DE DISCIPLINA LEI 71.500/72

A Submissão a conselho de Disciplina serve para avaliar a incapacidade da praça à permanência nas fileiras da corporação. A previsão legal se encontra no art. 44 da Lei 10990-90 (Estatuto dos Servidores Militares da BM do RS), e no Decreto 71500/72.

Dentre as hipóteses previstas, o objeto desta abordagem é somente aquela do inciso III do art. 2º: *“É submetida a Conselho de Disciplina, “ex officio”, a praça referida no art. 1º e seu parágrafo único. [...] III – Condenado por **crime de natureza dolosa**, não previsto na legislação especial concernente à segurança do Estado, em tribunal de liberdade individual **até 02 (dois) anos**, tão logo transite em julgado a sentença”*.⁷

Conforme a literalidade do dispositivo, a praça sendo condenada desde um dia, até dois anos (por crime comum), deveria ser submetida a Conselho de Disciplina a fim de ser averiguada sua capacidade, de permanecer nas fileiras da corporação, podendo o Conselho de Disciplina decidir pela exclusão da Praça.

Visto o dispositivo de forma panorâmica, não se vislumbra nenhum problema. Na prática, no entanto, a aplicação do dispositivo mediante uma interpretação literal, dissociada dos demais dispositivos e sem averiguar-se sua compatibilidade vertical com os princípios constitucionais, redundaria em situações desarrazoadas.

Atualmente tem-se instaurado CD (Conselhos de Disciplina), a Policial com mais de 10 anos de serviço e com uma conduta funcional ilibada gozando de ótimo conceito dentro da corporação, quando condenados a crimes de natureza comum de menor potencial ofensivo. Conselhos de Disciplina que se vislumbra, *a priori*,

⁷ Crimes de menor potencial ofensivo, já que a pena é até dois anos.

inócuos, porque nenhum motivo se vislumbra para que possa redundar pela não permanência nas fileiras da corporação, fazendo-o muitas vezes pró-forma.

Cite-se como exemplo o Policial que foi condenado por crime de Injúria, tendo como vítima sua vizinha, com a qual travou discussão em defesa de sua filha, enfim, questiúnculas pessoais, com as quais estão factíveis quaisquer pessoas. Mesmo caso lhe tenha sido imputada uma pena alternativa, com o trânsito em julgado, a Administração vir-se-ia “compelida”, por força do dispositivo legal a submeter o Policial a Conselho de Disciplina.

Enfrentando a questão, com base na temática pesquisada, defende-se que a autoridade competente poderia, de forma fundamentada, deixar de instaurar o Conselho de Disciplina em hipóteses como esta, que grassam ocorrer toda hora, impingindo um ônus inoportuno a toda a corporação. Note-se que ao instaurar-se um CD, o mesmo é agregado e afastado de suas funções. Perde-se ainda, 03 (três) Oficiais, os quais restarão envolvidos neste procedimento.

O CD, não vai apreciar novamente os elementos probatórios, visto que sobre tal assunto já se manifestou à justiça, deverá isto sim, averiguar se tal condenação é motivo da incapacitação do Policial a permanência na corporação. Veja-se que é muito mais uma questão de direito, de avaliação axiológica, do que de fato. Pois se o Policial, pela sua ficha demonstra conduta ilibada, necessário se faz que o crime seja efetivamente grave, ou com características peculiares a fim tornar o policial inapto.

Deve o crime, portanto, configurar falta disciplinar e preferencialmente de natureza grave. O Decreto 43.245/2004 (Regulamento Disciplinar da Brigada Militar), prevê duas hipóteses de falta disciplinar concernente a condutas típicas criminais no anexo I:

II - São consideradas transgressões de natureza **média**:

1. **Condutas dolosas** tipificadas como **infração penal de menor potencial ofensivo**, (com pena menor do que 02 anos) **atentatórias ao sentimento do dever ou à dignidade** do Policial-Militar; (grifo nosso)

Note-se que não basta para ser falta disciplinar que a conduta esteja tipificada como crime, deve ser o crime atentatório ao sentimento do dever ou à dignidade do policial-Militar. Do contrário não estaremos diante de uma falta disciplinar. Além

disto, mesmo que seja atentatório ao sentimento do dever ou à dignidade, estaremos diante de uma falta disciplinar de natureza média (devido ao máximo da pena).

Conclui-se então que, conforme o crime, nem falta disciplinar configuraria. E caso configure, será de natureza média.

Teria este mesmo crime aptidão para ocasionar a aplicação da pena capital de exclusão da corporação? Mesmo possuindo o Policial, conduta anterior ilibada?

Igualmente sendo o decreto 71.500, do ano de 1972, anterior a Constituição Federal, sua interpretação pós Constituição, deve ser feita tendo por baliza os princípios constitucionais atuais, dentre os quais se ressalta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto porque do Estado Democrático de Direito partem princípios regradores dos mais diversos campos da atuação humana. No que diz respeito a toda construção legal, e a aplicação do direito, há um gigantesco princípio a regular e orientar todo o sistema, princípio sob o qual se funda nossa democracia.

Trata-se de um braço genérico e abrangente, que deriva direta e imediatamente deste moderno perfil político do Estado brasileiro, a partir do qual partem inúmeros outros princípios próprios afetos a esfera penal e muitos deles também afetos a esfera administrativa, que nele encontram guarida e devem orientar o legislador e os operadores do direito que é princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Cabe ao operador do Direito exercer controle técnico de verificação da inconstitucionalidade de todo tipo penal e de toda adequação típica, de acordo com o seu conteúdo. Afronoso a dignidade humana, deverá ser expurgado do ordenamento jurídico. (CAPEZ, p. 10, 2005)

Convém lembrar a lição de Bandeira de Mello (2003, p. 817):

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

A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição:

[...] Os valores constitucionais compõe, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico **para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade** (LUÑO, apud Bulos, 2006, p. 83, grifos nosso)

Com base no acima exposto sustenta-se que em casos semelhantes pode a autoridade competente, fundamentando sua decisão, deixar de instaurar o Conselho de Disciplina, em observância aos princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, já que submeter um policial ao Conselho de Disciplina que se sabe desde o início inócuo, acaba ofendendo tal princípio. Ainda em observância aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, pois se nem falta disciplinar é, inapto seria para redundar na aplicação da pena capital de exclusão.

Um exemplo de fundamentação pela não instauração, nestes casos excepcionais, alinhado ao acima exposto poderia ser conforme segue:

O PM fulano de tal, foi condenado pelo cometimento do crime de (injúria, ameaça, dano, etc...) muito embora, depreenda-se de uma interpretação literal do Decreto 71.500/72, que seria necessário submetê-lo a tal procedimento, no caso em tela, tal submissão violaria os princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Razoabilidade e da Proporcionalidade, visto que resta cristalino desde o início que o crime é inapto para torná-lo incapaz de permanecer nas fileiras da corporação, a **uma**, porque é de pequena ou quase nenhuma lesividade social; a **duas**, porque não configura falta disciplinar, conforme Decreto 43245, anexo I, Inciso II, nº 1, pois não é atentatório ao sentimento do dever nem sequer afeta a honra militar; a **três** porque o Policial em tela encontra-se no comportamento (excepcional, ótimo, bom), com uma conduta ilibada; a **quatro** porque devido a grave falta de efetivo, não podemos dispor deste Policial, por diversos meses agregado, aguardando o deslinde deste CD, que desde o início vislumbra-se inócuo, pelos motivos supra mencionados, em atendimento, ainda, aos princípios da economicidade e a instrumentalidade das formas. Desta forma, em que pese a previsão literal do dispositivo legal, pela submissão do Policial Militar ao CD, devido a sua incompatibilidade vertical aos princípios constitucionais e pela sua insubsistência a uma interpretação integrativa, decido pela não submissão do Policial a Conselho de Disciplina.

Poder-se-ia sustentar tal solução também com base numa interpretação consentânea a Constituição da própria Normatização da Brigada Militar (Informação do Comandante –Geral da Brigada Militar publicada no Boletim Geral nº 063, de 03 de Abril de 1997, em resposta a consulta da Corregedoria Geral Da Brigada Militar):

Destarte, quando se tratar da condenação de praças por crimes comuns, e **em face da gravidade do fato, houver possibilidade de demissão** (exclusão) do serviço público, deve-se recorrer ao regramento seguido pela Administração para a submissão da praça ao processo administrativo disciplinar⁸. Aliás, a demissão da praça é ato punitivo de competência exclusiva da autoridade administrativa, não cabendo ao Poder Judiciário praticá-lo sob pena de violação do art. 2º da Carta Federal. Apenas nos crimes militares está expressamente autorizado o Tribunal Militar Estadual decidir sobre o afastamento da praça do serviço público, com a conseqüente perda de graduação. Incide portanto, plenamente o Decreto nº 71500/72.” (GUIMARÃES, P. 105, 2002)

Note-se que, conforme expressamente previsto nesta Normatização do Comando da Brigada Militar, para submissão do militar em casos com este exige-se a gravidade do fato, não bastando à condenação por um crime doloso, devendo ser procedido num juízo valorativo, de forma fundamentada. A adoção de tal procedimento significa uma modernização necessária no agir da administração pública militar, sobretudo o respeito aos direitos humanos dos quais é baluarte a dignidade da pessoa humana como princípio mãe da Constituição Federal.

O próximo capítulo irá abordar alguns processos que tramitaram na Assessoria Jurídica do Comando-Geral da Brigada Militar e que ilustram a aplicação das teorias desenvolvidas no presente trabalho.

⁸ Entenda-se Conselho de Disciplina, a Praça com estabilidade.

5 ESTUDO DE ALGUNS CASOS ANÁLISADOS PELA ASSESSORIA JURÍDICA COM BASE NAS TEORIAS ACIMA DISCORRIDAS

Objetivando uma conexão entre a teoria e a prática passa-se a tratar sobre alguns casos apreciados na Assessoria Jurídica do Comando-Geral onde a fundamentação jurídica construída teve por parâmetro os conhecimentos ora desenvolvidos, com a aplicação direta de princípios, com remissão a legalidade material com supedâneo no pós-positivismo.

Trata-se de quatro processos paradigmáticos conforme adiante será discorrido.

5.1 INFORMAÇÃO JURÍDICA 0225/2011 – IDADE PARA INGRESSO NA BRIGADA MILITAR

Refere-se a um processo que aportou na Assessoria Jurídica para que fosse apreciado o Edital para ingresso na Brigada Militar na graduação inicial, conforme ementa:

[...]

ASSUNTO: CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA DE NÍVEL MÉDIO DA BRIGADA MILITAR, NA GRADUAÇÃO DE SOLDADO. MOMENTO PARA AFERIÇÃO DA IDADE MÁXIMA. DATA INCERTA PREVISÃO QUE OFENDE O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. **ALTERAÇÃO DO EDITAL A DESPEITO DE NORMA EM SENTIDO CONTRÁRIO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DIRETA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.** (Grifo nosso).

[...]

A idade máxima para o ingresso, conforme constava na minuta do Edital, item 2.2, encontrava-se **fixada em 25 anos de idade até a data da inclusão**, o que reproduzia o contido na Lei Estadual 12.307/2005.

Tal previsão ocasionava que alguns candidatos inscritos dentro do limite de idade e após a aprovação em todas as fases, quando eram convocados para inclusão (neste interregno) ultrapassavam o limite etário de 25 anos.

Referida previsão legal (do momento para aferição da idade) mostrava-se inadequada por representar uma data incerta sujeita as vicissitudes do processo seletivo. Diante do problema a Assessoria Jurídica produziu uma Informação sugerindo que o Edital modificasse a data para aferição da idade num dispositivo que seria *contra legem*, ao contrário do que previsto na Lei 12.307/2005⁹.

Eis os fundamentos para tal previsão:

Assim como contido no EDITAL é normal muitos candidatos participarem do certame e ao serem chamado para a inclusão, terem ultrapassado o limite etário. **Às vezes por poucos dias. Em consequência, são eliminados, mesmo aprovados em todas as fases do certame. A injustiça desta situação resta indisfarçável:** o candidato participa de um certame com diversas fases, dispendioso, e ao final, aprovado resta condenado a eliminação por decurso de prazo, para o qual normalmente não deu causa.

[...]

Como a data da inclusão é uma data incerta, o candidato terá que contar não só com sua capacidade física, intelectual, psicológica, mas também com a **sorte**. (Grifou-se)

Conforme se constata acima pela sistemática prevista na Lei 12.307/2005 o critério diferenciador em alguns casos seria a própria sorte.

Tal sistemática também onerava tais candidatos por permitir participar do certame, mas impedir a inclusão mesmo aprovados:

[...] Não é difícil concluir a inadequação do sistema - franqueia-se a participação do candidato no certame, onera-se a todos, inclusive a administração, que gasta com o processo seletivo e vê-se impedida de incluir aquele candidato melhor qualificado e classificado, muitas vezes por questão de alguns dias.

Podendo os prejuízos serem ainda maiores, quando tais situações deságuam no judiciário e o candidato acaba obtendo provimento à sua demanda, [...], seja com os ônus da sucumbência, seja com o uso de todo o aparato jurisdicional para defender-se.

Com base no acima exposto existe um consenso que tal regra precisa ser modificada, que o momento para aferir o limite etário deve ser a inscrição no concurso e não a inclusão na Brigada Militar.

Porém a modificação deste dispositivo no Edital passava por afastar a aplicação de uma Lei, válida, vigente em vigor, o que seria impensado pelo critério positivista.

⁹ **Art. 2º** - Para ingresso na Brigada Militar deverão ser observadas as seguintes condições: XI - possuir, **até a data da inclusão**, a idade máxima: a) de 29 anos para o ingresso no Curso Superior de Polícia Militar e no Curso Básico de Oficiais de Saúde; b) de **25 anos para o ingresso no Curso Básico de Formação Policial Militar**; (Grifou-se).

Inobstante o parecer foi no sentido de tal modificação, a despeito e mesmo antes da modificação do texto legal, fundamentado nos princípios constitucionais e na diferença entre legalidade formal e legalidade material:

[...] Inobstante, após acurado estudo, entendemos que tal modificação deve ser inserida já neste próximo Edital, em observância aos princípios constitucionais da economicidade, razoabilidade, dentre outros. Que tal modificação/previsão no Edital, encontra amplo respaldo dentro do conceito de legalidade material, conforme abaixo será demonstrado. (Grifou-se).

Por tratar-se de uma interpretação *contra legem* fez-se necessário uma fundamentação com maior robustez, que passou também pelo afastamento das objeções ou de eventuais argumentos em sentido contrário:

OBJEÇÕES/ ARGUMENTOS CONTRÁRIOS
- IDADE DA COMPULSÓRIA PARA PRAÇAS

[...]

- EXIGÊNCIA QUE O REQUISITOS LEGAL ETÁRIO ESTEJA PREVISTO EM LEI.

[...]

Conforme amplamente debatido na doutrina, as **normas restritivas ao ingresso no serviço público devem estar previstas em Lei**, pois a regra geral, de origem Constitucional é o amplo e irrestrito acesso.

Nessa esteira, o concurso público é Cânone constitucional inserto nos incisos. I e II do art. 37 da CRFB/88, que define **o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas.** (Grifou-se).

Fundamentação que se baseou nos valores Constitucionais:

É cediço que nos regimes democráticos erigiu-se uma nova perspectiva da visão de Estado, sociedade e cidadania, visando à harmonização e equilíbrio das relações, onde ambos os pólos devem ter compromissos com o interesse público.

A Lei Magna de 1988, inspirada na idéia de ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos públicos na Administração direta e indireta, dispôs que *a investidura depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos* (art. 37, II).

Na doutrina:

Nos dizeres de Diógenes Gasparini, o instituto do concurso público caracteriza-se por ser: "**procedimento prático-jurídico da Administração Pública direta, autárquica, fundacional e governamental de qualquer**

nível de governo, para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob sua responsabilidade”.¹⁰ (Grifou-se).

Nos valores principais que regem a previsão Constitucional dos concursos públicos:

Neste sentido **antecipar o momento da aferição da idade máxima para a inscrição é uma norma que amplia o acesso ao serviço público**, sendo certo que aquele que tem 25 anos no momento da inscrição também terá tal idade no momento da inclusão (que é momento posterior), pelo singelo motivo que a idade anda pra frente e não volta para traz, motivo pelo qual a idade de amanhã sempre será maior do que a idade de hoje, já que a inclusão sempre se dará em momento superveniente a inscrição. (Grifo nosso).

[...]

Aliás conformaria a própria norma a Constituição, notadamente os princípio da economicidade e da razoabilidade. (Grifou-se).

Para tanto foi trabalhado com a diferença entre legalidade material e legalidade formal:

- DA LEGALIDADE MATERIAL

Legalidade material é aquela que deve ser aferida levando em conta não apenas a Lei em si, mas as **normas Constitucionais notadamente os diversos princípios Constitucionais**.

O princípio da legalidade transforma-se, desse modo, em **princípio da constitucionalidade**. Devendo, portanto, o Edital, subordinar-se à Constituição e à lei, nessa ordem em que se apresenta¹¹. **É a chamada legalidade material**.

Ao cabo do exposto, não podemos afastar a premissa de que a dinâmica das relações humanas não encontra seus limites nas ortodoxias do direito. Pelo contrário, conforme nos ensina Paulo Nader¹², pode-se dizer que as lacunas são imanentes à legislação, pois haverá sempre situações que desbordam dos parâmetros legais. Miguel Reale, ao referir-se ao artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, complementa, com distinção, **que o legislador reconhece primeiramente a impossibilidade de o sistema legal prever todo o campo da experiência humana, havendo sempre um grande número de situações imprevistas**¹³. (Grifou-se).

Com base nos fundamentos desenvolvidos optou-se por privilegiar os valores e os princípios constitucionais na formatação do Edital:

Obs. Referências colocadas em notas de rodapé por ser da forma como estão nos originais nas Informações da Assessoria Jurídica que estão sendo referidas (transcritas no texto).

¹⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹¹ BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado. Instituto Brasileiro de Direito Público. nº 9, 2007. Disponível em www.direitodoestado.com.br.

¹² NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

[...] É assim também no edital do concurso, que diante de eventuais lacunas, **deve curvar-se para permitir que fluam os valores maiores que compõem a ordem constitucional.** (Grifou-se).

Considerou-se também a própria Jurisprudência sobre o tema:

O próprio STF, excepcionando a regra geral da vedação a limitação etária sumulou a matéria dizendo que eventual limitação deve ser aferida na inscrição:

Súmula 683 /STF: "***O limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser pretendido.***"

Decisão idêntica ocorreu no TJ-BA, confirmada pelo STJ, no sentido de que o momento para a aferição da idade máxima deve ser a inscrição:

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça¹⁴, ministro Cesar Asfor Rocha, negou a suspensão dos direitos aos candidatos à vaga no Concurso Público para Formação de Soldados da Polícia Militar/2006 no Estado da Bahia, restabelecendo o direito destes em participar da etapa subsequente do concurso, sob o argumento de que "***a idade dos candidatos a cargo em concurso público deve ser verificada na data da inscrição***".

Em liminar anteriormente deferida pelo Desembargador Relator em 23.4.2008, a conclusão após o exame dos documentos constantes nos autos, foi que: "***se no ato da inscrição os impetrantes atendiam plenamente o requisito de idade, não podem vir a sofrer prejuízo decorrente da mora no processo seletivo***".

No mesmo sentido foi a decisão proferida no processo 020/1.09.0004249-2, da comarca de Palmeira das Missões:

Ademais, cabe referir que, no caso concreto, o edital de abertura do certame apenas mencionou que o candidato deveria ter, na data da inclusão, a idade de 25 anos, sem especificar, entretanto, qual seria a data da inclusão, o que evitaria situações como a relatada, já que durante o período de inscrição do concurso, ocorrido entre os dias 02.02.2009 a 25.02.2009, a demandante contava com 25 anos de idade, sendo que na ***data em que foi convocada para a apresentação da documentação exigida para a Sindicância da Vida Progressa a fim de ingressar no Curso Básico de Formação Policial Militar (30.06.2009), tinha, há 06 dias, completado 26 anos.***

Assim, o momento de verificação do limite de idade que melhor ***atenderia ao princípio da razoabilidade seria o do término da inscrição dos candidatos e nunca um termo incerto***, pois se sabe que ***é comum o prolongamento do certame por períodos indeterminados***. Aliás este é, consoante o disposto na legislação supra-legal, mais especificadamente no Decreto Estadual nº 37.536/97, o momento da verificação da limitação etária.

No mesmo sentido decisão do TJ-RS

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. BRIGADA MILITAR. SOLDADO. LIMITE DE IDADE. LEI ESTADUAL Nº 12.307/05. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. CASO CONCRETO QUE RECLAMA SOLUÇÃO DIVERSA.

1. Candidato excluído do concurso público para o cargo de soldado da Brigada Militar por possuir mais do que 25 anos de idade - limite máximo para ingresso na corporação.

¹⁴ (Fonte: www.stj.jus.br).

2. Caso concreto que reclama solução diversa em razão do impetrante ter completado 26 anos de idade apenas 6 dias antes da apresentação dos documentos para a comprovação dos requisitos para sua inclusão - que autoriza sua continuidade no concurso.

3. Edital de abertura do concurso que não previu datas específicas de cada etapa do certame. **Princípio da razoabilidade aplicado no caso concreto.** AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70032670457, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 29/04/2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. BRIGADA MILITAR. LIMITE MÁXIMO DE IDADE. Candidata ao cargo de **Soldado da Brigada Militar que contava com 25 anos de idade no momento da inscrição.** Embora reconhecida a legalidade da limitação etária para ingresso na carreira militar, **não se considera ultrapassado o limite máximo no caso concreto.** Deferimento da inscrição para participar no certame. Concreção do princípio da razoabilidade. LIMINAR CONFIRMADA. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70028822179, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 30/04/2009). (Grifou-se).

Tais jurisprudências também retratam a aplicação direta de princípios e ou a conformação dos textos legais ao princípio da razoabilidade.

Foi considerado também para fins de simetria, para demonstrar a adequação do que era sugerido, a Legislação Federal:

A Lei Federal 6.334/1976¹⁵, que trata especificamente sobre as idades para **inscrição** em concurso público, dispõe:

Art. 1º É fixada em 50 (cinquenta) anos a **idade máxima para inscrição em concurso público** destinado ao ingresso nas Categorias Funcionais instituídas de acordo com a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, exceto as integrantes dos Grupos Polícia Federal, Diplomacia e Tributação, Arrecadação e Fiscalização

Art. 2º - Para **inscrição** em **concurso** destinado ao ingresso nas categorias **funcionais do Grupo-Polícia Federal** e Polícia do Distrito Federal, são fixados os seguintes limites de idade: (Redação da LEI Nº 7.176 \ 15.12.1983)

I - mínima de 21 (vinte e um) anos;

II - **máxima de 28 (vinte e oito) anos**, quando se tratar de ingresso em categoria funcional que importe em exigência de curso de nível médio; e

III - máxima de 35 (trinta e cinco) anos, quando se tratar de ingresso nas demais categorias funcionais.

Também foi investigado quanto aos Editais idênticos dos outros estados:

¹⁵ Obs. Referências colocadas em notas de rodapé por ser da forma como estão nos originais nas Informações da Assessoria Jurídica que estão sendo referidas (transcritas no texto).

- EDITAIS DE OUTRAS UNIDADES FEDERATIVAS
Polícia Militar do Distrito Federal

EDITAL N.º 001 – DP/PMDF, DE 6 DE JANEIRO DE 2009

3. DOS REQUISITOS BÁSICOS PARA A INVESTIDURA NO CARGO

c) possuir a idade mínima de 18 (dezoito) anos completos, até a data de ingresso na PMDF e a **idade máxima de 30 (trinta) anos completos, até o último dia de inscrição no concurso** (não poderá ter completado 31 – trinta e um – anos);

Polícia Militar de Santa Catarina



ESTADO DE SANTA CATARINA; SECRETARIA DE ESTADO;
 SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA DO CIDADÃO; POLÍCIA
 MILITAR; DIRETORIA DE PESSOAL; CENTRO DE SELEÇÃO,
 INGRESSO E ESTUDOS DE PESSOAL

EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO Nº 002/CESIEP/2010

3 DOS REQUISITOS EXIGIDOS

[...]

3.2 Ter no mínimo 18 (dezoito) anos e **no máximo de 29 (vinte e nove) anos de idade até o último dia de inscrição;**

Até mesmo o Exército Brasileiro, visando estabelecer uma data exata para aferição da idade máxima tem colocado em seus editais, como parâmetro, o dia 31 de dezembro do ano da inclusão:

3. INSCRIÇÃO

a. Requisitos exigidos

3. possuir no mínimo, 16 (dezesesseis) e, **no máximo, 24 (vinte e quatro) anos de idade**, referenciados a **31 de dezembro do ano da matrícula;**

Por fim a Informação abordou a questão da legalidade material aduzindo que a previsão contida no Edital de Ingresso, a despeito de reproduzir um texto, era de questionável legalidade pela afronta direta aos princípios:

Por fim, é de **questionável legalidade o Edital** estipular como marco de aferição da idade dos candidatos **uma data incerta**, permitindo que façam o concurso e mesmo aprovados, impeça que sejam incluídos. **Tal ilegalidade** não deriva da falta de uma lei, **sentido estrito**, prevendo tal **requisito**; a ilegalidade advém por **afronta** direta de **Princípios Constitucionais** como da **razoabilidade** e da **economicidade**.

Afronta também o princípio da **segurança jurídica** que é justamente uma das finalidades ontológicas perseguidas pelo princípio da legalidade.

A existência de uma data futura e incerta (inclusão), em que pese previsto em lei, afronta o princípio da segurança jurídica por deixar os candidatos, mesmo aprovados e melhor classificados, a mercê da rapidez ou demora no andamento do processo.

Pode afrontar também o **princípio da impessoalidade** e da **competição** (inerentes ao concurso público), basta imaginar a situação em que um candidato pior classificado seja beneficiado por eventual demora na

convocação dos candidatos, fazendo eliminar um melhor classificado por ter atingido a idade limite. [...]

Por fim foi colacionada doutrina que fala da maior gravidade em violar-se um princípio do que uma norma:

Celso Antonio Bandeira de Mello ao falar dos princípios, esclarece:
Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma jurídica. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, **mas a todo o sistema de comandos.** É a **mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido,** porque representa **insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremessível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.** (2003, p.817)¹⁶.

E prossegue:

[...] Afronta também o princípio supra legal da **adequação dos meios aos fins**, que faz parte do princípio da razoabilidade. Conforme tal princípio, uma norma restritiva só é válida quando a restrição imposta atende uma finalidade de maior envergadura que a justifica. (Grifou-se).

Por fim veio à sugestão de redação do Edital quanto aos limites etários com base na fundamentação acima descrita:

Assim sugiro que a **cláusula 2.2** deve ser alterada para:
“Ter até a data do último dia da inscrição para o concurso 25 anos de idade (o que significa NÃO ter completado 26 (vinte e seis) anos, o que ocorre a 0 (zero) hora do dia do aniversário de 26 anos)”. [...]

Sobrevindo a conclusão da Informação, onde é abordado a questão do argumento de alguns de cunho positivista de que não caberia ao administrador público utilizar-se das técnicas hermenêuticas com base na constituição mas tão somente “cumprir a lei”:

III – DA CONCLUSÃO
 [...]

Obs. Referências colocadas em notas de rodapé por ser da forma como estão nos originais nas Informações da Assessoria Jurídica que estão sendo referidas (transcritas no texto).

¹⁶ **MELLO**, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2009

Por fim, poderia alguém argumentar que a Brigada Militar, por fazer parte do Poder Executivo, não estaria autorizada a interpretar e a aplicar a lei utilizando-se de hermenêutica constitucional. **Que cabe ao poder executivo cumprir a lei ao “pé da letra”, sem interpretá-la; que somente o Judiciário poderia/deveria curvar-se a Constituição e seus princípios.**

Tais **argumentos** devem ser **plenamente refutados**, pois **não existe lei** sem **interpretação** e **aceitar** tal **assertiva significaria** afirmar que toda **autoridade pública estaria obrigada** a ser **irrazoável** (refutar o princípio da **razoabilidade**) o que SMJ, iria na **contramão** da **evolução** do **próprio direito**.

Assim esta especializada por múltiplos motivos entende que não há objeção do ponto de vista legal para a inserção de tal cláusula no Edital a despeito da atual redação contida na Lei. (Grifou-se).

Por fim, mesmo com a sugestão pelo “afastamento” do dispositivo legal e (ou) pela sua “conformação” a Constituição Federal, foi sugerido que fosse deflagrado proposta de modificação do dispositivo legal:

De todo modo mostra-se razoável que seja deflagrada proposta de modificação da regra contida na Lei 12.307/2005, art. 2º, inciso XI, substituindo a palavra “**inclusão**” por “**inscrição para o concurso de ingresso**”, e nas alíneas “a” e “b” do inciso XI a **subtração** das palavras “**ingresso no [...]**”.

Ou seja, além de ser proposta a solução imediata do problema também foi sugerido a modificação da lei para que o celeuma fosse resolvido definitivamente.

5.1.1 – Análise/Síntese - Primeiro Caso

Esta informação acima é um exemplo da potencialidade para aplicação direta de princípios na Administração Pública inclusive pelo seu viés *contra legem*, desde que fundamentado nos princípios constitucionais.

Note-se que para tanto se exige uma fundamentação com maior densidade do que aquela que seria exigida fosse o caso da existência de um dispositivo específico, autoaplicável e alinhado aos ditames constitucionais.

Para tanto serviu-se a fundamentação de diversos elementos, doutrina, jurisprudência, direito comparado, refutação de argumentos contrários (uso da dialética) o que representa uma abertura hermenêutica, mas que não se confunde

com arbítrio, nem com uma decisão com base na consciência de quem decide, o chamado solipsismo, conforme discorrido por (STRECK, 2010).

Neste caso o paradigma pós-positivista permitiu um aperfeiçoamento da gestão, o alcance de melhores resultados a despeito da existência de uma lei em sentido contrário. A alteração da data para aferição da idade propiciou um melhor andamento dos certames públicos, com redução de ações judiciais e o atendimento dos princípios constitucionais.

5.2 – INFORMAÇÃO 081ASSJUR2011 - PEDIDO DE RECONDUÇÃO DE SERVIDORA CIVIL – EX POLICIAL MILITAR

Referido processo versava sobre pedido de recondução de servidora civil a qual anteriormente fazia parte dos quadros da Brigada Militar na graduação de soldado. A mesma após ter se exonerado e passado a atuar como servidora civil não se adaptou com a função e pretendia obter seu retorno.

O problema é que a lei específica somente trazia a previsão do retorno em caso de reprovação no estágio probatório.

Segue a Ementa da Informação:

ASSUNTO: REQUERIMENTO PARA RECONDUÇÃO DE SERVIDORA CIVIL QUE ANTERIORMENTE INTEGRAVA OS QUADROS DA BRIGADA MILITAR, E DECIDIU PLEITEAR SEU RETORNO APÓS ESTAR AFASTADA 01 ANO E 06 MESES DA CORPORACÃO.
[...]

Prossegue com o relatório que permite ambientar-se da controvérsia:

I - RELATÓRIO

A requerente JOSEANE postula o direito à recondução ao cargo de Soldado da Brigada Militar.

Conforme requerimento, após 11 na função de Policial Militar, teria assumido a função de Agente Administrativo, servindo por 1 ano e seis meses naquela função junto ao DA.

O direito postulado pela requerente vinha embasado no instituto da recondução, forte no art. 54 da Lei 10.098/94, inciso II, c/c art. 6, inciso, IV, do Decreto 47.715/11:

CAPÍTULO XV
DA RECONDUÇÃO

Art. 54 - **Recondução** é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de:

I - obtenção de resultado insatisfatório em estágio probatório relativo a outro cargo;

II - reintegração do anterior ocupante do cargo.

Parágrafo único - Encontrando-se provido o cargo de origem, o servidor será aproveitado em outro, com a natureza e vencimento compatíveis com o que ocupara, observado o disposto no artigo 52. (Vetado pelo Governador e mantido pela Assembleia Legislativa, conforme DOE nº 66, de 08/04/94)

Toda a controvérsia era devido ao fato da previsão da recondução trazer tal previsão em caso de obtenção de resultado insatisfatório no estágio probatório.

O processo vinha instruído com parecer favorável do Ilmo. Sr. Adj da SSRH/DP/DA, com duas laudas de informações, motivando seu parecer e o entendimento que tal norma abrigaria o direito postulado mediante uma interpretação extensiva do disposto no **inciso I do Art. 54 da Lei 10.098/94**. (Grifou-se).

Na análise jurídica foram trabalhados com os conceitos da legalidade já em consonância com os princípios constitucionais:

II - DA ANÁLISE JURÍDICA

A administração pública impõe-se o dever de cumprir a lei de ofício. Neste sentido o magistério de Ely Lopes Meirelles e tantos outros administrativistas, em homenagem ao princípio da legalidade.

Modernamente o **princípio** da **legalidade** deve vir (informado/**conformado/ enriquecido**) pelos **princípios Constitucionais**, dando origem ao chamado **princípio da legalidade material, que se contrapõe ao ultrapassado princípio da legalidade formal (de cunho estritamente positivista) apegado a uma determinada lei (com prevalência da interpretação literal). A legalidade material prioriza o método hermenêutico tópico problemático, propugnando pela colocação da Constituição onde ela deve estar – no ápice do sistema.** (Grifou-se).

Prossegue a fundamentação, justificando o motivo pelo qual a previsão legal não atendia aos princípios constitucionais, ensejando uma técnica hermenêutica integradora:

[...] Como o sistema normativo não consegue antever todas as situações concretas possíveis de ocorrerem, pois parte de um pressuposto ideal, sua aplicação (subsunção) desamparada da análise principiológica produz freqüentes injustiças e soluções que **a despeito de estar “conforme” a lei, afrontam o direito, os princípios e a normas Constitucionais.** (Grifou-se).

Prossegue com a demonstração do motivo pelo qual aquela situação e a solução apontada pela norma caso interpretada “ao pé da letra” não se adequava ao princípio da razoabilidade:

Neste sentido, **caso a requerente fosse reprovada** no Estágio probatório teria um **direito subjetivo na recondução** a função anterior.

Interpretar tal dispositivo ao pé da letra resultaria exigir - para que fosse atendido seu pedido de recondução - que **forçasse sua reprovação no referido estágio. Sendo reprovada** poderia **retornar a função anterior** na Brigada Militar, posto que se tratava de uma servidora militar concursada e estável antes de assumir o novo cargo de servidora civil. (Grifou-se).

Prossegue a fundamentação pelo método dialético:

Tal exigência não faria o menor sentido, sendo certo que **se a lei ampara aquele que reprova** no estágio probatório **não pode deixar no limbo aquele que embora ainda não aprovado/reprovado, deseja retornar, preenchidos os demais requisitos legais.** Seja por não adaptar-se a nova função ou por quaisquer motivos de foro íntimo.

Claro, tal desejo não se constitui uma obrigação ao Administrador, que deve diante do caso concreto averiguar os requisitos discricionários quanto a conveniência e oportunidade.

Não havendo impeditivo legal proibitivo e por intermédio de uma hermenêutica tópico problemática, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entendo, SMJ, que o pleito versado no presente requerimento encontra amparo jurídico. (Grifou-se).

A decisão levou em conta também aspectos subjetivos como o Parecer favorável de seu chefe imediato, o fato da requerente sempre ter sido considerada uma excelente servidora, não havendo qualquer fato que desabone sua conduta.

Por fim sobrevém a conclusão onde é indicado quais os fundamentos que alicerçaram a decisão:

III - DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, SMJ, entendo pela aplicabilidade do art. 54 da Lei 10.098/94, **com base no princípio constitucional da razoabilidade e da**

proporcionalidade, e levando em conta a recomendação favorável de seu Chefe imediato. (Grifou-se).

Como se percebe trata-se de outro caso onde a decisão pautou-se na Constituição Federal como norma integradora da solução apontada e conformadora da extração de sentido do texto legal.

5.2.1 Análise/Síntese - Segundo Caso

Este segundo caso retrata situação em que a requerente objetivava o reingresso na Brigada Militar por ocasião do estágio probatório na função para a qual havia sido aprovada.

O dispositivo legal somente trazia tal previsão em caso de reprovação no estágio probatório. A solução encontrada foi uma compatibilização do dispositivo com base no princípio da razoabilidade já que não faria sentido exigir que fosse reprovada para que então pudesse lograr êxito no retorno.

Trata-se de outro caso da aplicação direta de princípios constitucionais a despeito de regra legal, de sua não previsão, conformando o dispositivo legal a constituição.

5.3 INFORMAÇÃO - 0189ASSJUR2013 – CONCURSO INGRESSO MILITAR DO EXÉRCITO ADIDO

Referido processo tratou de pedido de recondução de dois militares após terem sido excluídos da Brigada Militar por decorrência de decisão judicial.

O processo no qual tiveram decisão desfavorável teve origem no desligamento de ambos por ocasião da inclusão, após aprovação em todas as fases do concurso. O desligamento foi devido o Exército Brasileiro ter permitido que os mesmos permanecessem “adidos”, durante a frequência no Curso de Formação Básico.

Tal decisão da comissão de concurso foi devido a previsão legal que o candidato para ingressar na Brigada Militar “deveria estar quites com as obrigações militares e “não poderia estar exercendo outro cargo público”.

Tal decisão administrativa ensejou o manejo de ação judicial onde foi concedido liminar, com provimento em primeira instancia. Após terem concluído o Curso sobrevivendo decisão de mérito desfavorável do TJ-RS (Tribunal de Justiça) sendo os mesmos desligados sendo que encontrava-se pendente de julgamento pedido de liminar nas instâncias extraordinárias.

O motivo pelo qual os militares pretendiam permanecer adidos durante o Curso de Formação é porque tal direito encontrava-se previsto nas leis do Exército e porque senão perderiam a gratificação pecuniária que têm direito, em razão de laborarem nas fileiras do exército brasileiro desde 01.03.2005. Segue a ementa:

ASSUNTO: PEDIDO DE MANUTENÇÃO NOS CARGOS. MILITARES QUE FORAM DESLIGADOS POR CONTA DE DECISÃO DE MÉRITO DESFAVORÁVEL EM AÇÃO JUDICIAL NA QUAL EXISTIA UMA TUTELA ANTECIPADA EM VIGOR. DECISÃO JÁ PUBLICADA EM DIÁRIO OFICIAL. ATO DO GOVERNADOR DO ESTADO. CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES MILITARES QUE DEVE SER AFERIDA COM BASE NA LEI DO SERVIÇO MILITAR E SEU REGULAMENTO, FATO NÃO OCORRIDO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 473 DO STF. (Grifou-se).

O relatório explicitou as minudezas do objeto requerido:

I - RELATÓRIO

Vem para esta especializada requerimento dos ex-soldados da Brigada Militar, [...] e [...], visando o re-ingresso na corporação até que seja apreciada a MEDIDA CAUTELAR impetrada no STF visando à concessão de liminar, em RECURSO EXTRAORDINÁRIO, contra decisão do TJ-RS.

Vem narrado nos autos que a ação se referia a possibilidade de permanecerem adidos ao Exército Brasileiro, [...] enquanto realizavam o Curso de Formação de Soldados. O objeto pleiteado teve a liminar deferida.

Conforme narrado o Concurso se referia ao Edital CBFPM/2009, após o término do Curso os mesmos realizaram a juntada dos respectivos certificados de reservistas, antes da cerimônia de conclusão, de modo que no momento da posse

(formatura, dias 22 e 23 de abril/2010) os mesmos haviam atendido todas as exigências contidas no Edital:

[...] A decisão de 1ª instância foi procedente confirmando a tutela antecipatória.

Apelou o Estado tendo o mesmo sido julgado procedente, sendo decidido que os requerentes deveriam ter preenchido todos os requisitos do Edital por ocasião da inclusão no Curso de Formação. Da decisão foi manejado Recurso Especial e Extraordinário, tendo sido necessário o manejo de agravo na tentativa de fazer os mesmos subirem, fls. 2.

Diante da situação, mesmo sem o trânsito em julgado, os requerentes teriam sido excluídos da Brigada Militar, o que foi publicado em Diário Oficial no dia 08/02/2013, fls. 20.

[...]

Encerrando com o pedido da manutenção dos requerentes nos cargos até que ocorra a decisão final do processo. Fazem juntadas de diversos documentos atestando a conduta ilibada dos requerentes no período em que estiveram na corporação.

Relatado o caso passou-se a análise jurídica:

O objeto da discussão judicial foi quanto ao momento do preenchimento dos requisitos contidos no Edital, notadamente, quanto a **quitação com as obrigações militares e o não exercício de outro cargo**:

10. DA INCLUSÃO

10.1 O ato de inclusão na Brigada Militar é o momento em que o candidato, preenchidos todos os requisitos para ingresso, previstos no número 2 deste Edital, [...] será incluído na Brigada Militar, atendendo a convocação para este fim, na graduação de Soldado e matriculado para frequentar o Curso Básico de Formação Policial Militar, que se constitui em etapa posterior a inclusão.

10.2 Os candidatos aprovados em todas as Fases do Concurso e atendidos os requisitos da Sindicância da Vida Progressiva, [...] após formalizado os requisitos de ingresso, bem como, o preenchimento da ficha cadastral e **declaração de que não exerce outro cargo ou emprego público (Federal, Estadual e Municipal)**.

[...]

2. REQUISITOS PARA INCLUSÃO NA BRIGADA MILITAR

2.1 - Ser brasileiro;

2.2 - Possuir ilibada conduta pública e privada;

2.3 - Estar quite com as obrigações eleitorais e militares;

[...](Grifou-se).

Note-se que o Tribunal de Justiça já havia proferido decisão desfavorável, mesmo assim foi sustentado pela possibilidade do retorno dos militares.

Embora o Tribunal já tenha decidido o processo, faz-se necessárias algumas considerações quanto ao direito sob litígio, posto a apreciação. Primeiramente há que ser considerado que ambos requerentes encontravam-se **quites com o serviço militar por ocasião do ingresso no CBAFPM/2009**, conclusão que decorre da interpretação da Lei 4375/1964 (Lei do Serviço Militar) e de seu Decreto DL 57.654/1966, pois o serviço militar obrigatório tem **duração normal de 01 ano** e ambos já haviam completado este período encontrando-se engajados. É o que consta na Lei do Serviço Militar N° 4375/1964: (Grifou-se).

ART. 2º - **Todos os brasileiros são obrigados ao Serviço Militar**, na forma da presente Lei e sua regulamentação.

[...]

ART .3º - O **Serviço Militar inicial será prestado por classes constituídas de brasileiros nascidos entre 1 de janeiro a 31 de dezembro, no ano em que completarem 19 (dezenove) anos de idade.**

ART. 6º - O Serviço Militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 (doze) meses. (Grifou-se).

Referida Informação sustentou a possibilidade de uma revisão do ato por entender que a interpretação dada pela comissão de concurso embora tenha sido com base num dispositivo legal (interpretação literal) deixou de considerar outros dispositivos (interpretação integradora) do significado da expressão “estar quites com o serviço militar” e do alcance da expressão “não estar exercendo outra função”:

O conceito de “**estar quites com a situação militar**” vem contido no Decreto 57.654/1966, nº 17:

17) estar em dia com as obrigações militares - É estar o brasileiro com sua **situação militar regularizada**, com relação às sucessivas exigências do Serviço Militar. **Para isto, necessita possuir documento comprobatório de situação militar**, com as anotações fixadas neste Regulamento, referentes ao cumprimento das obrigações posteriores ao recebimento daquele documento. Esta expressão tem a mesma acepção de “**estar quite com o Serviço Militar**”, constante de legislação comum, anterior. (Grifou-se).

Para tanto, foi procedido numa argumentação com base na dialeticidade demonstrando que a decisão com base num dispositivo desconsiderando os demais embora pudesse ser “legal” era antijurídica:

Ora, se o Exército Brasileiro liberou os dois requerentes para frequentarem o Curso de Formação da Brigada Militar **é porque os mesmos encontravam-se quites com o serviço militar, pois, do contrário, não teriam sido liberados.**

Liberou inclusive com remuneração paga pelo Exército, porque, pelo tempo que lá trabalharam, a lei garantiria a prerrogativa de frequentar referido Curso, optando pela remuneração. (Grifou-se).

Complementando: “[...] Por outro lado, a declaração de que NÃO exerciam outro cargo também é verdadeira posto que o Militar “adido” é afastado do cargo. É o que consta no Decreto 57.654/64, na parte dos conceitos e definição¹⁷:[...]. (Grifou-se).

Note-se que o problema desta controvérsia residia o significado da condição de “adido” em contraponto com aquela de “não estar exercendo outra função pública” neste ponto manifestou-se o Assessor:

Referida norma deixa claro que o “ADIDO” NÃO esta mais exercendo o cargo, pois tal nomenclatura se usa para a praça “ANTES de INCLUÍDA” ou “DEPOIS de EXCLUÍDA”. (vide nota rodapé nº 14)

No caso, ambos passaram a condição de adidos, que significa DEPOIS DE EXCLUÍDOS para o fim específico de FREQUENTAREM o Curso de Formação da Brigada Militar porque a Lei Federal assim lhes dava tal prerrogativa. (Grifou-se).

Prosseguindo a Informação:

Neste contexto, que motivo teria a Administração para impedir que os mesmos frequentassem o CBFPM/2009, estando na condição de ADIDOS no Exército Brasileiro e recebendo remuneração por parte do Exército ocasionando uma economia de recursos por parte do Estado? (Grifou-se).

Explicitando-se que provavelmente aquela decisão da comissão de concurso foi devido a um apego demasiado às normas do edital com uma cisão as demais normas jurídicas: “Possivelmente tal entendimento derivou um apego demasiado às normas contidas no Edital, sem o devido cotejamento com as normas federais acima referidas”.

Da mesma forma houve a preocupação em abordar eventuais argumentos contrários ao deferimento do pleito de forma dialética, por intermédio de um cotejo com os demais princípios envolvidos, sendo lembrado que a ofensa de um princípio deve ser aferida concretamente:

¹⁷ Dos Conceitos e Definições. Art. 3º Para os efeitos dêste Regulamento são estabelecidos os seguintes conceitos e definições: I) adição (passar a adido) - Ato de manutenção da praça, ANTES DE INCLUÍDA ou DEPOIS DE EXCLUÍDA, na Organização Militar, para fins específicos, declarados no próprio ato. (Grifou-se).

Por outro lado, tal participação no Curso de Formação não ofende o princípio da isonomia ou da igualdade. É que tal ofensa deve ser aferida a nível concreto e não abstrato. Qual a vantagem (quanto à concorrência com os demais candidatos) poderiam ter auferido pelo fato de se encontrarem AFASTADOS (ADIDOS) do Exército Brasileiro, APÓS a APROVAÇÃO NO CONCURSO?

Note-se que a discussão vertida sobre o caso é se eles deveriam PEDIR a BAIXA antes ou depois do Curso de Formação, **ocasião em que o certame (provas) já havia transcorrido**, daí porque impossível que pudessem obter qualquer beneficiamento deste fato. (Grifou-se).

Também um cotejo quanto aos aspectos legais (conflito de normas):

Mesmo que existisse uma Lei ESTADUAL que proíba um Militar do Exército frequentar o Curso de Formação da Brigada Militar na condição de (excluído) ADIDO do Exército, **tal norma teria que ser cotejada com outra norma FEDERAL, em sentido contrário, que garante a eles tal prerrogativa.** Neste cotejo, por questões de hierarquia, deveria prevalecer a norma FEDERAL em detrimento da norma ESTADUAL que lhe é contrária.

De qualquer forma não poderiam os requerentes ser prejudicados ao exercerem um direito contido em uma norma, tal qual como fizeram.

[...](Grifou-se).

Note-se que mesmo diante de uma decisão judicial, foi sustentada a possibilidade da anulação do ato administrativo anterior que deu azo ao manejo da ação judicial:

Repisando, portanto, o “CONCEITO DE QUITAÇÃO COM O SERVIÇO MILITAR”, **deve ser buscado na LEI e no REGULAMENTO do serviço MILITAR para fins de se aferir se os candidatos preenchiam os requisitos contidos no art. 9º e 10º da Lei 10.990/1997 o que NÃO foi adequadamente realizado e ocasionou o equívoco interpretativo.**

[...](Grifou-se).

Por fim sobreveio a conclusão:

Em face do exposto, sugere-se que o feito seja encaminhado ao escalão superior, SSP, Governo do Estado, a quem compete decidir sobre os pedidos, manifestando esta especializada favoravelmente ao deferimento pleito, **seja pela anulação do ato anterior que teria eliminado os requerentes do certame ao decidir que os mesmos NÃO estariam quites com o serviço militar, quando “dúvida não existia quanto a tal quitação”,** e depois, ao decidir que a declaração de NÃO exercício de outro cargo era falaciosa, **quando na verdade correspondeu aos ditames contidos na Lei do Serviço Militar que conceitua o ATO de ADIÇÃO “ADIDO” como exclusão da Unidade e afastamento da função.**

Se os militares concretamente não descumpriram as normas que foram argüidas, SMJ, não haveria motivo para terem sido eliminados do certame, podendo a Administração pública corrigir tal ato de ofício.

Repise-se, tratando-se o ato de momento anterior ao litígio, a decisão judicial superveniente não impediria que a Administração Pública, **excepcionalmente, corrija eventual ilegalidade de Ofício**, com base na **Súmula 473**¹⁸ do STF. (Grifou-se).

Interessante considerar neste ponto que a fundamentação foi no sentido de revisão do ato pregresso que deu origem ao litígio a despeito de eventual decisão judicial.

5.3.1 Análise/Síntese - Terceiro Caso

Neste caso a decisão pela eliminação dos candidatos do certame pela comissão de concurso, manejou uma interpretação positivista com apego a determinado texto legal, olvidando-se dos demais. Assim, equiparou a situação de adido - **aquela daquele que exerce outro cargo** - não considerando que mesmo nesta situação (**adidos**), os candidatos estariam “**afastados daquela função**” e “**quites com o serviço militar**”. Que a quitação significa o cumprimento das obrigações militares consistente ao serviço militar obrigatório o qual os mesmos já haviam a tempo concluído pois tratava-se de militares engajados a mais de 02 anos.

Outro aspecto interessante é que embora tal Informação tenha sido acolhida pelo Comando-Geral a mesma não foi acatada pela Secretaria de Segurança Pública não seguindo adiante.

Outra peculiaridade foi à decisão do Tribunal de Justiça a qual foi desfavorável aos requerentes. Pela sua análise, nota-se embora a decisão do tribunal tenha dito que os mesmos deveriam estar “quites com o serviço” militar antes do ingresso na BM, não foi dito o que configurava ou deixava de configurar tal quitação e porque, numa fundamentação insuficiente o que talvez possa ter ligação

¹⁸ **STF Súmula nº 473 - 03/12/1969 - DJ de 10/12/1969. Administração Pública - Anulação ou Revogação dos Seus Próprios Atos** A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (Grifou-se).

a forma como a mesma tenha sido manejada pelo procurador dos candidatos, inserindo-se dentro das chamadas vicissitudes do processo.

A despeito dos fundamentos jurídicos e das razões de decidir que levaram ao improvimento da demanda trata-se de uma decisão injusta, numa cisão do direito com a justiça.

Ora, o fato dos candidatos permanecerem “adidos” em nada prejudicaria “materialmente” o ingresso na Corporação. Não ocasionaria nenhum prejuízo tão pouco algum beneficiamento no certame em relação aos demais candidatos. Permanecerem adidos traduzia (tão somente) o exercício de um direito inerente a função que estavam exercendo de permanecerem adidos.

Por outro lado, o desligamento pelo improvimento da ação, após terem obtido liminar e concluído o curso quando já se encontravam afastados do exército e em pleno exercício da função, mostra-se contraproducente aos interesses do estado e da própria sociedade. Teria havido no curso do processo a perda do seu objeto ou no mínimo a perda do interesse no litígio por parte do Estado.

Tratava-se de dois candidatos aprovados em todas as fases do concurso (melhor classificados) os quais já haviam sido formados após a realização de um curso a expensas do Estado. O desligamento subsequente não traz nenhuma vantagem para a administração pública e representa o cerceamento a um exercício de um direito expressamente previsto em uma Lei Federal por conta de uma lei estadual sem que aja uma compatibilização entre as duas.

A remissão - no Acórdão como razões de decidir – sobre precedentes atinentes a exigência da Carteira de Habilitação passam ao largo do verdadeiro objeto do litígio versado nos autos. Mostra que a deficiência de fundamentação não é um privilégio da Administração Pública:

Descabida, pois a pretensão dos autores em ser incluídos na Brigada Militar, e conseqüentemente de freqüentar o Curso Básico de Formação, sem demonstrar que preencheram requisitos exigidos no edital do certame. Nesse sentido, precedentes:
“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. BRIGADA MILITAR. CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO. REQUISITO DE NATUREZA OBJETIVA. CURSO DE FORMAÇÃO MILITAR. POSTERGAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. De acordo com o item 2.12 do Edital nº 4 A/CBFPM/2009, exige-se do candidato a carteira de habilitação na inclusão,

requisito de natureza objetiva, a fim de que participe das aulas de direção e técnicas de condução de veículo, ministradas no Curso Básico de Formação, em que o candidato, já na condição de aluno, será capacitado para o pleno exercício de suas funções de soldado da Brigada Militar. APELAÇÃO DESPROVIDA. POR MAIORIA.” (Apelação Cível Nº 70034569384, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz Reis de Azambuja, Julgado em 09/02/2011)

Demonstra que a simples procura por um precedente a fim de “fundamentar” eventual decisão judicial sem a devida fundamentação, sem a devida justificação do motivo pelo este ou aquele precedente guarda similitude com o objeto vertido nos autos é tão arbitrária ou pior do que aquela baseada em um texto de lei, numa interpretação literal e compartimentada com esquecimentos de todos os demais preceitos jurídicos e até mesmo da Constituição Federal.

A busca desenfreada por algum precedente traduz a jurisdição do “cola copia” ou a busca pela “capa de sentido” na expressão incorporada por STRECK (2010, p. 81) numa Jurisdição “prêt-à-porter” (roupa pronta):

Com a massificação do Direito, construímos uma **cultura estandardizada, prêt-à-porter**. Ao invés **de construirmos altas reflexões, condensamos verbetes jurisprudenciais**. De determinado modo, agimos como se estivéssemos na metafísica clássica, acreditando no “mito do dado”, como se as palavras refletissem a essência das coisas. É claro que isso enfraquece a reflexão jurídica, fragilizando, conseqüentemente, o papel da doutrina. (Grifou-se).

A implementação de uma nova cultura jurídica encontra resistência nas mais diversas instâncias públicas sendo chamado por alguns de “ranço positivista” (RABENHORST, 2000) que permeia nossa sociedade e resplandecem incólume e refratária diante da evolução.

5.4 O PÓS-POSITIVISMO E O NEOCONSTITUCIONALISMO NA BRIGADA MILITAR – POSSIBILIDADES E (OU) LIMITES DE APLICAÇÃO

A possibilidade da aplicação direta de princípios no âmbito administrativo ou judicial encontra algumas resistências na prática com base nos mais diversos argumentos.

Fala-se em insegurança jurídica, em subjetivismos, no ativismo judicial e ou administrativo, na substituição do arbítrio da lei pela lei do arbítrio, no arbítrio dos homens dentre outros argumentos.

No âmbito administrativo alguns interpõem o argumento inclusive de que ao administrador “incumbe cumprir a lei sem interpretar”.

No meio militar ainda existe a questão da “cultura interna” (MONJARDET, 2003), obediência hierárquica, da disciplina, e os rigorismos que dificultam o desenvolvimento de um discurso dialético e a prática da reflexão.

Este estado das coisas acaba dificultando a implementação de uma nova cultura jurídica, pois por tradição existe um apego a formalismos, a procedimentos inflexíveis por influxo da escola burocrática tornando as instituições militares mais refratárias às mudanças.

Esta cultura acaba se refletindo no dia-a-dia do exercício da função policial. Para exemplificar o que significa esta introdução passamos a tratar de algumas questões específicas onde entra em cotejo uma interpretação da norma de forma literal (privilégio do dispositivo legal) em contraponto com uma interpretação constitucional (com privilégio dos valores contidos nos princípios constitucionais).

Os exemplos abordados permitem antever que este novo paradigma se reflete também na atividade operacional.

5.4.1 O fogo no hospital e o positivismo incendiário

Há algum tempo atrás ocorreu um sinistro na cidade de Ijuí onde pegou fogo no Hospital de Caridade.

A guarnição que se encontrava de serviço dirigiu-se com um dos caminhões para combater o fogo e salvar os doentes, alguns deles acamados sem possibilidade de locomoção.

O sinistro avançava rapidamente e havia necessidade de mais uma guarnição em apoio aos primeiros Bombeiros. Com o aviso, logo vieram para o Quartel alguns

Bombeiros, porém nenhum deles possuía habilitação para conduzir viatura pesada (caminhão de combate a incêndio) o qual se encontrava pronto para o emprego.

Existe um fenômeno que ocorre ou ocorria nos Bombeiros que é o “desinteresse” para condução de viaturas de combate a incêndio. Assim poucos Bombeiros eram designados para tal função e frequentavam o curso de formação de condutores de viaturas pesadas.

La estava o Hospital pegando fogo, um caminhão parado no quartel por falta de motorista habilitado e a guarnição 4 – 5 bombeiros entreolhando-se.

O militar mais antigo presente no Quartel, a quem incumbia decidir alguma coisa, traduzia o pensamento da maioria: não é possível permitir que algum outro bombeiro conduza o caminhão sem que possua habilitação para tal. A lei não autoriza! (Paradigma positivista que privilegia algum texto legal, numa interpretação literal).

Para robustecer a conclusão surgiam diversos argumentos:

- Se um dos militares conduzir o caminhão estaria cometendo um ilícito administrativo (de trânsito) e disciplinar;
- Se o militar mais antigo determinar estaria sendo ele assumindo e sendo o culpado por quaisquer problemas advindos desta ordem.
- O fato de não ter mais um bombeiro habilitado para conduzir o caminhão é um problema do Estado não é meu.

Enfim, os argumentos eram os mais variados possíveis e todos eles no mesmo sentido, concatenados por praças e oficiais que lá se encontravam presentes.

Não se trata de apreciar se tais condutas estão certas ou erradas são legais ou ilegais, a apreciação pretendida é mais profunda.

Porém inegável que tal procedimento perante a comunidade se traduz numa extrema ineficiência e ineficácia. A comunidade não aceita ver seus doentes morrendo incendiados enquanto permanecem 4 – 5 bombeiros inertes ao redor de um caminhão de combate a incêndio. Inegável que tal inércia, conquanto possa ser

aceita dentro de uma cultura burocrática, positivista, ofende o que é preconizado pela administração gerencial e sua propalada busca pela eficiência.

Pois bem, os fundamentos até aqui desenvolvidos permitem dizer que seria possível algum daqueles bombeiros que soubessem conduzir veículo pesado conduzi-lo até o local do incêndio, sem que com isto restasse sujeito a alguma responsabilização.

E nem se trata de recorrer explicitamente as teorias pós-positivistas, mas tão somente de compreender que o direito não se encerra em determinado texto legal e que sem interpretação não existe norma e não existe direito.

Para antever uma solução para a contenda bastaria compreender o alcance do contido no art. 23 do código penal e suas excludentes de ilicitude as quais também (não por acaso) são reproduzidas no RDBM Decreto 43.245/2004.

Ora as excludentes de ilicitude não se aplicam tão somente a esfera penal, elas também incidem quanto aos ilícitos civis e ou administrativos como é aquela do estado de necessidade (no caso de terceiros) contido no inciso II do art. 23 do Código Penal Brasileiro.

Assim, aquele bombeiro caso conduzisse referido caminhão, a despeito da inabilitação (embora formalmente estivesse descumprindo alguma regra) estaria acobertado pela excludente de ilicitude, no caso, estado de necessidade de terceiros (doentes do hospital) a despeito de não ser habilitado pela força e (ou) para conduzir viatura pesada.

Se estes argumentos não bastam, poderia se recorrer a dignidade da pessoa humana, ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade dentre outros preconizando-se pela aplicação direta dos princípios constitucionais dentro da excepcionalidade da situação.

Afinal, o que seria mais importante (proporcional), cumprir uma regra de trânsito/ interna da corporação, ou salvar vidas de doentes presos em suas camas prestes a morrer incendiados? (A vida X a Regra de Trânsito?) Por incrível que possa parecer tivesse sido viável uma pesquisa de campo sobre o tema (sobre o que cada um faria diante de um caso semelhante) as respostas (a julgar pelo pensamento que paira em nossa cultura) poderiam ser surpreendentes.

Claro que em decorrência do próprio princípio da razoabilidade o mais “antigo” recomendaria ao condutor designado “*ad hoc*” que não corresse, dirigisse com as devidas cautelas (risco moderado) etc..

O exemplo mostra que o “legalismo” extremado pode ser tão ou mais arriscado e perigoso do que eventual “principiologismo” o qual teme-se muitas vezes pelo desconhecimento.

5.4.2 Policiamento na Rodovia – e a lei da insegurança

Outro caso que merece remissão é a atuação ocorrida em anos pretéritos na denominada “Estrada do Mar” no litoral gaúcho.

Em determinada madrugada, há alguns anos atrás, num final de semana, lá se encontravam famílias inteiras seguindo viagem a pé, pelo acostamento da rodovia. Crianças, adultos, velhos, mulheres inclusive com crianças de colo.

Mas e o que tem a Brigada a ver com isto?

Um positivista diria: nada. Estava lá somente cumprindo a lei. Os carros não licenciado e (ou) por qualquer outro motivo não “recomendados” para rodar estão sendo notificados e recolhidos.

O fato das pessoas seguirem viagem a pé não é problema meu diria um positivista.

Assim punham-se todas aquelas pessoas ao risco da própria sorte. Afinal existe algum dispositivo legal prevendo que a Brigada Militar não possa multar veículos com crianças de colo? Existe algum dispositivo legal prevendo que a Brigada Militar tenha que conduzir as pessoas com o caso recolhido?

Assim pensam os positivistas que grassam cometendo arbitrariedades a pretexto de cumprir a lei, privilegiando um dispositivo legal em detrimento da vida e da segurança das pessoas.

Ao cumprir uma regra de forma cega, descumpriam-se diversos outros preceitos normativos como por exemplo a função para o qual a Polícia Rodoviária existe:

POLICIAMENTO OSTENSIVO DE TRÂNSITO - função exercida pelas Polícias Militares com o **objetivo de prevenir e reprimir atos relacionados com a segurança pública** e de garantir obediência às normas relativas à segurança de trânsito, assegurando a livre circulação e evitando acidentes. (Grifou-se).

Ou quanto aos objetivos maiores do trânsito, que naturalmente há de ser a preservação da vida:

Art. 1º O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.

[...]

§ 2º O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e **dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito**, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, **adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito**.

§ 5º Os órgãos e entidades de trânsito pertencentes ao Sistema Nacional de Trânsito **darão prioridade em suas ações à defesa da vida**, nela incluída a preservação da saúde e do meio-ambiente. (Grifou-se).

Mesmo que não existissem tais preceitos no Código de Trânsito Brasileiro tais soluções contemporizadoras¹⁹ dos rigores da lei seriam factíveis com base na Constituição Federal, nos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade dentre outros.

Este é mais um exemplo de que não existe norma sem interpretação e de que uma interpretação literal atualmente é tida como a pior e quiçá mais perigosa das interpretações o que reforça uma necessidade de um novo paradigma jurídico.

¹⁹ Após alguns problemas do gênero a normatização interna adaptou-se criando regras de exceções para as hipóteses de recolhimento dos veículos adequando as demais normas atinentes ao trânsito.

6 METODOLOGIA

6.1 MÉTODO DA PESQUISA

Prodanov e Freitas (2013, p.24) definem método como o:

[...] caminho para chegarmos a determinado fim, como o conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos adotados para atingirmos o conhecimento. Método científico é o conjunto de processos ou operações mentais que devemos empregar na investigação. É a linha de raciocínio adotada no processo de pesquisa. Os métodos que fornecem as bases lógicas à investigação são: dedutivo, indutivo, hipotético-dedutivo, dialético e fenomenológico. Vários pensadores do passado manifestaram o desejo de definir um método universal que fosse aplicado a todos os ramos do conhecimento. Hoje, porém, os cientistas e filósofos da ciência preferem falar numa diversidade de métodos, que são determinados pelo tipo de objeto a investigar e pela classe de proposições a descobrir.

A metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica inerente ao pós-positivismo jurídico chamado por alguns de Neoconstitucionalismo em cotejo com o que é proposto pela Administração Gerencial como ferramental para o aumento da eficácia no âmbito da Brigada Militar.

Em relação ao método dedutivo, Prodanov e Freitas (2013, p.27) afirmam que:

O método dedutivo, de acordo com o entendimento clássico, é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular. A partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, prediz a ocorrência de casos particulares com base na lógica. “Parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.” (GIL, 2008, p. 9). Método proposto pelos racionalistas Descartes, Spinoza e Leibniz pressupõe que só a razão é capaz de levar ao conhecimento verdadeiro. O raciocínio dedutivo tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas. Por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, chega a uma conclusão. Usa o silogismo, a construção lógica para, a partir de duas premissas, retirar uma terceira logicamente decorrente das duas primeiras, denominada de conclusão.

Assim o método foi o dialético onde a análise de algumas decisões paradigmáticas teve por escopo ilustrar as teorias desenvolvidas na pesquisa e também analisar suas adequações / inadequações ao que é proposto pelo Pós-positivismo / Neoconstitucionalismo Jurídico.

6.2 CLASSIFICAÇÃO DA PESQUISA

6.1.1 Quanto à sua natureza

Trata-se de pesquisa aplicada já que os conhecimentos produzidos visam uma renovação do ferramental jurídico para tomada de decisão no âmbito da Brigada Militar. (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 60)

6.1.2 Quanto aos seus objetivos

Exploratória já que a mesma é bibliográfica onde foram apreciados algumas decisões e procedimentos com a finalidade de ilustrar os conhecimentos desenvolvidos.

6.1.3 Quanto aos procedimentos técnicos

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, que no dizer de Prodanov e Freitas (2013, p. 54) é:

[...] quando elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de: livros, revistas, publicações em periódicos e artigos científicos, jornais, boletins, monografias, dissertações, teses, material cartográfico, internet, com o objetivo de colocar o pesquisador em contato direto com todo material já escrito sobre o assunto da pesquisa. Em relação aos dados coletados na internet, devemos atentar à confiabilidade e fidelidade das fontes consultadas eletronicamente. Na pesquisa bibliográfica, é importante que o pesquisador verifique a veracidade dos dados obtidos, observando as possíveis incoerências ou contradições que as obras possam apresentar.

A pesquisa foi bibliográfica sendo procedidos os estudos das teorias e doutrinas sobre o tema sendo que também foram apreciadas algumas decisões administrativas com o fim de ilustrar o conhecimento produzido, com o que pode ser classificada também como documental.

6.1.4 Quanto à abordagem do problema

Em relação à abordagem, a pesquisa é qualitativa, na qual Prodanov e Freitas (2013, p. 70) afirmam que:

[...] há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números. A interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados são básicas no processo de pesquisa qualitativa. Esta não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas. O ambiente natural é a fonte direta para coleta de dados e o pesquisador é o instrumento-chave. Tal pesquisa é descritiva. Os pesquisadores tendem a analisar seus dados indutivamente. O processo e seu significado são os focos principais de abordagem. Na abordagem qualitativa, a pesquisa tem o ambiente como fonte direta dos dados. O pesquisador mantém contato direto com o ambiente e o objeto de estudo em questão, necessitando de um trabalho mais intensivo de campo. Nesse caso, as questões são estudadas no ambiente em que elas se apresentam sem qualquer manipulação intencional do pesquisador. A utilização desse tipo de abordagem difere da abordagem quantitativa pelo fato de não utilizar dados estatísticos como o centro do processo de análise de um problema, não tendo, portanto, a prioridade de numerar ou medir unidades. Os dados coletados nessas pesquisas são descritivos, retratando o maior número possível de elementos existentes na realidade estudada. Preocupa-se muito mais com o processo do que com o produto. Na análise dos dados coletados, não há preocupação em comprovar hipóteses previamente estabelecidas, porém estas não eliminam a existência de um quadro teórico que direcione a coleta, a análise e a interpretação dos dados.

A pesquisa foi preponderantemente qualitativa eis que as decisões apreciadas foram somente a título de ilustração sobre o tema desenvolvido.

6.2 OBJETO DE ESTUDO

Com o fito de ilustrar o tema desenvolvido foram apreciadas algumas decisões administrativas com base em análises procedidas pela Assessoria Jurídica do Comando-Geral da Brigada Militar em cotejo com o referencial teórico e com a pesquisa bibliográfica.

6.3 TÉCNICAS DE COLETA DE DADOS

Documentação indireta com utilização de fontes bibliográficas e legislação.

6.4 INSTRUMENTO DE PESQUISA

A ficha de leitura foi utilizada como instrumento de pesquisa, tendo em vista a sua natureza bibliográfica, a qual Prodanov e Freitas (2013, p. 135) afirmam:

Quando o fichamento for realizado no contexto de uma pesquisa ou de uma revisão bibliográfica, com o propósito de registrar informações úteis à elaboração do trabalho acadêmico, terá um objetivo específico, que envolve um tema ou temas; como tal, a decisão sobre o que retirar de um texto ou de uma obra e o registro sob a forma de resumo ou de citação terão como critérios os objetivos temáticos. Assim, no primeiro tipo de fichamento, a argumentação do autor da obra consultada dirigirá o trabalho. No segundo tipo, serão os objetivos do pesquisador que orientarão o que registrar. O corpo da ficha de leitura pode ser organizado de diferentes maneiras. Pode conter, por exemplo, apenas o resumo das ideias do autor e nenhuma citação ou comentário pessoal do fichador; ou, então, pode apresentar o resumo, que sintetiza o conteúdo, e as citações, ou seja, transcrições mais significativas de trechos do conteúdo, sempre entre aspas e com indicação da respectiva página, o que tornará a ficha mais completa. A organização da ficha deve ser feita de tal modo que permita identificar posteriormente a página da obra onde se localiza esse ou aquele conceito, uma idéia ou um argumento, bem como distinguir as expressões ou palavras do autor da obra. Assim, as citações, conforme já mencionado, deverão estar sempre entre aspas e com indicação da página de onde foram retiradas.

Sendo que tal instrumento mostra-se importante para a adequada remissão quando do desenvolvimento do texto.

7 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A revisão bibliográfica bem com a análise de alguns casos concretos possibilitou verificar quanto a possibilidade da aplicação das teorias Pós-positivistas no âmbito da Brigada Militar como referencial teórico e técnica hermenêutica para ressignificação do princípio da legalidade no que se inclui a aplicação direta de princípios.

Porém cabe referir que para tanto se impõe uma fundamentação adequada, não é um mero ato de escolha o que pode transmudar-se em arbítrio e significar uma involução quanto a segurança jurídica. Neste sentido (BRANCO, 2008, p. 184):

A pretensão de correção normativa de Dworkin, assim, **não dispensa a justificação da decisão, que demonstre a escolha de uma norma válida e também adequada, de modo a tornar patente a satisfação das exigências do direito como integridade.** Assim estaria assentada a legitimidade da deliberação. A reconstrução do caso concreto mostraria o princípio adequado para a espécie. Essa justificação será crucial. Não há, nessa perspectiva, uma ponderação livre a ser estabelecida pelo aplicador do direito entre mais de um princípio aplicável, porque apenas um é o que deve incidir. (Grifou-se).

Em suma, estes novos paradigmas fazem com que as exigências da fundamentação ganhem renovada importância. Assim o relevo da teoria trazida por Dworkin não é a ideia de resposta única, mas as exigências da fundamentação como requisito para sua legitimidade.

Tal abertura material hermenêutica permite repensar o direito não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para a busca da justiça, para a efetivação dos direitos e garantias individuais, para a valorização da dignidade da pessoa humana e para a concretização dos valores constitucionais.

A superação do modelo positivista como possibilidade, permite que a lei não se torne um pretexto para a busca da eficácia como preconizado pelas teorias da administração gerencial.

Tais teorias não trabalham com conceitos binários do tudo ou nada, trazem para dentro do sistema conceitos como os da complexidade que caracterizam o atual estágio evolutivo das próprias ciências em geral - em contraponto ao

cientificismo de origem cartesiana – hermético, que pressupõe uma total cisão entre sujeito – objeto, não mais adequada a ciência moderna, em especial as ciências sociais como é o direito, umbilicalmente ligado a complexidade da natureza humana.

O resultado da pesquisa não significa uma perversão dos textos legais quanto a sua importância nos sistema normativo brasileiro no qual se inclui o direito administrativo.

Ao contrário, o pós-positivismo, como o próprio nome indica, não se trata de um anti-positivismo. Trata-se de uma teoria que vem para retirar o caráter mitológico adquirido pelas leis no sistema normativo positivista.

Conforme defluiu da pesquisa realizada, o positivismo ao pretender superar o direito até então vigente, influenciado pelo subjetivismo e por seus dogmas, criou outro mito - o mito da lei - pressupondo com isto uma resolução última para todas as questões jurídicas o que modernamente não mais é concebível.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os desafios propugnados pela Administração Gerencial em contraponto com a Administração Burocrática que objetiva maior eficácia, constitui-se na mola propulsora da pesquisa.

Vislumbrou-se que a Administração Burocrática liga-se as teorias positivistas com origem em Augusto Conte e em Max Weber que trata-se da mesma vertente que fundamenta as teorias positivistas aplicadas no campo jurídico, mais recentemente com Hans Kelsen dentre outros pesquisadores.

Neste sentido indagou-se se a superação do modelo burocrático/ positivista na gestão pública, quanto ao aspecto administrativo e quiçá operacionais, reclamaria uma nova teoria quanto a interpretação do princípio da legalidade?

Diante do desafio trabalhou-se na interseção com as novas teorias do campo jurídico, denominadas pós-positivismo e neoconstitucionalismo bem como a abertura hermenêutica por elas sustentadas com base na Constituição Federal e seus princípios norteadores.

Para o desenvolvimento do trabalho foram pesquisados temas como positivismo jurídico, pós-positivismo, neoconstitucionalismo, diferença entre princípios e regras, legalidade formal em contraponto com a legalidade material.

Ocupou-se o estudo de abordar algumas decisões administrativas com base em pareceres jurídicos da Assessoria Jurídica do Comando-Geral que se fundamentaram em conceitos do novo constitucionalismo, implementando a aplicação direta de princípios para embasar decisões de Comando.

Tratou também da aplicação das teorias pesquisadas com um caráter propositivo como em relação a possibilidade da não instauração de Conselhos de Disciplina, Lei 71.500/1972, por crimes de menor potencial ofensivo com base em uma interpretação constitucional e conforme a excepcionalidade dos casos.

Por fim foram abordadas algumas situações ligadas a operacionalidade em que uma interpretação “legalista” pode ensejar soluções contrárias aos valores e princípios constitucionais indicando pela necessidade dum aprimoramento da “cultura” jurídica interna.

A análise conjunta da pesquisa bibliográfica bem como de casos concretos permitiu verificar que é possível pela administração pública, em especial da Brigada Militar, uma superação do paradigma positivista como fundamento jurídico para o aperfeiçoamento da gestão e para o alcance de maior eficiência em seus procedimentos.

Inobstante constatou-se que para tanto se faz necessário um maior aperfeiçoamento jurídico de seus administradores, pois tais técnicas hermenêuticas reclamam maior densidade argumentativa na tomada de decisão. Reclamam que a decisão deixe claro o motivo pelo qual se optou pela prevalência de determinado princípio jurídico (pela técnica da ponderação) em detrimento de outra norma.

Tal incremento da fundamentação se faz mais presente quando diante de determinado caso concreto a aplicação do princípio se dá *contra legem*, afastando-se a aplicação de algum texto legal ou conformando seus efeitos aos ditames constitucionais.

Quanto ao problema e a hipótese da aplicação direta de princípios constitucionais no âmbito administrativo, a pesquisa permitiu considerar que tal técnica hermenêutica é viável diante de eventuais situações determinadas, excepcionais, o que somente pode ocorrer diante de um caso concreto e não abstratamente.

Se o próprio judiciário vive um momento de renovação constitucional com aplicação direta de princípios como os da razoabilidade e da proporcionalidade dando renovada importância a Constituição e seus valores democráticos, não se afigura lógico deduzir que o Administrador estaria proibido de fazê-lo pois redundaria concluir que o cumprimento da Constituição incumbiria somente ao judiciário, o que não se afigura justo nem razoável.

Inobstante, nestas hipóteses a decisão deve deixar claro o motivo pelo qual se afasta de determinado dispositivo legal e por qual motivo há de prevalecer tal ou qual Princípio Constitucional sob pena de tal decisão, pela falta de fundamentação, ofender o contido no art. 93, inciso "X" da Constituição Federal, tornando-se arbitrária.

As limitações da pesquisa foram quanto ao tempo exíguo para maior aprofundamento do tema e devido seu caráter inovador o que faz aumentar sua complexidade.

Assim a pesquisa ora formulada, antes de esgotar o assunto, serve de desafio para novos estudos, possibilitando a abertura de novos horizontes para uma ressignificação de conteúdo e do sentido do princípio da legalidade. Abre caminho para novas pesquisas objetivando um melhor estudo quanto aos limites e possibilidades para a aplicação das teorias pós-positivistas no âmbito do direito administrativo.

A importância do trabalho foi no sentido de vislumbrar a possibilidade do direito ser visto - mesmo no âmbito administrativo – não como instrumento descritivo da realidade, mas como propulsor para as transformações que são necessárias para um aperfeiçoamento da gestão e para concretização dos valores democráticos contidos na Constituição Federal, colocando-a onde ela deve estar - no ápice do sistema normativo brasileiro!

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração apresentação.** Rio de Janeiro: ABNT, 2002. ago.

_____. **NBR 6024: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação.** Rio de Janeiro: ABNT, 2003. mai.

_____. **NBR 6027: informação e documentação: sumário: apresentação.** Rio de Janeiro: ABNT, 2003. mai.

_____. **NBR 6028: informação e documentação: resumo: apresentação.** Rio de Janeiro: ABNT, 2003. nov.

_____. **NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação.** Rio de Janeiro: ABNT, 2002. ago.

_____. **NBR 14724: Informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação.** Rio de Janeiro: ABNT. 3. ed. 17 mar. 2011.

_____. **NBR 15287: Informação e documentação: projeto de pesquisa - apresentação.** Rio de Janeiro: ABNT. 2. ed. 17 mar. 2011.

AGUIAR, Roger Silva. **O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro, In Cleyson MELLO. Novos Direitos: Os paradigmas da pós-modernidade .** Niterói: Ímpetus, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** BOLETIM de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, nº 1, Janeiro de 2007: 20-49 .

_____. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro, e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil** - Vol. 4. - Tomo I - 3a edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAUER, Ruben; **GESTÃO DA MUDANÇA: Caos e Complexidade nas Organizações.** São Paulo: Atlas, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANCO. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** Saraiva, 6. ed., 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Volume I. Ed. Saraiva.** São Paulo. 2005.

CONTE, Augusto (Tradução Renato Barboza Rodrigues Pereira). **Discurso Preliminar Sobre o Espírito Positivo.** Rio de Janeiro: Ridendo Castigat Mores, 2002.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

ENAP; MARE. **A Reforma administrativa: aspectos essenciais do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.** Brasília, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional do Trabalho: Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento.** Ed. Ltr, 1991, Vol. I, pp. 73-74.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direito Constitucional do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Prf. Amauri Mascaro Nascimento.** São Paulo: ltr, 1991.

GOMIDE, Fernando de Mello. **Uma reflexão histórica: crítica sobre a hipótese ficção do positivismo.** Rio De Janeiro: Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas – CBPF/CNPq, 1999.

GUIMARÃES, Laerte. **Conselho de Disciplina, Guia Prático de Instruções e Formulários.** Editora Polost. Porto Alegre. 2002.

JUNIOR, Raimundo Parente de ALBUQUERQUE. **Juridicidade contra a lei no processo administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. **“Augusto Comte e o “positivismo” redescobertos.”** Sociologia e Política, Curitiba, v. 17, n. 34, Out, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência jurídica**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocência Mártires COELHO, e Paulo Gustavo Gonet

MOLLER, Max. **Teoria Geral do NEOCONSTITUCIONALISMO bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. 2011.

MONJARDET, Dominique. **O Que Faz a Polícia, Sociologia da Força Pública**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis. In: Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação**. In

MOREIRA, Eduardo Ribeiro et al.(Org.). **Hermenêutica constitucional- homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MORIN, Edgar. **Complexidade e Liberdade**. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya; e outros. **A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. pp.239-254.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. Brasília: MH Comunicação, 1998.

PRODANOV, Cleber Cristiano, e Ernani Cesar de FREITAS. **Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Filosofia ou Teoria do Direito**. Revista Problemata, N.2, 2000, UFPB.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Los principios como vehículos de la moral en el derecho**. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (Org.). **Hermenêutica Constitucional. Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. ***La Vocazione del nostro Secolo per la Legislazione e la Giurisprudenza.*** Bologna: Forni, 1968.

SILVINO, A. M. D. “**Epistemologia Positivista: Qual a Sua Influência Hoje?**” ***Psicologia, ciência e profissão***, 2007: 276-289.

STRECK, L. L. (2010). **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TORRES, Marcelo Douglas de FIGUEIREDO. **Estado, democracia e administração pública no Brasil.** Rio de Janeiro: FGV, 2004.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras,** . São Paulo: IDP/Saraiva, 2009.

ANEXOS

ANEXO 01

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO (TCLE) Página 75 de 100

Você está sendo convidado a participar do TCC de pós-graduação do curso avançado de administração policial militar/mba *in company* em gestão pública intitulado: A ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL NA BRIGADA MILITAR – A LEI COMO OBSTÁCULO PARA EFICÁCIA – UM PARADIGMA A SER SUPERADO À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO. O trabalho será realizado pelo acadêmico e pesquisador responsável Humberto Lucca da APM/Feevale, orientado pelo professor Me. Wladimir Luis Silva da Rosa. O objetivo deste estudo visa uma análise e aplicabilidade destas teorias constitucionais no âmbito administrativo.

A autorização visa a possibilidade de utilização das Informações 0225/2011; 081/2011 e 0189/2011 desta Assessoria Jurídica para ilustrar a pesquisa.

A conclusão do TCC que é requisito parcial para a conclusão do curso CAAPM/MBA *In Company* em Gestão Pública.

Garantimos o sigilo de seus dados de identificação primando pela privacidade e por seu anonimato. Manteremos em arquivo, sob nossa guarda, por 05 anos, todos os dados e documentos da pesquisa. Após transcorrido esse período, os mesmos serão destruídos.

Você tem a liberdade de optar pela participação na pesquisa e retirar o consentimento a qualquer momento, sem a necessidade de comunicar-se com o(s) pesquisador(es).

Este Termo de Consentimento Livre e Esclarecido será rubricado em todas as folhas e assinado em duas vias, permanecendo uma com você e a outra deverá retornar ao pesquisador. Abaixo, você tem acesso ao telefone e ao endereço eletrônico institucional do pesquisador responsável, podendo esclarecer suas dúvidas sobre o projeto e sua participação, em qualquer momento no decorrer da pesquisa.

Telefone institucional do pesquisador responsável: 55-9156-844
51-8558-7820 (OI)

E-mail institucional do pesquisador responsável: lucca@bm.rs.gov.br

Nome do pesquisador responsável: **Capitão QOEM Humberto Lucca**

Assinatura do pesquisador responsável

Local e data: _____, ____ de Outubro 2013.

Declaro que li o TCLE: concordo com o que me foi exposto e autorizo o uso na pesquisa proposta.

Assinatura do sujeito da pesquisa

ANEXO 02

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA
BRIGADA MILITAR
ASSESSORIA JURÍDICA DO COMANDANTE-GERAL

Porto Alegre, 01 de julho de 2011.

Informação nº 0225AssJur11

Do: Cap QOEM Humberto Lucca

Ao: Ilmo. Sr. Chefe da Assessoria Jurídica

Assunto: Concurso público para ingresso na carreira de nível médio da Brigada Militar, na graduação de soldado. Momento para aferição da idade máxima. Data incerta previsão que ofende o princípio da razoabilidade. Alteração do Edital a despeito de norma em sentido contrário. Possibilidade. Aplicação direta de princípios constitucionais.

Análise da Minuta do Edital

Expediente nº. 040630-12.03/11-8

I - RELATÓRIO

Vem a exame e manifestação desta Assessoria Jurídica o Processo Administrativo em epígrafe, oriundo do Sr. Diretor do Departamento Administrativo da Brigada Militar, versando sobre análise da minuta do edital CBFPM/2011, que conduz os critérios de seleção para o concurso público de ingresso na carreira de nível médio da Brigada Militar, para verificação de sua adequação legal.

Resumidamente é o relatório.

II - DA ANÁLISE JURÍDICA

Referido edital objetiva preencher 2000 (dois mil) cargos na graduação de Soldado da Brigada Militar dentro da carreira de nível médio.

As diversas cláusulas reproduzem o que reiteradamente tem sido feito nos certames anteriores para o mesmo cargo.

O Edital é a lei do concurso e, portanto, deve estabelecer as regras que irão disciplinar o certame, tendo por premissa franquear o acesso de forma geral e irrestrita, ressalvada as regras consentâneas as exigências do cargo.

Neste sentido a Constituição Federal, inspirada na idéia de ensinar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos públicos na Administração direta e indireta, dispôs que *a investidura depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos* (art. 37, II).

Em lição irretorquível sobre o concurso público, o Prof. Hely Lopes Meirelles arremata:

[...] é o meio técnico posto à disposição da administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, **propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF.** Pelo concurso, afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos.²⁰

Segundo o Prof. José dos Santos Carvalho Filho, o concurso público como instrumento representante do **sistema do mérito** é composto por três postulados, a saber: **a) o princípio da igualdade; b) o princípio da moralidade administrativa e, c) o princípio da competição.** O **princípio da igualdade** consubstancia-se pelo fato de se permitir que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem as vagas com iguais condições. O **segundo postulado** caracteriza-se como uma **vedação a favorecimentos e perseguições pessoais**. Por fim, temos o **princípio da competição** que transmite a idéia de certame, colocando de

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª ed., Atualizado por Eurico de Andrade, Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005.

acordo com sua respectiva classificação, as condições de ingressar no serviço público.²¹

Esta breve análise introdutória, de cunho genérico sobre o Edital, permite modo geral, constatar sua adequação as normas legais inerentes ao serviço público.

Superada esta perspectiva se faz necessário analisar um ponto crucial do certame de ingresso que tem ensejado uma série de demandas judiciais e muita polêmica - a idade máxima e o momento de sua aferição.

AFERIÇÃO DA IDADE MÁXIMA PARA INGRESSO

O **item 2.2** do Edital prevê que a idade máxima para ingresso é de até 25 anos de idade na data do ingresso/inclusão.

Significa tal dispositivo que o candidato deverá ter até 25 anos, 11 meses e 29 ou 30 ou 31 dias no máximo, (conforme o mês), **deixando de ter 25 anos a 0 (zero) hora do dia de seu aniversário, ocasião em que deixará de ter 25 anos passando a ter 26 anos de idade.**

O dispositivo 2.2 do Edital reproduz o constante no art. 2º, inciso XI, letra “b” da Lei 12.307/2005:

Art. 2º - Para ingresso na Brigada Militar deverão ser observadas as seguintes condições:

XI - possuir, **até a data da inclusão**, a idade máxima:

a) de 29 anos para o ingresso no Curso Superior de Polícia Militar e no Curso Básico de Oficiais de Saúde;

b) de **25 anos para o ingresso no Curso Básico de Formação Policial Militar;**

Desta forma, do ponto de vista da **legalidade formal**, a norma editalícia esta perfeita.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: 2006.

Quanto a limitação da idade o entendimento está pacificado no sentido de ser possível a depender da natureza da função e da existência de Lei em sentido estrito não sendo suficiente mero Decreto.

A questão é o momento para aferição da referida idade limite.

Assim como redigido é normal muitos candidatos participarem do certame e ao serem chamado para a inclusão, terem ultrapassado o limite etário. Às vezes por poucos dias. Em consequência, são eliminados, mesmo aprovados em todas as fases do certame. A injustiça desta situação resta indisfarçável: o candidato participa de um certame com diversas fases, dispendioso, e ao final, aprovado resta condenado a eliminação por decurso de prazo, para o qual normalmente não deu causa.

O próprio concurso acaba demorando devido as diversas fases, cada uma ensejando o manejo de recursos, quando não resta suspenso por ordem judicial. Como a data da inclusão é uma data incerta, o candidato terá que contar não só com sua capacidade física, intelectual, psicológica, mas também com a sorte.

Não é difícil concluir a inadequação do sistema - franqueia-se a participação do candidato no certame, onera-se a todos, inclusive a administração, que gasta com o processo seletivo e vê-se impedida de incluir aquele candidato melhor qualificado e classificado, muitas vezes por questão de alguns dias.

Podendo os prejuízos serem ainda maiores, quando tais situações deságuam no judiciário e o candidato acaba obtendo provimento à sua demanda, gerando para a administração pública mais prejuízos, seja com os ônus da sucumbência, seja com o uso de todo o aparato jurisdicional para defender-se.

Com base no acima exposto existe um consenso que tal regra precisa ser modificada, que o momento para aferir o limite etário deve ser a inscrição no concurso e não a inclusão na Brigada Militar.

Inobstante, após acurado estudo, entendemos que tal modificação deve ser inserida já neste próximo Edital, em observância aos princípios constitucionais da economicidade, razoabilidade, dentre outros. Que tal modificação/previsão no Edital, encontra amplo respaldo dentro do conceito de legalidade material, conforme abaixo será demonstrado.

Para tal desiderato iniciarei abordando as objeções para que seja previsto já no próximo Edital a aferição da idade limite no momento da inscrição e não no momento da inclusão.

OBJEÇÕES/ ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

- IDADE DA COMPULSÓRIA PARA PRAÇAS

Aqueles resistentes a mudança usam como um dos argumentos o limite etário para a compulsória às praças que se dá ao atingir a idade limite de 55 anos, conforme dispõe o **art. 106, inciso I, letra “b”, da Lei Complementar 10.990/97**²². Assim diz-se que a inclusão deve dar-se aos 25 anos para que seja possível completar os 30 anos de serviço, ante de ser atingido pela compulsória.

Tal argumentação não é motivo suficiente para impedir tal adequação. Dito de outro modo, não é necessário modificar a idade da compulsória aos praças para permitir que seja modificado o momento em que deve ser aferido o limite da idade máxima para participar do certame de ingresso.

Pela atual regra, como já discorrido acima, o candidato pode incluir na Brigada Militar, **antes de completar 26 anos**, pois alguém **possui 25 anos até o dia do aniversário em que completa 26 anos**. Neste caso, este mesmo candidato, supondo-se que inclua na Corporação na véspera de seu aniversário de 26 anos, **atingiria a idade limite de 55 anos, tendo 29 anos de serviço**, pois para a compulsória o limite é **atingido ao completar/atingir os 55 anos**.

Como o critério para aferir a idade de ingresso é um (não completar 26 anos) e o para a compulsória é outro (no dia de aniversário de 55 anos), (levando em conta a regra atual) **o problema já existira**, motivo pela qual tal justificativa para a manutenção da regra de ingresso não é suficiente. Mais do que isto, **se este mesmo praça atingir o Posto de Tenente**, terá o limite etário da compulsória **reduzido para 54 anos**, ocasião em que teria, pela mesma lógica, somente 28 anos de serviço.

²² Art. 106 - A transferência "ex-officio" para a reserva remunerada verificar-se-á sempre que o servidor militar incidir em um dos seguintes casos:

I - **atingir as seguintes idades limites:**

a) Oficiais: Coronel - 59 anos; Tenente-Coronel - 57 anos;

Major - 56 anos; Capitão - 55 anos;

Tenente - 54 anos.

b) Praças - 55 anos;

Por outro lado este problema é meramente uma questão teórica que não se reproduz na prática por diversos motivos: **1º) A existência de tempo de serviço anterior ao ingresso na Corporação²³; 2º) A possibilidade de averbação em dobro da licença prêmio²⁴ (6 meses a cada 5 anos).**

Não bastasse tais argumentos, é quase impossível que nos próximos 29 anos (prazo para os atuais candidatos atinjam 55 anos) a Lei Complementar 10990/97 não seja modificada, diante de inúmeras situações, que merecem aperfeiçoamentos.

- EXIGÊNCIA QUE O REQUISITOS LEGAL ETÁRIO ESTEJA PREVISTO EM LEI.

Conforme amplamente debatido na doutrina, as **normas restritivas ao ingresso no serviço público devem estar previstas em Lei**, pois a regra geral, de origem Constitucional é o amplo e irrestrito acesso.

Nessa esteira, o concurso público é Cãnone constitucional inserto nos incisos. I e II do art. 37 da CRFB/88, que define o **princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas**.

É cediço que nos regimes democráticos erigiu-se uma nova perspectiva da visão de Estado, sociedade e cidadania, visando à harmonização e equilíbrio das relações, onde ambos os pólos devem ter compromissos com o interesse público.

A Lei Magna de 1988, inspirada na idéia de ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos públicos na Administração direta e indireta, dispôs que *a investidura depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos* (art. 37, II).

Nos dizeres de Diógenes Gasparini, o instituto do concurso público caracteriza-se por ser: ***“procedimento prático-jurídico da Administração Pública direta, autárquica, fundacional e governamental de qualquer nível de***

²³ É muito difícil que nos dias atuais alguém se encontre com 26 anos e nunca tenha trabalhado anteriormente, nem ao menos servido ao Exército;

²⁴ A cada 5 anos o Militar pode averbar 3 meses em dobro, valendo por 6 meses de serviço, ou seja em 30 anos teria 3 anos a serem averbados;

*governo, para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob sua responsabilidade”.*²⁵

Neste sentido **antecipar o momento da aferição da idade máxima para a inscrição é uma norma que amplia o acesso ao serviço público**, sendo certo que aquele que tem 25 anos no momento da inscrição também terá tal idade no momento da inclusão (que é momento posterior), pelo singelo motivo que a idade anda pra frente e não volta para traz, motivo pelo qual a idade de amanhã sempre será maior do que a idade de hoje, já que a inclusão sempre se dará em momento superveniente a inscrição.

De outro lado trata-se também de uma norma regulatória, de interpretação, motivo pelo qual não haveria nenhuma ilegalidade do ponto de vista material, estabelecer no Edital que o marco para a aferição da idade máxima dar-se-á na inscrição e não na inclusão. Aliás conformaria a própria norma a Constituição, notadamente os princípio da economicidade e da razoabilidade.

- DA LEGALIDADE MATERIAL

Legalidade material é aquela que deve ser aferida levando em conta não apenas a Lei em si, mas as **normas Constitucionais notadamente os diversos princípios Constitucionais**.

O princípio da legalidade transforma-se, desse modo, em ***princípio da constitucionalidade***. Devendo, portanto, o Edital, subordinar-se à Constituição e à lei, nessa ordem em que se apresenta²⁶. **É a chamada legalidade material**.

Ao cabo do exposto, não podemos afastar a premissa de que a dinâmica das relações humanas não encontra seus limites nas ortodoxias do direito. Pelo contrário, conforme nos ensina Paulo Nader²⁷, pode-se dizer que as lacunas são iminentes à legislação, pois haverá sempre situações que desbordam dos parâmetros

²⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

²⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado. Instituto Brasileiro de Direito Público. nº 9, 2007. Disponível em www.direitodoestado.com.br.

²⁷ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

legais. Miguel Reale, ao referir-se ao artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, complementa, com distinção, **que o legislador reconhece primeiramente a impossibilidade de o sistema legal prever todo o campo da experiência humana, havendo sempre um grande número de situações imprevistas**²⁸.

É assim também no edital do concurso, que diante de eventuais lacunas, deve curvar-se para permitir que fluam os valores maiores que compõem a ordem constitucional.

Nesta senda importa adentrar na jurisprudência sobre o assunto:

- JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

O próprio STF, excepcionando a regra geral da vedação a limitação etária sumulou a matéria dizendo que eventual limitação deve ser aferida na inscrição:

Súmula 683 /STF: "*O limite de idade **para inscrição** em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser pretendido*".

Decisão idêntica ocorreu no TJ-BA, confirmada pelo STJ, no sentido de que o momento para a aferição da idade máxima deve ser a inscrição:

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça²⁹, ministro Cesar Asfor Rocha, negou a suspensão dos direitos aos candidatos à vaga no Concurso Público para Formação de Soldados da Polícia Militar/2006 no Estado da Bahia, restabelecendo o direito destes em participar da etapa subsequente do concurso, sob o argumento de que "**a idade dos candidatos a cargo em concurso público deve ser verificada na data da inscrição**".

Em liminar anteriormente deferida pelo Desembargador Relator em 23.4.2008, a conclusão após o exame dos documentos constantes nos autos, foi que: "**se no ato da inscrição os impetrantes atendiam plenamente o requisito de idade, não podem vir a sofrer prejuízo decorrente da mora no processo seletivo**".

²⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁹ (Fonte: www.stj.jus.br).

No mesmo sentido foi a decisão proferida no processo 020/1.09.0004249-2, da comarca de Palmeira das Missões:

Ademais, cabe referir que, no caso concreto, o edital de abertura do certame apenas mencionou que o candidato deveria ter, na data da inclusão, a idade de 25 anos, sem especificar, entretanto, qual seria a data da inclusão, o que evitaria situações como a relatada, já que durante o período de inscrição do concurso, ocorrido entre os dias 02.02.2009 a 25.02.2009, a demandante contava com 25 anos de idade, sendo que na **data em que foi convocada para a apresentação da documentação exigida para a Sindicância da Vida Progressa a fim de ingressar no Curso Básico de Formação Policial Militar (30.06.2009), tinha, há 06 dias, completado 26 anos.**

Assim, o momento de verificação do limite de idade que melhor atenderia ao princípio da razoabilidade seria o do término da inscrição dos candidatos e nunca um termo incerto, pois se sabe que é comum o prolongamento do certame por períodos indeterminados. Aliás este é, consoante o disposto na legislação supra-legal, mais especificadamente no Decreto Estadual nº 37.536/97, o momento da verificação da limitação etária.

No mesmo sentido decisão do TJ-RS

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. BRIGADA MILITAR. SOLDADO. LIMITE DE IDADE. LEI ESTADUAL Nº 12.307/05. **PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. CASO CONCRETO QUE RECLAMA SOLUÇÃO DIVERSA.**

1. Candidato excluído do concurso público para o cargo de soldado da Brigada Militar por possuir mais do que 25 anos de idade - limite máximo para ingresso na corporação.

2. Caso concreto que reclama solução diversa em razão do impetrante ter completado 26 anos de idade apenas 6 dias antes da apresentação dos documentos para a comprovação dos requisitos para sua inclusão - que autoriza sua continuidade no concurso.

3. Edital de abertura do concurso que não previu datas específicas de cada etapa do certame. **Princípio da razoabilidade aplicado no caso concreto.** AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70032670457, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 29/04/2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. BRIGADA MILITAR. LIMITE MÁXIMO DE IDADE. Candidata ao cargo de Soldado da Brigada Militar que contava com 25 anos de idade no momento da inscrição. Embora reconhecida a legalidade da limitação etária para ingresso na carreira militar, não se considera ultrapassado o limite máximo no caso concreto. Deferimento da inscrição para participar no certame. Concreção do princípio da razoabilidade. LIMINAR CONFIRMADA. AGRAVO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70028822179, Terceira Câmara

Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 30/04/2009).

- LEGISLAÇÃO FEDERAL E CONCURSOS PÚBLICOS

A Lei Federal 6.334/1976³⁰, que trata especificamente sobre as idades para **inscrição** em concurso público, dispõe:

Art. 1º É fixada em 50 (cinquenta) anos a **idade máxima para inscrição em concurso público** destinado ao ingresso nas Categorias Funcionais instituídas de acordo com a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, exceto as integrantes dos Grupos Polícia Federal, Diplomacia e Tributação, Arrecadação e Fiscalização

Art. 2º - Para **inscrição em concurso** destinado ao ingresso nas categorias **funcionais do Grupo-Polícia Federal** e Polícia do Distrito Federal, são fixados os seguintes limites de idade: (Redação da LEI Nº 7.176 \ 15.12.1983)

I - mínima de 21 (vinte e um) anos;

II - **máxima de 28 (vinte e oito) anos**, quando se tratar de ingresso em categoria funcional que importe em exigência de curso de nível médio; e

III - máxima de 35 (trinta e cinco) anos, quando se tratar de ingresso nas demais categorias funcionais.

- EDITAIS DE OUTRAS UNIDADES FEDERATIVAS

Polícia Militar do Distrito Federal

EDITAL N.º 001 – DP/PMDF, DE 6 DE JANEIRO DE 2009

3. DOS REQUISITOS BÁSICOS PARA A INVESTIDURA NO CARGO

c) possuir a idade mínima de 18 (dezoito) anos completos, até a data de ingresso na PMDF e a **idade máxima de 30 (trinta) anos completos, até o último dia de inscrição no concurso** (não poderá ter completado 31 – trinta e um – anos);

Polícia Militar de Santa Catarina



ESTADO DE SANTA CATARINA; SECRETARIA DE ESTADO; SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA DO CIDADÃO; POLÍCIA MILITAR; DIRETORIA DE PESSOAL; CENTRO DE SELEÇÃO, INGRESSO E ESTUDOS DE PESSOAL

³⁰ <http://www.soleis.adv.br/policiafederalconcursoidade.htm>

EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO Nº 002/CESIEP/2010

3 DOS REQUISITOS EXIGIDOS

[...]

3.2 Ter no mínimo 18 (dezoito) anos e **no máximo de 29 (vinte e nove) anos de idade até o último dia de inscrição;**

Até mesmo o Exército Brasileiro, visando estabelecer uma data exata para aferição da idade máxima tem colocado em seus editais, como parâmetro, o dia 31 de dezembro do ano da inclusão:

3. INSCRIÇÃO

a. Requisitos exigidos

3. possuir no mínimo, 16 (dezesesseis) e, no **máximo, 24 (vinte e quatro) anos de idade**, referenciados a **31 de dezembro do ano da matrícula;**

Por fim, é de **questionável legalidade o Edital** estipular como marco de aferição da idade dos candidatos **uma data incerta**, permitindo que façam o concurso e mesmo aprovados, impedir que sejam incluídos. Tal ilegalidade não deriva da falta de uma lei, sentido estrito, prevendo tal requisito; a ilegalidade advém por afronta direta de Princípios Constitucionais como da **razoabilidade** e da **economicidade**.

Afronta também o princípio da **segurança jurídica** que é justamente uma das finalidades ontológicas perseguidas pelo princípio da legalidade.

A existência de uma data futura e incerta (inclusão), em que pese previsto em lei, afronta o princípio da segurança jurídica por deixar os candidatos, mesmo aprovados e melhor classificados, a mercê da rapidez ou demora no andamento do processo.

Pode afrontar também o princípio da **impessoalidade** e da **competição** (inerentes ao concurso público), basta imaginar a situação em que um candidato pior classificado seja beneficiado por eventual demora na convocação dos candidatos, fazendo eliminar um melhor classificado por ter atingido a idade limite.

Não podemos descurar que possa existir alguém “interessado” e que influencie nesta demora, durante todo o prazo de validade do concurso, que pode durar até 04 anos em caso de prorrogação.

Celso Antonio Bandeira de Mello ao falar dos princípios, esclarece:

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma jurídica. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, **mas a todo o sistema de comandos.** É a **mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido,** porque representa **insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremessível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra**". (2003, p.817)³¹.

Afronta também o princípio supra legal da **adequação dos meios aos fins**, que faz parte do princípio da razoabilidade. Conforme tal princípio, uma norma restritiva só é válida quando a restrição imposta atende uma finalidade de maior envergadura que a justifica. Conforme recorrido, mesmo pelas regras atuais, o praça pode atingir 55 anos de idade tendo 29 anos de serviço, caso se aposente como praça, ou 28 anos de serviço caso se aposente como Tenente, partindo-se do pressuposto hipotético e quase impossível (na prática) de que ele não teria nenhum tempo de serviço anterior à Brigada Militar e que não averbaria nenhuma licença.

Assim sugiro que a **cláusula 2.2** deve ser alterada para: **“Ter até a data do último dia da inscrição para o concurso 25 anos de idade (o que significa NÃO ter completado 26 (vinte e seis) anos, o que ocorre a 0 (zero) hora do dia do aniversário de 26 anos)”**.

De forma concomitante, seja **modificado o Edital quanto a cláusula 10. “Da validade”** do concurso que consta como sendo de 02 (dois) anos, para **01 (um) ano prorrogável por mais 01 (um) ano.**

III - DA CONCLUSÃO

³¹ (Nota de rodapé da Informação) **MELLO**, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2009

Conforme acima discorrido a inserção no Edital de cláusula prevendo como marco para aferição da idade máxima a inscrição (e não a inclusão), não afrontaria o princípio da legalidade material (adequação a Constituição), tão pouco o princípio da legalidade formal (**já que se trata de uma modificação que amplia o acesso ao concurso público**) de um requisito delineado em lei, portanto, não careceria de modificação legislativa.

Como a exigência etária máxima de 25 anos encontra-se prevista na Lei e não será modificada, o aperfeiçoamento, meramente quanto ao momento de sua aferição, conforme amplamente discorrido, não trará qualquer benefício aqueles que tiverem ultrapassado os 25 anos de idade. Não dará, tão pouco, direito aos renitentes para questionar sua legalidade. Tendo o Edital ampliado o acesso - sendo a lei mais restritiva - não subsiste risco de incremento do aumento de demandas com decisões favoráveis³².

Por fim, poderia alguém argumentar que a Brigada Militar, por fazer parte do Poder Executivo, não estaria autorizada a interpretar e a aplicar a lei utilizando-se de hermenêutica constitucional. Que cabe ao poder executivo cumprir a lei ao “pé da letra”, sem interpretá-la; que somente o Judiciário poderia/deveria curvar-se a Constituição e seus princípios. Tais argumentos devem ser plenamente refutados, pois não existe lei sem interpretação e aceitar tal assertiva significaria afirmar que toda autoridade pública estaria obrigada a ser irrazoável (refutar o princípio da razoabilidade) o que SMJ, iria na contramão da evolução do próprio direito.

Assim esta especializada por múltiplos motivos entende que não há objeção do ponto de vista legal para a inserção de tal cláusula no Edital a despeito da atual redação contida na Lei.

De todo modo mostra-se razoável que seja deflagrada proposta de modificação da regra contida na Lei 12.307/2005, art. 2º, inciso XI, substituindo a palavra “*inclusão*” por “*inscrição para o concurso de ingresso*”, e nas alíneas “a” e “b” do inciso XI a **subtração** das palavras “*ingresso no*”, com o que a nova redação ficaria:

³² Importa considerar que os Julgadores gozam da chamada independência funcional, e levando em conta todas as vicissitudes do Processo Civil Brasileiro, não existe total previsibilidade quanto o resultado de eventual demanda; todavia os argumentos referidos na presente informação alinhados as normas Constitucionais são plenamente defensáveis em qualquer instancia.

XI - possuir, até a data da ~~inclusão~~, “*inscrição para o concurso de ingresso*” a idade máxima:

- a) de **29 anos** para o ~~ingresso no~~ Curso Superior de Polícia Militar e no Curso Básico de Oficiais de Saúde;
- b) de **25 anos** para o ~~ingresso no~~ Curso Básico de Formação Policial Militar;

Sem necessidade, contudo, por hora, de modificação quanto a idade compulsória.

De forma concomitante, seja **modificado o Edital quanto a cláusula 10. “Da validade”** do concurso que consta como sendo de 02 (dois) anos, para **01 (um) ano prorrogável por mais 01 (um) ano**. Por entender que já é tempo suficiente para validade de um certame e porque assim se diminuiria a lacuna entre a inscrição no concurso e a inclusão.

Quanto as demais cláusulas a minuta do Edital está perfeita as normas legais aplicáveis a espécie.

Superado os aspectos legais resta uma análise quanto a conveniência e oportunidade quanto as sugestões ora propostas, objeto de análise superveniente.

Esta é a Informação que submeto à consideração superior.

HUMBERTO ANDRÉ RODRIGUES LUCCA
CAP QOEM - Assessor Jurídico

De acordo.
Encaminhe-se a origem Ilmo. Sr. Diretor do DA
Porto Alegre, 1º de junho de 11.

MARCEL VIEIRA NERY – Major QOEM
Chefe da Assessoria Jurídica

ANEXO 03

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA
BRIGADA MILITAR
ASSESSORIA JURÍDICA DO COMANDANTE-GERAL

Porto Alegre, 18 de novembro de 2013.

Informação nº 081AssJur11

Do: Cap QOEM Humberto Lucca

Ao: Ilmo. Sr. Chefe da Assessoria Jurídica

Assunto: Requerimento para recondução de servidora civil que anteriormente integrava os quadros da Brigada Militar, e decidiu pleitear seu retorno após estar afastada 01 ano e 06 meses da Corporação.

Expediente nº. 036670-12.03/11-2

I - RELATÓRIO

A requerente JOSEANE postula o direito à recondução ao cargo de Soldado da Brigada Militar.

Conforme requerimento, após 11 na função de Policial Militar, teria assumido a função de Agente Administrativo, servindo por 1 ano e seis meses naquela função junto ao DA.

Após tal período teria se arrependido de ter saído da Brigada Militar, desejando retornar mediante o instituto da recondução, forte no art. 54 da Lei 10.098/94, c/c art. 6, inciso, IV, do Decreto 47.715/11:

CAPÍTULO XV
DA RECONDUÇÃO

Art. 54 - **Recondução** é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de:

- I - **obtenção de resultado insatisfatório em estágio probatório relativo a outro cargo;**
- II - reintegração do anterior ocupante do cargo.

Parágrafo único - Encontrando-se provido o cargo de origem, o servidor será aproveitado em outro, com a natureza e vencimento compatíveis com o que ocupara, observado o disposto no artigo 52. [\(Vetado pelo Governador e mantido pela Assembleia Legislativa, conforme DOE nº 66, de 08/04/94\)](#)

Foi **juntado parecer favorável** o Ilmo. Sr. Adj da SSRH/DP/DA, com duas laudas de informações, motivando seu parecer e o entendimento que tal norma abrigaria o direito postulado mediante uma interpretação extensiva do disposto no **inciso I do Art. 54 da Lei 10.098/94**.

Relatado o caso, passo a análise jurídica.

II - DA ANÁLISE JURÍDICA

A administração pública impõe-se o dever de cumprir a lei de ofício. Neste sentido o magistério de Ely Lopes Meirelles e tantos outros administrativistas, em homenagem ao princípio da legalidade.

Modernamente o princípio da legalidade deve vir (informado/ conformado/ enriquecido) pelos princípios Constitucionais, dando origem ao chamado **princípio da legalidade material**, que se contrapõe ao ultrapassado princípio da legalidade formal (de cunho estritamente positivista) apegado a uma determinada lei (com prevalência da interpretação literal). A legalidade material prioriza o método hermenêutico tópico problemático, propugnando pela colocação da Constituição onde ela deve estar – no ápice do sistema.

Como o sistema normativo não consegue antever todas as situações concretas possíveis de ocorrerem, pois parte de um pressuposto ideal, sua aplicação (subsunção) desamparada da análise principiológica produz frequentes injustiças e soluções que a despeito de estar “conforme” a lei, afrontam o direito, os princípios e a normas Constitucionais.

Neste sentido, caso a requerente fosse reprovada no Estágio probatório teria um direito subjetivo na recondução a função anterior. Interpretar tal dispositivo ao pé da letra resultaria exigir - para que fosse atendido seu pedido de recondução - que forçasse sua reprovação no referido estágio. Sendo reprovada poderia retornar a função anterior na Brigada Militar, posto que se tratava de uma servidora militar concursada e estável antes de assumir o novo cargo de servidora civil.

Tal exigência não faria o menor sentido, sendo certo que se a lei ampara aquele que reprova no estágio probatório não pode deixar no limbo aquele que embora ainda não aprovado/reprovado, deseja retornar, preenchidos os demais requisitos legais. Seja por não adaptar-se a nova função ou por quaisquer motivos de foro íntimo.

Claro, tal desejo não se constitui uma obrigação ao Administrador, que deve diante do caso concreto averiguar os requisitos discricionários quanto a conveniência e oportunidade.

Conforme ressaltado no Parecer favorável de seu chefe imediato, a requerente sempre foi uma excelente servidora, não havendo qualquer fato que desabone sua conduta. Não havendo impeditivo legal proibitivo e por intermédio de uma hermenêutica tópico problemática, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entendo, SMJ, que o pleito versado no presente requerimento encontra amparo jurídico.

III - DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, SMJ, entendo pela aplicabilidade do art. 54 da Lei 10.098/94, com base no princípio constitucional da razoabilidade e da proporcionalidade, e levando em conta a recomendação favorável de seu Chefe imediato.

Esta é a Informação, que se submeto à consideração superior.

HUMBERTO ANDRÉ RODRIGUES LUCCA
CAP QOEM - Assessor Jurídico

De acordo.
Encaminhe-se a origem Ilmo. Sr. Chefe do DA.
Porto Alegre, 18 de novembro de 2013.

MARCEL VIEIRA NERY – Major QOEM
Chefe da Assessoria Jurídica

ANEXO 04

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA
BRIGADA MILITAR
ASSESSORIA JURÍDICA DO COMANDANTE-GERAL

Porto Alegre, 11 de abril de 2013.

Informação nº 0189AssJur13

Do: Cap QOEM Humberto Lucca

Ao: Ilmo. Sr. Chefe da Assessoria Jurídica

Assunto: Pedido de manutenção nos cargos. Militares que foram desligados por conta de decisão de mérito desfavorável em ação judicial na qual existia uma tutela antecipada em vigor. Decisão já publicada em Diário Oficial. Ato do Governador do Estado. Cumprimento das obrigações militares que deve ser aferida com base na lei do Serviço Militar e seu Regulamento, fato não ocorrido. Possibilidade de aplicação da Súmula 473 do STF.

Expediente nº. 000502-12.03/13-0

I - RELATÓRIO

Vem para esta especializada requerimento dos ex-soldados da Brigada Militar, ELOGIO SANTANA PORTELA e ROBERTO UILIAN GARCIA SABINO, visando o re-ingresso na corporação até que seja apreciada a MEDIDA CAUTELAR impetrada no STF visando à concessão de liminar, em RECURSO EXTRAORDINÁRIO, contra decisão do TJ-RS.

Vem narrado nos autos que a ação se referia a possibilidade de permanecer adidos ao Exército Brasileiro, optando pelos vencimentos anteriores, enquanto realizavam o Curso de Formação de Soldados.

O objeto pleiteado teve a liminar deferida.

O Concurso se referia ao Edital CBFPM/2009, após o término do Curso os mesmos realizaram a juntada dos respectivos certificados de reservistas, antes da cerimônia de conclusão, de modo que no momento da posse (formatura, dias 22 e 23 de abril/2010) os mesmos haviam atendido todas as exigências contidas no Edital.

A decisão de 1ª instância foi procedente confirmando a tutela antecipatória.

Apelou o Estado tendo o mesmo sido julgado procedente, sendo decidido que os requerentes deveriam ter preenchido todos os requisitos do Edital por ocasião da inclusão no Curso de Formação. Da decisão foi manejado Recurso Especial e Extraordinário, tendo sido necessário o manejo de agravo na tentativa de fazer os mesmos subirem, fls. 2.

Diante da situação, mesmo sem o trânsito em julgado, os requerentes teriam sido excluídos da Brigada Militar, o que foi publicado em Diário Oficial no dia 08/02/2013, fls. 20.

Assim, foi ajuizada Medida Cautelar nº 20.589/RS, junto ao STJ em 15/02/2013 a qual se encontra conclusa para decisão desde o dia 18/02/2013, fls. 02.

Por fim pedem a manutenção dos requerentes nos cargos até que ocorra a decisão final do processo.

Fazem juntadas de diversos documentos atestando a conduta ilibada dos requerentes no período em que estiveram na corporação.

É o breve relatório.

II - DA ANÁLISE JURÍDICA

O objeto da discussão judicial foi quanto ao momento do preenchimento dos requisitos contidos no Edital, notadamente, quanto a **quitação com as obrigações militares e o não exercício de outro cargo:**

10. DA INCLUSÃO

10.1 O ato de inclusão na Brigada Militar é o momento em que o candidato, preenchidos todos os requisitos para ingresso, previstos no número 2 deste Edital, bem como a aprovação e o atendimento das exigências previstas para cada uma das fases deste concurso, inclusive a que trata a Etapa da Sindicância da Vida Progressa (item 9), será incluído na Brigada Militar, atendendo a convocação para este fim, na graduação de Soldado e matriculado para freqüentar o Curso Básico de Formação Policial Militar, que se constitui em etapa posterior a inclusão.

10.2 Os candidatos aprovados em todas as Fases do Concurso e atendidos os requisitos da Sindicância da Vida Progressa, bem como classificados dentro do número de vagas previstas no Edital de Convocação serão nomeados pela Exm^a Sr^a Governadora do Estado do Rio Grande do Sul, na graduação de Soldado da Brigada Militar, após formalizado os requisitos de ingresso, bem como, o preenchimento da ficha cadastral e **declaração de que não exerce outro cargo ou emprego público (Federal, Estadual e Municipal).**

[...]

2. REQUISITOS PARA INCLUSÃO NA BRIGADA MILITAR

2.1 - Ser brasileiro;

2.2 - Possuir ilibada conduta pública e privada;

2.3 - Estar quite com as obrigações eleitorais e militares;

2.4 - Não estar respondendo a processo criminal;

Embora o Tribunal já tenha decidido o processo, faz-se necessárias algumas considerações quanto ao direito sob litígio, posto a apreciação.

Primeiramente há que ser considerado que ambos requerentes encontravam-se **quites com o serviço militar por ocasião do ingresso no CBAFPM/2009**, conclusão que decorre da interpretação da Lei 4375/1964 (Lei do Serviço Militar) e de seu Decreto DL 57.654/1966, pois o serviço militar obrigatório tem **duração normal de 01 ano** e ambos já haviam completado este período encontrando-se engajados. É o que consta na Lei do Serviço Militar N° 4375/1964:

ART. 2º - **Todos os brasileiros são obrigados ao Serviço Militar**, na forma da presente Lei e sua regulamentação.

§ 1 - A **obrigatoriedade do Serviço Militar** dos brasileiros naturalizados ou por opção será definida na regulamentação da presente Lei.

§ 2 - As mulheres ficam isentas do Serviço Militar em tempo de paz e, de acordo com suas aptidões, sujeitas aos encargos do interesse da mobilização. (LEI 4.375 DE 17/08/1964)

ART. 3º - O Serviço Militar inicial será prestado por classes constituídas de brasileiros nascidos entre 1 de janeiro a 31 de dezembro, no ano em que completarem 19 (dezenove) anos de idade.

ART. 6º - O Serviço Militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 (doze) meses.

O conceito de “estar quites com a situação militar” vem contido no Decreto 57.654/1966, nº 17:

17) estar em dia com as obrigações militares - É estar o brasileiro com sua **situação militar regularizada**, com relação às sucessivas exigências do Serviço Militar. **Para isto, necessita possuir documento comprobatório de situação militar**, com as anotações fixadas neste Regulamento, referentes ao cumprimento das obrigações posteriores ao recebimento daquele documento. Esta expressão tem a mesma acepção de "**estar quite com o Serviço Militar**", constante de legislação comum, anterior.

Ora, se o Exército Brasileiro liberou os dois requerentes para frequentarem o Curso de Formação da Brigada Militar é porque os mesmos encontravam-se quites com o serviço militar, pois, do contrário, não teriam sido liberados.

Liberou inclusive com remuneração paga pelo Exército, porque, pelo tempo que lá trabalharam, a lei garantiria a prerrogativa de frequentar referido Curso, optando pela remuneração.

Por outro lado a declaração de que não exerciam outro cargo também é verdadeira posto que o Militar “adido” é afastado do cargo.

É o que consta no Decreto 57.654/64, na parte dos conceitos e definição:

Dos Conceitos e Definições

Art. 3º Para os efeitos dêste Regulamento são estabelecidos os seguintes conceitos e definições:

1) **adição (passar a adido)** - Ato de manutenção da praça, **antes de incluída ou depois de excluída, na Organização Militar, para fins específicos, declarados no próprio ato.**

Referida norma deixa claro que o ADIDO NÃO esta mais exercendo o cargo, pois tal nomenclatura se usa para a praça ANTES de INCLUÍDA ou DEPOIS de EXCLUÍDA.

No caso, ambos passaram a condição de adidos, que significa DEPOIS DE EXCLUÍDOS para o fim específico de FREQUENTAREM o Curso de Formação da Brigada Militar porque a Lei Federal assim lhes dava tal prerrogativa.

Neste contexto, que motivo teria a Administração para impedir que os mesmos frequentassem o CBFPM/2009, estando na condição de ADIDOS no Exército Brasileiro e recebendo remuneração por parte do Exército ocasionando uma economia de recursos por parte do Estado?

Possivelmente tal entendimento derivou um apego demasiado às normas contidas no Edital, sem o devido cotejamento com as normas federais acima referidas.

Por outro lado, tal participação no Curso de Formação não ofende o princípio da isonomia ou da igualdade. É que tal ofensa deve ser aferida a nível concreto e não abstrato. Qual a vantagem (quanto à concorrência com os demais candidatos) poderiam ter tido pelo fato de se encontrarem AFASTADOS (ADIDOS) do Exército Brasileiro, APÓS a APROVAÇÃO NO CONCURSO?

Note-se que a discussão vertida sobre o caso é se eles deveriam PEDIR a BAIXA antes ou depois do Curso de Formação, ocasião em que o certame (provas) já haviam transcorrido, daí porque impossível que pudessem obter qualquer beneficiamento deste fato.

Mesmo que existisse uma Lei ESTADUAL que proíba ao Militar do Exército frequentar o Curso de Formação da Brigada Militar na condição de (excluído) ADIDO do Exército, tal norma teria que ser cotejada com outra norma FEDERAL, **em sentido contrário**, que garante a eles tal prerrogativa. Neste cotejo, por questões de hierarquia, deveria prevalecer a norma FEDERAL em detrimento da norma ESTADUAL que lhe é contrária.

De qualquer forma não poderiam os requerentes ser prejudicados ao exercerem um direito contido em uma norma, tal qual como fizeram.

Daí porque, neste caso sob análise, partindo-se do pressuposto que a decisão do TJ-RS seja mantida, deveria ser retificada a data de EXONERAÇÃO do Exército e de Ingresso na Brigada Militar, possivelmente com devolução de valores

ao EB, mas não o simples afastamento dos Militares, principalmente porque *a priori*, não ocorreu nenhum descumprimento de alguma norma por parte dos mesmos.

Por outro lado não havia interesse jurídico por parte do Estado no litígio, pois, com a decisão do Exército de EXCLUI-LOS na condição de “ADIDOS”, com opção pelo vencimento durante o CBFPM, NÃO trouxe nenhum prejuízo ao Estado nem ao certame, ao contrário, trouxe um benefício que foi a desoneração do pagamento dos vencimentos.

A decisão do Tribunal TJ-RS, levando em conta para julgar precedentes quanto ao momento para a apresentação da CNH, se deveria ser já por ocasião do Curso de Formação ou ao final, na Posse do novo cargo, talvez porque este tenha sido o objeto debatido pelos procuradores dos requerentes, passa ao largo da questão principal de mérito, que talvez nem tenha sido levantada, que é o preenchimento ou não dos requisitos do EDITAL, por parte dos requerentes.

Neste ponto, que é anterior e que fundamentou a decisão da Administração pela não inclusão dos mesmos no CBFPM e que teria ocasionado o manejo da Ação Judicial é onde reside o cerne da questão, e conforme fundamentação acima, numa interpretação mais consentânea as normas Constitucionais, deveria ter sido permitido aos mesmos o prosseguimento e a inclusão na Brigada Militar.

Repisando, portanto, o CONCEITO DE QUITAÇÃO com o serviço militar, deve ser buscado na LEI e no REGULAMENTO do serviço MILITAR para fins de se aferir se os candidatos preenchiam os requisitos contidos no art. 9º e 10º da Lei 10.990/1997 o que NÃO foi adequadamente realizado e ocasionou o equívoco interpretativo.

Ocorre que, como o desligamento por parte do Governo do Estado já ocorreu, compete a ele, caso assim entenda, SMJ, verificar a possibilidade de corrigir o equívoco, anulando tal ato administrativo na sua origem (que ocasionou o litígio), ou, pelo menos, até que o processo encontre o trânsito em julgado sob pena de tornar-se impossível a recomposição das partes ao *status quo* anterior caso sobrevenha uma decisão final favorável.

Neste ponto, entendo razoável que seja dado conhecimento ao escalão superior para que a questão chegue ao conhecimento da SSP e do Governo do Estado, que é a quem cabe, em última instância, deliberar sobre a questão.

III - DA CONCLUSÃO

Em face do exposto, sugere-se que o feito seja encaminhado ao escalão superior, SSP, Governo do Estado, a quem compete decidir sobre os pedidos, manifestando esta especializada favoravelmente ao deferimento pleito, seja pela anulação do ato anterior que teria eliminado os requerentes do certame ao decidir que os mesmos NÃO estariam quites com o serviço militar, quando dúvida não existia quanto a tal quitação, e depois, ao decidir que a declaração de NÃO exercício de outro cargo era falaciosa, quando na verdade correspondeu aos ditames contidos na Lei do Serviço Militar que conceitua o ATO de ADIÇÃO “ADIDO” como exclusão da Unidade e afastamento da função.

Se os militares concretamente não descumpriram as normas que foram arguidas, SMJ, não haveria motivo para terem sido eliminados do certame, podendo a Administração pública corrigir tal ato de ofício.

Repise-se, tratando-se o ato de momento anterior ao litígio, a decisão judicial superveniente não impediria que a Administração Pública, excepcionalmente, corrija eventual ilegalidade de Ofício, com base na Súmula 473³³ do STF.

É a informação que submeto, *sub censura*, à consideração superior.

HUMBERTO ANDRÉ RODRIGUES LUCCA
CAP QOEM - Assessor Jurídico

De acordo.

Encaminhe-se a origem Ilmo Sr Chefe Gabinete GCG

Porto Alegre, 08 de março de 2013.

MARCEL VIEIRA NERY – Major QOEM
Chefe da Assessoria Jurídica

³³ STF Súmula nº 473 - 03/12/1969 - DJ de 10/12/1969

Administração Pública - Anulação ou Revogação dos Seus Próprios Atos

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial