

DE JURE

*REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO VOL. 6*

CIRCULAÇÃO NACIONAL

De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público, n. 6 (fev./ago. 2006)
Belo Horizonte: Ministério Público, 2006
v. 6 ;

Semestral.

ISSN

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU.

CDD.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DE JURE

*REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO VOL. 6*

De Jure	Belo Horizonte	N. 6	FEV./AGO. 2006
---------	----------------	------	----------------

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PROCURADOR DE JUSTIÇA JARBAS SOARES JÚNIOR

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
PROCURADOR DE JUSTIÇA JACSON RAFAEL CAMPOMIZZI

CONSELHO EDITORIAL

PENAL

PROMOTOR DE JUSTIÇA ADILSON DE OLIVEIRA NASCIMENTO
PROMOTOR DE JUSTIÇA FERNANDO ANTÔNIO NOGUEIRA GALVÃO DA ROCHA
PROMOTOR DE JUSTIÇA MARCELO CUNHA DE ARAÚJO

CIVIL E COLETIVO

PROCURADOR DE JUSTIÇA ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA
PROCURADOR DE JUSTIÇA GERALDO FLÁVIO VASQUEZ
PROMOTOR DE JUSTIÇA GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

PÚBLICO

PROCURADOR DE JUSTIÇA JOÃO CÂNCIO DE MELLO JÚNIOR
PROMOTOR DE JUSTIÇA RENATO FRANCO DE ALMEIDA
PROCURADOR DE JUSTIÇA GISELA POTÉRIO SANTOS SALDANHA

REVISÃO E EDITORAÇÃO

ALESSANDRA DE SOUZA SANTOS
CHRISTIANE JUNQUEIRA PULITI ANDRADE DE BARROS
DALVANÔRA NORONHA SILVA
FERNANDO SOARES MIRANDA

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Av. Álvares Cabral, 1690, 10º andar, Santo Agostinho, Belo Horizonte, MG, cep: 30.170-001

www.mp.mg.gov.br

dejure@mp.mg.gov.br

SUMÁRIO

PREFÁCIO	11
MENSAGEM DO CONSELHO EDITORIAL	13
APRESENTAÇÃO	15

SEÇÃO I – ASSUNTOS GERAIS

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1. A Constituição Europeia e a Ordem Jurídica Portuguesa – JORGE MIRANDA	17
1.2. La Escuela Nacional de la Magistratura – PHILIPPE DARRIEUX	33

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1. Da Desconsideração da Pessoa Jurídica: aspectos de direito material e processual – ADA PELLEGRINI GRINOVER	53
2.2. O Direito Talmúdico como Precursor de Direitos Humanos – ISAAC SABBÁ GUIMARÃES.....	69
2.3. Ministério Público como Assistente Simples: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico – ROBSON RENAULT GODINHO	83
2.4. As Situações Consolidadas – JURACI BARBOSA LIMA	111
2.5. Vícios Comuns de Inconstitucionalidade da Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública Instituída por Diversos Municípios Mineiros – ANNA FLAVIA LEHMAN BATTAGLIA	121

3. PALESTRA

3.1. Ordem Econômica e o Ministério Público – EROS ROBERTO GRAU	133
---	-----

4. DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.1. Novas Perspectivas de Uso da Taquigrafia em Órgãos Públicos – ALESSANDRA DE SOUZA SANTOS	143
4.2. O Trabalho Multidisciplinar na Construção das Políticas Públicas de Proteção ao Patrimônio Cultural – MICHELE ABREU ARROYO	153
4.3. Distúrbios Alimentares: erosão dental por refluxo de ácidos gástricos – LUCIANA GONÇALVES DE SOUZA SANTOS	165

SEÇÃO II – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

SUBSEÇÃO I – DIREITO PENAL

1. ARTIGOS

1.1. Medidas Socioeducativas e Sanções Penais – SIDNEI BOCCIA PINTO DE OLIVEIRA SÁ.....	181
1.2. Ruptura Menorista – JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA	203
1.3. Os Tipos Penais na Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – HÉLVIO SIMÕES VIDAL	213

2. JURISPRUDÊNCIAS

2.1. Inocorrência de Abolitio Criminis em Sede do Estatuto de Desarmamento	233
--	-----

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1. Possibilidade da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica por Crime Ambiental – FERNANDO ANTÔNIO NOGUEIRA GALVÃO DA ROCHA	235
---	-----

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. ARTIGOS

1.1. Da Legitimidade da Investigação Criminal por Parte do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: dos crimes praticados por prefeitos municipais e da criação de grupo especial pelo Procurador-Geral de Justiça – CRISTÓVAM JOAQUIM F. RAMOS FILHO	249
1.2. A Hipertrofia da Federalização dos Crimes (EC 45/04) – ROGÉRIO SANCHES CUNHA e THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA	263

2. JURISPRUDÊNCIAS

2.1. Juizado Especial Criminal: âmbito de incidência, ação penal exclusivamente privada, institutos da suspensão condicional do processo e da transação processual.	277
--	-----

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1. Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional – SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES	279
---	-----

4. TÉCNICAS

4.1. Responsabilidade Penal de Pessoa Jurídica – FERNANDO ANTÔNIO NOGUEIRA GALVÃO DA ROCHA	287
--	-----

SEÇÃO III – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

SUBSEÇÃO I – DIREITO CIVIL

1. ARTIGOS

1.1. A Intervenção Policial em Questões Possessórias – AFONSO HENRIQUE DE MIRANDA TEIXEIRA	295
1.2. A Propriedade Aparente no Código Civil de 2002 – NELSON ROSENVALD .	303

2. JURISPRUDÊNCIAS

2.1. Obrigação de Averbar Reserva Florestal	315
2.2. Ministério Público: fundações privadas, ação de destituição de curador	315

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1. Diálogo das Fontes – SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES	317
--	-----

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1. ARTIGOS

1.1. O Ministério Público na Nova Lei de Falência: visão crítica – JOSÉ RENATO RODRIGUES BUENO	325
--	-----

2. JURISPRUDÊNCIAS

2.1. Condições Objetivas de Procedibilidade do Recurso de Agravo de Instrumento	333
---	-----

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1. Identidade Física do Juiz: regra de competência funcional ou mera recomendação legal? – GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA	335
--	-----

4. TÉCNICAS

4.1. Ação Retificadora de Registro Civil – CARLOS ALBERTO DOZZA e KELLY FLAVIANE NUNES GONÇALVES DE MESQUITA	343
--	-----

SEÇÃO IV – DIREITO COLETIVO E PROCESSUAL COLETIVO

SUBSEÇÃO I – DIREITO COLETIVO

1. ARTIGOS

1.1. Critério Censitário para Acesso a Direitos Humanos: o acesso à saúde no Estado democrático de direito – LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA e FERNANDO CÉZAR CARRUSCA VIEIRA	349
---	-----

2. JURISPRUDÊNCIAS

2.1. Imprescritibilidade das Obrigações em Direito do Ambiente Decorrentes da Recuperação da Vegetação de Área Devastada	369
2.2. Interesse Supra-Individual: interesse indisponível, legitimidade do Ministério Público	370

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1. O Ministério Público Como Substituto Processual: comentários a um acórdão do Superior Tribunal de Justiça – ROBSON RENAULT GODINHO.....	373
--	-----

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

1. ARTIGOS

1.1. O Ministério Público e a Tutela Jurisdicional Coletiva dos Direitos dos Idosos: algumas impressões – ROBSON RENAULT GODINHO	393
--	-----

2. JURISPRUDÊNCIAS

2.1. Litisconsórcio Facultativo entre o Ministério Público e o Município nas Ações Cíveis Públicas que Visem Combate aos Atos de Improbidade Administrativa	413
2.2. Condenação de Prestação de Obrigações da FHEMIG a Portadores de Hanseníase	414

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1. Ação Civil Pública e as Políticas Públicas: o princípio da separação dos Poderes e a cláusula da reserva do possível – ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA	423
--	-----

4. TÉCNICAS

4.1. O Dano Nacional/Regional e a Competência Territorial na Ação Civil Pública – ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA	431
---	-----

SEÇÃO V – DIREITO PÚBLICO

SUBSEÇÃO I – DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

1. ARTIGOS

- 1.1. OPós-Positivismo e a Normatividade dos Princípios Constitucionais – FABIANO MENDES CARDOSO 435
- 1.2. A Reforma do Judiciário e Processo Constitucional – RENATO BRETZ PEREIRA 443

2. JURISPRUDÊNCIAS

- 2.1. Educação Infantil como Direito Constitucional Indisponível 461

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

- 3.1. Implementação de Políticas Públicas por meio do Poder Judiciário – WELLINGTON PEREIRA 463

4. TÉCNICAS

- 4.1. Recomendação de Auto-Controle de Constitucionalidade – ELAINE MARTINS PARISE, GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA, RENATO FRANCO DE ALMEIDA e JÚLIO CESAR LUCIANO 469

SUBSEÇÃO II – DIREITO PÚBLICO INSTITUCIONAL

1. ARTIGOS

- 1.1. Administração Pública Democrática e o Controle pelo Ministério Público – MARCOS PEREIRA ANJO COUTINHO 479
- 1.2. Legitimidade da Atuação Preventiva do Ministério Público na Fiscalização da Aplicação de Recursos Financeiros nas Áreas da Educação e Saúde - GLAUBER TATAGIBA 491

2. JURISPRUDÊNCIAS

- 2.1. Atuação Institucional do Ministério Público na Tutela dos Direitos de Dignidade da Criança e do Adolescente 503

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

- 3.1. Constitucionalidade de Lei Municipal que Regula Tempo de Atendimento ao Público em Agências Bancárias: Lei dos Quinze Minutos – RENATO FRANCO DE ALMEIDA 505

4. TÉCNICA

4.1. Conflito Negativo de Atribuição – GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA ...	511
--	-----

SUBSEÇÃO III – DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

1. ARTIGOS

1.1. Direito à Educação: uma questão de Justiça – GLÁUCIA BALERONI PACHECO	515
---	-----

2. JURISPRUDÊNCIAS

2.1. Ato de Improbidade Consistente em Contratação Direta sem a Prévia Licitação: presunção de lesão ao patrimônio público	559
---	-----

2.2. Legitimidade do Ministério Público para o Ajuizamento de Ação Civil Pública para o Combate de Atos que importem em Lesões para a Moralidade Pública	559
---	-----

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1. Exigência de Ilegalidade e de Lesividade ao Erário para Propositura de Ação Popular – GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA	561
---	-----

4. TÉCNICAS

4.1. Tutela Inibitória em Sede de Termo de Ajustamento de Conduta – GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA	569
--	-----

SEÇÃO VI – INFORMAÇÕES VARIADAS

1. Indicação do Livro Teoria Crítica do Direito, de Luiz Fernando Coelho – WELLINGTON PEREIRA	571
2. Normas de Publicação da Revista Jurídica De Jure.....	572

PREFÁCIO

É hoje reconhecido que o Ministério Público brasileiro desempenha um papel de grande relevância na efetivação dos direitos e garantias cardeais declarados em nosso ordenamento jurídico. Com uma nitidez cada vez maior, o panorama que sucede a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem vindo revelar as potencialidades do *Parquet* no que concerne à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF/1988).

Todavia, o Ministério Público de hoje não é somente aquele da práxis jurídica combativa e incansável dos membros dos Ministérios Públicos estaduais, do Ministério Público federal e dos Ministérios Públicos Militar e do Trabalho. Cada vez mais, os membros do Ministério Público têm levado seus “bons combates” para o campo científico do Direito, com teses, monografias, dissertações, artigos científicos e livros, conscientes da necessidade do constante aprimoramento da Ciência Jurídica. De fato, a permanente reflexão crítica sobre os direitos e garantias tutelados pela instituição é uma condição imposta pelo ritmo acelerado em que se processam alterações na sociedade e no próprio Direito.

Visualizada nesse contexto, a Revista *De Jure*, do Ministério Público mineiro, tem todas as condições para ser – estou certo – um instrumento de grande relevo para a difusão do conhecimento científico (inclusive interdisciplinar) e técnico no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e entre os membros da comunidade jurídica mineira e brasileira.

Não poderia deixar de congratular, é claro, todos aqueles que contribuíram para a edição deste volume da Revista *De Jure*, que abre as portas, ao lado do nosso Boletim MPMG Jurídico, para um novo sistema de propagação de informações técnico-jurídicas no âmbito deste *Parquet*, à luz de um pensamento que valoriza a pluralidade e a participação. Os autores dos artigos científicos (jurídicos e interdisciplinares), da palestra, dos comentários à jurisprudência, das peças técnicas, os membros e servidores do MP-MG que trabalharam na organização e editoração dos textos, todos estão de parabéns! E, de modo especial, parabenizo e agradeço ao Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida, Assessor-Especial do Procurador-Geral de Justiça, ilustre mestre de toda uma geração de Promotores de Justiça. Sua dedicação, própria de sua personalidade, foi fundamental para a concretização deste projeto.

Que a Revista *De Jure* possa, de fato, servir como relevante instrumento de aperfeiçoamento funcional dos membros do Ministério Público e que, com ela, possamos tornar os direitos e interesses tutelados pelo *Parquet* cada vez mais efetivos!

Jarbas Soares Júnior
Procurador-Geral de Justiça

MENSAGEM DO CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA *DE JURE*

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Ministério Público assumiu uma função nuclear na defesa do Estado democrático de direito, especialmente pelo compromisso que lhe foi atribuído de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e interesses individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88). Pode-se dizer que o Ministério Público está inserido no ápice do sistema jurídico brasileiro como sendo uma das principais Instituições de defesa dos interesses sociais e de promoção da mudança social.

O campo de atuação do Ministério Público brasileiro, nesse contexto, é multidisciplinar e, também, interdisciplinar, que é uma das características que configuram o próprio Direito na Pós-Modernidade. O Ministério Público passou a ser Instituição de defesa da vida, do ambiente, da saúde pública, da educação, do consumidor, dos portadores de necessidades especiais, do idoso, da criança e do adolescente, das comunidades indígenas, dos grupos vulneráveis, das minorias étnicas, de outros interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 129, III, da CF/88), dos interesses individuais indisponíveis, da tutela penal (art. 129, I, da CF/88). Em síntese, onde houver tutela jurídica de interesse social ou de interesse individual indisponível, lá deverá estar o Ministério Público.

Foi justamente pensando nesse novo papel outorgado constitucionalmente ao Ministério Público brasileiro que o Conselho Editorial atual idealizou uma nova revista jurídica para o Ministério Público do Estado de Minas Gerais: uma revista que pudesse ser pluralista nas informações e democrática quanto ao acesso à informação; uma revista que pudesse divulgar a Instituição do Ministério Público do Estado de Minas Gerais no cenário nacional e até mesmo internacional. A partir daí, procurou-se um nome de identificação da revista. *De Jure*, que significa *de acordo com o direito*, foi o nome aprovado.

Em seguida, o Conselho Editorial, presidido pelo Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais — CEAUF-MG, Jacson Rafael Campomizzi, incumbiu ao Promotor de Justiça e Conselheiro da Revista, Gregório Assagra de Almeida, a elaboração de um projeto de reestruturação da revista dentro do novo paradigma traçado. Apresentado, o projeto foi aprovado por unanimidade.

O projeto aprovado e implantado nesta nova fase da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais contém informações variadas em todas as áreas do Direito. É um projeto reestruturador que inaugura uma nova fase de informações jurídicas no Ministério Público mineiro, já implantada com *MPMG Jurídico*, que é um boletim informativo mensal com informações pontuais variadas e de distribuição nacional.

Tanto a *De Jure* quanto o *MPMG Jurídico* foram sistematizados dentro dessa nova filosofia pluralista e participativa, de forma a permitir o acesso a inúmeras informações nas

diversas áreas jurídicas e ainda em outras áreas do conhecimento.

A edição atual da *De Jure* (v. 6), que inaugura uma nova fase, contém um total de cinco seções, sendo que a capa foi reestilizada para simbolizar a rica cultura mineira, conforme se extrai da foto que mostra uma escultura barroca em pedra-sabão representando a Justiça. A autoria da escultura é atribuída ao português Antônio José da Silva Guimarães e datada como anterior a 1840. A belíssima escultura faz parte da obra que representa as quatro virtudes cardeais – Prudência, Justiça, Temperança e Fortaleza – que se encontram na antiga Câmara e Cadeia de Vila Rica, atual Museu da Inconfidência de Ouro Preto.

A primeira Seção trata de Assuntos Gerais e traz textos da Doutrina Internacional, da Doutrina Nacional, Palestra e Diálogo Multidisciplinar. Na subseção Doutrina Internacional, convém destacar a participação de Jorge Miranda, grande constitucionalista português. Na subseção Doutrina Brasileira, destaca-se a participação da Professora Ada Pellegrini Grinover, consagrada jurista brasileira.

A segunda Seção é referente ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. A terceira Seção é dedicada ao Direito Civil e ao Direito Processual Civil. A quarta Seção, referente ao Direito Coletivo e ao Direito Processual Coletivo. A quinta Seção está voltada para o Direito Público e abrange o Direito Constitucional, Assuntos do Direito Público Institucional e Direito Administrativo.

Convém destacar que todas as seções contêm Artigos, Jurisprudências, Comentários a Jurisprudências e Técnica Jurídica.

O Conselho Editorial da *De Jure* aguarda as críticas dos caros leitores, ao mesmo tempo em que espera que a revista seja útil, especialmente aos Colegas do Ministério Público e, com isso, alcance os objetivos para os quais ela foi pensada e reestruturada. O Conselho Editorial agradece também ao incansável e competente trabalho dos servidores do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional: Alessandra de Souza Santos, Christiane Junqueira Puliti Andrade de Barros, Dalvanôra Noronha Silva, Fernando Soares Miranda e Wendelaine Cristina Correia de Andrade, sem os quais a realização deste trabalho não teria sido possível.

Conselho Editorial

APRESENTAÇÃO

De Jure é o resultado da tradicional produção jurídico-intelectual do Ministério Público com uma nova sistematização que privilegia a difusão do conhecimento numa perspectiva complementar e multidisciplinar. Ao lado da doutrina, da jurisprudência e da técnica jurídica, inseriram-se atributos do direito internacional, uma seção multidisciplinar e a espontaneidade das palestras. Enfim, trata-se de avançar no projeto de solidificação do Ministério Público pelo seu viés cultural, dando-lhe plenas condições de acompanhar a construção da cidadania na forma balizada pela Constituição de 1988 – texto que cada dia mais penetra na consciência das pessoas comuns.

A Revista desta feita contará com número de registro de ISSN, de padrão internacional, que tem como coordenador o Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia. O ISSN é o número identificador do periódico e deve constar obrigatoriamente de publicações válidas para o currículo *Lattes*. Pretende-se com isto dar maior profissionalização às publicações, responsáveis que são pela postura de permanente auto-reflexão e aperfeiçoamento, compartilhamento de experiências de rotina, conhecimento de áreas afins, através da produção de artigos científicos e constante pesquisa.

Esperamos que essa primeira edição e as posteriores possam acompanhar a grande transformação por que passa a sociedade brasileira e, conseqüentemente, o nosso Ministério Público. Esperamos ainda que a *De Jure* possa ser o meio de exteriorização dessas mudanças de paradigma junto à comunidade científica e jurídica brasileira.

Jacson Rafael Campomizzi

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público

SEÇÃO I – ASSUNTOS GERAIS

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

A CONSTITUIÇÃO EUROPEIA E A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA ¹

JORGE MIRANDA

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

Os fundadores das três Comunidades Europeias – do Carvão e do Aço, Económica e de Energia Atómica – pretenderam dar-lhe características próprias, pelos fins mais amplos e pelos poderes mais fortes com que as dotaram, por as normas e as decisões dos seus órgãos beneficiarem de tutela jurisdicional e por incluírem órgãos (ou titulares de órgãos) com relativa independência frente aos Estados membros.

Não sem dificuldades e vicissitudes várias, conseguiriam implantar-se e consolidar-se, mercê da memória traumática dos conflitos da primeira metade do século, da consciência das suas vantagens para os povos europeus, do êxito do mercado comum. O Acto Único de 1986 e, sobretudo, o Tratado de Maastricht de 1992 (seguido pelos de Amesterdão e de Nice de 1998 e de 2001), acentuariam esse rumo, formalizado na criação daquilo a que passaria a chamar-se a União Europeia.

Algumas dessas vicissitudes ocorreram nos anos 60, em face da desconfiança ou da oposição da França sob a presidência do General De Gaulle (levando, por exemplo, aos acordos do Luxemburgo de 1966). Mas, ao mesmo tempo que se dava uma paragem ou um recuo dos elementos políticos de integração, o Tribunal de Justiça, em ousada construção pretoriana, sustentava um sentido uniformizador e até federalizante da nova ordem jurídica². E esse rumo seria prosseguido sucessivamente³.

Pois bem: com o projecto de tratado que institui uma Constituição para a Europa, saído da convenção dirigida por Giscard d'Estaing, algo de parecido se repete. O projecto, em vez de um reforço da componente comunitária e igualitária dos Estados, aponta para uma componente intergovernamental com pendor dominante dos Estados mais populosos. Mas, ao mesmo tempo, pretende transpor para o tratado europeu em formação a jurispru-

¹Texto correspondente a conferência proferida em 28 de novembro de 2003 em sessão comemorativa do 20º aniversário do Tribunal Constitucional.

²Soares (1996, p. 156) e Duarte (1997, p. 291) fazem referência à distinção proposta por Joseph Weiler entre supranacionalidade normativa e supranacionalidade decisional.

³Ramos (1999, p. 102) fala de uma bipolaridade, em que o progresso na construção comunitária é sobretudo realizado pela instância jurídica e em que o poder político funciona, não raras vezes, como travão e instância moderadora de uma integração realizada demasiado depressa.

dência do Tribunal de Justiça, sintetizada no artigo 10.º, n.º 1, da primeira parte: “A Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União, no exercício das competências que lhes são atribuídas, primam sobre o direito dos Estados membros”.

Veremos adiante como esta fórmula, ao contrário do que resulta *prima facie*, é ambígua e passível de diversas interpretações. Por agora, vamos recordar os pontos nucleares da orientação do Tribunal. São os seguintes esses pontos nucleares:

1.º Os tratados europeus criaram uma ordem jurídica a se, que envolve as ordens jurídicas dos Estados membros;

2.º As normas jurídicas comunitárias têm aplicação imediata nos Estados membros e vinculam todos os seus órgãos, sendo inadmissível a necessidade de mediação de leis internas;

3.º Eles têm efeito directo, podendo ser invocáveis enquanto tais em tribunal;

4.º A validade das normas jurídicas comunitárias não depende das ordens jurídicas nacionais, não podendo, na sua interpretação e na sua aplicação, serem tidas em conta as regras e as noções destas ordens jurídicas;

5.º Pela sua própria razão de ser e por um princípio de igualdade entre os cidadãos, as empresas e os Estados, as normas comunitárias têm de receber aplicação uniforme em todos os Estados membros;

6.º A incorporação das normas comunitárias na ordem interna de cada Estado membro, aceite na base da reciprocidade, impede quaisquer medidas unilaterais que ele possa adoptar;

7.º A validade das normas e dos actos dimanados de órgãos comunitários só pode ser apreciada à luz do Direito comunitário;

8.º As normas comunitárias tornam inaplicáveis de pleno direito as normas contrárias decretadas pelos Estados membros, sejam previgentes ou subseqüentes à sua formação;

9.º Por esse mesmo postulado de congruência estrutural, nem sequer se lhes pode opor normas constitucionais internas;

10.º Onde, o primado do Direito comunitário;

11.º Órgãos de aplicação do Direito comunitário tanto são o Tribunal de Justiça e o Tribunal de 1.ª Instância das Comunidades como os tribunais dos Estados membros, enquanto decidam segundo normas comunitárias;

12.º No entanto, para garantia ainda da aplicação uniforme do Direito comunitário, cabe ao Tribunal de Justiça proceder à sua interpretação, mediante o mecanismo de reenvio prejudicial a que estão adstritos os tribunais nacionais;

13.º A ação por incumprimento, a propor pela Comissão contra os Estados, é uma garantia complementar da execução do Direito comunitário.

São bem conhecidos os primeiros e principais passos do percurso que o Tribunal de Justiça trilhou: o acórdão Costa-ENEL, de 15 de julho de 1964; o acórdão Internationale Handelsgesshschaft, de 17 de dezembro de 1970; o acórdão Simenthal, de 9 de março de 1978.

Independentemente da construção assim erguida, os tribunais dos Estados membros, mormente os tribunais constitucionais, não deixaram de ter consciência, também eles, desde o início, da problemática suscitada pela ordem jurídica comunitária, a que procuraram responder não sem influência das concepções monistas ou dualistas aí dominantes.

O primado sobre o Direito ordinário interno foi geralmente acolhido como imperativo imprescindível. Divergências só foram surgindo a propósito da apreciação da eventual desconformidade entre normas legislativas e normas comunitárias – se se reconduziria a inconstitucionalidade (indirecta) ou não e se seriam competentes os tribunais constitucionais ou outros tribunais⁴.

Muito mais grave era a posição a tomar frente às relações do Direito comunitário com as Constituições, por força do princípio da soberania do Estado e por causa da salvaguarda dos direitos fundamentais. Mas foi-se dando uma evolução sensível de uma atitude muito rigorosa, sobretudo na Alemanha, para fórmulas mais flexíveis capazes de evitar ou suprir conflitos.

Numa primeira fase, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a extensão, sem quebras, do princípio da constitucionalidade às normas europeias. Numa segunda fase, por admitir que na esfera comunitária os direitos fundamentais já obtinham um grau de protecção comparável ao atingido a nível interno, aceitou autolimitar o seu poder, embora reservando-se a indagação da comparabilidade. Num terceiro e mais recente momento, assentiu numa espécie de presunção de respeito dos direitos fundamentais pelas normas comunitárias, fazendo recair sobre quem as impugnasse o ónus da demonstração contrária⁵.

Tem vindo, portanto, a reduzir-se a margem de intervenção dos tribunais constitucionais e de órgãos homólogos, em nome de um esforço de concertação ou de coordenação entre as ordens jurídicas e de reconhecimento de valores jurídicos comuns⁶. Não obstante, nunca esses tribunais se renderam, pelo menos de forma explícita, a um primado puro e simples ou radical do Direito comunitário, nem renunciaram à defesa, em última análise, dos direitos e dos vectores básicos das correspondentes Constituições.

No nosso país, se o Tribunal Constitucional não teve até agora de se pronunciar⁷, nem, nem por isso a doutrina tem deixado de reflectir sobre a relação entre Direito comunitário derivado e Constituição. Prevalece a tese da supremacia desta, com mais ao menos

⁴Cf. um quadro básico país a país, em Rideau (2002, p. 911).

⁵Cf. o acórdão do Tribunal Constitucional Federal de Portugal, de 7 de junho de 2000, sobre o mercado de bananas.

⁶Para o que também têm contribuído a referência a direitos fundamentais nos últimos tratados e a Carta de Direitos Fundamentais de 2000.

⁷No acórdão nº 184/89, de 1º de fevereiro, estava em causa um regulamento interno português (respeitante ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional) anexo à Resolução do Conselho de Ministros nº 44/86, de 5 de junho. O Tribunal só conheceu da questão da competência regulamentar no âmbito dos órgãos do Estado português, mas não deixou de reconhecer a eficácia obrigatória das normas comunitárias. No acórdão nº 163/90, de 23 de maio, o Tribunal considerou o regime do reenvio prejudicial previsto no artigo 177.º do Tratado de Roma (embora salientasse que o Tribunal de Justiça das Comunidades tinha uma jurisdição por atribuição, e não por natureza). Mas, no caso só estava em causa uma questão de inconstitucionalidade e, portanto, não procedeu ao reenvio prejudicial.

contenção (ALVES, 1983), mas há também quem defenda o valor supraconstitucional daquele Direito.

Segundo Pereira e Quadros (1993, p. 130) para que o Direito Comunitário vigore na ordem interna dos Estados membros e prime sobre todo o Direito estadual não é necessário que a Constituição o diga: quando um Estado adere às Comunidades aceita implicitamente a sua ordem jurídica com todas as suas características essenciais – com todos os seus atributos próprios – e o primado é o primeiro deles.

O disposto no artigo 8.º, n.º 3, acrescentam, deve prevalecer sobre os artigos 207º e 277º, nº 1, da Constituição, já que está colocado na parte da Constituição dedicada aos “Princípios Fundamentais”.⁸

Avançando ainda mais, Eduardo Correia Baptista considera incontornáveis o regime do Direito Comunitário e os factos decorrentes do seu implacável sistema de garantias. É algo penoso ter de o reconhecer, mas a existir uma norma nula internamente (ou ineficaz por revogação), esta norma será a constitucional por contrariar a norma comunitária e não o inverso; as normas nulas não vinculam os tribunais (PEREIRA; QUADROS, 1993, p. 451).

A nossa posição é aquela que, por último, assumimos no nosso Curso de Direito internacional Público de 2002. Não negamos a conveniência ou a exigência estrutural de uma interpretação e uma aplicação uniformes do Direito comunitário na ordem interna de todos os Estados pertencentes às Comunidades. Todavia, exigência análoga existe em relação ao Direito internacional convencional, em face do princípio da boa fé na interpretação e na aplicação dos tratados (artigos 31.º e 26.º da Convenção de Viena).

Como sublinha Teles (1967), aceitar a incorporação da norma internacional e negar, ao mesmo tempo, a interpretação e a integração da fonte de que deriva segundo os critérios que lhe são próprios significaria, em última análise, conceder com uma mão o que se retira com outra. Nem se descortinaria motivo sério que justificasse que o Estado quisesse a todo o transe assegurar o respeito dos seus critérios interpretativos e integrativos quando os abandonou ao receber a norma internacional.

Se não fosse assim, acentua Ramos (1982), seria o Direito internacional que se esfrangalharia num conjunto de regulamentações estaduais que lhe fariam perder a unidade. O Direito internacional defrontar-se-ia com o paradoxo de a sua generalização provocar necessariamente a descaracterização dos seus comandos. Haverá, pois, que buscar ao máximo a maior conformidade de conteúdo e regime das suas normas, quer quando são objecto de aplicação na ordem internacional, quer quando são actuados nos vários sistemas jurídicos estaduais.

⁸Não obstante, Pereira e Quadros (1993, p. 142) reconhecem que, como o Direito comunitário ainda não é um Direito federal, a sanção para a violação do primado se situa no plano da eficácia, e não na validade da norma estadual.

A diferença entre Direito comunitário e Direito convencional, aliás não pouco importante (se bem que sem infirmar o postulado) está na maior extensão e na maior densidade das normas comunitárias e na insuficiência de garantias que ao cumprimento dos tratados pode dar o Tribunal Internacional de Justiça, desprovido de jurisdição obrigatória.

Uma coisa vem a ser, porém, a conveniência ou a necessidade de adequação da ordem jurídica interna, incluindo a Constituição, à ordem jurídica comunitária; outra coisa, proclamar um princípio de primado de normas provenientes das instituições comunitárias sobre as normas constitucionais.

Afirmar tal primado é logicamente absurdo. Tais normas decorrem da competência de órgãos criados por um tratado (aqui o Tratado da União Europeia), o qual tem de ser aprovado e ratificado nos diversos Estados partes, com observância das respectivas Constituições (daí as prévias revisões constitucionais efectuados em alguns Estados para evitar quaisquer discrepâncias). Ora, como poderiam as normas de Direito comunitário derivado valer mais do que as normas constitucionais?

Haveria ainda aí uma contradição insanável com os alicerces democráticos da União. Ora, não é, em regime democrático, a Constituição a máxima expressão da vontade popular, manifestada em assembleia constituinte ou por referendo? Como conceber então que a ela se sobreponha uma norma sem base democrática imediata (a do Conselho de Ministros, da Comissão ou do Banco Central Europeu)? Como conceber um primado verdadeiro e próprio de normas de origem burocrática e técnica sobre as normas directamente assentes na legitimidade democrática⁹.

Canotilho (2003), na última edição do seu livro *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, alude a um processo constituinte europeu, simultaneamente processo constituinte dos Estados membros, pelo que o Direito primário dos tratados acabaria por se impor ao Direito constitucional interno. Mas acrescenta que isto não significa que não haja limites a uma eventual supremacia e preferência de aplicação. Desde logo, tratar-se-á sempre de aplicação preferente, não de proeminência quanto à validade. Os preceitos constitucionais internos incompatíveis com normas comunitárias não são nulos ou anuláveis, apenas inaplicáveis no caso concreto. Em segundo lugar, as normas europeias não poderão transportar revoluções internas a ponto de subverter os princípios constitucionais materialmente irreversíveis. A Constituição constituinte impõe-se aqui ao processo constituinte.

E Canotilho (2003) conclui, para o que agora interessa: o Direito europeu com primazia de aplicação relativamente a normas constitucionais só pode ser o Direito convencional. O alargamento da tese da primazia de aplicação a todas as normas comunitárias (desde os tratados ao mais anódimo regulamento ou directiva) acabaria por minar a medula óssea do Estado de Direito democrático e constitucional.

⁹Cf. a referência ao princípio democrático no acórdão do Tribunal Constitucional alemão acerca do Tratado de Maastricht. (ALEMANHA, 1994, p. 272).

Sem olvidar o interesse básico da unidade do Direito comunitário, tem, pois, de se procurar encontrar soluções de equilíbrio com as Constituições nacionais, soluções de harmonização e concordância prática. E, de resto, mesmo Autores voltados para a afirmação de uma Constituição europeia, como Maduro (2001) e Pires (2000), reconhecem a necessidade de um pluralismo ou dialogismo jurídico e devendo a ordem jurídica europeia ser pensada como integrando, simultaneamente, as pretensões de validade das ordens jurídicas nacionais e comunitária¹⁰.

Não é preciso destruir a função da Constituição para aceitar um princípio de cooperação entre ordens jurídicas – escreve Vilaça (1991, p. 303). À visão monista de supremacia-subordinação pode contrapor-se, diz, por seu turno Piçarra (1991), a ideia de uma repartição material de competências: à competência das competências dos Estados são subtraídas, por vontade destes, competências fundamentalmente em matérias económicas lato sensu. Ou, como frisa Duarte (1997), a relação entre o Direito comunitário e os Direitos nacionais constrói-se com base nos princípios da atribuição de competências e da colaboração ou complementaridade funcional de ordenamentos autónomos e distintos¹¹.

Poderá, por conseguinte, justificar-se alguma contenção – como temos sugerido desde 1991 – no funcionamento dos mecanismos de fiscalização instituídos pelos artigos 204.º e 280.º e seguintes da nossa Constituição, embora nunca a pretexto de uma pretensa prioridade do artigo 8.º, n.º 3. Este não incorpora um princípio fundamental da Constituição; princípio fundamental é, sim, o princípio da constitucionalidade, declarado no artigo 3.º, n.ºs 2 e 3.

O princípio da repartição material de competências, concretizado nas cláusulas implícitas ou explícitas de limitação da soberania, é suficiente – afirma ainda Maria Luísa Duarte – para justificar a não fiscalização da constitucionalidade das normas comunitárias, salvo naqueles casos em – que se trate de garantir o núcleo essencial da Constituição, insusceptível, por natureza, de integrar o âmbito da delegação de competências pacticiamente definido. Não se trata de conferir à norma comunitária um valor supraconstitucional, insuperavelmente contraditório com a própria ideia de Constituição (DUARTE, 1997).

Pelo exposto, vimos preconizando uma via média no tocante ao controlo de constitucionalidade das normas comunitárias (e, porventura, também de normas dimanadas de organizações internacionais ao abrigo do artigo 8.º, n.º 3, da Constituição): exercício de fiscalização para defesa dos valores básicos da Constituição; e adopção para o resto de algo de semelhante ao disposto quanto à inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratado que não resulte da violação de uma disposição fundamental (artigo 277.º, n.º 2), com a consequente mera irregularidade aqui de eventual contradição¹².

¹⁰Maduro (2001), falando numa pirâmide de normas a nível europeu, que não obedece a uma geometria euclidiana, mas sim a uma geometria variável.

¹¹Duarte (1997, p. 689) fala em coabitação necessária.

Tais valores básicos são os plasmados nos limites materiais de revisão constitucional (artigo 288.º), a identidade nacional – manifestada, antes de mais, na língua portuguesa e nos laços privilegiados com os países que a adoptam [artigos 9.º, alínea g), e 10.º, n.º 3, assim como artigos 7.º, n.º 4, 15.º, n.º 3, e 78.º, n.º 2, alínea d)] – e os princípios e regras conformadores da própria participação de Portugal na construção europeia – os princípios da reciprocidade, da subsidiariedade e a exigência de tratado para o exercício da soberania em comum ou em cooperação (artigo 7.º, n.º 6).

Nem se invoque, para afastar totalmente a fiscalização, a omissão do Direito comunitário no preceito respeitante ao recurso obrigatório para o Ministério Público de decisões dos tribunais de desaplicação de normas constantes dos actos de maior relevância (artigo 280.º, n.º 3)¹³, porque ele não apaga a regra geral da recorribilidade de decisões que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em inconstitucionalidade [artigo 280.º, n.º 1, alínea a)] e porque a não obrigatoriedade de recurso bem pode entender-se, justamente, na perspectiva de relativa auto limitação que alvitramos.

Muito menos aceitável, embora aliciante, seria convolar a questão de inconstitucionalidade suscitada em qualquer tribunal em questão prejudicial de validade jurídico-comunitária, funcionando então o Tribunal de Justiça das Comunidades como juiz legal para efeito do artigo 177.º (hoje 234.º) do Tratado de Roma¹⁴. Além de não ter, neste momento, nenhum apoio de preceito positivo, poderia traduzir-se, em última análise, numa absorção do Direito constitucional pelo Direito comunitário.

Na prática, hipóteses de inconstitucionalidade relevante serão extremamente remotas (tal como o têm sido nos demais países). Só que não seria prudente, olhando ao vanguardismo jurídico do Tribunal de Justiça e ao risco de hegemonia dos Grandes Estados nas instituições comunitárias, excluí-lo a priori.

Nem, no fim de contas, isto será muito, muito diferente do que se verifica com a fiscalização sucessiva da constitucionalidade de normas convencionais. Também ela, por um duplo princípio de pacta sunt servanda e de boa fé (designadamente para evitar inconstitucionalidade superveniente por efeito de revisões constitucionais), apenas em casos raros se justificará. Noutro plano, ficam:

- 1.º A fiscalização dos actos legislativos de transposição de directivas comunitárias (artigo 112.º, n.º 9, da Constituição) ;
- 2.º A fiscalização do processo de participação de Portugal na tomada de decisões comunitárias que versem sobre matérias que incidam na esfera de competência legislativa reservada da Assembleia da República, quando esta se não tenha pronunciado [artigo

¹²Duarte (1993, p. 704), além dos direitos fundamentais, considera a separação de poderes, o princípio de legalidade e o princípio de independência nacional.

¹³Todavia, contraditoriamente, apesar de a omissão também abranger normas derivadas de organizações internacionais proprio sensu, Baptista (1998, p. 457) admite recurso de decisões judiciais que as não apliquem.

¹⁴Cf. Baptista (1998, p. 454) também quanto à violação de direitos, liberdades e garantias.

161.º, alínea n)]; fiscalização desse processo interno, não de decisões comunitárias em si mesmo.

Mas também neste segundo caso a consequência negativa dificilmente poderá ir além da irregularidade. Ainda uma referência à infracção de normas comunitárias por lei interna. Tal como em caso de infracção de tratado, os tribunais portugueses devem ser considerados competentes para a apreciar, ao abrigo do princípio geral insito no artigo 204.º da Constituição. Não há, no entanto, diferentemente do que sucede na relação entre lei e tratado (artigo 70.º, n.º 1, alínea i, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, após a Lei n.º 85/89, de 7 de setembro recurso para o Tribunal Constitucional.

Na lógica do Direito comunitário, o que poderá ocorrer serão – então, sim – reenvio prejudicial para um tribunal das Comunidades¹⁵. E solução similar haverá de ser dada à desconformidade entre normas de Direito derivado e de Direito originário.

É altura de voltarmos a ler o artigo 10.º, n.º 1, do projecto de novo tratado: “A Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União no exercício das competências que lhe são atribuídas primam sobre o direito dos Estados membros”.

Preceito ou cláusula não presente em nenhum dos tratados anteriores, estará aí a declaração de um primado equivalente a fundamento de validade? Doravante, o Direito dos Estados membros retirará a sua validade, a sua susceptibilidade de conformação das situações da vida da conformidade com o Direito da União (do Direito da União, como agora se diz)? Estaremos diante de uma pirâmide normativa de tipo kelseniano? Havendo contradição entre qualquer norma estatal e uma norma europeia, aquela será tida por inválida, insusceptível de produzir efeitos desde a ocorrência da contradição, nula?

Depois, esse primado abarca tanto o Direito ordinário dos Estados membros quanto o Direito constitucional, e este sem nenhum limite? Ou, sem embargo da sua aparente ratio – a aplicação uniforme das normas comunitárias nas ordens jurídicas de todos os Estados membros – o que se pretende atingir é tão somente o Direito infraconstitucional?

Admitindo que apenas se visa formalizar a jurisprudência do Tribunal de Justiça, é esta em todas as suas linhas de força ou atende-se também à jurisprudência de tribunais constitucionais como o alemão? E não se destinará a consagração, por via de tratado, dessa jurisprudência, a infirmar a jurisprudência dos tribunais constitucionais, abrindo a porta a avanços de uma elaboração redutora da extensão e do peso das ordens jurídicas internas? Eis perguntas a que importa responder, tentando superar ambiguidades e perplexidades manifestas.

Antes de mais, julgamos que o artigo 10.º, n.º 1 não comporta um nexo estrutural de validade idêntico ou semelhante ao que se produz entre normas situadas dentro do mesmo ordenamento (por exemplo, entre normas constitucionais e normas ordinárias, entre lei e

¹⁵ Assim, além do já citado acórdão n.º 163/90, o acórdão n.º 621/98 do Tribunal Constitucional, de 3 de novembro.

regulamento, entre jus cogens e tratado, entre tratado constitutivo da União Europeia ou de outra entidade internacional e acto dele derivado, ou entre tratado principal e tratado acessório). Falta um elemento genético e fundacional ao Direito da União diante do Direito de cada Estado membro.

Em segundo lugar o preceito logo se autolimita ao falar em “direito adoptado no exercício das competências que lhe são atribuídas”. Em conjugação com o artigo 9.º, n.º 1, reitera-se aí o princípio de competência por atribuição (DUARTE, 1997) – da atribuição operada por via de tratado, o qual (insistimos) terá de ser ratificado e só poderá ser revisto com o consentimento de todos os Estados membros (artigos 8.º e 7.º da parte IV). Só quando os órgãos da União emanarem normas contidas no âmbito dessa competência (e das suas competências específicas) é que terá sentido o disposto no artigo 10.º, n.º 1. Mas primado verdadeiro e próprio pressuporia um referente de carácter global que não se verifica¹⁶.

Não ignoramos que as competências da União Europeia saem bastante alargadas do projecto (artigos 11.º e segs. da parte I), porquanto, no domínio das competências partilhadas, os Estados apenas as podem exercer na medida em que a União as não tenha exercido ou deixado de exercer (artigo 11.º, n.º 2, 2.ª parte); e, sobretudo, porque se se tornar necessária uma acção da União no quadro das políticas definidas na parte III (que é imensa, com 218 longos programáticos artigos) para atingir um objectivo estabelecido na “Constituição”, não prevendo esta os poderes requeridos para o efeito, o Conselho de Ministros tornará as disposições adequadas, por deliberação unânime, sob proposta da Comissão e após aprovação pelo Parlamento Europeu (artigo 17.º, n.º 1, da parte I).

Nem por isso se modifica a natureza das competências. Tudo está no equilíbrio dessa “cláusula de flexibilidade”, com os princípios de subsidiariedade e da proporcionalidade (artigo 7.º, n.º 1, 2.ª parte), nas relações de força reais (e não apenas jurídico-formais) naqueles órgãos e no entendimento que aos poderes recíprocos da União e dos Estados vai dar o Tribunal de Justiça.

Relativamente ao Direito ordinário interno, é seguro que o artigo 10.º, n.º 1 contém um princípio inamovível de prevalência de aplicação. Idênticas certezas não se vislumbram quanto ao Direito constitucional.

A interpretação jurídica tem de ser sistemática e a dos tratados não foge a este cânone: nelas importa sempre atender ao contexto (artigo 31.º, n.º 1, da Convenção de Viena). Ora, do projecto consta um preceito, o artigo 5.º, em que se prescreve que a União respeita a identidade nacional dos Estados membros, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, e as funções essenciais do Estado; e preceito análogo não consta do tratado¹⁷ em vigor. Acresce que, diferentemente também de tratados

¹⁶Cf. Pires (2000), a supremacia das normas comunitárias dir-se-ia ela própria subordinada, limitada à esfera de competência que lhe são atribuídas; in dubio pro Constituição nacional. Para Otero (2003), a prevalência hierárquica do Direito comunitário obedece a uma repartição material de áreas de actuação; é subsidiário.

¹⁷O que consta dos tratados anteriores é a declaração segundo a qual a União assenta nos princípios da liberdade, da democracia,

anteriores, se regula o direito de recesso de qualquer Estado membro, em conformidade com as respectivas normas constitucionais (artigo 59.º, n.º 1, da parte I). Talvez essas considerações não sejam suficientes para arredar o primado do Direito da União sobre as Constituições nacionais; pelo menos, deixam a questão em aberto.

Já aquando do Tratado de Maastricht houve quem tivesse dito que tinha sido exercido um poder constituinte europeu; ou que, se não havia uma Constituição, pelo menos haveria uma pré-Constituição ou uma Constituição transnacional. E não poderia então, a aderir-se a essa tese, entender-se que se justificaria o primado, no sentido próprio, da “Constituição europeia” sobre as Constituições nacionais?

Não, de modo algum. Só pode falar-se em Constituição europeia na mesma acepção em que poderia falar-se em Constituição das Nações Unidas, do Mercosul, da Liga Árabe ou da Organização Internacional do Trabalho. Mas tal Constituição europeia não participa da natureza de Constituição, como lei fundamental e fundadora, expressão de um poder originário e vocacionada para abranger a vida colectiva de toda uma comunidade política. Nunca se manifestou até hoje um poder constituinte europeu, um poder da União Europeia de se organizar, por si e para si, acima e para além dos Estados. A convenção que preparou o projecto dito de Constituição foi um mero grupo de trabalho e não uma assembleia constituinte.

Nem existe (ou não existe por enquanto) um povo europeu que seja titular desse poder constituinte; há, sim, um conjunto de povos europeus e é a eles que corresponde o Parlamento Europeu. Nem há cidadãos europeus¹⁸; há cidadãos de diferentes Estados europeus – aos quais são atribuídos certos direitos económicos e políticos comuns e nisto consiste, justamente, aquilo a que se chama cidadania europeia ou cidadania da União.

Por outro lado, a necessidade de prévia alteração de algumas Constituições dos Estados membros (tal como aconteceu aquando da ratificação do estatuto do Tribunal Penal Internacional) é sinal de que esses tratados não equivalem a uma Constituição, porque, de outro modo, ela não teria sido necessária¹⁹. Se equivalessem a uma Constituição, aprovados e entrados em vigor, impor-se-iam por si próprios as suas normas prevaleceriam sobre as normas constitucionais, as quais seriam declaradas “inconstitucionais” ou “ilegais” por contradição com normas de grau superior; e nada disso sucedeu até hoje, nem vai

do respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, bem como dos Estados de Direito, princípios comuns aos Estados membros (artigo 6.º). Agora, de resto, vai-se um pouco mais longe, dizendo-se que os direitos fundamentais resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados membros fazem parte do Direito da União como princípios gerais (artigo 7.º, n.º 3, da parte I).

¹⁸Apesar da infeliz rubrica do artigo 15.º da Constituição portuguesa após 1992.

¹⁹Porventura, só se atingiria um estágio constitucional, só haveria exercício de um poder constituinte a nível europeu se, celebrado um novo tratado, não tivesse de haver unanimidade para a sua aprovação e a sua ratificação, podendo ele entrar em vigor, inclusive, em Estados que não o tivessem aprovado ou ratificado (foi o que aconteceu nos Estados Unidos, onde bastou a ratificação por parte de nove dos treze primeiros Estados fundadores para que a Constituição federal entrasse em vigor).

Ora, a Carta das Nações Unidas prevê formas de modificação do respectivo texto bem mais constitucionais do que os processos de alteração previstos nos tratados europeus. Pois, sejam aprovadas em Conferência Geral dos membros da Organização, sejam aprovadas pela Assembleia Geral, as alterações à Carta desde que ratificadas por dois terços dos Estados, incluindo os cinco Estados membros permanentes do Conselho de Segurança, obrigam todos os Estados, mesmo os que tenham votado contra (cfr.

agora suceder²⁰. Há, naturalmente, quem não pense assim – quer Autores como Francisco Lucas Pires, Carla Gomes e Ana Maria Guerra Martins, quer, em obras recentes, Gomes Canotilho e Paulo Otero.

Na esteira do que atrás referimos, segundo o primeiro destes Autores, a “maciça alteração” dos tratados, aprofundando a associação constitucional dos Estados, representaria ela própria um processo constituinte. Mas a isso pode contrapor-se que o fenómeno se reconduz apenas a um impulso legiferante, a um impulso legiferante constitucional, a um factor estimulante ou determinante da decisão de legislar e, portanto, da abertura de um procedimento de revisão. Mutatis mutandis, de um estrito prisma jurídico, a assinatura dos

tratados comunitários está para a revisão constitucional como as mensagens do Presidente da República, o programa do Governo, as petições ou as recomendações do Provedor de Justiça para a produção de leis ordinárias.

Quanto a Paulo Otero, haveria mesmo um poder constituinte informal de fonte comunitária que, apesar de ainda assentar numa base autovinculativa, dita o conteúdo das opções fundamentais de cada Estado em matérias de índole económica e social. As revisões constitucionais para harmonizar os textos das Constituições com a evolução do Direito comunitário primário demonstrariam já a prevalência do elemento externo na determinação do conteúdo das alterações constitucionais, registando-se aqui uma verdadeira heterovinculação constitucional.

Achamos que é ir longe demais. Não menosprezamos a força política desse elemento externo; mas ele não consegue substituir-se à decisão constitucional interna. Em primeiro lugar, porque, na sua lógica própria, nem sequer seria então necessário modificar a Constituição “oficial” de cada Estado membro. Em segundo lugar, porque não pode obliterar-se quer a capacidade de resistência das ordens jurídicas nacionais quer a experiência histórica da rejeição de tratados europeus por via referendária.

Mais fecundo vem a ser outro passo da última obra de Paulo Otero: aquele em que observa que o artigo 7.º, n.º 6, da Constituição portuguesa (introduzido em 1992, aquando do Tratado de Maastricht)²¹ envolve uma autolimitação decisória do Estado, inviabilizando que, em tais domínios (de poderes transferidos ou delegados), ele aprove normas contrárias à normatividade comunitária.

artigos 108.º e 109.º). E ninguém diz que a Carta seja uma Constituição de tipo estatal. Refira-se, entretanto, que o artigo 7.º, n.º 4, do projecto estabelece que, se, decorridos dois anos a contar da data de assinatura de um tratado que altere a “Constituição”, quatro quintos dos Estados membros o tiverem ratificado e um ou mais Estados membros tiverem deparado com dificuldades em proceder a essa ratificação, o Conselho Europeu analisará a questão. E em Declaração Anexa (!) estende-se essa faculdade à celebração originária. E cabe indagar das hipóteses de decisão do Conselho: a simples verificação do facto com a consequente não entrada em vigor do tratado, a subsistência de tratado anterior quanto aos Estados que não tenham ratificado o novo tratado, a imposição de ratificação, ou a expulsão da União?

²⁰Conforme foi reconhecido pelos Tribunais Constitucionais alemão e espanhol apreciando a constitucionalidade do Tratado de Maastricht e pelo Conselho Constitucional francês a propósito deste Tratado e do de Amesterdão.

²¹O artigo 7.º, n.º 6 visa a União Europeia. O preceito anterior, o artigo 7.º, n.º 5 (inscrito em 1989 e repetitivo do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2) possui um alcance mais amplo: dirige-se a toda a Europa, cuja expressão institucional mais antiga e significativa é o Conselho da Europa.

Mesmo assim, cremos excessivo enxergar aí um caso de recepção formal indirecta dos futuros tratados modificativos do Direito comunitário primário, dotados de um valor paraconstitucional ou de uma força hierárquico-normativa idêntica à da Constituição, com a consequente inaplicabilidade de normas constitucionais formais por superveniência de novas normas desses tratados e vice-versa. Tal corolário, conquanto não subsumível em mútua revogabilidade, acarretaria não só a desnecessidade de revisão constitucional perante a celebração de novo tratado mas também a possibilidade de, na vigência de um tratado, a superveniência de uma lei de revisão tornar inaplicável internamente a norma comunitária. E, se a primeira consequência é desmentida pela prática e pela susceptibilidade de fiscalização preventiva da constitucionalidade dos tratados europeus²², a segunda teria um efeito perverso sobre a ordem jurídica comunitária pelas razões que se sabem.

O que resulta, a nosso ver, do artigo 7.º, n.º 6, é justamente o inverso: não que os tratados europeus venham a inserir-se na Constituição formal à semelhança da Declaração Universal dos Direitos do Homem (por força do artigo 16.º, n.º 2); mas que, depois de vincularem o Estado português, não possam ser afectados por revisão constitucional, enquanto não sujeitos eles próprios a alteração; e que não possa haver revisão constitucional em sentido desconforme, sob pena de ineficácia (não, evidentemente, de invalidade desta)²³.

Tão pouco se justifica falar em derrogação constitucional a propósito da redução de competência legislativa dos órgãos do Estado e das regiões autónomas em virtude de normas comunitárias. Não há derrogação. O que pode haver é preclusão de competência: esses órgãos não ficam privados de competência, simplesmente não a podem exercer ou a exercer contra o disposto em normas comunitárias. E o artigo 161.º, alínea n), da Constituição confirma-o: a pronúncia necessária da Assembleia da República sobre projectos de actos normativos da União Europeia que versem matérias da sua competência reservada serve de sucedâneo do poder de legislar, sem que o paralise de uma vez para sempre.

Derrogação constitucional acompanha de desconstitucionalização (e na divisa entre constitucionalidade e inconstitucionalidade), dá-se, porém, no artigo 33.º, n.º 5 (enxertado em 2001), ao permitir a aplicação de normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da União Europeia mesmo com prejuízo de algumas das garantias constitucionais de expulsão e extradição.

Como quer que seja, todos estes importantíssimos aspectos mereceriam, obviamente, uma reflexão mais aprofundada que aqui não pode ser levada a cabo.

Se a nossa interpretação do artigo 10.º, n.º 1, do projecto de tratado e do artigo 7.º, n.º 6, da Constituição é correcta, não é preciso proceder a qualquer alteração ou aditamento ao

²²Como aconteceu, mais de uma vez, na França; e sem esquecer o recurso para o Tribunal Constitucional federal alemão, que provocou o acórdão de 1993.

²³Aliás, por imperativo de segurança jurídica e boa fé, nenhum Estado pode invocar uma revisão da sua Constituição para se desobrigar de qualquer tratado; só a pode invocar para denúncia (artigo 56.º da Convenção de Viena). A diferença está em que, neste caso, a sanção a que o Estado fica sujeito é apenas a responsabilidade internacional.

texto constitucional para se conseguir o desiderato almejado de aplicação do Direito comunitário em Portugal em termos iguais àqueles em que venha a aplicar-se nos restantes Estados membros.

Não se subverte a força normativa da Constituição e continua a salvaguardar-se para o Estado – em conjunto com as outras, através da via convencional – o princípio geral da competência das competências. E isto sem prejuízo da autocontenção relativa do controlo da constitucionalidade das normas europeias que vimos alvitando e da autocontenção material do poder de revisão nos moldes acabados de propor. Mas, ao invés, se se divisar no artigo 10.º, n.º 1, do projecto uma proclamação radical, explícita e definitiva do primado de todo o Direito da União sobre todo o Direito dos Estados membros a proclamação de um primado estrutural, então não se trata já de uma revisão desnecessária; trata-se de uma revisão impossível.

Não seria sequer uma revisão. Não seria sequer uma violação do limite material de revisão correspondente à independência nacional [artigo 288.º, alínea a)]. Seria muito mais do que isso: seria a destruição da Constituição, um suicídio constitucional, uma mudança qualitativa do Estado-degradado a Estado sem soberania constituinte (e, pior do que tudo: tendo em conta a distribuição do poder previsto nos órgãos da União, degradado a uma condição próxima dos Estados alemães dentro da Constituição imperial de Bismarck, sujeitos à hegemonia da Prússia), *Non possumus*.

Foi, por isso, com surpresa e muito grande inquietação que encontrei no projecto de revisão constitucional n.º 3/IX (apresentado por Deputados do Partido Social-Democrata e do Centro Democrático Social) o seguinte preceito, que seria o n.º 3 do artigo 8.º (o n.º 3 actual passaria a n.º 4):

As normas da Constituição Europeia e o direito adoptado pelas instituições da União Europeia, no exercício das competências que lhes são atribuídas, vigoram directamente na ordem interna e prevalecem sobre as normas de direito interno, sem prejuízo do respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático expressos na Constituição.

A gravidade desta fórmula ressalta à vista desarmada, por se falar, sem mais, em Constituição Europeia e por, ressaltando-se apenas os princípios fundamentais do Estado de Direito democrático, se consignar o primado das normas comunitárias – desde as “leis europeias” e as “leis-quadro europeias” aos regulamentos delegados da Comissão e aos regulamentos do Banco Central Europeu – sobre as normas constitucionais que não se qualifiquem como princípios fundamentais.

E a fórmula é tanto mais espantosa quanto, na exposição de motivos que antecede o projecto de revisão se escreve (V) que “[...] é importante clarificar as consequências jurídicas da ratificação do Tratado que aprovar a Constituição Europeia, consequências que se impõem sobre o nosso direito ordinário interno e não sobre as matérias da nossa Consti-

tuição, ao contrário do que algumas opiniões têm aqui ou ali insinuado”.

Torna-se manifesta a contradição e não podemos senão concluir que quem redigiu o preceito proposto não só desconhecia que o Direito comunitário prevalece sobre as leis internas por força do n.º 3 actual da Constituição como não foi capaz de exprimir, com rigor, o pensamento dos Deputados subscritores do projecto.

Muito menos se compreende como defendendo os autores do projecto um referendo (É preciso fazer um referendo europeu), advoga-se, desde já, a inserção na Constituição de uma norma que supõe, a partida, um resultado favorável ao tratado nesse referendo. E se o resultado for outro? Assim como, mal se compreende que, antes de encerrada a conferência intergovernamental de Roma e estando em curso ainda negociações delicadas se pretenda que Portugal, na sua lei máxima, venha a ocupar-se da matéria do artigo 10.º, n.º 1, do projecto. Nem cremos que, em mais nenhum Estado membro da União, depois de assinado o novo tratado, se vá adoptar qualquer texto semelhante.

Esperemos que a Assembleia da República tenha o sentido de Estado, a sabedoria e a sensatez de saber esperar e saber ponderar!

A terminar, seja-nos permitido ainda aludir à questão do referendo. O artigo 115.º da Constituição continua a não consentir referendos destinados a aprovar ou a rejeitar directamente leis ou tratados – é uma singularidade explicável historicamente. Reporta-se, sim, a matérias ou a questões que devam constar de leis ou de tratados, obrigando depois os órgãos competentes a respeitar o veredicto popular.

E terão de ser somente matérias já objecto de projectos ou propostas de lei ou de tratados já assinados? Não parece. Interpretado o preceito à luz do princípio democrático, nada impede que sejam, simplesmente, matérias ou questões passíveis de tratamento legislativo ou convencional, ainda que não estejam em marcha os respectivos processos. Por isso, bem pode fazer-se, por exemplo, um referendo para perguntar ao povo se concorda com a mudança de hora legal ou se concorda com esta ou aquela cláusula a inserir num tratado internacional.

Nem se objecte quanto a tratados, com o artigo 197.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, que atribui ao Governo competência para negociar e ajustar convenções internacionais. Pois ao Governo não é subtraída essa competência, apenas fica condicionada pela eventual decisão referendária.

Quer dizer: pode haver um referendo europeu, mesmo antes de aprovada na Conferência Intergovernamental, o novo tratado ou depois de assinado e antes de submetido ao Parlamento. E é preferível isso a que o povo seja colocado perante factos consumados. Os únicos problemas práticos advêm dos prazos constitucionais e legais a respeitar.

Quanto à fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade dos referendos [artigos 115.º, n.º 8, e 223.º, n.º 2, alínea f, da Constituição], tudo estaria ainda no objecto a

definir. Se estivesse em causa o primado na acepção mais ampla e radical, abrangendo quer Direito constitucional, quer Direito derivado, a inconstitucionalidade seria manifesta e o Tribunal Constitucional não poderia deixar de o impedir, sob pena de ruptura. Se estivessem em causa outras questões, tudo estaria em saber quais e de que maneira estariam equacionadas.

Bibliografia

ALEMANHA. Tribunal Constitucional. Acórdão sobre o Tratado de Maastrich. Tradução Margarida Brito Correia. Direito e Justiça, v. VIII, n. 2, 1994.

ALVES, Caseiro. Sobre o possível efeito directo das directivas comunitárias. Revista de Direito e Economia, n. 9, p. 214, 1983.

BAPTISTA, Eduardo Correia. Direito internacional público. Lisboa: Lex, 1998.

CANOTILHO, Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DUARTE, Maria Luisa. A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados membros. Lisboa: Lex, 1997.

MADURO, Miguel Poiars. O superavit democrático europeu. *Análise Social*, n. 158, p. 145-149, Primavera-Verão de 2001.

MARTINS, Ana Maria Guerra. A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia. 1999. Tese (Doutorado) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000.

OTERO, Paulo. Legalidade e administração pública. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. Manual de direito internacional público. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PIÇARRA, Nuno. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do art. 177.º do Tratado CE., Lisboa: A. A. F. D. L., 1991.

PIRES, Francisco Lucas. O factor comunitário no desenvolvimento constitucional português. In: MIRANDA, Jorge. Os 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 2000.

RAMOS, Rui Moura. Das comunidades à União Europeia. 2. ed. Coimbra: 1999.

_____. A Convenção Europeia dos direitos do homem: sua posição face ao ordenamento jurídico português. Coimbra: Coimbra, 1982.

RIDEAU, Joël. Droit institutionnel de L'Union et des Communautés Européenne. 4. ed. Paris: LGDJ, 2002.

SOARES, Antonio Goucha. Repartição de competências e preempção no Direito comunitário. Lisboa: Cosmos, 1996.

TELES, Miguel Galvão. Eficácia dos tratados na ordem interna portuguesa: condições, termos e limites. Lisboa: Almedina, 1967.

VILAÇA, José Luis da Cruz. Droit Constitutionnel et Droit Communautaire. Rivista di Diritto Europeo, p. 301, 1991.

VITORINO, António. A adesão de Portugal às Comunidades Europeias, Lisboa: Almedina, 1984.

LA ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

PHILIPPE DARRIEUX

Magistrado

Sub-Dirección de las Relaciones Internacionales,
Escuela Nacional de la Magistratura – Paris

SUMARIO: I. El Reclutamiento de Los Magistrados. 1 - El reclutamiento por concurso. 1.1 - Precisiones sobre la organización del sistema judicial francés. 1.2 - El principio de reclutamiento por concurso: una evolución mayor. 2 - Los concursos de reclutamiento. 2.1 - La organización de los concursos de reclutamiento. 2.2 - El concurso externo. 2.3 - El concurso interno. 2.4 - El tercer concurso. 3 - El estatuto de los estudiantes (llamados « auditores de justicia »). 4 - El caso particular del reclutamiento directo. II – La Formación Inicial. 1 - Los objetivos de la formación inicial. 1.1 - Adquirir una competencia técnica. 1.2 - Conocer y analizar el entorno económico y social de la justicia. 1.3 - Desarrollar una reflexión sobre las funciones judiciales. 2 - El desarrollo de la formación inicial. 2.1 - La fase general. 2.2 - La fase de especialización. 3 - Los métodos pedagógicos utilizados en formación inicial. III – La Formación Continua de Los Magistrados. 1 - Los objetivos de la formación continua. 2 - Los contenidos de la formación continua. 2.1 - La determinación de los contenidos. 2.2 - Las diferentes modalidades pedagógicas. 2.2.1 - Las fórmulas pedagógicas. 2.2.2 - Las prácticas extrajurisdiccionales. 3 - Los métodos de la formación continua. 3.1 - Los principios. 3.2 - La interdisciplinariedad. 3.3 - La interactividad. 4 - La formación continua descentralizada. 5 - La producción documental. 6 - La formación de los colaboradores exteriores. IV – La Organización Administrativa y Financiera. 1 - El personal. 2 - Los medios presupuestarios. 3 - Los medios inmobiliarios. V – La Sub-Dirección de Las Relaciones Internacionales. 1 - Una diversificación geográfica creciente. 2 - La evolución de las modalidades de cooperación. 2.1 - La diversificación de los métodos. 2.2 - La diversificación de interlocutores.

En numerosos países del mundo, los sistemas judiciales han conocido evoluciones considerables en el transcurso de los últimos treinta años. Estas han sido muy diferentes según los países, pero siempre son el resultado de un aumento de las exigencias respecto a la justicia: su independencia, el respeto del derecho, la celeridad, fiabilidad y tendencia a colmar las expectativas de los justiciables.

Para hacer frente a las exigencias de modernización del sistema judicial, la formación de los magistrados y del personal de justicia constituye un reto mayor. En Francia, el sistema actual de reclutamiento y de formación de jueces y fiscales es producto de una larga historia.

Bajo la monarquía, los cargos de juez se compraban. La revolución de 1789 instauró la

elección. Durante el siglo XIX, el reclutamiento se realizó sobre una base que privilegiaba las relaciones personales. En todos los casos, era difícil llegar a un equilibrio entre la competencia y la independencia. Hubo que esperar hasta 1905 para que se instaurara un concurso, aun cuando este tipo de reclutamiento se había generalizado en la función pública desde Napoleón I.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, la institución judicial estaba particularmente debilitada. Después de la ocupación y de los periodos difíciles que siguieron, la población desconfiaba de los que la servían. Era difícil para el aparato judicial satisfacer las necesidades de los ciudadanos. Las carreras de magistrados eran poco atractivas. La justicia necesitaba una renovación importante.

A partir de 1946, se plantea el problema de la formación: «Si se quiere que los franceses vuelvan a tener confianza en su justicia, es necesario entre otras cosas que sus jueces sean instruidos y estén perfectamente formados para sus delicadas funciones», se escribía entonces.

El sistema de formación entonces en vigor era muy criticado por su ineficacia. La formación consistía en un cursillo en el estrado y un cursillo en el tribunal para abogados. El cursillo en el estrado tenía más el objetivo de cubrir el déficit de personal en los tribunales que el de asegurar una verdadera pedagogía.

No obstante, mientras que la función pública se reforma y moderniza a partir de 1945, habrá que esperar hasta 1958 para que este mismo movimiento alcance la magistratura. 1958 no fue solamente el año de una nueva constitución; entre otras reformas institucionales, se llevó a cabo la de la justicia.

El movimiento de modernización se apoya en varias medidas: un nuevo estatuto de la magistratura, un aumento sensible de los salarios de los magistrados, -a fin de tornar atractiva una profesión muy desvalorizada-, y la creación de un Centro de formación jurídica que, en 1970, se convertirá en la Escuela Nacional de la Magistratura.

Nada de esto fue sencillo. La creación de la Escuela se enfrentó a fuertes reticencias, en particular proveniente de la Universidad, que no comprendía bien lo que ésta Escuela iba a enseñar que ella misma no lo hubiera hecho ya. Los magistrados también estaban divididos, muchos consideraban que la organización de cursillos con ellos, en las jurisdicciones, era el mejor sistema de formación.

En la actualidad, el debate ya no se centra sobre la existencia misma de la Escuela, (cuya reputación ha superado las fronteras francesas, al punto que figura como pionera o modelo); sino que continúa vivo en todo lo que se refiere al contenido y a los métodos de formación, al profesionalismo del juez y su lugar en el seno de la sociedad.

I. El Reclutamiento de los Magistrados

El primero de noviembre de 1998, había 6581 magistrados profesionales en Francia. Cada año, la gran mayoría de los magistrados son reclutados por concurso.

No obstante, ha parecido conveniente mantener, marginalmente, otras vías de ingreso a la magistratura, como el reclutamiento directo, reservado a candidatos cuya experiencia profesional es tal que sería una pena hacerlos seguir un ciclo completo de formación sin que se justifique privar al cuerpo judicial de sus competencias.

1 - El Reclutamiento por Concurso

1.1 - Precisiones sobre la Organización del Sistema Judicial Francés

No se puede razonar sobre los métodos de reclutamiento de los magistrados en un país, cualquiera que éste sea, fuera de su sistema judicial global.

En este sentido, se deben hacer dos precisiones importantes en lo que se refiere al sistema judicial francés.

Por una parte, las jurisdicciones del orden judicial y del orden administrativo son completamente distintas. Aquí se abordarán solamente los métodos de reclutamiento de magistrados profesionales del orden judicial, es decir, de aquéllos que tratarán los asuntos civiles, comerciales, sociales y penales, a excepción de los asuntos de orden administrativo tratados por magistrados administrativos reclutados y formados según reglas distintas.

Además, ciertas jurisdicciones están compuestas por jueces profesionales y no profesionales. Este es el caso de las Magistraturas de trabajo, competentes para los litigios relacionados con el derecho laboral. En otras jurisdicciones, todos los jueces son no profesionales: este es el caso del Tribunal de comercio.

Por otra parte, la magistratura francesa agrupa en el seno del mismo cuerpo a los jueces y a los representantes del ministerio público. Los jueces y los fiscales tienen una misma carrera y les es posible cambiar en varias ocasiones de función en el transcurso de su vida profesional.

1.2 - El Principio de Reclutamiento por Concurso: una evolución mayor

El ingreso a la magistratura está subordinado, como para los otros cuadros de la función pública, a la aprobación de un concurso. El mismo permite asegurar, por una parte, la igualdad de oportunidades de acceso a la profesión de magistrado y, por otra, un buen nivel de base de las personas reclutadas.

Se debe señalar que en Francia, un magistrado no se recluta por un tiempo, sino de por

vida. Consecuentemente, la formación inicial es una inversión importante que facilitará el desarrollo de la carrera del magistrado. Además, siempre es posible perfeccionarla mediante la formación continua.

2 - Los Concursos de Reclutamiento

2.1 - La Organización de los Concursos de Reclutamiento

El número de plazas propuestas en los concursos es determinado anualmente por el Ministerio de Justicia en función de las necesidades de magistrados y de los imperativos presupuestarios. Una vez admitidos, los alumnos de la Escuela tienen la certeza de ser nombrados magistrados al término de su escolaridad, si son declarados aptos por el jurado de ingreso.

La Escuela organiza, cada año, tres concursos de acceso. Un concurso interno para los estudiantes, un concurso externo para los funcionarios y un tercer concurso abierto a las personas que justifiquen varios años de actividad profesional en el sector privado o de mandato electivo.

Las pruebas escritas se hacen ya sea a finales del mes de agosto o a comienzos del mes de septiembre. Las orales comienzan a principios del mes de noviembre para terminar generalmente poco antes de Navidad.

La selección es realizada por un jurado independiente de la Escuela Nacional de la Magistratura. Está presidido por un magistrado de Tribunal de casación, la mayor jurisdicción judicial, y compuesto por magistrados y universitarios reconocidos.

Este jurado se nombra por Decreto del Ministro de Justicia, a propuesta del Consejo de Administración de la Escuela. El Presidente del jurado es el mismo para los tres concursos. En el «anexo 1» se presenta una ilustración del mecanismo del concurso y del tipo de candidatos.

2.2 - El Concurso Externo

El concurso externo es el más importante cuantitativamente. Está abierto a los estudiantes titulares de una maestría (diploma expedido al cabo de cuatro años de estudios universitarios) o de un diploma equivalente, con un máximo de 27 años.

Las pruebas de este concurso tienen por objetivo medir la competencia jurídica de los candidatos, su apertura mental en cuanto a la comprensión de los grandes problemas contemporáneos, sus cualidades intelectuales de análisis y de síntesis y su capacidad de comunicación. Las pruebas escritas son anónimas. Comprenden:

- una prueba de cultura general ;
- una prueba de derecho civil ;

- una prueba de derecho penal o de derecho público (constitucional o administrativo) ;
- una nota de síntesis.

Si el candidato aprueba estos exámenes, se le admite en las pruebas orales, que son seis:

- conversación con el jurado ;
- derecho comercial o administrativo ;
- derecho penal o público ;
- idioma extranjero ;
- procedimiento ;
- derecho social.

También hay una prueba de cultura física.

2.3 - El Concurso Interno

El concurso interno está abierto a funcionarios que tengan cuatro años de antigüedad, con un máximo de 46 años y 5 meses. Comprende el mismo programa y las mismas pruebas que el concurso externo.

Existe un ciclo preparatorio de uno o dos años según si el funcionario es o no titular de diplomas jurídicos. También se puede tener acceso a este ciclo por concurso. El mismo permite a los funcionarios seguir una formación remunerada antes del concurso de ingreso a la magistratura.

2.4 - El Tercer Concurso

Desde 1996, la Escuela Nacional de la Magistratura organiza también un tercer concurso.

Creado por ley orgánica de 1992, está abierto a las personas que puedan justificar ocho años de actividad profesional en el sector privado o de ejercicio de un cargo político local o de funciones de juez no profesional. El límite de edad es de 40 años.

Su creación tiene como objetivo hacer beneficiar a la magistratura de diversas competencias sin abandonar el principio igualitario de reclutamiento por concurso.

3 - El Estatuto de los Estudiantes (llamados « auditores de justicia »)

Los candidatos admitidos a uno de estos concursos son nombrados auditores de justicia. A partir de ese momento, entran en el cuerpo judicial.

A su llegada a la Escuela, los auditores de justicia prestan juramento de guardar secreto sobre los actos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones. Este juramento les permitirá tener acceso durante su formación a todos los actos de la vida jurisdiccional.

Seguirán una formación que durará 31 meses, remunerada por el Estado con un salario que corresponde aproximadamente al 80% del salario de un magistrado principiante.

Como contrapartida a esta formación remunerada, tienen la obligación de servir al Estado durante un periodo mínimo de 10 años.

4 - El Caso Particular del Reclutamiento Directo

Existe una forma de entrar en el cuerpo de la magistratura sin pasar el concurso: el reclutamiento directo.

Pueden ser candidatos a un ingreso directo en la magistratura, por lo tanto, sin escolaridad en la Escuela Nacional de la Magistratura, las personas que posean un diploma que represente 4 años de estudios superiores después del bachillerato y que justifiquen una actividad profesional que las califique particularmente para las funciones jurídicas. Esta actividad profesional debe ser de al menos 7 años para una integración en segundo grado (correspondiente a los puestos de comienzo de carrera) y de al menos 17 años para una integración en el primer grado (puestos de jerarquía).

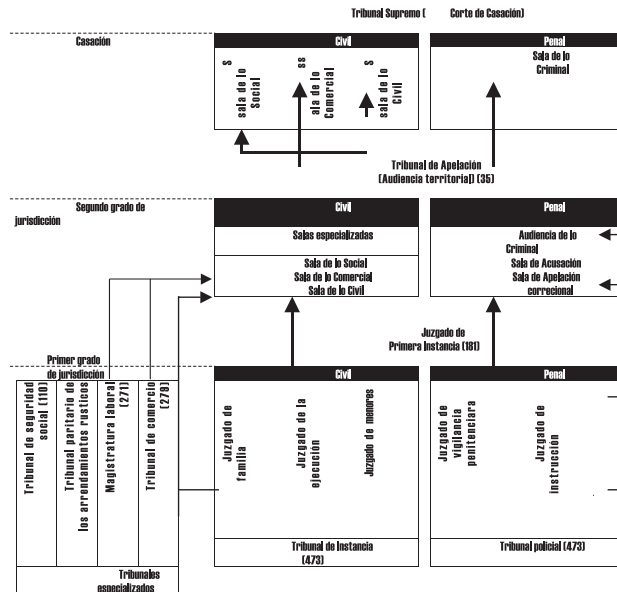
La nominación directa como magistrado se produce por la aprobación de una Comisión presidida por el Primer Presidente del Tribunal de casación y compuesta en su mayoría por magistrados electos.

El Ministerio de justicia transmite los dossiers de los candidatos a esta comisión que, antes de pronunciarse, puede someter al candidato a un cursillo probatorio de un máximo de 6 meses. Este cursillo jurisdiccional, organizado por la Escuela Nacional de la Magistratura, da lugar a un informe de evaluación.

Al término del cursillo, el candidato tiene una entrevista con el jurado de clasificación de los auditores de justicia, que emite una opinión sobre su aptitud para ejercer las funciones jurisdiccionales. A continuación, la Comisión se pronuncia sobre la candidatura.

II – Lá Formación Inicial

Sistema Jurídico Frances



1 - Los Objetivos de la Formación Inicial

La formación que brinda la Escuela es una formación profesional previa que tiene por objetivo formar magistrados competentes y polivalentes, aptos para ejercer las funciones tanto de la judicatura como de la fiscalía.

Los conocimientos jurídicos se consideran adquiridos por la admisión al concurso de entrada. Por lo tanto, la formación inicial debe favorecer la adquisición de un «savoir-faire» y una reflexión sobre el ejercicio y las prácticas profesionales. A este efecto, responde a los siguientes objetivos:

- adquirir una metodología, una técnica profesional de alto nivel destinada a asegurar la seguridad del justiciable ;
- conocer y analizar el entorno humano, económico y social de la justicia ;
- desarrollar una reflexión sobre las funciones judiciales, sobre los principios fundamentales de la acción del magistrado, su estatuto, su deontología.

1.1 - Adquirir una Competencia Técnica

La competencia técnica de los magistrados es una garantía esencial para el justiciable:

seguridad del derecho pero también seguridad de los procedimientos, respeto de la libertad individual. La Escuela desarrolla una doble formación técnica: una formación en la metodología de las funciones jurídicas y una formación en las técnicas y en los sectores de competencias periféricas del ámbito jurídico.

1.2 - Conocer y Analizar el Entorno Económico y Social de la Justicia

La Escuela se esfuerza aquí por permitir que el auditor de justicia descubra el entorno en el que tendrá que ejercer cuando sea magistrado.

A partir de cursillos exteriores a la institución judicial, tendrá que conocer progresivamente a los colaboradores del magistrado: abogados, trabajadores sociales, policías, gendarmes, administraciones, expertos. A partir de investigaciones, tratará de analizar el comienzo y el fin de la intervención judicial, de comprender las demandas de justicia, de medir el impacto de su decisión.

1.3 - Desarrollar una Reflexión sobre las Funciones Judiciales

La formación, y ésta es la mayor ambición, debe permitir a los futuros magistrados adquirir una cultura profesional. La adquisición de esta cultura pasa por una comprensión detallada del poder del juez y por un conocimiento preciso de los principios fundamentales y de las reglas deontológicas. La adquisición de una cultura profesional judicial supone un recurso a las ciencias humanas: la sociología, la historia, la filosofía o la psicología.

2 - El Desarrollo de la Formación Inicial

La formación dura 31 meses y se divide en dos fases diferentes:

2.1 - La Fase General

La escolaridad comienza por una fase general de 25 meses, de tipo pluridisciplinaria. Está justificada por la organización judicial y el estatuto de magistrado, puesto que el magistrado francés, en el transcurso de su carrera, tendrá que ejercer diversas funciones. Esta fase comprende tres periodos.

El primer periodo consiste en un cursillo exterior a la institución judicial francesa de 3 meses.

Se realiza en empresas, administraciones o jurisdicciones extranjeras. El auditor de justicia debe tener un papel activo y estar en situación de responsabilidad en el organismo de acogida. Esta fase tiene por objetivo permitir al auditor de justicia enfocar sus futuras funciones, desde el exterior de la institución misma.

A este cursillo sucede el periodo de escolaridad propiamente dicho en Burdeos, que dura

8 meses. Está destinado a transmitir a los auditores el conjunto de los conocimientos profesionales, tanto relativos a la técnica jurídica como a las relaciones con los colaboradores del magistrado y a llevar a los auditores a reflexionar sobre el ejercicio de sus funciones judiciales. Este periodo de escolaridad en Burdeos se lleva a cabo a través de conferencias y trabajos en pequeños grupos.

En principio, la enseñanza no es de carácter académico o universitario. Debe tener una vocación práctica. La Escuela dispone de un cuerpo docente permanente de 17 profesores de conferencias, que son magistrados que han ejercido en jurisdicción las funciones que enseñan, en misión durante algunos años en la Escuela Nacional de la Magistratura.

Cada año, la Escuela también recurre a más de 150 educadores o profesores ocasionales, especialistas en las disciplinas más variadas: derecho, historia, sociología, psicología, psiquiatría, medicina legal, contabilidad. A continuación hay un cursillo en jurisdicción de 14 meses, que permite al auditor ejercer en cada una de las principales funciones judiciales (el auditor ejerce la función, redacta y preside).

Durante el cursillo en jurisdicción, que constituye el tercer periodo, el auditor de justicia se inicia en la práctica efectiva de las diferentes funciones judiciales bajo la supervisión y con los consejos de los magistrados del tribunal. Los alumnos cumplen concretamente las funciones jurisdiccionales de la judicatura y de la fiscalía, pero no pueden firmar solos sus actas. Durante su estancia en jurisdicción, el auditor realizará cursillos complementarios:

- en un establecimiento penitenciario como guardián educador o subdirector, según su elección ;
- en un servicio de policía o de gendarmería ;
- en un estudio de ujier ;
- en un gabinete de abogado.

Durante este último cursillo, que tiene una duración de dos meses, el auditor se inicia en la práctica del foro, como si fuera un alumno abogado y, a este título, puede defender en una jurisdicción.

Al final de esta primera fase de formación general, los auditores se someten a las pruebas de un examen final. A diferencia de los concursos de entrada, éste no tiene un objetivo de selección, sino que debe permitir evaluar sus aptitudes para ejercer las funciones judiciales. Por este motivo, un auditor puede ser excluido o invitado a repetir. Por lo tanto, la formación en la Escuela tiene un carácter probatorio.

Este examen también da lugar a un orden de prelación en función de los méritos. Este permitirá a los auditores seleccionar su puesto de trabajo en una lista que propone el Ministerio de justicia. Se debe señalar que los auditores de justicia seleccionan libremente su primera afectación en función, en principio, del orden de prelación antes establecido (con

bastante frecuencia, se hacen las promociones de auditores de justicia, con el fin de atribuir los puestos de trabajo, negociando entre ellos más bien que aplicando un criterio de clasificación). Los auditores abordan entonces la segunda y última fase de su formación.

2.2 - La Fase de Especialización

Esta segunda fase, denominada fase de especialización, dura 6 meses. Esta formación, a la vez técnica y práctica, está centrada exclusivamente en la preparación para el ejercicio del primer puesto. Estos primeros puestos pueden ser de juez de gran instancia, o de juez de instancia, de juez de instrucción, de juez para niños, de juez de aplicación de penas, de sustituto del fiscal. Al final de la «especialización funcional», el alumno se instala como magistrado en su jurisdicción de afectación. Su nominación es precedida por un decreto del Presidente de la República, previa opinión conforme del Consejo superior de la magistratura.

3 - Los Métodos Pedagógicos Utilizados en Formación Inicial

Se trata del aprendizaje de las prácticas profesionales a través de métodos interactivos: uno de los métodos seleccionados por la Escuela, que constituye la base de la formación, es la dirección de estudios, que descansa sobre los siguientes principios:

1. Trabajo en pequeño grupo (de 12 a 15 personas), lo que permite el intercambio y una dinámica que favorece el aprendizaje. Los grupos de auditores se constituyen para el tiempo que dura la escolaridad (8 meses) con sus ventajas e inconvenientes: crea una dinámica de grupo que hace aparecer los papeles (líder, contradictorio sistemático, silencioso...);
2. corresponde al formador dirigir al grupo, moderar a los que toman demasiado lugar, estimular a los que no lo hacen. Además, la dimensión reducida y la permanencia del grupo permite al formador realizar un seguimiento individual, evaluar poco a poco la evolución de cada cual ;
3. la participación activa de los auditores: para cada dirección de estudios, el formador debe buscar los métodos que aseguran la participación de cada uno. Por lo tanto, velará por la disposición en el aula (privilegiando una actitud amistosa), por la elección de las técnicas apropiadas, estableciendo situaciones lo más cercanas posibles a la realidad de los tribunales ;
4. los ejercicios se realizan a partir de expedientes completos que comunican las jurisdicciones, los que reúnen ciertos criterios de interés pedagógico, de complejidad y, sobre todo, de pertinencia con relación a los objetivos fijados ;
5. progresivamente, se establece una relación de confianza entre el formador y los auditores. El primero basa su legitimidad en su conocimiento y su experiencia profesional. Como formador y animador de grupo, debe crear un clima propicio para que todos participen, evitando estigmatizar los errores y las faltas, admitiendo la expresión argumentada de todas las opiniones.

En el anexo 2 se desarrolla un ejemplo de método pedagógico concerniente a la metodología del juicio civil.



III – La Formación Continua de Los Magistrados

Históricamente, la formación continua apareció en la Escuela Nacional de la Magistratura con posterioridad a la formación inicial. Desde el comienzo, se instauró la obligación de que los jóvenes magistrados siguieran dos semanas de formación continua al año durante sus ocho primeros años de función.

Poco a poco, los jóvenes magistrados franceses tomaron el hábito de seguir con regularidad actividades de formación continua en la Escuela. De esta forma se difundió progresivamente en la magistratura la demanda de formación y al cabo de los ocho primeros años obligatorios muchos desearon continuar participando en las actividades de formación.

Una vez que se tomó el hábito de participar en las formaciones, en 1995 se modificaron las reglas de la formación continua: a partir de ese momento cada magistrado tiene derecho (no es una obligación) a un mínimo de formación de 5 días al año. Es de esta forma que la Escuela Nacional de la Magistratura acoge cada año cerca de 3.500 magistrados (es decir aproximadamente 60% del cuerpo) en al menos una actividad de formación continua.

La oferta de formación se transmite individualmente a cada magistrado. Este selecciona cinco opciones de las formaciones que se le proponen, con un orden de prioridad. La Escuela sigue estas opciones, puesto que el 79% de los magistrados obtiene su primera o segunda opción.

1 - Los objetivos de la formación continua

Confirman y prolongan los de la formación inicial:

- contribuyen a una apertura del cuerpo judicial a la sociedad en la que evoluciona y a una reflexión sobre la función social del juez ;
- mejoran su competencia técnica.

Los objetivos de la formación continua también tienden a desarrollar en los magistrados las facultades de adaptación al cambio. Resumiéndolos muy brevemente, se pueden subrayar los ejes siguientes:

- acompañar las reformas legislativas;
- acompañar los cambios de funciones;
- acompañar la evolución jurisprudencial;
- responder a las necesidades de especialización;
- favorecer la apertura de la magistratura, abriendo a un público de no magistrados la mayoría de las formaciones;
- formar a la magistratura en el derecho europeo y en el derecho internacional;
- ofrecer ayudas metodológicas en campos no jurídicos (saber hablar, escuchar a los niños, presidir una audiencia);
- acompañar las necesidades de formación de los cuadros, específicamente para los jefes de jurisdicción (gestión financiera, administración, gestión de recursos humanos);
- profundizar el acto de juzgar (función y, sobre todo, método), ética, deontología, responsabilidad del juez;
- por último, acompañar la evolución social, económica e institucional para permitir a los magistrados comprender su época favoreciendo una reflexión sobre ciertos grandes problemas de la sociedad a los que están confrontados en su práctica cotidiana mediante un enfoque interdisciplinario y pluralista de estas cuestiones.

2 - Los contenidos de la formación continua

2.1 - La determinación de los contenidos

Cada año, y después de una amplia consulta a instancias interesadas, se elabora el programa de formación continua de la Escuela Nacional de la Magistratura. Se consulta sistemáticamente a:

- las direcciones del Ministerio de Justicia;
- la Inspección General de los servicios judiciales;
- las organizaciones sindicales de magistrados;
- las asociaciones de magistrados (asociación de jueces de primera instancia, de jueces de instrucción...);
- las otras Escuelas del Ministerio de Justicia y otras administraciones (Escuela Nacional de Secretarios de Juzgado, Centro Nacional de la Protección Judicial de la Juventud, Escuela Nacional Superior de la Policía...).

A partir de estas consultas, la Escuela determina las actividades a renovar o modificar según las necesidades que se han detectado y en función de la evolución de la actualidad judicial. De esta forma, cada año la Escuela renueva su programa de actividad en una media de 30%. Después de consultar a una comisión pedagógica, este programa se somete a la aprobación del Consejo de Administración de la Escuela.

Desde el punto de vista de la organización, estas consultas se realizan cada año durante la primavera, lo que permite adoptar el programa a comienzos del verano y difundirlo en las jurisdicciones en el mes de septiembre. De esta forma, los magistrados pueden prever y planificar su participación en la formación continua el año siguiente.

2.2 - Las diferentes modalidades pedagógicas

2.2.1 - Las fórmulas pedagógicas

Durante estos últimos años, la ENM ha tratado de diversificar considerablemente sus fórmulas pedagógicas, especialmente sobre todo para interesar a magistrados de experiencia. Estas fórmulas pedagógicas se presentan de la forma siguiente:

Sesiones - Formaciones específicas sobre temas técnicos y/o culturales, en el transcurso de las cuales y bajo la dirección de un «director de sesión» se suceden exposiciones, debates entre los participantes y con los conferencistas y, eventualmente, trabajos prácticos. Duración: cinco días.

Ciclos - Formaciones específicas de tipo participativo, en pequeños grupos, repartidas en varias secuencias al año. Duración: dos días cada 6 meses.

Jornadas - Destinadas a acompañar las reformas legislativas o a actualizar conocimientos en un sector particular. Tienden a profundizar las técnicas y los métodos profesionales. Duración: de uno a dos días.

Encuentros - Tienen como objetivo favorecer los intercambios de los magistrados con otros sectores profesionales. Duración: de uno a tres días.

Talleres - Destinados a favorecer la capacidad de iniciativa, la reflexión y la producción de conocimientos de los magistrados que participan en los mismos. Asistido por un coordinador, libre en su organización y sus métodos, un grupo reducido de magistrados trabaja sobre de un tema seleccionado por la Escuela para culminar con la presentación de trabajos. Duración: seis días repartidos en el año.

Coloquios - Destinados a profundizar y a hacer conocer las reflexiones de actualidad en el ámbito judicial, gracias a su apertura a un amplio público. Duración: dos días.

2.2.2. Las prácticas extrajurisdiccionales

Merecen una mención particular dado que permiten a los magistrados, durante una semana por regla general, vivir en el seno de un organismo que no pertenece a la justicia. Estas prácticas se desarrollan en distintos tipos de instituciones:

- empresas industriales o de servicio (Renault, R.A.T.P.[Transportes Urbanos de la ciudad de París], S.N.C.F. [Ferrocarriles de Francia]...);
- empresas de la prensa escrita o audiovisual ;
- organizaciones internacionales (Consejo de Europa, Unión Europea);
- colaboradores habituales de la justicia (servicios especializados de policía o de gendarmería, aduana,...);
- instituciones políticas (Asamblea Nacional, Senado);
- instituciones judiciales que con frecuencia los magistrados conocen mal (Ministerio de Justicia, Tribunal de Casación, Consejo de Estado...).

Con frecuencia, la organización de estas prácticas es la ocasión para que la magistratura estreche vínculos con los servicios que acogen a los practicantes. Con frecuencia, éstos solicitan con vehemencia acoger a los magistrados para conocer mejor la institución judicial y ser mejor conocidos por ésta.

La Escuela organiza también prácticas individuales a solicitud de un magistrado sobre un tema que le interese particularmente (aproximadamente el 5% de las prácticas efectuadas). Además, la Escuela organiza formaciones en idiomas y también permite a los magistrados participar en formaciones propuestas por otros organismos.

3 - Los métodos de la formación continua

3.1 - Los principios

Ya se ha subrayado que la formación continua se caracteriza por una gran flexibilidad que permite modificar con facilidad sus programas, en función de las necesidades.

A diferencia de la formación inicial, la formación continua no dispone de un cuerpo docente a tiempo completo. Según el tema tratado, recurre a un especialista que puede ser un magistrado, un universitario, un abogado que, a su vez, recurrirá a otras personas que conozcan bien un aspecto diferente del tema.

3.2 - La interdisciplinariedad

Si la justicia es susceptible de abarcar todos los campos de la vida social, el magistrado no puede ser especialista en todo. Continuamente recurre a especialistas externos. El mismo principio preside la elaboración de las formaciones. Una misma cuestión puede ser tratada por diversos especialistas bajo distintos ángulos (el historiador, el filósofo, el jurista, el hombre político, el economista, el policía,).

De este nombre, la formación permite valorizar enfoques variados y complementarios de un mismo asunto y lleva a los participantes a una visión del tema estudiado más global que la estrictamente jurídica.

3.3 - La interactividad

Si bien algunas actividades de la Escuela Nacional de la Magistratura se realizan en forma de conferencias o de coloquios, dando esencialmente lugar a comunicaciones y dejando un margen reducido a las preguntas, la mayoría de ellas se desarrolla en pequeños grupos, para favorecer al máximo los intercambios entre los participantes.

Desde hace algunos años se han desarrollado fórmulas pedagógicas originales, que permiten a los participantes realizar un trabajo en común, en taller o encontrarse en varias ocasiones en el transcurso del año con el fin de aplicar progresivamente los conocimientos adquiridos con la formación o desarrollar la reflexión sobre un tema de forma más prolongada.

4 - La formación continua descentralizada

En 1990, se creó la formación continua descentralizada. En cada Tribunal de Apelación, existe un Magistrado Delegado a la Formación (M.D.F) que propone a un Consejo de la formación, presidido por los jefes del tribunal, un programa anual de formación destinado al conjunto de los magistrados que dependen del tribunal.

Una vez aprobado por los jefes del tribunal, este programa se envía al Consejo de Administración de la Escuela, que establece el financiamiento del mismo y aprueba la dotación para cada tribunal. Los M.D.F realizan estos programas durante el año. Los objetivos de esta formación, determinada y aplicada al plan local son esencialmente:

- formar a los magistrados que no se desplazan para una formación continua nacional;
- trabajar sobre las especificidades locales (los incendios en el Sur de Francia, la pesca en los ríos del litoral marítimo...);
- trabajar en estrecha sociedad con los colaboradores locales de las jurisdicciones.

La formación continua descentralizada, que alcanza a cerca de 2000 magistrados por año, puede llegar a constituir una buena herramienta de formación.

5 - La Producción Documental

En materia de publicación hay que hacer un esfuerzo importante. El objetivo sería enviar cada mes a Audiencias y Juzgados un documento (obra, síntesis de una sesión o de un coloquio, conferencia, etc...) a fin de multiplicar el impacto de la formación continua.

Se ha previsto informatizar la documentación de cada sesión de formación para ponerla a disposición de los profesores de conferencia, de las direcciones de la Cancillería, de los colaboradores exteriores (escuelas, universidades, etc...). Estos documentos estarían disponibles a través de nuestro sitio Internet.

6 - La Formación de los Colaboradores Exteriores

Es un fenómeno reciente que la formación continua de la ENM sea ampliamente solicitada para organizar formaciones destinadas a numerosos colaboradores externos, esencialmente sobre el tema de la responsabilidad penal. Estas formaciones se destinan a prefectos, subprefectos, cuadros de las prefecturas, directores de hospitales, cuadros del sector hospitalario, agentes judiciales de Hacienda, así como empresas públicas (EDF-GDF [Electricidad y Gas de Francia]) o privadas.

La Escuela ha tratado de responder de la mejor forma posible introduciendo siempre una parte de información sobre la organización y el funcionamiento de la justicia. Por último, se han creado formaciones para los asesores de tribunales de menores, conciliadores, etc. Estas formaciones destinadas al exterior, fenómeno nuevo, son una contribución interesante al mejor conocimiento de la justicia que la Escuela Nacional de la Magistratura trata de consolidar.

IV – La Organización Administrativa y Financeira

La Escuela Nacional de la Magistratura es un establecimiento público nacional que desde el punto de vista administrativo está bajo la tutela del Ministerio de Justicia. Este estatuto de establecimiento público permite que la Escuela pueda gozar, en el seno del Ministerio de Justicia, de una autonomía en sus medios de acción administrativos y financieros.

Es administrada por un Consejo de administración y un director. El Presidente y el vicepresidente del Consejo de administración son respectivamente el Primer presidente y el Procuror Fiscal General del Tribunal de Casación.

El Consejo de administración de la Escuela agrupa a representantes del Ministerio de Justicia, de jurisdicciones y del mundo jurídico y judicial. Delibera sobre las cuestiones relativas al programa pedagógico de la Escuela y a la nominación de los docentes. Anualmente aprueba el informe administrativo y financiero.

El Director y el Secretario general residen en la sede de la Escuela en Burdeos, donde también se encuentran la dirección de la formación inicial, encargada de organizar la formación de los auditores de justicia, así como los servicios administrativos. Aquí, los alumnos siguen una parte importante de sus estudios.

El establecimiento de París alberga la dirección de la formación continua, que concibe y organiza la formación de los magistrados, y el departamento internacional. En sus locales se desarrolla un número importante de sesiones de formación y de seminarios, así como las etapas finales de los concursos y los exámenes organizados por la Escuela.

1 - El Personal

Además de los puestos presupuestarios necesarios para recibir a los auditores de justicia y

a estudiantes del ciclo preparatorio, la Escuela dispone de 112 empleos permanentes (28 magistrados y 84 funcionarios).

2 - Los Medios Presupuestarios

La Escuela Nacional de la Magistratura tiene presupuesto propio, preparado en relación con el Ministerio de Justicia, votado por su Consejo de administración y sometido al Ministerio de Finanzas. En 1999, este presupuesto se elevaba a 173,4 millones de francos franceses. Los gastos de personal representan el 80% del presupuesto de los gastos.

3 - Los Medios Inmobiliarios

Para asegurar sus misiones de formación, la Escuela Nacional de la Magistratura recibió dos edificios en dotación del Ministerio de justicia:

- el de su sede, construido especialmente en la cercanía al lado del Palacio de Justicia de Burdeos y entregado en 1972, que en la actualidad acoge la administración de la Escuela y las actividades de formación inicial con una superficie de 5.600 m² ;
- un segundo edificio, con una superficie de cerca de 1.000 m², adquiridos por el Ministerio en 1981, en Ile de la Cité en París, que alberga esencialmente la dirección de la formación continua y el departamento internacional.

V – La Sub-Dirección de Las Relacionales Internacionales

Históricamente, el Departamento internacional de la Escuela Nacional de la Magistratura fue creado para asegurar la formación inicial de los magistrados de los países africanos de habla francesa en el momento de su independencia.

Desde entonces, las actividades internacionales de la Escuela han evolucionado considerablemente, tanto por su diversificación geográfica, como por la importante evolución de sus métodos pedagógicos. La Escuela es solicitada cada vez con mayor frecuencia por numerosos países que tratan de instaurar o de restaurar un Estado de derecho. En efecto, para los Estados que tratan de modernizar su sistema judicial, la formación de los magistrados es un reto mayor y la Escuela Nacional de la Magistratura de Francia constituye, a este título, una referencia de primera importancia.

1 - Una Diversificación Geográfica Creciente

Africa, especialmente la subsahariana, continúa siendo para la Escuela Nacional de la Magistratura un interlocutor privilegiado. Pero la Escuela también desarrolla acciones de cooperación con muchos otros países.

Es así que se han organizado varias acciones de formación destinadas a seis países de

América Central y la Escuela ha participado en la creación o el asesoramiento de varios establecimientos de formación en América Latina. Las formaciones organizadas por la Escuela Nacional de la Magistratura en Francia reciben regularmente a magistrados de diferentes países latino americanos.

En la zona del Caribe, desde el mes de junio de 1995 la Escuela participa activamente en la reconstrucción del sistema judicial haitiano. También trabaja con la Escuela recientemente creada en la República Dominicana y desarrolla contactos con Cuba, específicamente en materia de derecho comercial y de derecho de negocios.

En Europa central y oriental, la Escuela ha acogido y ha organizado acciones de formación para practicantes originarios de Polonia, Rumania, Hungría, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Albania, Moldavia, Ucrania y Eslovenia.

También se han puesto en marcha programas de formación para la República Checa, especialmente en materia de derecho comunitario y de lucha contra el crimen organizado. En Rusia, la Escuela Nacional de la Magistratura ha reanudado contactos con la Academia Jurídica de Moscú, centro de formación continua de los jueces rusos y pone en marcha acciones de formación in situ, específicamente acerca del nuevo código civil ruso, así como en materia penal.

También se le brinda un apoyo importante al Instituto de formación y de perfeccionamiento de magistrados rumanos y polacos, especialmente sobre metodologías de la formación. Hay proyectos avanzados en lo que se refiere a Hungría y Bulgaria.

En el Magreb, la Escuela apoya un importante programa destinado a los magistrados marroquíes particularmente en el marco de la creación de tribunales de comercio en Marruecos. Se han establecido contactos con Túnez. En 1998 hemos recibido a magistrados argelinos.

Existen relaciones regulares con Líbano, Israel, Jordania y los Emiratos Arabes Unidos. Por último, en Asia, la Escuela participa en las actividades del Instituto del Derecho en Hanoi y mantiene relaciones regulares con su homólogo de Taipei. En China Popular se han organizado seminarios con el nuevo Instituto de Formación de jueces chinos.

El asesoramiento de la Escuela, en materia de estructuras de formación de los magistrados, se solicita cada vez más en las diferentes regiones del mundo.

Además, la Escuela Nacional de la Magistratura brega por el desarrollo de las relaciones judiciales en el interior de Europa, organizando de forma regular encuentros entre magistrados europeos, especialmente en el marco de los programas organizados por la Unión Europea (Grotius, Schuman...).

2 - La Evolución de las Modalidades de Cooperación

2.1 - La Diversificación de los Métodos

Inicialmente orientadas a la formación inicial de los magistrados, las acciones de cooperación organizadas por la Escuela Nacional de la Magistratura toman formas muy diversas en la actualidad.

Hoy en día, la formación inicial de los magistrados está agrupada con la formación de auditores de justicia franceses. Esta agrupación permite a los auditores extranjeros gozar del conjunto de las actividades pedagógicas organizadas y favorece la multiplicación de los intercambios tanto formales como informales. No obstante, este tipo de formación tiende a ser marginal.

Por otra parte, la Escuela organiza un ciclo de perfeccionamiento de una duración de seis meses, destinado a los magistrados extranjeros que ya están en función en sus países, así como varios ciclos de formación especializada sobre temas tales como: «El contencioso económico», «El juez y los derechos humanos» o «La administración de las jurisdicciones».

También desarrolla desde hace varios años acciones de formación de formadores, para multiplicar la eficacia de su acción y les articula, en la medida de lo posible, con la organización de misiones de formación, para adaptar lo mejor posible la enseñanza a las condiciones locales de ejercicio de la justicia.

2.2 - La Diversificación de Interlocutores

La cooperación internacional en materia de justicia conoce en la actualidad una expansión muy fuerte. En este ámbito, la Escuela es una estructura de competencia reconocida.

La Escuela Nacional de la Magistratura puede intervenir a la demanda del Ministerio de Asuntos Extranjeros y también del Consejo de Europa, de la Unión Europea, de las Naciones Unidas o del Banco Mundial o de la Agencia de Cooperación cultural y técnica.

2. DOCTRINA NACIONAL

DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – ASPECTOS DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular da Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO: 1. Exame dos Pressupostos que Autorizam a Desconsideração da Pessoa Jurídica. 2. O Pressuposto da Fraude ou do Abuso no Emprego da Personalidade Jurídica. 3. Forma e Oportunidade da Desconsideração. 4. Bibliografia.

1. Exame Dos Pressupostos que Autorizam a Desconsideração da Pessoa Jurídica

Para a correta abordagem da questão, convém partir da idéia de que a pessoa jurídica, em nosso ordenamento, representa instrumento legítimo para a consecução de interesses das mais diversas ordens. Por vezes, como lembra Amaro (1993), ela surge como *opção do empresário*, que muito bem poderia ter-se dedicado ele mesmo à exploração do empreendimento, mas que prefere associar-se a outras pessoas para essa atividade. Outras vezes, há a *necessidade técnica* da criação da pessoa jurídica, quando da elaboração de grandes empreendimentos, que necessitam de elevado investimento e da conjugação de esforços e recursos de inúmeras pessoas, e que seriam inviáveis não fosse a técnica da criação da personalidade jurídica¹.

A essa conveniência ou necessidade de criação da pessoa jurídica liga-se a idéia da *limitação da responsabilidade dos sócios* pelos atos praticados sob o manto da sociedade. Com efeito, é inegável ter sido essa limitação da responsabilidade dos que se unem em sociedade, mediante a separação entre o patrimônio dessa sociedade e o dos sócios, um dos principais avanços (e, porque não dizer, um dos principais atrativos) para o desenvolvimento dos grandes empreendimentos comerciais, hoje tão comuns em nossas vidas. É igualmente certo, contudo, que

[...] possibilidade de criar um patrimônio *separado* contraste com o princípio fundamental de dever, em princípio, cada sujeito responder, com todo o seu patrimônio, por suas dívidas; de deverem, portanto, vários sujeitos que operem em conjunto, responder, todos e com todo o seu patrimônio, pelas dívidas contraídas na gestão coletiva. (ASCARELLI, 2001, p. 464).

Daí porque, como lembrou Ascarelli (2001, p. 464), “[...] na sua origem histórica, a res-

¹ De fato, “[...] a realização do fim para que se uniram se dificultaria extremamente, ou seria impossível, se a atividade conjunta somente se permitisse pela soma, constante e iterativa, de ações individuais”. (GOMES, 1995, p. 185).

ponsabilidade limitada dos sócios de uma companhia decorre de princípios excepcionais e se apresenta, como um ‘privilégio’, que, por isso, pode ser baseado tão somente em um ato legislativo especial, que derroge o direito comum”.

Assim, as sociedades, e sua personalização jurídica – esta, “[...] uma qualidade que a ordem jurídica estatal outorga a entes que a merecerem” (DINIZ, 1999, p. 510) – consistem unicamente em uma *técnica*, uma *criação jurídica* (MIRANDA, 1970, p. 280), voltada à viabilização dos interesses e objetivos dos indivíduos que a compõem². Não se pode perder de vista, como advertiu Comparato (1983, p. 281), que essa personificação é apenas “[...] uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos”, de maneira que a sua manutenção somente é autorizada (e, a rigor, somente justificada) enquanto voltada para a realização daqueles específicos interesses e objetivos, tal como previstos nos contratos ou nos estatutos sociais.

Neste contexto, não há dúvida de que se, por um lado, a constituição da sociedade e a teoria da pessoa jurídica representam avançada técnica para consecução de objetivos econômicos, sociais, religiosos ou políticos, de outro elas “[...] não devem constituir um meio para iludir o funcionamento normal das normas jurídicas.” (ASCARELLI, 1945, p. 140). Nesta ordem de idéias, pode-se afirmar, como Woods (1957), que mesmo o conceito de personalidade jurídica

[...] tem uma finalidade válida, porém, limitada, e, de resto, a natureza da sociedade (*corporation*) não é tão importante como as aplicações que se lhe podem dar”. Isto porque, e ainda segundo esse autorizado jurista norte-americano, “[...] trata-se de uma invenção jurídica que exige se desenvolvam e apliquem regras adequadas para seu uso. Essas regras, porém, não devem converter-se em imperativos. Não se deve permitir que seu emprego destrua valores a que o direito reserva hierarquia superior³.

A idéia, diga-se, não é nova, e vem de antiga decisão que, embora editada nos tribunais ingleses⁴, acabou por produzir maior repercussão no direito norte-americano, onde se fixou o entendimento de que

[...] quando o conceito de pessoa jurídica (*corporate entity*) se emprega para de-

² “Afinal a constituição da pessoa jurídica e do patrimônio separado representa apenas um meio técnico para que os sócios possam exercer o comércio com responsabilidade limitada.” (ASCARELLI, 2001, p. 465). Essa, aliás, a base central de toda a construção formada em torno das pessoas jurídicas, já que não existem, em direito, interesses e relações que não digam respeito unicamente aos homens. Por conseguinte, e nas palavras de Comparato (1983, p. 267), “[...] toda a disciplina jurídica concernente à pessoas jurídicas reduz-se, finalmente, a uma disciplina dos interesses dos homens que a compõem”.

³ Com efeito, a questão, conforme pondera Requião (1969), é praticamente universal uma vez que “em qualquer país que se apresente a separação incisiva entre pessoa jurídica e os membros que a compõe, se coloca o problema de se verificar como se há de enfrentar aqueles casos em que esta radical separação conduz a resultados completamente injustos e contrários ao direito”.

⁴ Trata-se do caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, julgado em Londres em 1897, em decisão confirmada pela Corte de Apelação. Embora ao depois tenha sido reformado pela Casa dos Lordes, esse julgamento teve sucesso acentuado na América do Norte, formando a base do que hoje se estuda sobre o tema.

fraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação já existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio, ou para proteger velhacos ou delinquentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais. (REQUIÃO, 1969, p. 10).

Essa *superação* da personalidade jurídica, suprimindo-se a autorização legal para separação de patrimônio, e a atribuição (imputação) de responsabilidade direta aos indivíduos que compõem a sociedade não são incompatíveis ou mesmo contraditórias com as razões que inspiraram a criação das pessoas jurídicas. É que, estando essa autorização limitada à persecução dos interesses que criaram a sociedade, parece mesmo ser compatível com o conceito de pessoa jurídica

[...] il fatto che, in casi eccezionali, si faccia riferimento alle persone fisiche che stanno al di là della stessa, mentre sarebbe invece inconciliabile con le finalità dell'ordinamento giuridico, il voler conservare l'autonomia della persona giuridica anche nei casi in cui essa viene utilizzata per il perseguimento di fini che appaiono in contraddizione con quelli per i quali fu concessa alla persona giuridica una autonomia personalità giuridica. (SERIK, 1966, p. 95).

A rigor, e na lição de Moremans (1989), nestas hipóteses não se trataria propriamente de negar a personalidade jurídica, “[...] *sino de fijar la interna limitación de la misma*”, já que “[...] *una actuación de los socios fuera de dichos límites, y para los cuales no han sido facultados por el ordenamiento jurídico, debe ser imputada a aquéllos*”.

Entre nós, Requião (1969), pioneiro no estudo do tema, observou que:

[...] se a personalidade jurídica constitui criação da lei, como concessão do Estado objetivando, como diz Cunha Gonçalves, ‘a realização de um fim’, nada mais procedente do que reconhecer ao Estado, através da sua Justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado.

[...] a personalidade jurídica passa a ser considerada, doutrinariamente, um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso”.

Embora de maneira sabidamente excepcional, tais casos fariam com que fosse, nas palavras de Tucci (1969, p. 165) “[...] até obrigatório *atravessar a cortina daquele conceito formal*, que estabelece uma radical separação entre a pessoa jurídica e os membros que a integram, para julgar os fatos mais de acordo com a realidade, de maneira que permita evitar ou corrigir perigosos desvios na sua utilização”.

Disso tudo se extrai que a *desconsideração da personalidade jurídica* “[...] visa a desvendar os sócios, através da pessoa jurídica, e a considerá-los como dominantes da sociedade, uma entidade ostensiva por eles constituída” (RAMALHETE, 1984, p. 10). Nesta medida, e na feliz expressão do autor, ela “[...] dá transparência ao que parece opaco [...]”, opinião que também se encontra em Casillo (1979, p. 528), para quem “[...]quando se

fala, por outro lado, em desconsideração da pessoa jurídica, é porque a própria entidade é que foi desviada da rota traçada pela lei e pelo contrato. A sociedade é utilizada em seu todo para mascarar uma situação, ela serve como véu, para encobrir uma realidade”. Assim, a *disregard doctrine* constitui relevante “[...] técnica casuística (e, portanto, de construção pretoriana) de solução de desvios de função da pessoa jurídica, quando o juiz se vê diante de situações em que prestigiar a autonomia e a limitação da responsabilidade da pessoa jurídica implica sacrificar um interesse que ele reputa legítimo” (AMARO, 1993, p. 173).

E diz-se casuística porque, conforme reconhece Ballantine (1946, p. 292), os problemas relacionados ao abuso da pessoa jurídica não se resolvem propriamente mediante aplicação, pura e simples, de uma regra geral de desconsideração de sua personalidade, “[...] *but by a study of the just and reasonable limitations upon the exercise of the privilege of separate capacity under particular circumstances in view of its proper use and functions*” – uma vez que são as particularidades do caso concreto, e em especial o modo como se verifica a má utilização, o desvio de finalidade ou a injustiça na manutenção da personalidade jurídica, que determinarão a sua eventual desconsideração.

Nestas hipóteses – nas quais avultam os de fraude e abuso do direito – parece-nos indubitável que o juiz tem o poder, e, sobretudo, o dever, de indagar se deve desprezar as consequências desse ilícito, ou desse abuso, deixando de atingir os verdadeiros causadores daqueles atos, ou se deve “[...] desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos” (REQUIÃO, 1969, p. 13).

Assim, sempre que argüida a fraude, o ilícito, ou o propósito de prejudicar terceiros, ou mesmo que se possam frustrar direitos ou interesses desses terceiros – aqui incluídos os demais sócios da empresa⁵ – o Judiciário, conforme observou Limborço (1984, p. 25), “[...] esquadrihando a intimidade da pessoa jurídica, poderá constatar se, na realidade, alguém se serve dela para, confundindo os interesses e o patrimônio da empresa com os pessoais dele, cometer abusos, de modo a causar prejuízos”.

Sobre isso, Alvim (1985, p. 173), analisando os casos em que se autorizaria a quebra da personalidade jurídica, destacou a “[...] utilização abusiva da pessoa jurídica, com o intuito de fugir à incidência da lei ou de obrigações contratuais, ou causar fraudulentamente danos a terceiros”. Assim, para que se atinja a verdadeira justiça – esse o pressuposto e norte da aplicação dessa teoria – é preciso que, nestes casos, o juiz ignore a existência da pessoa jurídica, e faça com que o ato, que apenas *formalmente* seria dela, seja imputado diretamente ao sócio.

Nossos tribunais, há muito, acolheram a idéia de que, embora, em princípio, a sociedade não se confunda com a pessoa dos sócios, essa regra não pode ser levada ao extremo de

⁵ Comparato (1983) lembra hipótese do locador pessoa física que retoma imóvel para uso *próprio* de pessoa jurídica, sob seu controle, hipótese em que se daria a desconstituição para resguardar interesse legítimo do sócio.

“[...] entravar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do Juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito”. (RT, n. 238, p. 394). Já se decidiu que

[...] não basta o frio e externo respeito aos pressupostos assinalados pela lei, para permitir que se oculte alguém sob a máscara da pessoa jurídica e desfrute de seus inegáveis benefícios. Acredita-se ter sido encontrado pelos autores e pela jurisprudência o remédio para esses desvios no uso da pessoa jurídica, na possibilidade de prescindir de sua estrutura formal para nela ‘penetrar’ até descobrir seu substrato pessoal e patrimonial, pondo assim a descoberto os verdadeiros propósitos dos que se amparam sob aquela armadura legal. (RT, n. 188, p. 269).

Citando amplos precedentes, inclusive do Supremo Tribunal Federal, Tucci (1989, p. 163), antes invocado, demonstra que a teoria da desconsideração mereceu acolhida em nossa jurisprudência, aplicada sempre que “[...] os fatos sejam de tal natureza que admitir a ficção de suas personalidades distintas, nas circunstâncias do caso, equivalha a sancionar uma fraude ou promover uma injustiça”.

E, conquanto tenha nascido nos tribunais, essa desconsideração agora se encontra expressamente prevista na legislação, sendo numerosos os dispositivos que a consagram, sempre no espírito de se evitar que a figura da pessoa jurídica impeça ou dificulte o fazimento da justiça. Assim, a superação da personalidade jurídica, dentre outros dispositivos, é tratada no art. 28 da Lei 8.078/90⁶, que disciplina as relações de consumo e, a rigor, mesmo em matéria ambiental, como no art. 4º da Lei 9.605/98: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Lembre-se, também, que o art. 50 do novo Código Civil, dispõe como regra geral que:

[...] em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

O novo Código Civil, neste particular, prima por consagrar o que doutrina e jurisprudência já haviam anotado acerca da matéria – que a *disregard doctrine*

[...] não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume, para seus outros fins legítimos. (REQUIÃO, 1969, p. 17).

⁶ “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

2. O Pressuposto da Fraude ou do Abuso no Emprego da Personalidade Jurídica.

Mas se é certo, como já acenado, que a desconsideração da personalidade jurídica é expediente que se justifica essencialmente pelo combate à conduta fraudulenta e abusiva, é justamente essa mesma circunstância que imprime ao instituto um caráter excepcional: embora a patologia justifique o emprego do remédio, a patologia ainda tem caráter de exceção e não se presume. Do correto emprego do instituto depende sua própria valorização, de tal sorte que o uso indiscriminado da teoria e das normas jurídicas que a positivaram poderia produzir efeito muito diverso do que o sistema pretende. Sobre o tema, Dinamarco (2001, p. 1.181) escreveu que:

Conforme lição incontestada dos próprios arautos da *disregard doctrine*, ela foi concebida e legitima-se no objetivo de *afastar a fraude que através da personalidade jurídica se perpetra contra terceiros*. Ela não é e não pretende constituir-se em aniquilação dessa tradicional e arraigada categoria jurídica (que, ademais, está insculpada no direito objetivo e não pode ser assim pura e simplesmente banida: CC, arts. 13 ss.). Nem poderia valer como pura e simples negativa de vigência à regra da *responsabilidade limitada*, que integra a própria essência das sociedades por quotas (cfr. dec. n. 3.708, de 10.1.19, arts. 9º e 10). Continua em vigor e eficaz o art. 20 do Código Civil, com a regra de que ‘as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros’ – reputando-se sempre extraordinárias as situações em que tal distinção se desconsidera.

[...]

Também em sede pretoriana, na aplicação da *disregard of legal entity* desde o começo foi sempre a identificação de alguma fraude, ou intenção de lesar, que levou e tem levado os tribunais brasileiros, caso por caso, a afastar os óbices que às vezes a personalidade jurídica opõe ao cumprimento dos desígnios do direito material e efetiva realização da justiça.

Nessa perspectiva de combate à fraude, a aplicação das novas idéias trouxe em si, desde o início, a marca da *excepcionalidade*: a jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os *casos extremos* em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente os seus membros.

Não fora excepcional e a aplicar-se prudentemente em casos de efetiva fraude a terceiros, o novo pensamento seria violador da ordem jurídica, desconsiderando o que ela institui (CC, arts. 13 ss.) e responsabilizando sócios contra o veto expresso em lei.

Tratando do assunto, Coelho (2002, p. 35) lembra que há duas formulações para a teoria da desconsideração: “[...] a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial”. Nas palavras do ilustre comercialista, a teoria maior da desconsideração

[...] elegeu como pressuposto para o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade empresária o uso fraudulento ou abusivo do instituto. Cuida-se, desse modo, de uma formulação subjetiva, que dá destaque ao intuito do sócio ou administrador, voltado à frustração de legítimo interesse do credor.

[...]

A teoria da desconsideração visa coibir fraudes perpetradas através do uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Sua aplicação é especialmente indicada na hipótese em que a obrigação imputada à sociedade oculta uma ilicitude. Abstraida, assim, a pessoa da sociedade, pode-se atribuir a mesma obrigação ao sócio ou administrador (que, por assim dizer, se escondiam atrás dela), e, em decorrência, caracteriza-se o ilícito. Em síntese, a desconsideração é utilizada como instrumento para responsabilizar sócio por dívida formalmente imputada à sociedade. (COELHO, 2002, p. 44-45).

Procedendo a percutiente exame da legislação brasileira no tocante ao instituto, Coelho (2002) lembra que o primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica é o Código de Defesa do Consumidor, no art. 28. Contudo, atento ao aparente divórcio entre a norma legal e o fundamento principal que sempre norteou o instituto (fraude ou uso abusivo da personalidade jurídica) ressaltou o comercialista que:

[...] tais são os desacertos do dispositivo em questão que pouca correspondência se pode identificar entre ele e a elaboração doutrinária da teoria. Com efeito, entre os fundamentos legais da desconsideração em benefício dos consumidores, encontram-se hipóteses caracterizadoras de responsabilização de administrador que não pressupõe nenhum superamento da forma da pessoa jurídica. Por outro lado, omite-se a fraude, principal fundamento para a desconsideração. A dissonância entre o texto da lei e a doutrina nenhum proveito traz à tutela dos consumidores, ao contrário, é fonte de incertezas e equívocos. (COELHO, 2002, p. 49).

Prosseguindo nesse exame, Coelho (2002, p. 53) lembra também que:

O segundo dispositivo do direito brasileiro a fazer menção à desconsideração é o art. 18 da Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste). Em duas oportunidades, poderá verificar-se a desconsideração da personalidade jurídica na tutela das estruturas de livre mercado: na configuração de infração da ordem econômica e na aplicação da sanção. [...] não há dúvidas quanto à pertinência da aplicação da teoria da desconsideração no campo da tutela do livre mercado; mas, como o legislador de 1994 praticamente reproduziu, no art. 18 da Lei Antitruste, a redação infeliz do dispositivo equivalente do Código de Defesa do Consumidor, acabou incorrendo nos mesmos desacertos. Desse modo, a segunda referência legal à desconsideração no direito brasileiro também não aproveitou as contribuições da formulação doutrinária, perdendo consistência técnica.

A terceira referência à teoria da desconsideração, no direito positivo brasileiro, já mencionada neste e no precedente parecer, encontra-se no art. 4º da Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre a responsabilidade por lesões ao meio ambiente. Como já assinalado, poderá

ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. Sobre tal dispositivo, Coelho (2002, p. 53) afirmou que “[...] não cabe criticar o legislador por confundir a desconsideração com outras figuras do direito societário, impropriedade em que incorreu ao editar o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste”. Mas foi taxativo ao ressaltar: “[...] não se pode, também, interpretar a norma em tela em descompasso com os fundamentos da teoria maior”. Finalmente, detendo-se agora sobre o novo Código Civil, Coelho (2002, p. 53) asseverou que:

A pesquisa da origem desse dispositivo revela que a intenção dos elaboradores do Projeto de Código Civil era a de incorporar, no direito brasileiro, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, cuja aplicação independe de previsão legal:

Em qualquer hipótese, mesmo naquelas não abrangidas pelos dispositivos das leis que se reportam ao tema (Código Civil, Lei do Meio Ambiente, Lei Antitruste ou Código de Defesa do Consumidor), está o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo do credor.

[...]

Por outro lado, nas situações abrangidas pelo art. 50 do CC/2002 e pelos dispositivos que fazem referência à desconsideração, não pode o juiz afastar-se da formulação maior da teoria, isto é, não pode desprezar o instituto da pessoa jurídica apenas em função do desatendimento de um ou mais credores sociais. A melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração (isto é, os arts. 28 e § 5º do CDC, 18 da Lei Antitruste, 4º da Lei do Meio Ambiente e 50 do CC/2002) é a que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica.

Nessa mesma linha de pensamento, Alvim (1997, p. 212) observou que:

[...] a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ter lugar, se de atos praticados por uma ou mais sociedades, resultarem prejuízos a terceiros, desde que tais atos sejam, ainda, incompatíveis com a função da pessoa jurídica. [...] a teoria da desconsideração só pode ser aplicada a casos singulares, extraordinários, quando se fizer mau uso da pessoa jurídica.

Assim também Dinamarco (2001, p. 1183) é peremptório ao asseverar que “[...] sem fraude não se desconsidera a personalidade jurídica, sendo extraordinários na ordem jurídica os casos de desconsideração”. Justen Filho (1987, p. 121), outro doutrinador que se dedicou ao tema, lembrou que:

[...] o abuso da pessoa jurídica indica a atividade atípica, descontrolada e insuportável, não prevista e, até mesmo, imprevisível ocorrente na utilização pelo particular desse instrumental. É esse mesmo risco que acompanha outros instrumentos não

jurídicos, técnicos, que o homem tem a esperança de controlar e fazer atuar em seu próprio benefício, ainda que à custa de sacrifícios ‘suportáveis’ [...] o abuso que conduz à desconsideração é o abuso não permitido – ou melhor, não assumido pelo direito e pela comunidade. É a situação de excessiva ofensa aos princípios jurídicos.

Preocupações dessa mesma ordem estão expressas no pensamento de Tepedino (2002, p. 121) que, ao ensejo do art. 50 do novo Código Civil, afirmou:

Desconstituir de modo definitivo, arbitrário e irracional pessoas jurídicas constituídas ao abrigo da lei, e que vêm funcionando em conformidade com a lei, sem evidência de efetivo prejuízo a terceiro detentor de interesse jurídico legítimo – e portanto sem comprovação de uso abusivo do instituto é, muito mais do que atribuir-se uma injustificada resolubilidade ao direito de propriedade, e um preço muito oneroso ao exercício da empresa, vinculá-los sempre, em quaisquer situações, a uma suposta fidedignidade específica. É erigir-se em concreta e imediata a *responsabilidade social* do empresário, quando nem a Constituição o fez, nem o NCC pretendeu assim qualificá-la, nem muito menos os padrões de auto-sustentabilidade econômica pós-modernos assim comportam.

[...]

É inegável que a pessoa jurídica tem responsabilidade, assim como seus fundadores, mantenedores, acionistas, sócios e administradores. Mas a responsabilidade tem que ser proporcional e compensatória aos danos decorrentes da violação – omissiva ou comissiva – do *dever geral de boa-fé*. Pensar de modo diferente é dar-se o primeiro passo na rota obscura do autoritarismo e da insegurança jurídica. (TEPEDINO, 2002, p. 121).

Nessa mesma linha de pensamento, Rodrigues (2002, p. 97), conquanto louvando a aplicação da teoria para além das hipóteses legais, é taxativo ao dizer que tal concepção “[...] só deve sê-lo em hipóteses excepcionais, pois, caso contrário, se passasse a ser procedimento rotineiro, iria negar-se vigência ao princípio básico da teoria da personalidade jurídica, consagrado no art. 20 do antigo Código Civil, segundo o qual a pessoa jurídica tem existência distinta da de seus membros”. A jurisprudência parece não discrepar desse entendimento quando salienta que:

A penhora de bem de sócio de sociedade limitada para satisfação de dívida da pessoa jurídica só deve ser realizada quando presentes condições excepcionais justificadas. A responsabilidade dos sócios, com aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, depende de prova de comportamento impróprio. (RT, n. 620, p. 122).

Nessa mesma direção, também já se decidiu que “[...] a mera ausência de bens da devedora para penhora não justifica a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que exige fraude na administração”. Assim, “Não se pode confundir a figura da mera devedora pessoa jurídica em dificuldade financeira com a devedora pessoa jurídica que age com fraude na administração” (SÃO PAULO, 2002a). E nesse mesmo sentido:

A teoria da *desconsideração da personalidade jurídica* pressupõe *prática de fraude* dos sócios das sociedades de responsabilidade limitada em detrimento aos credores, mormente: *abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito*, ou, ainda *má administração* que acarrete o encerramento das suas atividades. Logo, a mera ausência de bens localizáveis para penhora não justifica a aplicação desta teoria. (SÃO PAULO, 2002b).

A aplicação da *disregard doctrine*, a par de ser salutar meio para evitar a fraude via utilização da pessoa jurídica, há de ser aplicada com cautela e zelo, sob pena de destruir o instituto da pessoa jurídica e olvidar os incontestáveis direitos da pessoa física. Sua aplicação terá de ser apoiada em fatos concretos que demonstrem o desvio da finalidade social da pessoa jurídica, com proveito ilícito dos sócios. (RT, n. 673, p. 160, grifo nosso).

Disso se extrai que, como já salientado, a eficácia e o mérito da desconsideração da personalidade jurídica dependem também de seu adequado emprego. Como já fora acenado no tópico precedente e conforme ficou demonstrado neste outro, a desconsideração deve ser feita sempre que a personalidade seja utilizada como forma de fraude ou abuso, com desvio da finalidade social da pessoa jurídica. A desconsideração, como visto, não é medida que se possa ou que se deva banalizar e não é panacéia para todos os males de credores em face de possíveis devedores.

Mesmo nos casos em que a legislação, como no caso da tutela do consumidor e mesmo do meio-ambiente, sugere que a desconsideração possa ser feita pela simples insuficiência do patrimônio daquele que, no plano do direito material, ostenta a qualidade de devedor (titular passivo da obrigação), ainda nesses casos a mais autorizada doutrina salienta que a interpretação de tais dispositivos só pode e deve ser feita à luz de todo o arcabouço doutrinário que preparou a incorporação da regra pelo sistema positivo e, assim e de volta ao início, a desconsideração deve ser vista como medida excepcional.

3. Forma e Oportunidade da Desconsideração

Feitas tais considerações, resta ainda examinar *como e quando* a desconsideração pode ter lugar no processo. A questão apresenta alguma dificuldade na medida em que dela decorre o confronto de dois aspectos paradoxais. De um lado, quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica, pensa-se, como já visto, na extensão da responsabilidade patrimonial a quem não figura, no plano substancial, como devedor e, portanto, na invasão – mediante atuação dos meios executivos – da esfera patrimonial de outrem. Por outro lado, para que se opere a desconsideração, como também já visto, é preciso partir da premissa de que há fraude ou abuso a justificar a aplicação desse expediente que, como demonstrado, tem caráter excepcional. E, para partir dessa premissa, exige-se adequada cognição. O problema, portanto, consiste em saber em *como conciliar essas duas circunstâncias*.

O tema não é desconhecido da doutrina. Sobre ele, mais uma vez, Dinamarco (2001, p.

1.186), partindo da excepcionalidade da medida e lembrando Malatesta, escreveu que, conforme tradicional lição doutrinária de conhecimento geral

[...] o ordinário se presume e o extraordinário se prova. [...] diante da questão referente à desconsideração da personalidade jurídica, a eventual fraude cometida pelo devedor (ou por sócios da sociedade devedora) é *fato constitutivo*: fato constitutivo do direito da credora a satisfazer-se, excepcionalmente, à custa do patrimônio do sócio. Reside nos eventuais atos fraudulentos a causa que em tese pode conduzir a essa solução extraordinária. Sem fraude não se desconsidera; sem prova, a fraude não pode ser reconhecida. (grifo nosso).

Lembrando as regras sobre distribuição do ônus da prova no processo, Dinamarco (2001, p. 1.187) chega à conclusão de que:

[...] a credora haveria de provar a fraude, não o contrário. O fundamental eixo de referência do legislador para a distribuição do ônus da prova é sempre, na conhecida lição de Giuseppe Chiovenda, o *interesse*: tem esse ônus aquele sujeito a quem beneficiará o reconhecimento do fato alegado. Se a fraude é alegada pela credora e seu reconhecimento beneficiará a ela, é a ela que cabe o ônus de demonstrar a efetiva ocorrência do alegado fato fraudulento. O contrário violaria frontalmente a regra de distribuição do ônus da prova, contida no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil. [...] A conclusão só poderia ser diferente se a lei ditasse alguma *presunção de fraude*. Mas como isso inexistente e seria mesmo iníquo, é sempre ao credor que cumpre provar os fundamentos da pretendida desconsideração da pessoa jurídica. Sendo a má-fé considerada excepcional na vida das pessoas, aquele a quem o seu reconhecimento pelo juiz possa aproveitar tem o ônus de prová-la. É da boa doutrina que ‘la buona fede si presume: chi allega mala fede di un'altra persona deve provarla’. Do direito italiano vem a feliz síntese do conceito de boa-fé: ‘l’ignoranza di ledere altrui’, dizendo ainda Torrente-Schlesinger ao versarem sobre o art. 1.147 de seu *codice civile*: ‘na maior parte dos casos a boa-fé identifica-se com a convicção de haver adquirido um direito sobre a coisa por meio de um título que considerou idôneo, mas não é’. Substancialmente na mesma ordem de idéias, entre nós disse Orlando Gomes: ‘é possuidor de boa-fé quem ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa. (grifo nosso).

Com base nessa irrepreensível linha de argumentação, Dinamarco (2001, p. 1.194) observa que:

Toda vez que se fala em *onus probandi*, no entanto, é preciso pensar na existência de um juiz investido de poderes para pronunciar-se acerca dos fatos probandos e *decidir* sobre direitos e obrigações eventualmente gerados por eles”. Assim, diz o ilustre processualista, seria – como é – ‘indispensável colocar esses fatos supostamente caracterizadores da fraude ou da sucessão em algum *processo de conhecimento*’, no qual em sentença o juiz declare que a pessoa em questão é, ou não é, co-titular da obrigação ou mesmo de responsabilidade por obrigação alheia.

Dinamarco (2001, p. 1.194) invoca a lição de Limborço, para quem se alguém

[...] pretende atingir aquele que se serve de uma empresa para negociação pessoal, com prejuízo para terceiros, terá de utilizar o processo de cognição previsto nos arts. 282 e ss. do CPC, a fim de que, apurado o dolo, a simulação ou a fraude, possa responsabilizar pessoalmente o fraudador. E, certamente, se não dispuser de prova robusta, esbarrará na interpretação que tem sido dada ao *caput* do art. 20 do CC.

De fato, essa a conclusão a que se chega quando se atenta para a circunstância de que a invasão da esfera patrimonial depende da existência de título executivo. Sobre isso, Dinamarco (2001, p. 1.188), mais uma vez, observou que:

Não sendo admissível execução sem título tipificado em lei (CPC, arts. 593 e 596), daí decorre que, em princípio, e salvo casos de sucessão e outros excepcionais, tem legitimidade para figurar no pólo passivo do processo de execução somente o ‘devedor, reconhecido como tal no título executivo’ (CPC, art. 568, inc. I). É esse o natural *legitimado ordinário primário*, porque titular da obrigação exequiênda e porque já participou do *iter* de formação do título que conduz à execução.

E conclui:

Fora disso (art. 568, inc. I) e nada demonstrando ao juiz que o terceiro seja um *successor* (art. 568, inc. II) ou que haja buscado fraudar a execução mediante o abuso da personalidade jurídica, não se legitima a sua inclusão como sujeito passivo da execução. Inexistindo título ou qualquer outro provimento jurisdicional que o reconheça como devedor ou mesmo como responsável, de algum modo esse reconhecimento há de ser feito pelo juiz competente e em sede processual adequada. Algum pronunciamento judicial há de ser emitido previamente, mediante instrução razoável, com vista ao possível reconhecimento da legitimidade passiva do terceiro e, mediante isso, a estender a ele a eficácia do título executivo. (DINAMARCO, 2001, p. 1196, grifo nosso).

Nessa mesma linha de pensamento, Coelho (2002, p. 54) lembra que:

Para a teoria maior, o pressuposto inafastável da desconsideração é o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, únicas situações em que a personalização das sociedades empresárias deve ser abstraída para fins de coibição dos ilícitos por ela ocultados. Ora, se assim é, o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores. Nessa ação, o credor deverá demonstrar a presença do pressuposto fraudulento. [...] Em outros termos, quem pretende imputar a sócio ou sócios de uma sociedade empresária a responsabilidade por ato social, em virtude de fraude na manipulação da autonomia da pessoa jurídica, não deve demandar esta última, mas a pessoa ou as pessoas que quer ver responsabilizadas. Se a personalização da sociedade empresária será abstraída, desconsiderada, ignorada pelo juiz, então a sua participação na relação processual como demandada é uma impropriedade. Se a sociedade não é sujeito passivo no processo legitimado a outro título, se o autor não pretende a sua responsabilização, mas a de sócios ou administradores, então ela é parte ilegítima, devendo o processo ser extinto, sem julgamento de mérito, em relação à sua

pessoa, caso indicada como ré.

Chama a atenção para a circunstância de que:

[...] a teoria maior torna impossível a desconsideração operada por simples despacho judicial no processo de execução de sentença. Quer dizer, se o credor obtém em juízo a condenação da sociedade (e só dela) e, ao promover a execução, constata o uso fraudulento da sua personalização, frustrando seu direito reconhecido em juízo, ele não possui ainda título executivo contra o responsável pela fraude. Deverá então acioná-lo para conseguir o título. Não é correto o juiz, na execução, simplesmente determinar a penhora de bens do sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre a fraude, porque isso significa uma inversão do ônus probatório. (COELHO, 2002, p. 55).

Dessa forma, parece-nos acertada a posição assim defendida pelo ilustre comercialista, no sentido de que:

[...] quando a fraude na manipulação da personalidade jurídica é anterior à proposição da ação pelo lesionado, a demanda deve ser ajuizada contra o agente que a perpetrar, sendo a sociedade a ser desconsiderada parte ilegítima. Por outro lado, se o autor teme eventual frustração ao direito que pleiteia contra uma sociedade empresária, em razão de manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial no transcorrer do processo, ele não pode deixar de incluir, desde o início, no pólo passivo da relação processual, a pessoa ou as pessoas sobre cuja conduta incide o seu fundado temor. Nesse caso, o agente fraudador e a sociedade são litisconsortes. [...] Assim sendo, percebe-se que mesmo os juízes adeptos da teoria menor da desconsideração não podem simplesmente dispensar o prévio título executivo judicial, para fins de tornar efetivo qualquer tipo de responsabilização contra sócio ou administrador de sociedade empresária. No contexto da teoria menor, o pressuposto da desconsideração não é fraude, mas a insatisfação de credor social. Ora, qualquer que seja o pressuposto adotado para a desconsideração, isso não altera em nada a discussão dos aspectos processuais da aplicação da teoria. Quer dizer, será sempre inafastável a exigência de processo de conhecimento de que participe, no pólo passivo, aquele cuja responsabilização se pretende, seja para demonstrar sua conduta fraudulenta (se prestigiada a formulação maior da teoria), seja para condená-lo, tendo em vista a insolvabilidade da pessoa jurídica (quando adotada a teoria menor). (COELHO, 2002, p. 55-56).

Esse entendimento, mais uma vez é prestigiado pela jurisprudência, colhendo-se aí a consagração da tese de que:

A doutrina da superação ou desconsideração da personalidade jurídica traz questão de alta indagação exigente do devido processo legal para a expedição de um provimento extravagante, que justifique invadir a barreira do art. 20 do CC. Não é resultado que se alcance em simples despacho ordinário da execução, do arresto ou do mandado de segurança, todos de cognição superficial. (RT, n. 657, p. 120).

Assim também já se decidiu que “[...] os bens particulares dos sócios, em princípio não

respondem pelas dívidas contraídas por sociedade limitada dissolvida. De resto, a alegação de culpa ou dolo do sócio que teve seus bens particulares penhorados, para o estabelecimento de sua responsabilidade pela dívida da sociedade, depende de processo de cognição”. (RT, n. 581). No mesmo sentido colhem-se os seguintes pronunciamentos:

EXECUÇÃO - PENHORA - BEM DE PESSOA FÍSICA - SÓCIO DE PESSOA JURÍDICA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - PROCEDIMENTO QUE PERMITA O CONTRADITÓRIO – NECESSIDADE

Para que sejam penhorados bens da pessoa física, enquanto sócia de pessoa jurídica, é preciso primeiro desconsiderar a personalidade jurídica, atendidos a seus pressupostos, em procedimento à luz do contraditório judicial. (TA/SP, AI 698275007. Rel. Juiz Soares Levada).

A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação. (BRASIL, 2002).

Embargos à execução de multa cominatória. Desconsideração da personalidade jurídica para atingir empresa que não foi parte na ação anterior. Impossibilidade. Nula, a teor do artigo 472, CPC, a decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual. A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2003).

Portanto, de todo o exposto, conclui-se também que a desconsideração da personalidade jurídica, providência cujo acerto e eficácia devem atentar para sua excepcionalidade e para a presença de seus pressupostos (fraude e abuso, a desvirtuar a finalidade social da pessoa jurídica), não pode, não ao menos como regra, ser feita por simples despacho no processo de execução. A cognição para detectar a presença dos citados pressupostos é indispensável e, nessa medida, ao menos como regra, impõe-se a instauração do regular contraditório em processo de conhecimento.

Esse processo de conhecimento que se exige, fique claro, é o processo de conhecimento condenatório, no qual se pretende a formação do título executivo para que, depois, se promova a invasão patrimonial. A via própria assim exigida, portanto, não é necessariamente um processo que tenha por objeto a desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de *ação própria* no sentido de que aquele cujo patrimônio poderá ser atingido, via desconsideração, deve figurar no processo de conhecimento condenatório para que, também em relação a ele, se forme o título executivo. Em outras palavras e como já dito, não é possível penhorar bens de uma pessoa – como resultado da desconsideração da personalidade jurídica de outrem – sem que, em regular processo de conhecimento condenatório, de cognição plena e profunda, cercada por todas as garantias do contraditório, sejam examinados os pressupostos autorizadores da desconsideração e se imponha a sanção àqueles cujo patrimônio deverá ser impactado na sucessiva execução.

4. Bibliografia

ALVIM, Arruda. *Direito Comercial, coleção de estudos e pareceres*. São Paulo: RT, 1985.

ALVIM, Teresa. Aplicabilidade da teoria da desconconsideração da pessoa jurídica no processo falimentar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, jul./set. 1997.

AMARO, Luciano. Desconconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. *Ajuris*, São Paulo, v. 20, n. 58, p. 69-84, jul. 1993.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

BALLANTINE, Henry Winthrop. *On corporations*. Chicago: Revista Chicago, 1946.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 422583/PR. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 20 de junho de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 347524/SP. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 18 de fevereiro de 2003.

CASILO, João. Desconconsideração da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 528, p. 24-39, dez. 1979.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1987.

LIMBORÇO, Lauro. Disregard of legal entity. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 579, p. 25-29, jan. 1984.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, v. 1.

MOREMANS, Daniel de. Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital a través del disregard of legal entity. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 26, p. 104-109, 1989.

RAMALHETE, Clóvis. Sistema de legalidade na desconsideração da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 586, p. 9-14, ago. 1984.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 410, p. 10-24, dez. 1969.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. Agravo de Instrumento nº 772.684-00/5. Relator: Juiz Luiz de Lorenzi. São Paulo, 18 de dezembro de 2002a.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. Agravo de Instrumento nº 73794800/0. Relator: Juiz Ribeiro Pinto. São Paulo, 23 de abril de 2002b.

SERIK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Tradução Marco Vitale. Milão: A. Giuffrè Editore, 1966.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direito processual civil e direito privado: ensaios e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1989.

WOODS, Mervin. Lifting the corporate veil. *The Canadian bar review*, dec. 1957.

O DIREITO TALMÚDICO COMO PRECURSOR DE DIREITOS HUMANOS

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES

Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina
Mestre em Direito – Universidade de CoimbraTime present and time past
Are both perhaps present in time future
And time future contained in time past.

(T. S. ELIOT; Burnt Norton).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A História como Sistema. 3. Os Direitos Humanos Integrados à História. 4. O Direito Hebreu. 5. Possíveis Relações entre o Direito Hebreu e o Direito Ocidental. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. Introdução

A história da humanidade faz-se como a projeção das ondas do mar sobre as areias, alternada, pois, entre os baixios e as cristas que mais tarde se arrebentarão e testemunharão a indesmentível sina que persegue o homem, que é esta de ter de refazer-se, sempre – para alguns, gerando o *tedium vitae*, para outros, talvez constituídos de melhor material moral, uma autêntica missão. O elemento que nas ondulações se inscreve é o mesmo: a espécie humana e todas as contradições que integram seu conceito. Seja visto do ponto de vista antropológico-existencial, sociocultural, filosófico, político ou, simplesmente, encarado como elemento constante que escreve a história, o homem encarna (e constrói) uma série de condições que o põe à prova a cada intersecção de seu curso, às vezes determinando a negação de valores supremos que ele mesmo engendra à guisa de bem-viver em sociedade. E já não lhe parecerá tão estranho recorrer à guerra e à crueldade, que enformarão o cadinho onde se misturam as esperanças de harmonia e paz sociais. *Si vis pacem, para bellum*, costuma-se dizer. E nenhuma paz se logra sem um bocado de confrontos, como se eles significassem a exasperação de um conjunto de circunstâncias do homem: a paz, que sobrenada as cristas das ondas, tende, inevitavelmente, para a arrebentação. Mesmo que consideremos as culturas seculares da velha Europa, sedimentadas no apreço da democracia, das liberdades e do respeito à diferença, lá, também, e, com maior razão, encontraremos a intolerância que colocará em causa o conjunto de valores ferreamente construído pela tradição ao longo de muitos anos. E diremos que a percepção deste estado de coisas é muito mais clara na Europa, justamente pelo fato de o homem europeu ter criado técnicas de controle do poder político, para refrear as tendências deletérias para a noção de bem-viver. Mas qual nossa surpresa quando constatamos que lá brotaram políticas segregacionistas, as grandes guerras mundiais e a intolerância dos dias atuais, embora o europeu persista em falar de direitos humanos.

O conjunto de normas que se enfeixa na idéia de direitos humanos e que bem podem radicar-se na axiologia é a demonstração mais autêntica deste traço antropológico comumente referido como o princípio ou mecanismo de auto-preservação do homem. E por mais que a experiência histórica da vida humana conheça as guerras, holocaustos, chacinas em favelas ou as brutalidades de uma faxina étnica, sempre recorreremos a alguns princípios de hominidade que resgatam aquele mecanismo, a indicar que se existe uma missão inscrita na psicologia do homem, é ela a da procura do aperfeiçoamento pessoal e social.

Poderíamos dizer que os mecanismos de auto-preservação do homem são ativados pelas normas éticas que são identificadas como integrantes dos direitos humanos e, por serem de todos os homens e de cada um dos indivíduos, não terão sido de privilégio deste ou daquele povo. Encontraremos ao longo da história do direito, expressões variadas de sua existência, mesmo no direito germânico que admitia o *Blutrache*, a vingança de sangue, que se justificava para a preservação de um clã, ou na consciência popular da antiga civilização grega quando, mesmo visando à libertação do povo de uma tirania, votava o ostracismo do governante que se exilava por período limitado de até dez anos, mas tinha o direito de retornar à cidade-estado findada a sanção (MOSSE, 1997, p. 23). No direito visigótico da alta Idade Média, autorizava-se ao juiz a concessão do perdão, ainda, encontraremos variadas manifestações político-jurídicas tendentes à garantia da liberdade, antes, muito antes do *habeas corpus* dos ingleses, na Roma antiga em que se recorria ao interdito de *homine libero exhibendo* e depois deles na Península Ibérica, com a *carta de seguro* dos portugueses e a *manifestación de personas* dos espanhóis (GUIMARÃES, 2004, p. 139-151). Nestes e em muitos outros institutos jurídicos comuns aos povos, teremos referenciais normativos convergentes, mas que padecerão, *tout court*, de uma demonstração etiológica. Por outras palavras, dificilmente conseguiremos explicar, v.g., a trajetória de uma garantia político-jurídica da liberdade, como o *habeas corpus* e será muito precipitada a afirmação de que tal e tal sistema jurídico o implantou por influência de um tronco comum de direitos. Isto quase nos conduz a confirmar a teoria do imperativo categórico kantiano, que leva a cismar sobre a existência de um conjunto de normas éticas de valor universal. Existirá realmente a consciência ética universal?

Não nos propomos a adentrar a questão, embora seja ela instigante, mas pretendemos demonstrar que os direitos humanos referidos no mundo ocidental democrático descendem diretamente de um tronco único de direitos que se desenvolveu a partir da *Torah* – fonte do antigo direito hebreu – e, posteriormente, com o cristianismo e com a exegese talmudista, ramificou-se até chegar aos nossos dias.

2. A História como Sistema

A grande dificuldade enfrentada pelo investigador que se arroja pela história do direito é a de demonstrar que “O tempo presente e o tempo passado/Estão ambos talvez presentes no tempo futuro/E o tempo futuro contido no tempo passado”, como sustentou Eliot (1981), a figura de polimórfico humanista que era filósofo e poeta (dos bons!). Será mesmo possível estabelecer um elo entre as expressões de direitos humanos que havia entre os antigos

e as atuais, dos ocidentais, com o propósito de justificar tudo o que se tem defendido não apenas no campo filosófico, mas, também, na normatização positiva que se lhe pretende e no que virá no porvir da política jurídica? O problema ganha foros de aceso debate e de opiniões controvertidas quando o radicamos na apreciação do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o vetor filosófico para a estruturação de um sistema de direitos humanos. Muito antes de sua positivação no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, houve expressões que significavam já a preocupação com a dignidade da pessoa humana. É célebre o trecho da tragédia *Antígona*, em que a protagonista contesta o decreto do Rei Creonte proibindo o sepultamento de Polínice, alegando, justamente, que “[...] a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas [...]”, e desta forma conduzindo-nos facilmente à idéia primeira de direito natural e, subliminarmente, quando refere sobre respeito aos mortos, a idéia de dignidade da pessoa humana. No início do cristianismo, São Paulo, quando escreve aos Gálatas (3, 28), refere que “[...] não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea [...]”, indicando que todos são iguais, além de, em outra passagem, proclamar a liberdade do homem, cuja natureza é inviolável, mas dirigida a servir ao próximo, respeitando-o e sendo fraternal. (Gálatas, 5, 13-14). No entanto, dificilmente poderemos dizer que os hebreus tenham aprendido com os gregos ou vice-versa. E o problema adensa-se mais quando uma corrente de pensadores proclama a existência de uma natureza humana – que estabelece traços comuns para todos os seres humanos – que, a rigor, independeria do acúmulo de experiências histórico-culturais para a formação do amálgama de referenciais dos direitos humanos. E voltamos, neste ponto, à questão problemática: haverá mesmo uma natureza humana da qual decorrem referenciais éticos – verdadeiros imperativos categóricos – aptos a constituir uma legislação universal, ou, as identificações político-jurídicas constatadas entre povos e culturas distintas serão apenas reflexos psicológicos do acúmulo da carga cultural adquirida ao longo da história?

Antes de mais, convém termos bem assente nesta linha de considerações a dificuldade de categorizar o próprio ser humano, pois a tarefa poderá incorrer em mero reducionismo esquemático, que deixa de lado a intrincada rede de aspectos psicossociológicos que integram sua substância. Assim, já não será admissível ver no homem um espírito encarnado, como pretende Goddard (apud CUNHA, 2001, p. 70-71) nem um mero produto do ambiente, como queria a sociologia positivista, ambas posições errando pelo exacerbado determinismo. Por outro lado, a antropologia existencialista do jusfilósofo Machado (1996), que se radica na idéia da inespecificidade instintiva do homem, que o estabelece como ser incompleto, por isso mesmo aberto aos seus semelhantes e solidário, tudo visando à auto-preservação, já não será contraditória se considerarmos estes fatores como a própria natureza do homem? Bem sabemos que o homem é mais que isso, embora as dificuldades filosóficas e científicas remetam-nos para a sua relativização, ou, pura e simplesmente, para mitificação sobre a origem sobrenatural. Se, de fato, o homem é mais que um *espírito encarnado* e nele convivem aspectos somáticos e psicossociais adquiridos, resta-nos ainda a dificuldade de sabermos se existe uma natureza humana, como algo que nos é

predeterminado ou se somos apenas produtos da experiência sociocultural acumulada. Uma olhadela no conceito de direito natural de Ulpiano, inserido no Digesto, dá-nos já uma pista para o desbaratamento do problema:

Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio [...].

O direito natural é, portanto, tudo aquilo que o ser humano depreende da natureza, dela decorrendo o ensinamento de que homens e mulheres devem se casar, procriar e educar seus filhos. E com esta lição dos romanos, voltamos ao ponto fundamental de que a existência humana se justifica numa missão, que é a de preservação da espécie (e disto ninguém duvidará). É como disse Ortega y Gasset (1982, p. 27): “A nota mais trivial, porém ao mesmo tempo a mais importante da vida, é que o homem não tem outro remédio senão fazer alguma coisa para manter-se na existência”. Já é muito, parece-nos. E quanto ao mais – o substrato que dá estofa ao homem – já será difícil demonstrar que seja elaborado a partir da mesma matéria.

Pois bem, uma outra linha de raciocínio, que pode arrancar da mesma máxima de Ulpiano, considerará que o homem adquire o conhecimento ao longo de sua trajetória. Não terá sido isto que o jurista romano quis dizer ao referir que a natureza ensina ao homem? Então este ser, que é inegavelmente falho e incompleto, como reconhece a antropologia existencialista, e, antes dela Ulpiano, tende ao aperfeiçoamento de si, ou, como em outro lugar dissemos, busca a auto-compreensão enfrentando ao longo de sua trajetória existencial tragédias renováveis (GUIMARÃES, 2003, p. 76), tudo em nome da preservação da espécie (abramos aqui um parêntese para nos anteciparmos ao leitor que pode cogitar tenhamos caído numa armadilha. A busca de aperfeiçoamento induz-nos a aceitar uma certa aptidão para o efeito, não negamos. Aptidão de todos os homens? Ou, por outras palavras, é da natureza do homem a busca incessante de aperfeiçoamento ou auto-compreensão? Ou, por outro lado, terão sido as circunstâncias que compeliram o homem para a busca de si mesmo – a auto-compreensão e o aperfeiçoamento? Tentemos, logo adiante, responder às questões subjacentes em relação ao problema principal).

Esta vertente de pensamento rivaliza, logicamente, com todos os postulados reducionistas, que tendem para a absolutização de dogmas acerca da substância axiológica do homem – que, se perspectivada através da ótica jusnaturalista, seria formada por aquele conjunto de normas integrantes da própria natureza humana, depreendidas da Lei Natural através do uso da razão. Basta para confirmar isso um exame sobre alguns fenômenos socioculturais, que põem em xeque a consideração em termos absolutos de certos bens jurídicos que se aderem estreitamente ao campo ético (e social). A vida, v.g. Se é ela um valor ético-social supremo, por que algumas comunidades de esquimós abandonam seus idosos para que morram? Ou, por outro lado, se a vida deve ser gozada em sua plenitude, com dignidade, o que impedirá a execução da eutanásia em relação a quem esteja em es-

tado vegetativo, para além das restrições impostas pela moral religiosa? E o que diremos da antropofagia, como a relatada por Fuller (1999), no caso dos homens que sacrificaram a vida de um companheiro para salvar a sua? Se, de fato, é ela um valor absoluto, será lúdica a subtração de uma vida requerida por meio da sorte, com o lançamento de dados, para o salvamento das demais? Tais problemas permitem compartimentar as normas éticas segundo culturas e situações especiais? Além dessas, muitas outras hipóteses poderíamos formular à maneira de dificultar a aceitação de imperativos categóricos – ditados pela autonomia moral do homem, que mesmo Kant [S.d.] preferiu não exemplificar por reconhecer as dificuldades de sua teoria. No entanto, partamos para a explicação do que já no tópico acima nos propusemos, embora a metodização das idéias neste campo em que ingressamos seja complicada e tenha requerido as incursões que fizemos.

Quando o homem tornou sua vida mais complexa, passando do estado de nômade para o de ser gregário e sedentário, organizando-se em comunidades, surgiu aquilo que Nietzsche (1998, p. 73) denominou de *má consciência*, adquirida através de todas as pressões exercidas contra a liberdade primitiva, tudo com o intuito de erradicar o *egoísmo*, ou, como diremos nós, para colmatar as brechas que ficam na ponte que erguemos entre a filosofia nietzscheana e a cosmovisão, para criar condições de vida harmoniosa e minimamente pacífica. O homem, este *zoón politikón*, que inevitavelmente tem de relacionar-se com seus pares na *pólis* – vivendo e necessitando da *pólis* – adquiriu nesse seu estágio de vida gregária maiores responsabilidades que implicam graus variados de coesão e de solidariedade, segundo a configuração evolutiva da comunidade. Assim, as comunidades primitivas praticamente aniquilavam o senso de individualidade, uma vez que seus integrantes formavam um organismo quase indissolúvel, capaz de resistir às ameaças externas. Não terá sido isto o que imaginou Platão nos seus diálogos sobre a *República*, uma cidade ideal em que os estamentos sociais eram estruturados de forma a que cada um exercesse proficuamente seu papel comunitário, no mesmo passo em que a classe dos soldados, vivendo um protótipo de comunismo, não tinha razões para sublevação? É bem provável que o discípulo de Sócrates e crítico do modelo social ateniense tenha sido mais perspicaz do que imaginaram seus detratores, incluindo Aristóteles. Pois bem, o senso desenvolvido de solidariedade e de coesão fez incutir nas culturas clássicas, tanto na helênica, como na dos romanos que tiveram um Cícero a seguir as linhas filosóficas dos gregos, preocupado com as virtudes e com a ética política (que devia ser praticada na *civitas* – note-se: a ética devia ser praticada ao invés de ser representada por artifícios retóricos) e, em outro canto, no oriente médio, entre os hebreus, princípios de Justiça. Que não era apenas o *suum cuique tribuere*, mas o sentido de temperança da *pólis* e do próprio indivíduo, que pretendia a felicidade – esta noção que é tão complexa e que não se compraz apenas com os prazeres sensuais. É mais que isto, disse-o Santo Agostinho. [S.d.].

Através deste raciocínio, queremos dizer que antes de ser uma vocação predeterminada, a busca de paz e de harmonia sociais e o respeito pelo outro são princípios que se estabeleceram na consciência do homem-coletivo e em razão desta especificidade. É o que facilmente se depreende quando em Êxodo (6,XX, תומש) lemos que as Leis são entregues a Moisés por D'us¹ com a promessa de que receberão Sua misericórdia até as duas mil

gerações dos que as observarem. As leis, sublinhemos, foram dadas para o povo de Israel, quando já estabelecido em território determinado e sob uma autoridade político-religiosa e que, portanto, pretendia alguns objetivos comuns. São normas de caráter social e religioso e devem ser cumpridas pelo homem, aqui inegavelmente descrito como um ser-em-sociedade, visando à misericórdia divina, que podemos interpretar sob múltiplos aspectos, inclusive no sentido de que propicia a preservação do povo.

Tudo o que se engendra em termos normativos, inclusive as normas éticas que darão conteúdo aos direitos humanos, portanto, é reflexo não de uma natureza humana, mas da carga histórica de experiências, costumes, que se propagam pela tradição, até que se tornem *norma normada* de um *corpus iuris*. Ortega y Gasset (1982), após analisar o cientificismo que decorreu de Descartes e seu método de raciocínio geométrico, opõe-se de maneira veemente, bem ao seu estilo, contra as ciências naturais que pretenderam demonstrar a natureza humana, referindo que “O prodígio que a ciência natural representa como conhecimento de coisas contrasta brutalmente com o fracasso dessa ciência natural ante o propriamente humano. O humano escapa à razão físico-matemática como a água por uma peneira”. E sentencia peremptoriamente: “A vida humana [...] não é uma coisa, não tem uma natureza, e, por conseguinte, é necessário decidir-se a pensá-la por categorias, por conceitos radicalmente diferentes dos que nos são esclarecidos pelos fenômenos da matéria” (ORTEGA Y GASSET, 1982, p. 36). E para chegar ao seu ponto de vista, o filósofo espanhol descarta as teorias reducionistas, como aquelas que surgem nas *Geisteswissenschaften*, as ciências do espírito, que englobam as ciências morais e as ciências da cultura. O homem e a idéia que dele decorre imediatamente, a de homem-coletivo, como referimos, não podem ser vistos como apenas realidades espirituais. Mais que isto, o homem é um drama – a vida é um drama, terá dito o atormentado filósofo – de sucessivos acontecimentos, alguns implicando dificuldades, outros facilidades para existir, mas tudo a formar seu arcabouço moral que o arrimará na tarefa de viver – isto que se nos acomete e que não é dado pronto e acabado, mas, pelo contrário, está a se construir constantemente, a ponto de se poder dizer que “A vida é um gerúndio, e não participação: um *faciendum*, e não um *factum*” (ORTEGA Y GASSET, 1982, p. 42). Assim, o homem, na sua perspectiva mais lata, que é a de viver como um ser-em-sociedade, inventa projetos de vida segundo as circunstâncias, o homem orteguiano não será mais que produto das circunstâncias e das experiências que vai enfrentando ao longo de sua trajetória. Esta premissa leva Ortega y Gasset a afirmar que o nosso presente nada mais é do que o acúmulo de tudo o mais que passou: “Esse passado é passado não porque passou a outros, mas porque forma parte do nosso presente, do que somos na forma de ter sido; em resumo, porque é *nosso* passado” (ORTEGA Y GASSET, 1982, p. 47). E chegado a este ponto, no qual fica claro que o homem é um produto sociocultural, e, para além disto, produto de todas as circunstâncias que determinaram suas idealizações e concretizações, numa palavra, um verdadeiro acúmulo de experiências, Ortega y Gasset refere que “A história é um sistema – sistema das experiências humanas, que formam uma corrente inexorável e única” (ORTEGA Y GASSET, 1982, p. 51).

¹Sempre grafado por nós desta forma, em respeito ao Santo Nome, משה יורב

Ora, se o homem – e, note o leitor, aqui o consideramos como homem-coletivo, homem-social ou um ser-em-sociedade – é mais do que corpo e espírito (uma coisificação segundo a abordagem estática típica do raciocínio geométrico), mas um autêntico produto do passado que se carrega no presente, englobando as esquematizações idealizadas e as concretizações boas ou ruins em sua trajetória – as experiências do constante *faciendum* que é a vida –, temos como possível demonstrar que os direitos humanos – aquelas planificações ético-normativas tendo por fim um pouco de paz e de harmonia sociais – também se inscrevem no sistema histórico.

3. Os Direitos Humanos Integrados à História

A compreensão do jushumanismo não pode ser realizada satisfatoriamente através dos postulados metafísicos ou do jurnaturalismo, seja porque essas correntes deixam de considerar o aspecto eminentemente histórico-social em que se circunscreve o tema, seja porque tende a última corrente para o fixismo determinista. Os direitos humanos não são obra divina, mas o resultado de planificações de bem-viver, que se sedimentam nas culturas jurídicas através da tradição ao longo dos séculos. E hoje transmitem-se no mundo globalizado com incrível velocidade, embora vestidos simbólica e, talvez, inconscientemente, de intenções como a que se refere ao *políticamente correto* – isso que se tornou lugar-comum e gera riscos de insatisfação devido ao policiamento ideológico levado a efeito pelos seus defensores.

Os direitos humanos são, assim, o produto do acúmulo de projetos, idealizações e concretizações levados a efeito pelas sociedades ao longo de sua história, em meio à qual se inscrevem certas circunstâncias determinantes. E quem duvidará de que o modelo ético dos antigos hebreus, que formou seu *corpus iuris* hoje milenar, ainda empregado no Estado de Israel, terá decorrido das adversidades encontradas ao longo das inúmeras sujeições a povos estrangeiros no decorrer de sua história? Da escravidão e da opressão pode ter surgido a necessidade de preservação da identidade judaica e uma violenta crítica – em forma de normas ético-religiosas – contra tudo ao que os judeus viram e entenderam como errado. Concordamos, pois, com a Professora Fariñas Dulce (1998) quando diz que o enfrentamento do tema dos direitos humanos prende-se a um conceito de caráter histórico, “[...] *marcado especialmente por la conciencia de su propia historicidad y relatividad, lo cual no permite la construcción – al amparo de los derechos humanos – de dogmas absolutos o suprahistóricos, cargados de idealismo [...]*”. E prossegue a jusfilósofa da Universidade Carlos III de Espanha:

[...] *a parte de las diferentes fundamentaciones [o estudo dos direitos humanos] requiere también una comprensión sociológica, histórica e, incluso, antropológica de los mismos, que contribuya a desmitificar las concepciones metafísicas e iusnaturalistas de los derechos humanos, los cuales – sin cuestionar su significación e importancia histórica en la lucha por la dignidad y por la libertad del ser humano – son, en la actualidad, difícilmente sostenibles desde una perspectiva teórica y, además, no dan una respuesta suficientemente aceptable a las concretas situaciones socio-*

históricas y socio-culturales planteadas, especialmente, en las últimas décadas y en los diversos contextos sociales.

Da mesma forma, entendemos possível estabelecer uma ponte que liga o antigo direito hebreu, mais tarde sistematizado no que se conhece como direito talmúdico, às planificações de direitos humanos presentes no direito constitucional-processual penal moderno. Suas estruturas são as circunstâncias históricas que formaram o tronco cultural judaico-cristão das sociedades modernas, como adiante tentaremos demonstrar.

4. O Direito Hebreu

Os judeus da antiguidade formaram seu corpo de normas ético-religiosas ao longo de séculos mas, sem dúvida, só encontraremos os primeiros traços de sistematização normativo-jurídica no período em que estiveram sob o domínio babilônico. Pode aventar-se uma série de circunstâncias que conduziram os judeus para a elaboração de um direito relativamente avançado para sua época e que se notabilizou pela preocupação com a equidade, como a referida ao elemento psicológico deste povo a determiná-lo para a crença e, sobretudo, para o estudo, dois fatores que se entrecruzam, mas têm sua raiz numa norma. Afinal, o estudo, segundo Falk (1988, p. 11), “[...] é o mandamento mais importante na vida judaica. Somos sempre estudantes e, quando concluímos o estudo de um certo texto, imediatamente iniciamos outro. Se a pessoa estudou na sua juventude, deverá continuar até a velhice”. Este verdadeiro *מַעַם הַרְפָּס* (*a'm hasefer*, povo do livro) terá tido alguma vantagem cultural na elaboração de seu sistema jurídico em relação ao que se observa na história de outros povos da antiguidade do oriente médio, pois vinha ao longo dos anos refletindo sobre as normas de caráter ético-religioso e ético-social contidas na *Torah*, através das leituras dos rolos com textos sagrados em ocasiões especiais e a cada *Shabat*. Surgiam as interpretações dos comentadores, até a formação da Lei Oral que se tornou fonte do direito talmúdico. Entendemos, contudo, que a circunstância que melhor favoreceu o desenvolvimento do direito hebreu, mais especificamente do direito talmúdico², terá sido a política adotada pelo rei Ataxerxes, da Pérsia. Com efeito, este monarca, talvez – imaginamos nós – por entender impossível a completa subjugação do povo judeu, determinou que o escriba Esdras nomeasse juízes locais para a administração da Justiça, autorizando o ensino tanto da Lei de Israel quanto da Lei do Império Persa (FALK, 1988, p. 11). Esta decisão político-administrativa repercutiu no aparecimento da classe dos escribas, que ao longo do séc. IV a.C. teve grande importância para a comunidade judaica.

O ambiente político-social era favorável, pois, à estruturação do direito talmúdico, que é até os dias atuais empregado em Israel especialmente na área do direito de família (normas sobre casamento, divórcio, pensão etc.). Mas o direito hebreu – no qual incluímos não

²Direito Talmúdico refere-se a תלמוד (Talmud) que significa conhecimento, estudo. Trata-se de um conjunto de livros elaborado pelos sábios judeus a partir do estudo da תורה (Torah), o Pentateuco, além de incluir estudos sobre as normas práticas da vida judaica (הלכות – halachot, preceitos) e sobre ensinamentos éticos (que integram a חגדה, *hagadá*). Sua sistematização transcorreu ao longo de muitos anos, editando-se o *Talmud* de Israel no ano 400 e o da Babilônia somente no ano 500.

apenas o direito talmúdico, mas suas fontes, que são a *Torah* (e tenha-se em mente o fato de que alguns judeus aplicavam tão-somente as regras nela contidas, como é o caso dos saduceus), os costumes do povo, a hermenêutica das fontes antigas – atravessa as fronteiras temporais e territoriais, influenciando na elaboração de inúmeras normas que bem podemos categorizar como pertencentes ao ramo dos direitos humanos. Examinemos algumas delas.

8) Entendemos que o processo penal no direito talmúdico abrandou as violências decorrentes da vingança, a partir de quando operou a transição do direito eminentemente privado para o público. A interpretação que os rabinos fizeram de Deuteronômio 13:10, “Mas certamente o matarás; a tua mão será a primeira contra ele para o matar, e a mão de todo o povo no final” (TORAH, p. 330), importou na norma que dispõe sobre a informação dos magistrados acerca da ocorrência de um crime sério, transmitindo a eles a incumbência de processar e julgar o criminoso.

9) O direito talmúdico não admitia a condenação de um réu baseado unicamente em sua confissão, exigindo o testemunho de duas pessoas. “Que nenhuma decisão seja feita sobre evidência apresentada apenas por uma testemunha”, ensinou Maimônides (1992, p. 102). Tal preceito impede julgamentos divorciados do princípio da equidade, além de evitar os riscos da tortura no processo penal.

10) Os juízes deviam ouvir o queixoso e o acusado antes de admitirem a fase de instrução do processo. Em caso algum, permitia-se que as alegações de uma parte fossem feitas na ausência da outra, de maneira a preservar-se a igualdade de armas durante o processo.

11) As audiências eram públicas, permitindo-se, inclusive, para os casos em que se punia com pena máxima, o testemunho de qualquer pessoa que pudesse “[...] apresentar um fato ou um argumento a favor do acusado” (FALK, 1988, p. 80). A pena máxima constituía espécie de *ultima ratio* do ordenamento jurídico-penal. Havia, ainda, o convencimento de que testemunhar se tratava de um dever cívico, como se depreende do seguinte preceito: “[...] que aquele que esteja de posse de uma evidência testemunhe no tribunal” (MAIMÔNIDES, 1992, p. 102).

12) Nos casos punidos com pena de morte ou com pena de açoite, os cuidados com o julgamento eram maiores. Assim Maimônides (1992, p. 102) preceitua: “[...] não executar o réu se houver maioria de apenas um para a condenação, mas unicamente se, no mínimo, houver maioria de dois”, num tribunal composto por vinte e três juízes. Maimônides (1992, p. 316) extraiu essa regra através da exegese de Êxodo, 23:2, afirmando que “[...] ao sentenciar a pena de morte você não deve fazê-lo por causa de uma maioria casual”. Contudo, a absolvição podia ser obtida pela maioria mais um.

13) Em *Avot* (apud FALK, 1988, p. 86)1:6, há já o princípio da presunção de inocência no tratamento a ser dirigido ao acusado quando prescreve: “Ao julgar uma pessoa, incline-se para a suposição de inocência”. E, de maneira muito próxima, encontramos algumas

recomendações de Maimônides que se inclinam para o cuidado no julgamento. Assim, recomenda o filósofo talmudista: “[...] sede circunspectos nos vossos julgamentos [...]” e “[...] julga todos com indulgência”. Em outro lugar, reproduz a lição de Hilel: “Não julgues o teu próximo até que te encontres na sua situação” (MAIMÔNIDES, 1993, p. 19).

τ) O direito talmúdico destacava algumas normas relacionadas às testemunhas, de maneira a evitar que elas prejudicassem o julgamento, como depreendemos da proibição de a testemunha sobre caso capital atuar como juiz e a punição do falso testemunho. Além do mais, “[...] que nos casos de pena de morte e chicotadas, aquele que apresentou argumentos para absolvição, não argumente novamente pela condenação” (MAIMÔNIDES, 1992, p. 102).

π) O processo com escassez de provas não poderia conduzir os juízes a uma sentença condenatória, como se verifica no preceito “não executar alguém sob suspeita” (MAIMÔNIDES, 1992, p. 102).

υ) Encontram-se muitas expressões no antigo direito hebreu do princípio da igualdade, a justificarem o que Belkin (2003), baseado nas lições de Flávio Josefo, o grande historiador e do filósofo Filo de Alexandria (Philo Judaeus), denomina de um regime de governo Teocrático-democrático. Assim, ao interpretar *Tossefta San'hedrin* 4:2 do Talmud, onde está determinado que “Se ele [o rei] transgride qualquer das proibições positivas ou negativas, ou quaisquer outros mandamentos, ele é tratado em todas as questões como um *hediot* (homem comum)”, Belkin (2003, p. 72) refere que o rei “[...] não estava isento de observar a lei, mas devia submeter-se a ela como qualquer outro homem e estava sujeito ao mesmo padrão de punição aplicado a todos os homens”. As pessoas levadas a julgamento deviam ser julgadas com imparcialidade, não devendo os juízes demonstrar compaixão em relação a alguém pelo fato de ser pobre, nem prestar reverência no julgamento de um ‘grande homem’. E mesmo que se tratasse de um criminoso habitual, estavam os juízes proibidos de julgá-lo com parcialidade (MAIMÔNIDES, 1992, p. 102). Ao comentar Êxodo, 23:3, Maimônides (1993, p. 314) refere que “[...] um juiz fica proibido de ter piedade de um homem pobre e distorcer um julgamento em seu favor por piedade. Ele [juiz] deve tratar os ricos e os pobres da mesma forma, e fazer com que se cumpra a pena imposta”. E mesmo que o litígio se estabelecesse entre estrangeiro e israelita, não deveria ocorrer distorção da justiça.

5. Possíveis Relações entre o Direito Hebreu e o Direito Ocidental

As normas do direito hebreu são nossas conhecidas, fazem parte da experiência jurídico-constitucional ocidental e comumente são relacionadas com os princípios dos direitos humanos. Podem ser identificadas na *Magna Charta Libertatum*, de 1215, quando ali se exalta o valor da liberdade física; ou na *Bill of Rights*, editada em 1689, logo após a Revolução Gloriosa, em que o Rei britânico perde os poderes absolutos e submete-se à lei, além de proclamar-se, por essa declaração de direitos, a vedação da execução de penas cruéis; ou na *Declaration of Rights*, da Virgínia, de 1776, em que se reconheciam o

princípio da igualdade e os direitos à vida, à liberdade e à propriedade. É, também, nesta Constituição que os norte-americanos instituem o *due process of law*, o contraditório e o direito à ampla defesa. Na *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789, proclamada na onda da vitória da Revolução Francesa, que depôs o *Ancien Régime*, também encontramos os princípios da igualdade e da universalidade e o reconhecimento dos direitos às liberdades. Da França, esse ideário passa para a Península Ibérica e, mais tarde, para o restante da Europa continental e boa parte do mundo ocidental. Tudo convergindo para a idéia do jushumanismo, que é integral e universalista. O fenômeno pode ser facilmente explicado quando tratamos de sua dispersão pelo ocidente. A França respirava os ares do iluminismo e os enciclopedistas propunham liberdades, inclusive a religiosa; o ambiente sociopolítico era de grande tensão e abrigou o ideário de um Locke e de um Rousseau, que conheciam a experiência política inglesa. Os colonos ingleses, por sua vez, exigiam que no continente americano fossem adotados os mesmos direitos da metrópole, desenvolvendo um sistema bem estruturado de direitos de índole constitucional-processual. Mas ainda resta a questão problemática: terá o antigo direito hebreu exercido alguma influência sobre esses povos?

A demonstração de que o direito hebreu influenciou direta ou indiretamente na elaboração dos princípios do jushumanismo moderno é tão complicada quanto a sustentação da tese de Maritain (1967, p. 32), segundo a qual o reconhecimento por católicos e não católicos, cristãos e não cristãos dos valores humanos inscritos no Evangelho propiciará a consciência da dignidade humana e dos direitos da pessoa, de modo a conduzir-nos para a promoção do bem comum, que “é a boa vida *humana* da multidão”. Da mesma forma que será tarefa quase impossível asseverar que o direito hebreu foi feito *ex nihilo*, um direito original, nascido da consciência moral-social dos antigos judeus, afinal este povo sofreu várias conquistas, inclusive dos gregos e romanos, os primeiros inventores da filosofia e da idéia mais bem acabada de direito. Mas podemos dizer que o direito gestado na Terra de Israel é resultado do amálgama de muitas experiências, inclusive as negativas, que provocaram projetos de vida, reflexões e críticas sobre as circunstâncias que determinaram a construção da história do povo judeu. Por isto, concordamos com Falk (1988, p. 41) quando refere que “Muitas de suas leis não teriam se desenvolvido em sua forma atual sem o impacto de um outro sistema legal que requeria rejeição, reação, reconhecimento ou receptividade por parte do Direito Talmúdico”. Assim, v.g., o direito talmúdico estabeleceu algumas normas para a libertação dos escravos, inclusive a alforria do direito romano. E com esta mesma convicção de que as experiências jurídicas se entrecruzam, podemos inferir que o caudal de normas jushumanistas dos judeus terá, por muitas vias, chegado ao ocidente, contribuindo para a elaboração do direito moderno.

Lembremos, em primeiro lugar, que por longos séculos os judeus disciplinaram a vida social baseados na aplicação das normas ético-religiosas inscritas na *Torah*, que não eram suficientes, devido ao seu caráter fragmentário. Por isso, no período em que se elaborou a Lei Oral, a modo de preencher as lacunas, os comentadores, homens letrados que conheciam as leis estrangeiras tão bem quanto a própria *Torah*, podem ter sofrido influências externas. E de igual modo é possível terem semeado um pouco de sua cultura por entre

os povos conquistadores. No período da cultura helênica, os judeus utilizavam-se não apenas do hebraico e do aramaico para redigir seus documentos, mas, também, do grego, o mesmo idioma de trânsito livre entre os judeus da diáspora e que serviu para a redação da Septuaginta, mais tarde difundida pelo ocidente.

Em segundo lugar, o cristianismo – que bebe da fonte do judaísmo – difundido pelos apóstolos e, com maior força, por São Paulo, chega ao ocidente através de Roma, onde é considerado devastador (talvez tão devastador para sua cultura quanto as invasões dos bárbaros) e muda o eixo sociocultural do ocidente, preconizando a existência de um único D'us, impondo o teocentrismo e muitos dos princípios que são presidiados pela dignidade da pessoa humana, como o da igualdade e da universalidade. A patrística, encabeçada por Santo Agostinho e a escolástica, cujo maior representante foi São Tomás de Aquino, difundiram os preceitos do tronco judaico-cristão, cimentando-os no ocidente da Idade Média.

Em terceiro lugar, a diáspora do povo judeu, ocorrida no ano 70, leva a filosofia judaica para os mais diversos pontos do ocidente, especialmente da Europa, onde surgem os comentários do *Talmud*. Um dos trabalhos de maior relevo desta categoria trata-se da *Mishné Torah*, que é a sistematização do direito talmúdico realizada por Maimônides (1135-1204), no século XIII. O filósofo neo-aristotélico judeu teve grande importância não apenas para sua cultura, mas para outros estudiosos não-judeus, inclusive São Tomás de Aquino, por meio de quem ganha projeção. É possível que o *Doctor Angelicus* tenha sido influenciado pela filosofia de Maimônides. Lembre-se, ainda, que para além da filosofia judaica, o direito talmúdico foi estudado durante a Renascença por cristãos, como Grotius e chegou a apoiar algumas posições do direito canônico (mais particularmente no que se refere à anulação do casamento). Mais tarde, no século XVIII, os judeus da diáspora inauguram, com Mendelsohn, a *Hascalah*, o movimento iluminista judaico, que garante a incursão de filósofos judeus no mundo europeu.

6. Conclusão

O campo de estudos relativo aos direitos humanos é um dos mais vastos, oferecendo ao jurista dificuldades para seu enfrentamento metodológico. A de maior envergadura é a que relaciona o jushumanismo com as zonas normativas da ética, da moral – a cultura jurídica anglo-saxônica costuma reivindicar a expressão *moral rights* para designar aquelas normas que exigem correção das ações morais – e do direito natural, de maneira a que se entendam os direitos humanos como um dado prévio à experiência jurídico-positiva. Tudo isso, embora partindo de uma visão mais aprofundada das coisas, não apenas os direitos humanos, nos princípios éticos e morais.

Compreendendo, portanto, os direitos humanos e os princípios que lhes dão corpo num plano metajurídico que trata, fundamentalmente, da dignidade, liberdade e igualdade, podemos, em primeiro lugar, concluir que eles não são criados pelo direito positivo, mas podem ser reconhecidos por esta esfera normativo-jurídica através de múltiplas expres-

sões do direito, v.g., dos direitos constitucional-penal, penal e processual penal.

Descartamos, em segundo lugar, a posição que defende uma situação estática e intemporal para os direitos humanos, como se eles fossem depreendidos pela razão humana em contato com uma ordem normativa superior – a do direito natural. Tais conceitos jushumanísticos são produzidos pela experiência histórica do homem, aqui visto como ser-em-sociedade. É a carga de circunstâncias – positivas ou negativas – acumuladas durante a existência, que provoca reações, criações e posturas críticas, que se traduzem em soluções jushumanísticas.

Em terceiro lugar, podemos dizer que o direito hebreu, partindo do seu código ético-religioso e ético-social, traduz muito claramente a carga de circunstâncias que o povo judeu carregou durante a história. De maneira que as conquistas a que os judeus foram submetidos, as relações com povos vizinhos e povos dominadores, as circunstâncias político-sociais e até a vocação para os estudos determinaram o reconhecimento em leis (especialmente as do direito talmúdico) de princípios jushumanísticos.

Em quarto lugar, apesar de não podermos, por um lado, confirmar o aparecimento original destas normas jushumanísticas entre os judeus, já será possível, por outro lado, referir que a cultura judaica permeou a cultura ocidental através do tronco comum judaico-cristão, que se desenvolveu a partir da Idade Média. Para além disto, é lícito inferirmos que o desenvolvimento da cultura judaica após sua diáspora pelo ocidente, pode ter influenciado para a radicação de vários dos conceitos do jushumanismo, contribuindo para o seu desenvolvimento.

7. Bibliografia

BELKIN, Samuel. *A filosofia do Talmud*: o caráter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica. Tradução Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Sêfer, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *O ponto de Arquimedes*: natureza humana, direito natural, direitos humanos. Coimbra: Almedina, 2001.

Eliot, T. S. *Poesia*. Tradução Ivan Junqueira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

FALK, Ze'ev W. *O direito talmúdico*. São Paulo: Perspectiva, 1988.

FARIÑAS DULCE, Maria José. Los derechos humanos desde una perspectiva sociojurídica. *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas, Madri, ano 3, n. 6, p. 355-357, fev. 1998.

FULLER, Lon L. *O caso de exploradores de cavernas*. Tradução Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Editores, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quinte-

la. Lisboa: Edições, [S.d.].

MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1996.

MAIMÔNIDES, Mishné Tora. *Comentário da ética dos pais*. Tradução Alice Frank. São Paulo: Maayanot, 1993.

_____. *O livro da sabedoria*. Tradução Rabino Yaacov Israel Blumenfeld. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

_____. *Os 613 mandamentos*. Tradução Giuseppe Nahaïssi. 3. ed. São Paulo: Nova Arcádia, 1990.

MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem*. Tradução Afrânio Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1967.

MOSSÉ, Claude. *Atenas: a história de uma democracia*. Tradução João Batista da Costa. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução e notas Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ORTEGA Y GASSET, José. *História como sistema*. Tradução Juan A. Gili Sobrinho e Elizabeth Hanna Côrtes Costa. Brasília: UnB, 1982.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Direito penal sexual: fundamentos e fontes*. Curitiba: Jurá, 2003.

_____. *Habeas corpus: crítica e perspectivas, um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2004.

SANTO AGOSTINHO. *Diálogo sobre a felicidade*. Tradução Mário A. Santiago de Carvalho. Lisboa: Edições 70, [S.d.].

SÓFOCLES. Antígona. In: CLÁSSICOS JACKSON. *Teatro Grego*. Prefácio e tradução J. B. Mello e Souza. [S.l.: s.n].

TORAH. Tradução, comentários e explicações Rabino Meir Masliah Melamed. [S.l.: s.n.].

MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ASSISTENTE SIMPLES – O INTERESSE INSTITUCIONAL COMO EXPRESSÃO DO INTERESSE JURÍDICO*

ROBSON RENAULT GODINHO

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Mestre em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Assistência Simples: generalidades. 3. Conceito de Interesse Jurídico: breve esboço doutrinário. 4. O Interesse Institucional como Expressão do Interesse Jurídico. 5. Interesse Institucional e Responsabilidade Civil Direta do Membro do Ministério Público. 6. O Ministério Público como Assistente Simples: a necessidade de uma nova leitura do instituto da assistência. 7. Conclusão. 8. Tese. 9. Bibliografia.

1. Introdução

A atual conformação constitucional do Ministério Público trouxe profunda modificação em suas atribuições, passando a fornecer diversas possibilidades de estudos de novos temas relacionados com a Instituição, atraindo a atenção inclusive de pesquisadores de outras áreas de conhecimento que não a jurídica.¹

Será objeto deste trabalho exatamente um desses diversos temas que decorrem da ampliação da presença do Ministério Público no processo: a possibilidade de a Instituição ser admitida como terceiro interveniente, na condição de assistente simples², em processo em que se discuta questão institucional ou em que se veicule pretensão contra membro do Ministério Público³, em razão de sua atuação funcional.

Analisaremos, pois, a possibilidade de o Ministério Público intervir no processo, não

*Trabalho originalmente publicado na obra coletiva coordenada por Didier Júnior e Wambier (2004). Com algumas alterações, o texto posteriormente foi apresentado como tese no XXIII Encontro Estadual do Ministério Público do Rio de Janeiro, realizado em Angra dos Reis, em maio de 2004 (aprovaada por unanimidade). O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu, por maioria, ser possível a intervenção do Ministério Público como assistente simples em processo instaurado contra seu membro, em razão do exercício de suas funções: “Assistência simples – Ministério Público. Nas ações de responsabilidade civil propostas em face de membros do Ministério Público por atos que teriam sido praticados no exercício da função é cabível a integração na lide da Instituição, notadamente quando se pretende tutelar a relação funcional do agente e de possível ilícito praticado no exercício das funções institucionais. Deferimento da assistência. Recurso provido. (RIO DE JANEIRO, 2005).

¹ Como exemplos deste estudo diversificado, podemos citar os seguintes trabalhos, todos interessantíssimos e baseados em dados estatísticos, fato raro em estudos estritamente jurídicos: Sadek (2000); Arantes (2002); Silva (2001). A propósito dessa carência de dados objetivos em estudos jurídicos, merece ser destacado o recente trabalho de Moniz de Aragão que, com Barbosa Moreira, sempre alerta para a necessidade de um estudo com base em dados objetivos, exatamente acerca de uma das diversas pesquisas coordenadas por Sadek (2003).

² Silva (2000, p. 258) afirma que não existe outra figura de assistência que não seja a *simples*, sendo dispensável o adjetivo. Entretanto, preferimos utilizar a expressão *assistência simples*, como de resto o fazem a doutrina e jurisprudência, a fim de evitar qualquer confusão terminológica, sendo que o próprio Silva utiliza o adjetivo durante toda a sequência de seus comentários e também em seu curso.

³ Estamos tratando de processos contra membros do Ministério Público, de modo que tudo que for dito sobre

na condição de fiscal da lei, movido pela existência de interesse público (ou social) ou direito indisponível, mas, sim, como terceiro interveniente em razão de interesse institucional, o que, em última análise, não deixa de ser uma decorrência do interesse público, pela natureza própria da Instituição. É necessário frisar que estamos diante de uma nova possibilidade de atuação do Ministério Público no processo civil, afastando-se da análise do problema, desde já, qualquer raciocínio voltado para a clássica figura da intervenção como *custos legis*.⁴

Enfim, trataremos de um modo novo de atuação do Ministério Público no processo civil, em que a própria Instituição é a tutelada. Com a ampliação de sua presença no processo e também por sua atividade extrajudicial, o Ministério Público despertou reações de variada ordem e, dentre elas, vê-se a proliferação de ações ajuizadas diretamente contra a pessoa de membro da Instituição, em que a causa de pedir e/ou o pedido contém aspectos ligados à atuação funcional. Diante desse quadro, surge a necessidade de o Ministério Público cuidar da defesa de sua posição jurídica e a intervenção como assistente simples é a expressão de uma das possibilidades de se preservar o interesse institucional.⁵

O interesse pelo tema surgiu em razão de, recentemente, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Procurador-Geral de Justiça, haver requerido seu ingresso como assistente em processos instaurados em face de Promotores de Justiça, que passaram a ocupar a posição de réus em razão da atuação funcional⁶. Posteriormente, o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul aprovou parecer de sua assessoria que, com base nos fatos ocorridos no Rio de Janeiro, admitiu, em tese, a possibilidade de a Instituição ingressar como assistente simples em processo instaurado contra Promotor de Justiça⁷. Por fim, a nova Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 81, § 2º, prevê expressamente essa possibilidade, dispondo que “[...] o Ministério Público, representado pelo Procurador-Geral de Justiça, poderá habilitar-se como assistente em ação civil ajuizada em face de membro do

Promotores de Justiça durante todo o texto é plenamente aplicável a qualquer integrante da Instituição, no exercício de suas funções.

⁴ Essa advertência deveria ser desnecessária, mas, lamentavelmente, no único julgado que conhecemos sobre o tema, houve esse desvio de perspectiva, como veremos oportunamente.

⁵ Não estamos conferindo ao debate um enfoque maniqueísta ou corporativista, já que não se nega a possibilidade de atuação abusiva de determinado membro do Ministério Público, como de resto não se pode negar a possibilidade de abuso de qualquer profissional exercendo qualquer função. Contudo, também não se pode negar que o Ministério Público vem provocando reações mesmo quando atua na estrita observância de suas funções. O processo contra a pessoa dos Promotores de Justiça como meio de atingir a Instituição é uma realidade, surgindo, assim, o expediente técnico da intervenção em processos desse jaez, em razão do inegável prejuízo jurídico que pode daí resultar. Exatamente por ser da natureza do instituto da assistência a voluntariedade da intervenção, na hipótese de efetivamente ter sido abusiva a atuação do membro do Ministério Público, não haverá tal intervenção, até porque inexistirá interesse institucional na hipótese ou haverá desistência da intervenção porventura já iniciada.

⁶ O parecer da assessoria, favorável à intervenção nos referidos processos, de autoria do Promotor de Justiça Emerson Garcia, está publicado na Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 16.

⁷ Expediente administrativo nº 10845-09.00/02-0, da Procuradora de Justiça Isabel Dias Almeida, aprovado em 26/12/2002 pelo Procurador-Geral de Justiça Cláudio Barros Silva, com a ratificação desse posicionamento no expediente administrativo nº 10845-09.00/02-0, de 20/03/2003.

Ministério Público em virtude de ato praticado no exercício das suas funções”.⁸

Verificaremos, no decorrer do trabalho, se o Ministério Público, afinal, possui interesse jurídico que lhe autorize ingressar em um processo em que figure um de seus membros como parte, por ato decorrente do exercício de sua função. Procuraremos, portanto, responder à seguinte indagação: *ajuizada uma ação em face de um membro do Ministério Público, em razão de seu exercício funcional, há interesse jurídico que autorize a intervenção da Instituição como assistente simples?* Também trataremos da hipótese em que o Ministério Público intervém em processo em que esteja sendo debatida questão institucional, como ações diretas de inconstitucionalidade e mandados de segurança.

Percebe-se, portanto, que o assunto a ser tratado neste trabalho decorre diretamente da maior visibilidade que a Instituição adquiriu em razão do exercício das atribuições que lhe foram outorgadas pela Constituição, ampliando sua atuação processual e extraprocessual, como destacamos no primeiro parágrafo deste texto. Exatamente para preservar sua destinação constitucional, seja para se defender de quaisquer tentativas de amesquinhação da Instituição, seja para identificar e punir eventual membro que se valha de seu cargo para fins anormais, é que nos parece que os processos instaurados contra Promotores ou Procuradores merecem maior atenção institucional, surgindo o instituto da intervenção de terceiros como um importante instrumento para que o Ministério Público participe ativamente de questões que, transcendendo a figura pessoal de seu membro, potencialmente atingem toda a Instituição.

O tema de que cuidaremos não é imune a polêmicas⁹ e isso é até um incentivo para nossa pesquisa, que pretende, dentro de suas naturais limitações, fomentar um debate sobre o assunto que, se não é exatamente inédito, é um novo enfoque sobre a própria figura da assistência e sobre a atuação do Ministério Público no processo.

2. Assistência Simples: generalidades

Considerada como a mais típica figura de intervenção de terceiros, em que pese a opção topográfica do Código de Processo Civil, a assistência simples pode ser conceituada como a

[...] espécie de intervenção voluntária no processo, em que o terceiro até então fora da causa pendente, mas não completamente estranho à relação processual instaurada,

⁸ Trata-se da Lei Complementar estadual nº 106, de 03/01/2003. Evidentemente, tal lei não pode veicular matéria processual e este dispositivo deve ser lido apenas como fixação de atribuição do Procurador-Geral de Justiça. Para os fins de nosso trabalho, essa previsão legislativa reforça a atualidade e a importância do tema.

⁹ Como afirmou Bueno (2003) em seu recém-publicado trabalho, as polêmicas acerca da intervenção de terceiros residem no próprio tema, estando *in re ipsa*. González (1996, p. 271), por sua vez, assim se pronuncia: “[...] la intervención de los terceros en el proceso es uno de los temas más preocupantes de la doctrina, sin existir unidad de criterio entre quienes han abordado su estudio [...] esas dificultades se ven acrecentadas por la falta de una doctrina orientadora y hasta por cierta prevención para admitir al tercero, considerado como un elemento perturbador en el proceso”.

intervém no processo, tendo em vista seu interesse jurídico em que a sentença seja prolatada favorecendo à parte a quem assiste, isto é, com a finalidade de auxiliar que o assistido obtenha na demanda um resultado satisfatório, vitorioso. (MAURÍCIO, 1983, p. 23).

A assistência simples, portanto, é a forma de intervenção facultativa e voluntária de terceiro em processo pendente, para auxiliar uma das partes, em razão de o assistente poder, atual ou potencialmente, ter sua situação jurídica atingida desfavoravelmente.

Na síntese de Reis (1982, p. 466), a intervenção do assistente é espontânea e seu propósito é o de auxiliar uma das partes em causa pendente, devendo ter interesse jurídico em que a decisão do processo seja favorável à parte que se propõe ajudar.

Além de requisitos genéricos para o ingresso de terceiro em um processo, a legislação processual condiciona o exercício da assistência ao preenchimento dos seguintes requisitos específicos: causa pendente e interesse jurídico (art. 50, CPC).

Para os fins deste trabalho, interessa o conceito de *interesse jurídico*, já que sempre haverá uma causa pendente. Como não é tarefa livre de turbulências a verificação concreta da existência de interesse jurídico apto a habilitar o ingresso de um assistente, é de todo recomendável que se examinem os conceitos oferecidos pela doutrina brasileira, esperando que as citações doutrinárias que traremos no tópico seguinte não sejam excessivas a ponto de tornarem pesado o trabalho ou até deformarem-no, para lembrarmos a advertência de Cernelutti (apud BORGES, 1996, p. 16) “Um dos frutos mais comuns desse prejuízo é a mania de citação, as quais não só tornam pesados os nossos trabalhos senão também os deformam”.

3. Conceito de Interesse Jurídico: breve esboço doutrinário

O conceito de interesse jurídico é o ponto mais tormentoso e controvertido no estudo da assistência (MAURÍCIO, 1983, p. 49), limitando-se o Código de Processo Civil, em seu artigo 50, a dispor que poderá intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas¹⁰.

Iniciaremos este esboço doutrinário pelos conceitos que se nos afiguram mais completos,

¹⁰ A título de ilustração, seguem alguns dispositivos que cuidam do interesse na assistência, nos respectivos códigos de outros países: *Argentina*: “Art. 90. Podrá intervenir en un juicio pendiente en calidad de parte, cualquiera fuere la etapa o la instancia en que éste se encontrare, quien: (1) Acredite sumariamente que la sentencia pudiere afectar su interés propio.[...]”;

Peru: “Art. 97. Quien tenga con una de las partes una relación jurídica substancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella. Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia. El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.” “Art. 101. Los terceros deben invocar interés legítimo. [...]”;

Chile: “Art. 23. Los que, sin ser partes directas en el juicio, tengan interés actual en sus resultados, podrán en

que são os fornecidos por Wambier e Alvim. Segundo eles (1978, p. 45-46), o interesse será jurídico “[...] se a esfera jurídica do terceiro puder ser atingida de fato, isto é, pelos fundamentos de fato e de direito da sentença ou pela própria decisão, de forma indireta, tenha ele entrado ou não no processo”. Em trabalho mais recente, Wambier (1996, p. 207) afirma que “[...] só será jurídico o interesse do terceiro, se a decisão judicial da lide, ou seja, do pedido que não foi, nem por ele, nem contra ele, feito, puder vir a afetar relação jurídica sua com o assistido, puder ser atingido por atos executórios afetando sua esfera jurídica, ou, ainda, puder ser alcançada sua esfera jurídica, atual ou potencialmente”, acrescentando que o terceiro será atingido apenas pela eficácia natural da sentença.

Alvim (1977, p. 229) afirma que a esfera jurídica do assistente simples poderá ser afetada de duas formas: 1) se a própria decisão do processo alcançar relação jurídica sua com quem deseja assistir, como uma prejudicial; 2) se a justiça da decisão operar efeitos de fato na esfera jurídica do assistente simples. Esclarece esse autor que, para o interesse do terceiro ser considerado jurídico, “[...] deve, do processo entre outras pessoas, poder resultar influência benéfica ou contrária, prejudicial ou indireta, no conflito de interesses, atual ou potencial, que tem ele com a parte a quem deseja assistir”. Em outra obra, Alvim (2001, p. 120) destaca que o interesse jurídico justificador do ingresso do assistente simples deve ser aferido em função de a sentença poder afetar ou não esse terceiro.

Em interessantíssimo parecer, Alvim (1995, p. 95-106) sustenta que o “[...] mero reflexo prático na posição do assistente é o bastante para justificar o seu ingresso; a isto se reduz o interesse jurídico do assistente”, esclarecendo mais adiante que “[...] recebe, pela lei processual vigente, a qualificação de jurídico o interesse do terceiro se vislumbrado estiver, atual ou potencial, atingimento de fato na sua esfera jurídica” e concluindo que “[...] a tradição do nosso Direito é a mais liberal possível, tangentemente à configuração do interesse do assistente”. Citando Rosenberg, bem demonstra que o conceito de interesse jurídico não pode ser delimitado de maneira formal, estando presente essa classe de interesse, segundo o processualista alemão, “[...] sempre que o interveniente aderente esteja em relação jurídica tal com as partes ou o objeto do processo principal, que uma sentença desfavorável influiria de algum modo, juridicamente e em seu detrimento, em

cualquier estado de él intervenir como coadyuvantes, y tendrán en tal caso los mismos derechos que concede el artículo 16 a cada una de las partes representadas por un procurador común, continuando el juicio en el estado en que se encuentre. Se entenderá que hay interés actual siempre que exista comprometido un derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley autorice especialmente la intervención fuera de estos casos. Si el interés invocado por el tercero es independiente del que corresponde en el juicio a las dos partes, se observará lo dispuesto en el artículo anterior”;

Portugal: “Art. 335º, 2. [...] para que haja interesse jurídico, capaz de legitimar a intervenção, basta que o assistente seja titular de uma relação jurídica cuja consistência prática ou econômica dependa da pretensão do assistido”;

Itália: “Art. 105. Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone (267 s.) per far valere, in confronto di tutte le parti o alcune di esse, un diritto relativo all’oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo. Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi há un proprio interesse (100, 267 s., 344)”;

Alemanha: “§ 66, I. Quien tiene un interés jurídico, en que en un proceso pendiente entre otras personas venza

sua situação de Direito Privado ou Público”¹¹ (ALVIM, 1995, p. 95-106).

Santos (1995, p. 51) não fornece uma noção tão completa, mas é correto em sua abordagem, ao afirmar que “[...] o assistente intervém fundado no interesse jurídico, que tem, de que a sentença não seja proferida contra o assistido, porque proferida contra este poderia influir desfavoravelmente na sua situação jurídica”.

Nessa mesma linha, encontramos as seguintes abordagens:

[...] o interesse que legitima a assistência é sempre representado pelos reflexos jurídicos que os resultados do processo possam projetar sobre a esfera de direitos do terceiro. Esses possíveis reflexos ocorrem quando o terceiro se mostra titular de algum direito ou obrigação cuja existência ou inexistência depende do julgamento da causa pendente, ou vice-versa.[...] É de prejudicialidade a relação entre a situação jurídica do terceiro e os direitos e obrigações versados na causa pendente. Ao afirmar ou negar o direito do autor, de algum modo o juiz estará colocando premissas para a afirmação ou negação do direito ou obrigação de terceiro – e daí o interesse deste em ingressar. (DINAMARCO, 2001, p. 384).

Barbi (1994, p. 174) escreve que “[...] o interesse é jurídico quando, entre o direito em litígio e o direito que o credor quer proteger com a vitória daquele, houver uma relação de conexão ou de dependência, de modo que a solução do litígio pode influir, favorável ou desfavoravelmente, sobre a posição jurídica de terceiro”. Para Silva (1998, p. 273), “[...] dá-se intervenção adesiva simples quando terceiro ingressa no processo com a finalidade de auxiliar uma das partes em cuja vitória tenha interesse, uma vez que a sentença contrária à parte coadjuvada prejudicaria um direito seu, de alguma forma ligada ao direito do assistido”. Rodrigues (2003, p. 329) entende que o interesse jurídico exigido para a assistência liga-se ao direito substancial, aferível pela situação de atingimento reflexo e jurídico na esfera do potencial assistente.

Wambier; Almeida; Talamini (1999, p. 253) consideram que o interesse jurídico “[...] nasce da perspectiva de (o assistente) sofrer efeitos reflexos da decisão desfavorável ao assistido, de forma que sua esfera seja afetada”. Greco Filho (1986, p. 74) postula que “[...] a qualidade de jurídico do interesse que legitima a assistência simples decorre da potencialidade de a sentença a ser proferida repercutir, positiva ou negativamente, na esfera jurídica do terceiro”. Bueno (1986, p. 138), em recente trabalho, afirma que o interesse jurídico do assistente simples “[...] deve ser dedutível da probabilidade atual ou iminente de que possa a decisão a ser proferida no processo em que pretende intervir vir a afetar sua esfera jurídica enquanto fato eficaz”. Alberton (1994, p. 27) entende que “[...] o assistente não reclama direito próprio, mas tem interesse pessoal na sorte da pretensão de uma

una delas partes, puede asociarse a esta parte con la intención de apoyarle”.

¹¹ A título de curiosidade, esse conceito de Rosenberg era o que José Frederico Marques utilizava em suas *Instituições*. Também sob o Código de Processo Civil de 1939, merece ser transcrito o entendimento de Costa (1959, p. 419), para quem “[...] o interesse é jurídico quando o assistente seja parte de uma relação jurídica que tenha um laço de conexão com o objeto da causa em cujo processo intervém”.

das partes, ficando sua situação processual dependente da parte coadjuvada”. Ustároz (2004, p. 37) afirma que o “[...] interesse reside na circunstância de que, caso seu assistido saia vitorioso, o assistente afastará parcela ou a totalidade de efeitos reflexos que sentença favorável ao adversário do assistido poderia ter sobre seu patrimônio jurídico”.

Todos esses posicionamentos, embora não sejam plenamente coincidentes, seguem uma linha em comum, já que, basicamente, limitam-se a expressar que o interesse jurídico consiste na possibilidade de o assistente ser atingido desfavoravelmente em sua situação jurídica.

Entretanto, Marques (1974, p. 271) acatou a definição de Costa (1959, p. 419), que entendia que:

[...] sempre que o terceiro seja titular de uma relação jurídica, cuja consistência prática ou econômica dependa da pretensão de uma das partes do processo, ele deve ser admitido a intervir na causa, para atuar no sentido de que a seja favorável à pretensão da parte a que aderiu. Não se trata, evidentemente, de interesse prático ou econômico, que não legitima a intervenção. Deve existir uma relação jurídica, entre o terceiro e a parte, cuja consistência prática ou econômica dependa da pretensão dessa parte na lide, e possa ser afetada pela decisão da causa.

Vê-se, aqui, um conceito restritivo que vamos encontrar em outros doutrinadores e na jurisprudência, que passa a vincular o interesse jurídico a uma necessária relação jurídica entre o terceiro e a parte, o que nos parece equivocado.

Theodoro Júnior (2000, p. 124), por exemplo, expressamente arrola a existência de uma relação jurídica como pressuposto da assistência, ao defender que o interesse do assistente consiste “[...] na preservação ou na obtenção de uma situação jurídica de outrem (a parte) que possa influir positivamente na relação jurídica não-litigiosa existente entre ele, assistente, e a parte assistida”, de modo que são seus pressupostos: “a) existência de relação jurídica entre uma das partes e o terceiro (assistente) e b) possibilidade de vir a sentença a influir na referida relação”.

Merece registro, também, pela influência que seu pensamento exerce ainda hoje no Brasil, o posicionamento de Reis (1982, p. 467), que entendia ser necessário o seguinte, para que restasse configurado o interesse jurídico: a) que derive de relação jurídica em que figure como parte o candidato à assistência; b) que esta relação seja conexa com a relação jurídica litigiosa, devendo tal conexão consistir num laço de prejudicialidade ou dependência.

Parece-nos que, neste particular, assiste razão a Tornaghi (1974, p. 224)¹², quando corretamente afirma que não se exige qualquer relação jurídica entre o assistente e as partes principais do processo, bastando que os efeitos reflexos da sentença tragam prejuízo ou vantagem para o interesse jurídico do assistente.

Nery Júnior (2003, p. 421), do mesmo modo, é preciso ao afirmar que “[...] há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e parte contrária. Não há necessidade de que o terceiro tenha, efetivamente, relação jurídica com o assistido, ainda que isso ocorra na maioria dos casos”.

Marinoni (1990) também afirma que a existência de relação jurídica entre o terceiro e a parte não integra o conceito de interesse jurídico e, para confirmar seu raciocínio, invoca o clássico exemplo do tabelião que ingressa em processo em que se discute a existência de vício em escritura pública, em que se admite a assistência sem que haja relação jurídica.

Nos dois recentes estudos específicos sobre assistência simples, encontramos uma preferência pela casuística, evitando os autores a elaborar um conceito prévio de interesse jurídico. Maurício (1983, p. 59-60) afirma, inicialmente, que não se pode aplicar ao direito brasileiro o mesmo conceito de interesse jurídico fornecido pelo direito português, que acabou por consagrar fórmula de admissibilidade mais ampla, possibilitando a assistência em caso de haver apenas interesse de fato. Segundo o autor:

[...] a circunstância do terceiro que pretende intervir como assistente simples ser titular da relação jurídica com a parte a qual deseja assistir, não quer dizer que, por si só, já esteja configurado interesse jurídico. O que é relevante para caracterizá-lo são os efeitos reflexos emergentes da sentença que, faticamente, poderão repercutir na esfera jurídica do terceiro, mesmo que não haja relação jurídica entre ele e a parte que pretende assistir, pois esta poderá existir e juridicamente não ser atingida pelos efeitos indiretos emanados da sentença proferida entre as partes.

Santos (2001, p. 82) considera um importante parâmetro para a verificação da existência do interesse jurídico o entendimento retirado de julgamento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual se deve partir da hipótese de vitória da parte contrária para indagar se dela adviria prejuízo juridicamente relevante.

Esse breve e exemplificativo panorama doutrinário é suficiente para demonstrarmos a fluidez conceitual de *interesse jurídico*. De todo modo, as posições doutrinárias fornecem relevantes subsídios para a identificação concreta do interesse jurídico. A definição apriorística cabal do que seja interesse jurídico é extremamente difícil, como concluíram estes dois autores por último citados, de modo que em cada caso concreto é que será melhor verificado o conceito (MAURICIO, 1983, p. 72).

Essa dificuldade doutrinária se transfere para a jurisprudência, como fica evidente no seguinte excerto de um acórdão do Supremo Tribunal Federal, em que se procurava diferenciar o interesse jurídico do meramente econômico:

¹² Tornaghi (1974), entretanto, entende que há interesse jurídico na hipótese em que um credor pretende ingressar em processo em face de seu devedor, a fim de ver preservado o patrimônio deste, com o que, acompanhando a doutrina majoritária, não concordamos.

Não há como pôr em linha delimitada, estanque, um e outro: o interesse econômico penetra na vida jurídica assumindo sua legitimidade quando encontra na lei a expressão formal. E o interesse jurídico não é simples fórmula vazia, sem conteúdo, exprimindo muitas vezes, na maioria, um interesse econômico. Dizer até onde se estende um ou onde outro principia é tarefa que os doutos ainda não cumpriram; distinguir o domínio de um ou de outro não conseguiram ainda os estudiosos, oscilando em sentidos diversos, conforme a linha de pensamento, que sustentam, e a própria ideologia, a que servem. (BRASIL apud ALVIM, 1986, p. 124).

É diante desse quadro que tentaremos demonstrar que o interesse institucional pode ser uma forma de expressão do interesse jurídico.

4. O Interesse Institucional como Expressão do Interesse Jurídico

A partir das noções expostas no item anterior, procuraremos traçar as linhas básicas do que entendemos ser *interesse institucional*, a fim de tentarmos demonstrar que tal categoria de interesse pode ser uma forma de expressão do interesse jurídico que seja apto a autorizar o ingresso do Ministério Público como assistente simples em processo instaurado contra um de seus membros, sempre em razão de sua atuação funcional.

Como o Ministério Público possui personalidade judiciária mas não possui personalidade jurídica, temos que examinar em quais hipóteses estaremos diante de temas que, por dizerem respeito diretamente a toda a Instituição e não exclusivamente à pessoa física de seu membro, transcendam a esfera jurídica do agente e recomende o ingresso no processo do próprio Ministério Público, para, auxiliando a parte, evitar um prejuízo institucional.

A situação em que se nos afigura mais evidente a presença de interesse institucional é exatamente a hipótese envolvendo prerrogativas institucionais, direitos e garantias de membros do Ministério Público. Em princípio, portanto, apenas em processos em que se possa vislumbrar prejuízo institucional atual ou potencial dos membros do Ministério Público é que se faria presente o interesse jurídico. Em suma, a esfera jurídica do Ministério Público confunde-se com as prerrogativas, direitos e deveres de seus membros e o interesse institucional é que habilitará a Instituição a ingressar em processo como assistente simples. Tudo aquilo que não disser respeito à esfera pessoal do membro do Ministério Público será interesse institucional, já que o Promotor estará no exercício da função e, portanto, não haverá rigorosamente um agir individual e personalizado que possa ser destacado de seu vínculo funcional. O interesse institucional, portanto, transcende a esfera subjetiva do membro da Instituição, fazendo com que haja interesse do Ministério Público em que a sentença seja favorável a seu membro e, com isso, seja favorável à própria Instituição, que teria sua situação jurídica prejudicada em caso de vitória do adversário no processo.

A partir do momento em que o Ministério Público só se faz presente no processo por meio de um agente no exercício regular das funções, não há como desvinculá-los. O Ministério Público é uno e indivisível, de modo que, ao ser ajuizada uma ação em face

de seu membro em razão de sua atuação funcional, automaticamente surge o interesse em que haja uma sentença favorável a ele, já que sua derrota inevitavelmente atingirá a própria Instituição. É por isso que se diz que o membro do Ministério Público, quando atua, *apresenta*¹³ a Instituição.¹⁴

Essa vinculação entre a Instituição e o seu agente levou Marques (2003, p. 198) a questionar o princípio do promotor natural, nos seguintes termos:

Minha crítica decorre do fato de ver na importantíssima legitimação do Ministério Público um caráter institucional da entidade Ministério Público e não do Promotor isolado. Até porque o Ministério Público, cada um daqueles que exerce sua função em alguma curadoria, quando se manifesta, não fala em nome pessoal, mas como membro do Ministério Público, com um peso institucional muito grande. Isso em alguns casos cria determinados exageros. Por exemplo, na Comarca do interior, o Promotor que se toma em bríos, que entra em rusgas com o Prefeito e transforma sua atividade, a sua função em instrumento de sua sanha pessoal, que põe em comprometimento a própria figura institucional do Ministério Público. Levar adiante essa noção de 'Promotor Natural' implica deixar o caráter institucional no *Parquet*, imputando do promotor uma individualização que a Constituição não prevê.¹⁵

É exatamente essa noção de *caráter institucional* que legitima a intervenção do próprio Ministério Público como assistente simples, a fim de tutelar um interesse institucional.

Tentemos figurar alguns exemplos em que esteja presente o interesse institucional do Ministério Público, por estarem em debate questões que transcendem a esfera subjetiva do membro da Instituição.

Em determinada Comarca, é ajuizada uma ação em face de um Promotor de Justiça para que se abstenha de se pronunciar na imprensa sobre determinados fatos relacionados a processos em andamento, sob pena de multa diária. Nessa hipótese, entendemos que haveria interesse institucional a justificar a intervenção do Ministério Público, por meio do Procurador-Geral de Justiça, em razão de uma decisão que viole a livre manifestação pública (nos limites legais, evidentemente) causar prejuízo atual ou potencial a toda Instituição;

¹³ Miranda (2001, p. 288): "[...] estar presente para dar presença à entidade de que é órgão". Silva (1999, p. 96-97) expressamente aderiu a essa terminologia de Miranda.

¹⁴ "A unidade do Ministério Público não significa que qualquer de seus membros poderá praticar qualquer ato em nome da instituição, mas sim, sendo um só organismo, os seus membros 'apresentam' (não representam) a instituição sempre que atuarem, mas a legalidade de seus atos encontra limites no âmbito da divisão de atribuições e demais garantias e princípios impostos pela lei" (CARNEIRO, 1995, p. 44) e pela Constituição. Aproveitamos a oportunidade para reafirmar que somente o processo que envolver um agente que tenha atuado *regularmente* é que poderá ensejar a assistência da Instituição. A atuação desviante, exatamente por desbordar da atuação institucionalmente desejada, não abre caminho para o ingresso da Instituição no processo.

¹⁵ Em caso de *sanha pessoal*, evidentemente não haverá intervenção do Ministério Público em eventual processo contra o Promotor. Nesse caso, o interesse institucional será exatamente no sentido de punir, inclusive administrativamente, o desvio ocorrido no exercício anormal das funções. Sobre o sentido exato da noção do que se entende por Promotor Natural, é imprescindível a leitura da obra de Carneiro (1995), recentemente reeditada.

Imagine-se, ainda, que um prefeito ajuíze uma ação em face de um membro do Ministério Público alegando que as audiências públicas por ele promovidas, relatórios e recomendações por ele emitidos causam-lhe prejuízos morais e políticos junto à população e, não sendo função do Ministério Público interferir nos rumos da política local, requer que se abstenha de emitir qualquer relatório ou recomendação e a promover audiências públicas que se refiram à administração municipal, sob pena de pagamento de multa diária. Também aqui nos parece evidente a presença de interesse institucional, por se tratar de uma legítima atribuição do Ministério Público a promoção de audiência pública e a expedição de relatórios e recomendações;

Outra situação que revela a presença inequívoca de interesse jurídico institucional é a impetração de mandado de segurança por violação de direito líquido e certo de um membro do Ministério Público relacionado com exercício de suas funções. Em hipóteses desse jaez, a violação sempre será de um direito ou prerrogativa funcional, o que transcenderá a esfera subjetiva e pessoal do agente, habilitando a instituição a intervir no processo. São os seguintes os exemplos que podem ser formulados: desrespeito ao poder de requisição do Ministério Público; recusa de determinado juiz a intimar pessoalmente o Promotor de Justiça por meio de entrega dos autos com vista; impedir o acesso do Promotor de Justiça a determinadas dependências do fórum ou de qualquer outro órgão público. Em qualquer dessas hipóteses, a impetração de mandado de segurança pelo membro do Ministério Público habilita a intervenção da própria Instituição no processo. É certo que o membro do Ministério Público impetrará o mandado de segurança em nome da própria Instituição (como seu *presentante*) e não em nome próprio, mas, em razão do interesse institucional, entendemos ser importante permitir a participação no processo do Procurador-Geral de Justiça, na condição de assistente.¹⁶ Também é possível haver assistência no caso de o membro do Ministério Público ser apontado como autoridade coatora em mandado de segurança, desde que esteja envolvida alguma questão institucional.

No que se refere especificamente ao mandado de segurança, sabe-se que não é pacífica a possibilidade de haver intervenção de assistente simples¹⁷, talvez pelo antigo costume de considerá-lo um *monstrum* isolado do sistema processual, para nos valermos da precisa lição de Moreira (1997, p. 212):

Antes de mais nada, convém reiterar asserto que há muito vimos pondo como premissa de qualquer argumentação em torno de problemas do mandado de segurança: esse instituto não é um *monstrum* sem parentesco algum com o resto do universo, uma singular esquisitice legislativa, uma peça exótica, uma curiosidade a ser exibida em vitrine ou em jaula para assombro dos passantes; é uma ação, uma espécie do gênero bem conhecido e familiar, cujas peculiaridades, sem dúvida dignas de nota, não a

¹⁶ Como veremos logo adiante, há construção teórica que aproxima tal hipótese da figura do *amicus curiae*.

¹⁷ A jurisprudência não é pacífica sobre o tema, como se vê na seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça, que bem demonstra a dimensão da controvérsia: “Processual civil. Mandado de Segurança. Assistência. 1.

desligam do convívio das outras espécies, não a retiram do contexto normal do ordenamento jurídico, não a condenam em degredo em ilha deserta. À semelhança do que acontece com as figuras congêneres, o mandado de segurança está contido no âmbito normativo do processo civil e submete-se aos respectivos princípios e normas, sem prejuízo da regulamentação especial constante das leis que a ele especificamente dizem respeito.¹⁸

Carneiro (2003, p. 195), que sempre entendeu possível a assistência em mandado de segurança, defende, em seu mais novo trabalho sobre o tema, que:

[...] embora forte corrente jurisprudencial ainda considere incabível qualquer modalidade de intervenção de terceiro na Ação de Mandado de Segurança, as mais ponderáveis razões jurídicas e pragmáticas indicam, neste momento em que o Direito busca a eficiência no processo, capacitando-o à justa resolução da lide com base em um contraditório amplo, a necessidade de abandonar a orientação restritiva e, assim, permitir que o terceiro interessado, máxime um Sindicato, possa intervir no processo do *mandamus*, quer como assistente litisconsorcial, quer em assistência simples, quer, quiçá, se a demanda versar matéria de interesse público, na qualidade de *amicus curiae*.¹⁹

Uma outra hipótese em que está presente o interesse jurídico é na ação de controle de constitucionalidade de dispositivo de lei orgânica institucional ou qualquer outra lei que afete de algum modo a Instituição. Nesse caso, embora não caiba intervenção de terceiros, pode o Ministério Público figurar como *amicus curiae* (art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99)²⁰.

Anote-se que o próprio Supremo Tribunal Federal vem admitindo a intervenção do Ministério Público como *amicus curiae* em ações diretas em que se veicule matéria de interesse institucional (o que não se confunde com o disposto no art. 482, § 1º, CPC, em que temos a clássica figura do *custos legis*²¹):

Tendo em vista a douta manifestação do eminente Procurador-Geral da República (fls. 42/44), no sentido do reconhecimento da legitimidade da intervenção do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nesta causa, na condição de *amicus curiae*,

A assistência não cabe em mandado de segurança, por: a) o art. 19 da Lei 1.533, referir-se, exclusivamente, à admissão de litisconsórcio; b) o CPC, em face das dicções dos arts. 19 e 20, da Lei 1533, não é supletivo da lei que regula o procedimento do mandado de segurança; c) a lei prevê procedimento específico para o mandado de segurança, não cabendo ao intérprete ampliá-lo; d) a admissão de assistência em mandado de segurança cria obstáculo para a consecução da celeridade imposta para o seu curso. 2. Precedentes jurisprudenciais pela não admissão: [...]. Posição contrária de Sérgio Ferraz, Alfredo Buzaid e Hely Lopes, além dos precedentes seguintes: [...]” (BRASIL, 2001a).

¹⁸ No mesmo volume, há outro trabalho primoroso sobre o tema: *Mandado de segurança – uma apresentação*. Há mais de trinta anos, Moreira (1971) já se valia de sua corretíssima premissa.

¹⁹ Se acompanhássemos integralmente a lição de Carneiro (2003), o Ministério Público atuaria no mandado de segurança em que se debate questão institucional mais propriamente na condição de *amicus curiae*, tendo em vista o interesse público presente na questão. Entendemos, porém, que se trata mesmo de assistência, em razão do imediato interesse institucional e, portanto, jurídico, existente na causa.

e considerando, ainda, o que dispõe o art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99, defiro o pedido formulado a fls. 39/40, admitindo, em consequência, como colaborador informal da Corte [...] No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros - desde que investidos de representatividade adequada - possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. - A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional. Em consequência da presente decisão, inclua-se, na autuação, como interessado (*amicus curiae*), o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (fls. 39/40), anotando-se, ainda, o nome de seu ilustre representante. (BRASIL, 2002).²²

Vê-se, pois, que a existência de interesse institucional foi reconhecida expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, o que corrobora nossa tese da possibilidade de o próprio Ministério Público se fazer presente em processo em que se discutam questões institucionais, mesmo que se trate de processo individual.

O Superior Tribunal de Justiça também já admitiu a defesa direta pelo Ministério Público de interesse institucional, ao julgar mandado de segurança impetrado pela Instituição, por meio de seu Procurador-Geral de Justiça, em que se discutia o poder de requisição de

²⁰ A natureza da atuação do *amicus curiae*, no direito brasileiro, é controvertida. Didier Júnior (2003, p. 77), por exemplo, entende que se trata de um auxiliar do juízo em questões técnico-jurídicas, não podendo ser equiparado com uma intervenção de terceiro, pois “[...] seria o mesmo que se comparar a intervenção de um perito com a de um assistente”. Sobre o tema, conferir, ainda, os seguintes trabalhos: Maciel (2002) e Pereira (2003). Prá (2003, p. 28) entende que se trata de uma forma especial de intervenção de terceiro. O Supremo Tribunal Federal assim vem se manifestando sobre a atividade do *amicus curiae*: “[...] cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade. A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal de terceiros no processo de controle normativo abstrato [...]. No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional” (BRASIL, 2001b).

²¹ Como afirma Prá (2003, p. 22), “[...] nada impede, entretanto, que havendo já a necessária intervenção do Ministério Público como *custos legis*, outro órgão do Ministério Público, seja de grau hierarquicamente inferior ou mesmo de diferente atribuição territorial (não se trata de divisão de competência, mas mera divisão administrativa) pretenda intervir como *amicus curiae* para prestar informações em auxílio da melhor solução”.

informações e de documentos.²³

Ainda sobre a existência de interesse institucional como forma de interesse jurídico, temos a moderna abordagem de Santos (2001, p. 79), que identificou “[...] o reconhecimento de outras situações não previstas pela doutrina clássica, mas que denotam a existência de algum interesse jurídico – consequentemente de um bem jurídico – a ser tutelado, sem que contudo haja relação direta com a lide posta em juízo ou relação direta com o adversário do assistido, vem sendo admitida pela jurisprudência”. Em outra passagem de sua dissertação, afirma Santos (2001, p. 82) que:

[...] por vezes, o interesse restará caracterizado a partir de uma necessidade de uma entidade de classe em velar pelas prerrogativas ou pelo cumprimento de normas atinentes ao exercício profissional. Assim, já se admitiu a intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil, para o fim de ingressar em processo na qualidade de assistente simples de advogados demandados por atos praticados no exercício da profissão, tratando-se na espécie de indenização por dano moral.²⁴

Note-se, por fim, para que fique completa a caracterização da possibilidade de o Ministério Público ser assistente, que, mesmo que para nós não seja da essência do instituto da assistência simples a existência de relação jurídica entre assistente e assistido, como já ressaltamos, sempre estará presente a relação funcional entre a Instituição e seu membro.

Nesses casos em que a causa de pedir e o pedido veiculados em ação em face de membro do Ministério Público se refiram diretamente a questões institucionais, ou seja, prerrogativas e direitos de todos os integrantes, a causa sempre transcenderá a pessoa física da parte para atingir toda a Instituição a que pertence, de modo que nos parece que a possibilidade de intervenção será automática, decorrendo do simples ajuizamento da ação. Em suma, nas hipóteses em que questões institucionais forem diretamente tratadas no processo, o interesse jurídico será automático, estando *in re ipsa* e autorizando sua intervenção como assistente²⁵.

5. Interesse Institucional e Responsabilidade Civil Direta do Membro do Ministério Público

A possibilidade de intervenção do Ministério Público nos casos de responsabilidade civil imputada pessoal e diretamente a seu membro em razão de sua atuação funcional merece uma análise separada ao menos por três motivos: a) é o tipo de ação mais comum em face

²² Também admitindo o ingresso do Ministério Público do Rio de Janeiro na condição de *amicus curiae*, confira-se (BRASIL, 2003).

²³ Mandado de Segurança nº 970058928-5. Decisão unânime favorável ao pleito do Ministério Público (BRASIL, 1997). O Procurador-Geral de Justiça Luiz Antônio Marrey fez uso de sustentação oral. A íntegra do acórdão foi publicada na Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 9.

²⁴ Sobre a intervenção da OAB, há que se ter em mente o disposto no art. 49, parágrafo único, da Lei 8.906/94, de que trataremos oportunamente.

dos membros da Instituição; b) existência de peculiaridades que aparentemente dificultam o reconhecimento do interesse institucional; c) a análise do interesse jurídico deverá ser feita caso a caso, não decorrendo automaticamente.

Inicialmente, merece ser registrado que está longe de ser pacífico o tema da responsabilização direta do Juiz ou do membro do Ministério Público.²⁶ No estudo que realizou sobre a responsabilidade por atos do Ministério Público, por exemplo, Ponde (1995) só forneceu hipóteses de responsabilidade direta do Estado.²⁷

O Código de Processo Civil, em seus artigos 85 e 133, prevê a responsabilidade civil do órgão do Ministério Público e do Juiz, havendo divergência quanto à possibilidade de responsabilização direta dos agentes públicos.²⁸

O Supremo Tribunal Federal, no mais recente julgamento sobre o tema de que temos notícia, entendeu que não é possível ajuizar a ação diretamente contra o agente público nesta hipótese. Confira-se a ementa do julgado:

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (BRASIL, 2002b).²⁹

²⁵ Intervindo o Ministério Público como assistente, no que se refere a eventuais despesas processuais, o art. 32 do Código de Processo Civil deverá ser aplicado em consonância com o que dispõe o art. 27 do mesmo Código.

²⁶ A redação final na Câmara dos Deputados da denominada “reforma do judiciário” (PEC nº 96/02) estabeleceu, no art. 95, § 3º da Constituição, unicamente a responsabilidade direta do Estado por ato do juiz, cabendo ação regressiva em caso de dolo, vedando-se, pois, a responsabilização direta do agente, o que se aplicará também ao Ministério Público. A título de ilustração, também é esta a disciplina em Portugal (art. 77 da Lei Orgânica da Magistratura e do Ministério Público, Lei nº 60, de 28/08/98). Merece registro, até para que não seja esquecida a tentativa de intimidação oficial do Ministério Público, o dispositivo da Medida Provisória 2.088/35 de 2000, que acrescentou um parágrafo 11 no artigo 17 da Lei 8.429/92, que previa a condenação pessoal do agente ao pagamento de multa em caso de “imputação manifestamente improcedente”, não tendo havido reedição desta regra. Sobre essas interferências oficiais no processo coletivo, confirmam-se as seguintes obras: Almeida (2003); Bueno (2003). Sobre a responsabilidade direta do Juiz e, conseqüentemente, do Promotor de Justiça, confirmam-se as obras: Cappelletti (1989); Laspro (2000).

²⁷ Ressalte-se que o eminente Professor não afirma a possibilidade ou impossibilidade de haver responsabilidade direta; apenas não registra nenhuma hipótese.

²⁸ Nery Júnior (2003, p. 469), por exemplo, ao comentar o art. 85, afirma que a responsabilidade direta é do

Entretanto, o fato é que em todo o país há diversas ações de responsabilidade civil ajuizadas contra membros do Ministério Público, em razão de suas atividades funcionais, o que faz com que tenha que se trabalhar com a possibilidade de intervenção da Instituição em tais hipóteses, já que os processos estão recebendo seguimento.

A dificuldade que surge para caracterizar o interesse institucional nestes casos é exatamente a natureza desta ação de responsabilidade civil, que exige que se descreva um comportamento ilícito individualizado do membro do Ministério Público, imputando-se-lhe um agir doloso ou fraudulento (art. 85, CPC).³⁰

Vê-se, pois, que nenhuma questão institucional, em princípio, será diretamente afetada em uma ação indenizatória e, além disso, a denominada ‘justiça da decisão’ aparentemente em nada influirá na esfera jurídica do Ministério Público e não afetará nenhuma situação em processo posterior. A ‘justiça da decisão’ nada mais é do que a fundamentação da sentença, já que na assistência a imutabilidade “[...] não vai alcançar a parte dispositiva, e sim os motivos, a apreciação dos fatos que levaram à sentença na causa em que houve assistência” (BARBI, 1994, p. 182). Na hipótese de ação de responsabilidade civil, a fundamentação da sentença cuidará apenas da análise da atuação subjetiva específica de um Promotor de Justiça, não havendo um exame direto de questões institucionais.

Além disso, por não possuir personalidade jurídica, não é simples a verificação de como a esfera jurídica do Ministério Público poderá ser afetada por um processo individual de responsabilidade civil. No mais das vezes, a esfera jurídica do Estado é que será afetada pelos atos do Ministério Público ou de qualquer outro agente público, embora já tenha havido decisão vinculando o pagamento de verbas de sucumbência ao orçamento da Instituição.³¹

Diante desse quadro, repita-se, afigura-se mais difícil a caracterização do interesse institucional, o que faz com que se recomende uma mudança de enfoque no instituto da assistência. Realmente, se nos ativermos apenas aos efeitos naturais da sentença e sua relação com o assistente, dificilmente veremos possibilidade de o Ministério Público intervir no processo nessa condição.

poder público, cabendo posterior direito de regresso; ao comentar o art. 133, entretanto, entende ser possível ajuizar a ação reparatória em face do poder público ou diretamente em face do magistrado. Moreira (2003, p. 23) defende que “[...] à semelhança do dolo, da fraude e da omissão ou do retardamento injustificável, previsto no art. 133, também o erro grosseiro na condução do feito deveria acarretar a responsabilidade do juiz pelas perdas e danos causados à parte”.

²⁹ Apesar de o julgado referir-se à responsabilidade por ato do Juiz, aplica-se integralmente à hipótese de responsabilidade por ato de membro do Ministério Público.

³⁰ Note-se que invariavelmente as iniciais não descrevem um agir doloso ou fraudulento, limitando-se a tecer considerações sobre supostos prejuízos sofridos pelo autor em razão de uma ação em tese temerária. Tal fato deveria ensejar ou indeferimento da inicial por falta de interesse processual ou sua inépcia pela impossibilidade jurídica do pedido (ou impossibilidade jurídica da demanda, já que a causa de pedir é que é impossível, para nos valeremos da lição de Dinamarco (2001, p. 298). Vale conferir a abordagem crítica sobre as denominadas condições da ação realizada por Didier Júnior (2000). No entanto, as ações vêm sendo admitidas, sem que haja um rigoroso exame de seus termos.

Entretanto, a questão deve ser resolvida pela óptica do interesse institucional de evitar que processos aparentemente apenas individuais acabem por prejudicar toda uma Instituição, já que ninguém duvida que a possibilidade de condenação de um membro do Ministério Público por ato cometido no regular exercício de suas funções acabe por criar uma situação desfavorável mais ampla, que transcenda a esfera individual e atinja indistintamente, como fato, todos os membros e, conseqüentemente, a própria Instituição.

Com efeito, ao ser ajuizada uma ação responsabilizando um membro da Instituição por atos decorrentes de sua atuação funcional, o próprio Ministério Público é que estará sendo indiretamente responsabilizado, havendo interesse institucional em auxiliar seu agente, a fim de resguardar a própria Instituição, que poderá sofrer prejuízo jurídico no caso de uma condenação. O prejuízo jurídico na hipótese decorre, além da própria posição ocupada pelo Ministério Público em um Estado democrático de direito, que exige uma postura preocupada com a qualidade do agir de seus membros, da possibilidade de a independência funcional de seus membros ser ameaçada. O Ministério Público tem que estar imune a quaisquer ameaças – externas e internas – a sua independência funcional, sob pena de se tornar uma Instituição atrofiada e meramente decorativa. A independência funcional é o que assegura a atuação digna do Ministério Público e o modo de neutralizá-lo passa necessariamente por arranhar esse fundamental princípio institucional. O simples risco de a independência funcional ser ameaçada é suficiente para caracterizar o interesse institucional que autoriza o ingresso do Ministério Público no processo.

Não se pode negar com seriedade que interessa a muitos um Ministério Público acusado, com medo de agir³². O ajuizamento de ações contra Promotores e Procuradores que exercem regularmente suas funções é, indubitavelmente, um dos meios que réus em ações coletivas ou investigados em inquéritos civis têm utilizado para tentar intimidar o agente que atua de modo independente. Está se configurando uma situação lamentável: o processo está sendo utilizado como instrumento de intimidação do Ministério Público. Diante desse quadro, o interesse institucional de participar desses processos auxiliando seu membro é inegável. Garcia (2004, p. 446) trata com propriedade da questão, valendo transcrever excertos de sua recente obra:

Ante o teor dessa constatação, certamente será oposta a objeção de que a pretensão deduzida na ação de reparação de danos tem natureza patrimonial, em nada afetando o Ministério Público. Não obstante a engenhosidade do argumento, nele não se divisa um verdadeiro obstáculo, mas tão-somente um percalço facilmente transposto. Justifica-se a assertiva, pois o pedido não é o único elemento de uma ação, a ele devendo ser acrescidas as partes e a causa de pedir, o que torna despidiendas maiores

³¹ No Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça condenou o Ministério Público ao pagamento das verbas de sucumbência em ação coletiva, esclarecendo que o Estado seria responsável pelo pagamento das despesas, em razão da ausência de personalidade jurídica da Instituição, mas a verba deveria ser descontada do orçamento destinado ao Ministério Público (LENZ, 1996). Vê-se que, a se acolher o raciocínio deste julgado, o Ministério Público poderá ser atingido diretamente por razões orçamentárias mesmo sem possuir personalidade jurídica.

digressões para se constatar que este último elemento está diretamente imbricado com as prerrogativas dos membros do Ministério Público e a própria subsistência da Instituição. O pedido somente haverá de ser julgado procedente em sendo encampada a causa de pedir, e esta se encontra diretamente relacionada à posição do Ministério Público no cenário jurídico, o que é suficiente para demonstrar o interesse jurídico da Instituição em pleitear a sua intervenção no feito como assistente simples.

Frise-se, ainda, que o fato de os motivos da sentença não fazerem coisa julgada (art. 469 do CPC) em nada afeta o que foi dito. Como é do conhecimento de todos, o ordenamento jurídico pátrio encampa a denominada ação declaratória incidental (art. 325 do CPC), o que permite que o autor requeira que o juízo profira sentença incidente sempre que o réu contestar o direito que constitui fundamento do pedido. Possível ação dessa natureza permitiria fosse judicialmente reconhecida a impossibilidade da prática de determinado ato funcional por membro do Ministério Público, o que traria, ante à natureza do precedente, sério comprometimento ao ulterior exercício funcional. Mesmo que a ação declaratória incidental não venha a ser manejada, será inevitável o enfraquecimento da posição jurídica do Ministério Público, pois, não só o agente demandado, como os demais, serão constantemente premidos pelo receio de sofrerem vultosas perdas patrimoniais pelo simples fato de exercerem suas funções. [...]

Na medida em que a Instituição não goze de características existenciais que consubstanciem um ser com individualidade própria, afigura-se evidente que qualquer ato a ser por ela praticado haverá de ser fruto de um elemento volitivo humano, que se originará de um de seus múltiplos agentes. Assim, como já foi dito, punindo-se um agente pelo simples fato de estar exercendo suas atividades laborativas, punida será

³² O Estado de São Paulo (apud ARANTES, 2002, p. 267) atribuiu a seguinte frase à Deputada Zulaiê Cobra, relatora na Câmara da denominada reforma do Judiciário: “O Ministério Público está acabando com as prefeituras, vamos acabar com ele”. O ex-Ministro de Estado Eduardo Jorge Caldas Pereira (apud ROSA, 2003, p. 217), que está processando dois Procuradores da República, vê o Ministério Público como integrante de um *esquadrão da morte moral* e considera que “[...] não pode haver, sob nenhuma hipótese, uma instituição sem controle, como é hoje o Ministério Público no Brasil. Ali não há hierarquia, nem alguém com autoridade para dizer basta, para coibir o abuso. Alguns procuradores formam um grupo que se investiu no direito divino de fazer o bem ou o mal, de punir ou julgar sem o devido processo legal e sem se ater aos parâmetros da lei para definir o que é certo e o que é errado. Avaliam pelos seus preconceitos políticos ou ideológicos. Para sobreviver como instituição respeitada, o Ministério Público terá de ser reformulado. A sociedade brasileira tem que prestar atenção para não cair nisso de novo. Nunca é demais lembrar: os esquadrões da morte surgiram exatamente pelas mãos de policiais que todos achavam bem intencionados, que queriam apenas reprimir o crime”. O então Ministro José Dirceu, o mais importante ministro da época, afirmou o seguinte: “[...] eu quero colocar os pingos nos is nesse negócio do Ministério Público no Brasil. Não vou deixar isso barato não. O Ministério Público vem fazendo violências legais a todo momento e continua” (**O GLOBO**, 23 mar. 2004). Como contraponto, vale transcrever trechos de uma crônica de Luiz Fernando Veríssimo: “O óbvio neste caso é que está em curso um processo de intimidação do Ministério Público, que querem amordaçar de um jeito ou de outro. [...] O Ministério Público está apenas fazendo seu trabalho. Estão se excedendo? Promotores de Justiça com vontade de aparecer são a melhor novidade da República nestes últimos anos. Contrapartida direta da proliferação de corruptos e corruptores com vontade de não aparecer” (**O ESTADO DE SÃO PAULO**, 3 jan. 2001). E ainda o seguinte texto do jornalista Marcos Sá Corrêa: “Será por coincidência que o país discute o controle do Ministério Público na hora em que ele apura, sozinho, o que o PT fazia em Santo André quando morreu Celso Daniel? O Governo se livrou de CPIs. Livrá-lo dos Promotores parece ser o sonho de qualquer ditadura”. (Disponível em: <nominimo.ibest.com.br>).

a própria Instituição, já que os princípios constitucionais da unidade e da indivisibilidade demonstram que qualquer ato praticado pelos agentes do *Parquet*, no estrito e regular exercício de suas funções, deve ser imputado àquele; possível condenação redundará, ainda, em indiscutível enfraquecimento das relações funcionais mantidas entre o Ministério Público e os seus agentes, pois sobre suas cabeças sempre penderá uma ‘espada de Dâmocles’, sujeitando-os a perdas patrimoniais sempre que exerçam suas funções.

Repita-se, uma vez mais, que o mérito da questão longe passa da vida privada do agente ministerial, terminando por se interpenetrar com os objetivos institucionais do próprio Ministério Público, tendo as ações propostas, regra geral, nítido caráter intimidativo. A intervenção do Ministério Público, é importante frisar, não deve buscar, em uma desenfreada manifestação de corporativismo, acobertar ilícitos oriundos do dolo e da fraude. À Instituição compete aferir a conduta de seus membros e, em divisando a licitude no agir, lançar-se à preservação do vínculo funcional, sendo tal obrar legítimo até que, esgotadas todas as vias recursais, termine o Judiciário por encampar a tese contrária. Embasando-se o pleito de intervenção na licitude do agir, deve ser ele acolhido, possibilitando-se à Instituição a apresentação dos argumentos e a produção das provas conducentes a essa conclusão.

Também o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul tratou do tema com precisão³³:

O objetivo é preservar a atuação ministerial, apoiando seus membros a atuar com real independência e autonomia, e não acobertar eventuais excessos cometidos no exercício de suas funções. Em suma: a intervenção não é obrigatória, em qualquer hipótese. É apenas possível, do ponto de vista técnico. [...] Se um membro da Instituição está sendo acionado judicialmente porque atuou com rigor, quiçá atingindo interesses econômicos de terceiros, parece-nos razoável que a Instituição a qual pertence possa auxiliá-lo em sua defesa, não por simpatia pessoal, mas porque, defendendo interesse alheio, isto é, do assistido, o assistente indireta e mediatamente defende o seu próprio interesse – o de ver respeitado o exercício das funções do Ministério Público com a amplitude que lhe foi dada pela Constituição Federal.

Ao mesmo tempo, não se pode negar a possibilidade de efetivamente haver uma atuação abusiva por parte de determinado membro do Ministério Público. Havendo casos em que realmente tenha havido desvio na atuação do Promotor ou Procurador, evidentemente a Instituição não terá nenhum reflexo desfavorável em sua situação jurídica, de modo que não intervirá em hipóteses dessa espécie. A rigor, o próprio Ministério Público terá interesse em apurar devidamente o caso e tomar as medidas administrativas cabíveis, já que o uso do cargo para fins anormais é uma agressão à própria Instituição, mas não estará configurado o interesse institucional nos moldes apresentados no item anterior.

Exatamente pelas peculiaridades das ações de responsabilidade civil é que afirmamos que o interesse institucional não estará presente automaticamente em hipóteses de processos em que se discuta a responsabilidade civil de membro do Ministério Público. Somente na análise do caso concreto é que será possível aferir a presença do interesse que legiti-

ma a intervenção do Ministério Público como assistente. Caso se entenda que a atuação funcional de seu membro foi regular, o Ministério Público poderá intervir no processo para auxiliá-lo; caso vislumbre a existência de dolo ou fraude, não haverá intervenção. Havendo o ingresso do Ministério Público como assistente e, no curso do processo, a instrução revelar que houve atuação irregular de seu membro, simplesmente a Instituição desistirá da assistência, o que pode ser feito em qualquer momento processual. Sobre essa necessidade do exame preliminar da atuação do membro do Ministério Público, assim se manifestou o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, no expediente administrativo já citado:

[...] a análise do cabimento do pedido de intervenção do Ministério Público em processos da espécie há de ser feita à vista do caso concreto, pois não há que se confundir independência funcional e inviolabilidade das manifestações processuais com eventuais excessos praticados pelo agente no exercício da função, incompatíveis com o interesse público que serve de fundamento às garantias institucionais.

Em resumo, haverá interesse institucional e, portanto, interesse jurídico apto a autorizar o ingresso do Ministério Público no processo na condição de terceiro apenas se a atuação funcional de seu membro houver sido regular, porque, nessa situação, poderá ser prejudicado o princípio institucional da independência funcional. Caso se vislumbrem excessos na atuação do Promotor ou Procurador, a Instituição não intervirá, já que o instituto da assistência não se presta a ser mero escudo corporativo.

A assistência do Ministério Público deve ser vista como instrumento de proteção de suas garantias institucionais, não podendo ser confundida com um modo indiscriminado de proteger eventuais ilegalidades de seus membros. A intervenção do Ministério Público como terceiro deve servir apenas para que a Instituição permaneça inabalável na defesa do Estado democrático de direito.

6. O Ministério Público como Assistente Simples: a necessidade de uma nova leitura do instituto da assistência

Certamente, a proposta veiculada neste trabalho causará perplexidade, caso o instituto da assistência seja pensado em seus moldes clássicos, isto é, limitado ao direito individual e, normalmente, patrimonial. Didier Júnior (2003, p. 85), com razão, assinala que toda a construção dogmática acerca dos institutos da intervenção de terceiros pauta-se por idéias criadas na época em que o processo tinha uma concepção puramente individualista, servindo como mecanismo de solução de conflitos individuais, destacando que o fenômeno interventivo diz respeito, sobretudo, ao problema da legitimidade, que sofre inúmeras derivações com o aprimoramento da tutela coletiva.

Nesse sentido, entendemos que deve ser conferido um novo enfoque ao ingresso do terceiro no processo, a partir da concepção constitucional do amplo acesso à justiça e da

³³ Expedientes administrativos citados na nota 7.

necessidade de um debate democrático em processos que na realidade transcendem os direitos das partes envolvidas, de modo que se confira à assistência o máximo de eficácia que a nova realidade jurídica autoriza.³⁴ Estamos vivendo uma época em que não só o direito processual, mas também o direito material vem se modificando e o Ministério Público assume particular posição nessa mudança do direito, especialmente em razão de seu novo perfil constitucional, que possibilitou sua presença do denominado “processo civil de interesse público” (SALLES, 2003).³⁵

No processo civil, estamos sendo convidados a reler princípios e a renunciar a dogmas³⁶ e é o que procuramos fazer neste trabalho. Temos uma nova realidade no Direito Material, especialmente no Direito Público, e no Direito Processual, tanto assim que se fala em um novo ramo – o Direito Processual Coletivo³⁷ –, com amplo destaque ao papel do Ministério Público. Estamos, portanto, diante de uma nova situação, que não pode ser resolvida pela simples aplicação de raciocínios estabelecidos em outra realidade, em uma espécie de interpretação retrospectiva, para nos valermos de mais uma expressão de Moreira.

Um exemplo de como *não* se deve resolver a questão debatida neste trabalho foi fornecido por uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que analisou a questão como se tratasse de hipótese de intervenção como *custos legis* e ainda exigiu que houvesse lei autorizando expressamente eventual intervenção do Ministério Público como assistente, como se não houvesse o Código de Processo Civil e a Constituição.³⁸

O Direito não pode ser interpretado sem que haja uma leitura sistemática³⁹, sob pena de chegarmos a conclusões juridicamente insustentáveis como esta antes mencionada.

Além de o próprio sistema já autorizar a intervenção do Ministério Público como assistente, na medida em que é reconhecida a existência de interesse institucional, é importante lembrar que vem ocorrendo uma abertura legislativa do instituto da assistência, já que o legislador pode dispensar a existência de efetivo interesse jurídico para o ingresso de terceiro no processo.⁴⁰ O artigo 5º da Lei nº 9.469/97 dispensa a demonstração da existência de interesse jurídico por parte das pessoas que enumera e o artigo 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94, autoriza a OAB a ser assistente de um de seus membros em caso de violação de direitos da classe.⁴¹ Essa tendência de abertura, embora realmente sejam discutíveis os critérios adotados, deve ser levada em consideração na moderna interpretação da assistência.

Na realidade, o critério utilizado pelo legislador, ao estabelecer os requisitos para o ingresso de um terceiro em processo pendente, responde a motivos de política judiciária,

³⁴ Sobre este ponto, assim se manifesta Prá (2003, p. 3): “Assim, essa constatação, aliada à garantia constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), parece impor a seguinte conclusão: para aquelas ações que naturalmente dizem respeito a interesses que extrapolam a esfera individual e abrangem interesses de relevância pública ou social (ações para tutela de interesse público ou coletivo *lato sensu*, como, v.g., ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade) deve-se proceder a uma interpretação voltada para a admissibilidade da intervenção de terceiros propriamente dita. [...] Da mesma forma

como bem identificou Armelin (1981, p. 26), que prossegue afirmando que, “[...] a rigor, a regra que deveria presidir a outorga aos terceiros de legitimidade para intervir em processo alheio seria a que estabelecesse um justo equilíbrio entre a lesividade do prejuízo emergente de tal processo para o terceiro e as consequências negativas para as partes da intervenção desse terceiro no processo”.

No caso da intervenção do Ministério Público, a nova realidade jurídica recomenda sua atuação como assistente nas hipóteses que delimitamos, sendo inegável que há um justo equilíbrio entre a extrema lesividade que pode emergir do processo e as consequências de sua intervenção, recomendando-se, pois, a admissibilidade desta intervenção.

7. Conclusão

Todo processo possui uma dimensão de interesse público, não cabendo mais a antiga idéia de que seja mera “coisa das partes”, como se pertencesse somente aos litigantes (MOREIRA, 2003). Certamente essa dimensão de interesse público comporta gradação, mas sem dúvida um processo individual em que se discutam questões institucionais possui carga de interesse público suficiente para autorizar o ingresso de um terceiro, no caso, o próprio Ministério Público que tenha seu interesse institucional em risco.

A maior visibilidade⁴² alcançada pelo Ministério Público, especialmente por meio de ações firmes contra interesses que até então não eram importunados, veio acompanhada de uma forte reação, que encontrou um de seus instrumentos de intimidação nas ações ajuizadas diretamente contra seus membros. Possibilitar a participação da Instituição nes-

que a assistência, a intervenção do *amicus curiae*, admissível em ações de substrato público, demanda uma interpretação que lhe extraia o máximo de sua essência, sob pena de neutralizar uma inovação que declaradamente veio para aperfeiçoar a prestação jurisdicional. Antes, contudo, tratemos de sua origem e estrutura.”

³⁵ Apesar de a atuação penal do Ministério Público ser praticamente a mesma desde o Império, conforme afirmação feita por Ribeiro (2003, p. 1), também nesta área começa a se esboçar uma atuação diferente, principalmente nos casos em que há investigação a cargo de seus membros. Em todo caso, essa mudança ainda é extremamente incipiente e, como era de se esperar, vem encontrando forte resistência, inclusive do Supremo Tribunal Federal..

³⁶ É o que propõe Dinamarco (2003).

³⁷ Trata-se do denso estudo de Almeida (2003).

³⁸ Decisão com base no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, sendo que não há nenhuma jurisprudência dominante ou súmula sobre o tema, o que não deixa de ser curioso (de todo modo, a Câmara confirmou posteriormente a decisão, ao julgar embargos de declaração): “*In casu* a assistência é uma modalidade de intervenção espontânea direcionada aos feitos onde predomina o suporte patrimonial, pendendo causa entre pessoas, daí exsurgindo que não se justifica que um órgão institucional, constitucionalmente incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis possa intervir no feito, mesmo em se tratando o réu de membro do nosso nobre *Parquet*. não tem atribuição o Ministério Público para atuar de qualquer modo no caso enfocado por sua natureza institucional, posto que está legitimado tão somente a atuar como parte ou intervir como custos legis, jamais como assistente simples em pleito de natureza patrimonial, seja qual for o suporte da ação enviada em face de um de seus membros.” (RIO DE JANEIRO, 2002).

³⁹ “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços [...] Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum” (GRAU, 2002, p. 34).

⁴⁰ Didier Júnior (2004).

ses processos é homenagear o próprio interesse público e o próprio Estado Democrático de Direito, já que o que menos se precisa neste país é de um Ministério Público fraco e omissor. O Ministério Público tem que se preservar e a intervenção como assistente é um dos diversos meios legítimos de que dispõe.

Em tempos em que ser processado pelo Ministério Público constitui-se praticamente em ofensa pessoal e a improcedência de um pedido formulado por um Promotor ou Procurador é sinônimo de atuação leviana, como se apenas ao Ministério Público estivesse reservada a teoria concreta da ação, é necessário que a Instituição também cuide de sua própria preservação, especialmente se estiver em risco a fundamental independência funcional. Possibilitar a intervenção do Ministério Público como assistente simples em processo contra seus membros, em razão de legítima atuação funcional, a partir da noção de interesse institucional, é fazer com que o processo sirva às partes, mas também e, sobretudo, à sociedade⁴³, que é a quem, afinal, serve uma Instituição atuante e independente.

8. Bibliografia

ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*. São Paulo: RT, 1994.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Educ, 2002.

ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*. Tese (Doutorado em Direito) – PUC, São Paulo, 1981.

ALVIM, Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Assistência-litisconsórcio: repertório de jurisprudência e doutrina*. São Paulo: RT, 1986.

ALVIM, Arruda. Assistência. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 6, abr./jun. 1977.

_____. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 2.

_____. *Direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995. (Coleção Estudos e Pareceres).

⁴¹ A OAB necessita dessa autorização legislativa por ser uma entidade de classe, não havendo, pois, como demonstrar algo equivalente ao que estamos denominando de *interesse institucional*, já que sempre o advogado estará agindo individualmente e no próprio nome, no que se refere à dimensão de seus atos.

⁴² Segundo Sadek (2000, p. 11), “[...] poucas vezes – se alguma – presenciou-se, em tão curto espaço de tempo, uma instituição sair da obscuridade alçando-se para o centro dos refletores. Quer atuando nos limites de suas atribuições legais, quer promovendo atividades fora do gabinete, os integrantes do Ministério Público vêm marcando presença e, conseqüentemente, provocando reações”.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório do processo judicial*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5370/RJ. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 12 de novembro de 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 5690/DF. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 24 de setembro de 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2130/SC. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 2 de fevereiro de 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2540/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 8 de agosto de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 228977/SP. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 5 de março de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2735/RJ. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 19 de março de 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto. (Coord.). *Processo civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Mandado de Segurança: assistência e *amicus curiae*. *Revista de Direito Processual Civil*, n. 27, jan./mar. 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.

⁴³ “E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade”. (MOREIRA, 1997).

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Pluralidade de partes e intervenção de terceiros*. São Paulo: RT, 1991.

PRÁ, Carlos Gustavo Del. *O amicus curiae e a assistência nas ações coletivas: a ampliação do debate como forma de participação democrática*. Dissertação (Mestrado) – PUC, São Paulo, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*. São Paulo: RT, 2003.

_____. Réquiem para as condições da ação: estudo analítico sobre a existência do instituto. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 351, jul./set. 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. No prelo.

GONZÁLEZ, Atilio Carlos. La legitimación de los terceros en el proceso civil. In: MORELLO, Augusto M. *La legitimación: homenaje al Profesor Doctor Lino Herique Palacio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1986.

LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000.

LENZ, Luiz Alberto Thompson Florez. Da responsabilidade do Ministério Público pela sucumbência na ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, out./dez. 1996.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. *Revista de Processo*, São Paulo, n.106, abr./jun. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o assistente litisconsorcial. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 58, abr./jun. 1990.

MARQUES, Floriano Azevedo. Discrecionalidade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *Processo civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v.1.

MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1983.

MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Tomo 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 5, ago. 2003.

_____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. *Revista de Direito – TJ-RJ*, Rio de Janeiro, n. 56, jul./set. 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae*: intervenção de terceiros. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 109, jan./mar. 2003.

PONDÉ, Lafayette de Azevedo. *Estudos de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. 3. ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. v. 1.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público*: dimensão constitucional e repercussão no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2002.002.17853. Relator: Des. Helena Belc Klausner. Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2005.002.01366. Relator: Des. Paulo Gustavo Horta. Rio de Janeiro, 6 de junho de 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 2.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: _____. (Coord.). *Processo civil de interesse público*. São Paulo: RT, 2003.

SANTOS, João Luís Macedo dos. *Assistência no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – PUC, São Paulo, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999. v. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974. v. 1.

USTÀRROZ, Daniel. *A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da assistência litisconsorcial no código brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 11, jul./dez. 1978.

_____. *Direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996.

AS SITUAÇÕES CONSOLIDADAS

JURACI BARBOSA LIMA

Juiz de Direito aposentado

Professor – Faculdade Independente

do Nordeste – Vitória da Conquista – Bahia

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Princípio da Segurança Jurídica. 3. Da Localização no Mundo Jurídico. 4. Conceito. 5. As Situações Consolidadas e a Teoria do Fato Consumado. 6. A Constitucionalização das Situações Consolidadas. 7. O Campo de Aplicação e o Ministério Público. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. Introdução

A ação do tempo, como bem se sabe, gera efeitos, os mais diversos, sobre todas as coisas, em toda e qualquer esfera, seja da natureza, seja da atividade humana. Não é diferente, nas relações jurídicas. Assim, ainda que certas relações jurídicas tenham surgido e se constituído de forma ilegal, ou só aparentemente legal, não se pode negar que elas acabam, subseqüentemente, ao longo do tempo, por produzirem efeitos jurídicos concretos, que passam a existir no mundo real, não podendo ser ignorados, fazendo exsurgir um momento em que o cientista do Direito terá que se render a eles.

As relações jurídicas são a base dos negócios jurídicos, nascendo do envolvimento de pessoas, bens e interesses, sob a incidência da norma jurídica, que as reconhece, disciplina, legítima e lhes dá vigor. Decorrem, antes de mais nada, de fatos, que recebem a interferência de pessoas e do Direito.

Dentre as variantes possíveis, objetiva o presente artigo tratar do efeito da imutabilidade das relações jurídicas, dado pelas situações consolidadas pelo decurso do tempo, o que se realiza em nome do princípio da segurança jurídica, que abraça a característica natural de que dispõe o tempo, de perpetuar os acontecimentos pretéritos.

O fenômeno jurídico da *teoria das situações consolidadas* será aqui estudado, como sendo uma das vertentes do princípio da segurança jurídica, na busca pelo equilíbrio entre direito e tempo. Ao final, ainda que pretensiosamente, tentar-se-á aqui guindar aquela teoria ao *status* de instituto jurídico autônomo e constitucionalmente protegido como cláusula pétrea.

2. O Princípio da Segurança Jurídica

Acolhido pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o princípio da segurança jurídica age contra o desfazimento de fatos e o afastamento de direitos realizados, incorporados

e acabados, no âmbito de um período de tempo remoto. Essa proteção é importante e é essencial, como elucida Bastos (2002, p.371):

Com efeito, como se sabe ser característica das leis a virtualidade de serem alteradas a qualquer tempo, nada do que se adquiriu no passado poderia nos proporcionar a certeza de que manteríamos no futuro. Até mesmo fatos já inteiramente consumados no passado poderiam vir a adquirir uma carga de efeitos muito diferentes do que aqueles previstos pelas leis em vigor no tempo em que surgiram inicialmente. A condição humana, por falta de segurança jurídica, ficaria insuportável.

À luz do mesmo enfoque, não se poderia deixar de citar Farias (2002, p.1):

O regime democrático pressupõe segurança jurídica, e esta não se coaduna com o afastamento de ato jurídico perfeito e acabado mediante aplicação de lei nova. A paz social embasa-se na confiança mútua e, mais do que isso – em proveito de todos, em prol do bem comum – no respeito a direitos e obrigações estabelecidos, não se mostrando consentâneo com a vida gregária, com o convívio civilizado, ignorar-se o pacto social, a única possibilidade de entendimento. Tampouco condiz com a democracia a modificação das regras norteadoras das relações jurídicas pelo enviesado artil de empolgar-se lei, conferindo-lhe eficácia capaz de suplantar garantias constitucionais, isso a partir de simples interpretação. Em assim não sendo, ter-se-ia o caos, a babel, a unilateralidade das definições, em nada influndo os compromissos assumidos, como se a lei vigente fosse a da selva, e não a de um mundo desenvolvido.

Em homenagem ao princípio da segurança, a ciência jurídica desenvolveu diversos institutos, destinados a promover a imutabilidade e a estabilidade de fatos e direitos consumados, como, no direito nacional: a prescrição; a decadência; o direito adquirido; o ato jurídico perfeito; a coisa julgada; e, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, a teoria dos fatos consumados.

Por estar inserido entre os direitos e garantias constitucionais, o princípio da segurança jurídica deve ser interpretado de forma expansiva, pelo que se concebe que os institutos citados podem receber a companhia de outros, de forma a alargar a margem de alcance daquele princípio. Nessas circunstâncias, pretende-se sugerir a existência de um instituto que, senão rigorosamente novo, tenha a sutileza de atrair a atenção da maior parte dos estudiosos da matéria. Trata-se das *situações consolidadas*.

3. Da Localização no Mundo Jurídico

A primeira dificuldade que se encontra, ao adentrar-se nas águas desse instituto, é tentar localizá-lo no mundo jurídico. De logo, refuta-se a idéia de que as *situações consolidadas* constituam um gênero, do qual decorram institutos da espécie (prescrição, decadência etc.), até contrariando tendências jurisprudenciais e doutrinárias.

Para muitos, as *situações consolidadas* são situações jurídicas nascidas em tempo pretérito, que devem ser protegidas contra as inovações do ordenamento jurídico. Concluir-se-ia

dessa forma, se se utilizasse o termo de forma muito ampla, descaracterizando-o como instituto próprio. Talvez se possa ver, nessa direção, por exemplo, a posição, ainda que não expressa, de Bastos (2002, p. 372):

14.1. Limites da retroação da lei na Constituição.

Tem sido uma constante no nosso direito constitucional a preocupação com a tutela das situações já consolidadas no tempo.

Estas situações jurídicas nascidas no passado coincidiram com as primeiras declarações de direitos do homem, e mais especificamente no Brasil, com a primeira das constituições.

Dito isso, aquele grande mestre passa a tecer considerações sobre o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, indicando que as situações consolidadas seriam o traço comum existente nesses institutos. A expressão *situações consolidadas* também pode ser encontrada na jurisprudência, como um escopo do princípio da segurança jurídica, mas não como instituto dele decorrente. O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, já fez uso da expressão como sinônimo ou gênero de ato jurídico perfeito, como se este tivesse aquela como característica.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – CONVERSÃO PARA PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO – IMPOSSIBILIDADE – Lei nº 9.957/00. Impossibilidade de aplicação imediata aos processos ajuizados sob o rito ordinário. Aparente violação do devido processo legal. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA – PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO – Na fixação do valor da causa cogita-se da formação de ordem processual existente a partir de ato jurídico válido, porque praticado em momento oportuno e de acordo com a Lei vigente, sendo, portanto, em virtude do princípio constitucional do ato jurídico perfeito, eficaz, ainda em que Lei nova se disponha de forma diversa. *A Lei nº 9.957, de 12.02.2000, em que se instituiu o procedimento sumaríssimo para os dissídios individuais cujo valor não exceda quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação, não pode retroagir para atingir situações consolidadas sob a égide de Lei anterior nos processos em tramitação pelo rito ordinário. Em observância ao princípio constitucional do ato jurídico perfeito, a nova ordem somente deve atingir recursos de revista apresentados em causa proposta na vigência da nova Lei e não aqueles que, como no caso, envolvam ajuizamento de ação em data anterior, os quais estão sujeitos ao rito ordinário (ainda que, por ocasião do julgamento do recurso ordinário, esteja vigente a Lei nº 9.957/00). Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (BRASIL, 2004, grifo nosso).*

É nossa modesta sugestão, porém, sinalizar que a expressão *situações consolidadas* parece ser um instituto com vida própria e não mera característica comum entre os demais institutos que decorrem do princípio da segurança jurídica. A característica comum entre todos os institutos decorrentes do princípio da segurança jurídica, então, não seria o fato de que em todos houve uma *situação consolidada*, mas, sim, mais estritamente, *atos e direitos consumados no tempo*. A localização para as *situações consolidadas*, que ora se

quer adotar, como instituto próprio, situar-se-ia mais perto da manifestação do egrégio Superior Tribunal de Justiça, que a elas se referiu, sem fazer menção a qualquer outro instituto, atribuindo-lhe, assim, vida própria:

ADMINISTRATIVO - ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO - TRANSFERÊNCIA – MUDANÇA DE DOMICÍLIO. I- O STJ tem entendido que se deva respeitar as situações já consolidadas pelo decurso do tempo, desaconselhando a desconstituição das mesmas. II- Precedentes. III- Recurso conhecido, mas, improvido. (BRASIL, 1998).

Localizado o tema como instituto próprio, destinado à consecução da segurança jurídica, há que se dar o segundo passo, não menos árduo, que será tentar conceituá-lo.

4. Conceito

Para conceituar o instituto, mister é entender seu conteúdo, os elementos de sua existência. Nas *situações consolidadas*, o primeiro deles é a ação do tempo, que é elemento comum a todos os demais institutos que decorrem do princípio da segurança jurídica. A prescrição e a decadência, v. g., constituem, respectivamente, a perda da pretensão, a de se exigir o cumprimento de uma obrigação ou uma abstenção, e o decaimento do próprio direito potestativo, pelo decurso do tempo.

Quanto aos demais institutos citados, com exceção da teoria do fato consumado, que terá capítulo próprio, o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil deixa transparecer a influência da ação do tempo na característica de cada instituto:

Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

No direito adquirido, a lei nova não se aplica à situação subjetiva constituída sob o império da lei anterior (SILVA, 1996, p. 412), motivo pelo qual a localização da lei no tempo será imprescindível para se dizer sobre sua anterioridade. O mesmo será preciso para saber se esse direito já foi exercido pelo seu titular, à luz da legislação pretérita, quando se estará diante do ato jurídico perfeito. Transcorrido o tempo da interposição do recurso cabível, a decisão judicial se tornar-se-á imutável, momento em que se haverá de falar em coisa julgada.

Nas *situações consolidadas*, o tempo também é elemento imprescindível, o que reforça a

idéia de que elas decorrem do princípio da segurança jurídica, da necessidade de segurança para as relações jurídicas, da necessidade de segurança para os negócios jurídicos, a mais pura essência do Direito Civil. Entretanto, o tempo necessário para que ocorra uma *situação consolidada* é qualificado, sendo imperioso que o fato originário tenha ocorrido em um passado remoto, jamais próximo. Por ser um critério subjetivo, a determinação da quantidade de tempo, que se mostra suficiente para se determinar se uma situação se consolidou ou não se consolidou, dependerá de cada caso concreto.

O segundo elemento é a *legalidade aparente*. Se de legalidade pura e simples se tratasse, de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito se trataria, pois eles se perfazem ao lume de indubitado amparo legal. No Direito, não é raro que um fato putativo – que se encontra unicamente na consciência de um indivíduo – produza efeitos jurídicos. Daí porque se fala, em sede de Direito Penal, da *legítima defesa putativa*, evidenciando situação em que o indivíduo imagina estar sob grave ameaça e dela se defende, pensando estar agindo dentro da lei.

No Direito Administrativo, de igual forma, pode ser citado o conhecido exemplo do servidor público que, após a aposentadoria compulsória, tomado por extremada nostalgia dos longos anos de serviço público, pratica ato administrativo (v. g., emite uma certidão). O administrado que se serviu de tal certidão acredita que aquele servidor ainda possui competência para tanto e, por isso, no caso concreto, o ato administrativo será *aparentemente válido* e poderá ter seus efeitos reconhecidos.

Conhecidos os dois elementos das *situações consolidadas*, arrisca-se uma conceituação, entendendo-as como sendo aquelas situações de fato ou de direito, originárias de um ato que, aos olhos do interessado, é aparentemente válido, as quais, após um considerável espaço de tempo, haverão de ter seus efeitos jurídicos conservados, reconhecidos e validados.

A validação justificar-se-ia, nos casos em que o prejuízo decorrente de um desfazimento de tais situações, por sua invalidade, poderia ser maior do que o prejuízo que derivasse do reconhecimento de sua validade, de modo a causar uma ofensa ainda maior ao princípio da segurança jurídica.

5. As Situações Consolidadas e a Teoria do Fato Consumado

Muito embora possam apresentar semelhanças, as situações consolidadas, não se confundiriam, nesse nosso ver, com a *teoria do fato consumado*, amplamente aceita pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça. Pelo que se extrai das decisões dessa augusta Corte, a *teoria do fato consumado* pressuporia uma *situação ilegal consolidada no tempo*, garantida por força de um ato legal (concessão de uma liminar, por exemplo), para se reconhecer o direito sobre determinada situação.

Noutro norte, as *situações consolidadas* teriam o condão de informar uma *situação apa-*

rentemente legal, consolidada no tempo. A distinção residiria no elemento subjetivo de cada qual das espécies. No fato consumado, o indivíduo sabe que a sua situação é ilegal, tanto é que procurou possuir uma garantia de legalidade temporária, como ocorre no caso da obtenção de uma liminar; ao passo que, *nas situações consolidadas*, o indivíduo acredita, pia e plenamente, que sua situação é absolutamente legal. E, de surpresa, vem uma notícia de que fora ela considerada ilegal. Seria a situação, que costumamos citar, de alguém que, atendendo a um edital, se inscreve num concurso público, tem sua inscrição deferida, a ele se submete, obtém aprovação, por isso se muda de cidade, casa-se, constitui um novo viver e, de repente, não mais que isso, vê-se ao léu, fulminado pela anulação do concurso. E aí? E daí? Em nome da lei, tudo estaria, irremediavelmente, perdido, tudo se reduziria a cinza? Não haveria aí uma situação consolidada, envolvendo fato e direito, que não mais se poderia ou se deveria desfazer, sob pena de cometimento de uma brutal injustiça e da própria negação do Direito em seu fim? O voto do Ministro Bilac Pinto, presta os seguintes esclarecimentos:

Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convaler, – como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, – mas a exigência outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato. (BRASIL, 1977).

Nesse passo, o Ministro Félix Fischer. (BRASIL, 2003) cita o exemplo de aplicação da teoria do fato consumado, no caso do vestibulando que ingressa na faculdade amparado por liminar e o mérito da questão somente é apreciado quando já está por concluir o Curso. Ou no caso do candidato que tem sua inscrição indeferida por insuficiência de idade, presta o concurso por força de liminar, é aprovado, nomeado e empossado no cargo e, após anos no seu exercício, vem ser apreciada aquela questão inicial.

Para aclarar a distinção, poder-se-iam utilizar os mesmos três exemplos. No primeiro, do concurso público, imagine-se que o requisito para a nomeação do servidor fosse um atestado de saúde mental. Se o servidor não o tivesse apresentado, estar-se-ia diante de uma ilegalidade nítida, cicatrizada pela teoria do fato consumado. Se, de outra mão, o servidor apresentasse um atestado de alguém que, como só posteriormente se descobriu, não era médico, mas que antes sempre pareceu ser, tudo aparentemente estaria legal, motivo pelo qual a convalidação se daria pela teoria das *situações consolidadas*.

No segundo exemplo, do estudante matriculado, para que se caracterize uma *situação consolidada*, imagine-se que o aluno fosse aceito pela Universidade, que, somente após sua formatura, se deu conta de que a escola onde ele concluíra o 2º grau ainda não possuía autorização para funcionar naquela época, fato que era desconhecido pelo aluno. Mas se ele sabia do fato e, desde a matrícula, tivesse pleiteado e obtido seu ingresso na instituição de ensino, por força de uma liminar, estar-se-ia diante da *teoria dos fatos consumados*.

Por fim, no último exemplo, do candidato com idade supostamente insuficiente, submetido a concurso e nele aprovado e, a seguir, empossado no cargo, dar-se-ia o caso uma *situação consolidada*, se, após ter tomado posse e completado a maioria, se descobrisse que o registro civil do candidato possuía um vício na data, por falha do Cartório, motivo pelo qual, à época do concurso, ele somente possuísse maioria aparente.

Em tese, pelo que foi exposto, visualiza-se que, se a teoria dos fatos consumados já encontra guarida em nossos tribunais, mais facilmente dever-se-á abrigar a teoria das situações consolidadas, porque escudadas na boa fé e no bom direito, além de evidenciar o risco de grave prejuízo e de inequívoca injustiça.

6. A Constitucionalização das Situações Consolidadas

Voltemos ao artigo 5º da Constituição da República, cujo parágrafo 2º textua: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A abertura da cláusula constitucional é incontestável e é explícita, de modo a permitir, sem medo e sem risco de que se incorra em puro exercício de imaginação, a compreensão de que se possa ali instalar a defendida teoria das situações consolidadas.

De outra parte, o inciso XXXVI do mesmo artigo 5º é expresso: “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Conforme já por muitas vezes foi dito alhures, os direitos e garantias fundamentais não admitem interpretação restritiva. Apesar de não incluídas expressamente as teses das *situações consolidadas* e do *fato consumado* no dispositivo constitucional assinalado, cabe ao cientista e intérprete do Direito fazê-lo, a exemplo da consagração implícita do princípio da proporcionalidade, encontrada, de permeio, no rol exemplificativo contido no artigo 37, também da Constituição.

Leia-se também, pois, subjacentemente, que a lei não prejudicará a *segurança jurídica*, tendo-se como exemplo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, o fato consumado e as situações consolidadas, para que se possa chegar perto da devida amplitude que se deve dar à interpretação dos direitos e garantias individuais. Não se deve olvidar, ainda, que a interpretação ora sugerida implicará a *segurança jurídica potencializada* dos indivíduos, visto que ganhará o posto de cláusula pétrea.

7. O Campo de Aplicação e o Ministério Público

Bem se há de compreender que o campo de aplicação da novel teoria seria por demais entendido, especialmente naquelas áreas de atuação do Ministério Público, enquanto *custos legis*, podendo-se imaginar e citar, só por exemplo, a seara dos registros públicos, com destaque para os assentos imobiliários, geradores de tantas e tantas dúvidas, de tantos

e tantos percalços para a segurança jurídica, que ali mais e mais se impõe, por afetar o direito de propriedade.

Permita-se uma ilustração, de trato pessoal. No exercício da magistratura, já deparei, por vezes inúmeras, com situações desse naipe. Vem-me à recordação uma requisição de uma certidão de nascimento, *verbum ad verbum*, de juízo de outro Estado, para pessoa que lhe apresentara, em processo judicial de seu interesse, documento diverso, contendo o número do seu registro de nascimento, com identificação ainda do Livro e da folha respectivos. Efetuada a devida busca, nada se encontrou em cartório da comarca requisitada, em que exercia a substituição. Prestei as devidas informações, depois de ter constatado que aquele suposto registro fazia parte de um rol de muitos outros, de tempos bem idos, em que o oficial de cartório comparecia a atos de coronelismo eleitoral, para inscrição de novos eleitores, munido, não do livro próprio, mas de um maço de impressos para certidões de nascimento prontamente lavradas e entregues aos interessados, ali, na zona rural. E o registro mesmo não se fazia, nem no tempo real, nem depois.

O interessado, de há muitos anos, construíra sua trajetória a partir de um registro de nascimento apenas de aparência legal, que gerou, obviamente, efeitos e mais efeitos, e necessitava de sua confirmação. Sugeri, então, que, versando hipótese de registro inexistente, à luz da lei, se convalidasse a situação pela esteira do artigo 109 da Lei dos Registros Públicos, mediante suprimimento/restauração, o que ocorreu, fazendo-se um registro, com os elementos da certidão e com a anotação de que assim se houvera procedido, além da observação quanto à numeração fictícia dela constante.

Mas a utilidade do instituto se pode espalhar, muito mais ainda, por um vasto elenco de questões judiciais, v.g., no Direito de Família, com destaque para o casamento; no Direito das Sucessões, com destaque para o complicadíssimo instituto da ausência, em que tem lugar a sucessão provisória, a partilha provisória dos bens do desaparecido; nas incapacidades; e, de modo bem acentuado, no Direito Administrativo, no exame do controle da legalidade dos atos administrativos.

Em muitas e muitas dessas situações, vê-se o Ministério Público convocado a intervir, para opinar como *custos legis* ou mesmo como parte legitimada, influenciando as decisões judiciais esperadas. Seria interessante, em nome da busca da efetividade de justiça, para o cidadão, seu destinatário, que se considerasse essa linha de pensamento, privilegiando-se uma maior segurança jurídica e, por ela, uma maior estabilidade social, em detrimento do tradicional formalismo das regras, muitas vezes de puro laboratório.

8. Conclusão

Extrai-se desta breve exposição do tema a pretensão, ou a sugestão, de se individualizarem as situações consolidadas como um instituto jurídico próprio e autônomo, de nível constitucional, como supedâneo da segurança jurídica porque se acredita que a aplicação da teoria das situações consolidadas somente encontrará viabilidade, através de sua visu-

alização clara, de modo a propiciar aos operadores do Direito mecanismos mínimos para o exame e consideração de sua ocorrência e de sua conveniência.

Colaborando para a consecução da sempre desejada segurança jurídica, a consideração das situações jurídicas consolidadas ganha dimensões importantes, ao passo que ainda privilegia, como se viu, o indivíduo que se pautou na boa-fé, que agiu ou quis agir legalmente, à luz de sua consciência, razão pela qual anda em consonância e alinhamento com o espírito constitucional.

Mais ainda se firma por sua constitucionalização, quando se traz à baila o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, que, de maneira exemplificativa, abraça-se à solidificação, à cicatrização imperiosa das relações jurídicas expostas ao decurso do tempo. É de se aceitar, pois, o acréscimo de interpretações aditivas, expansivas, sempre em prol da maximização dos direitos fundamentais, característica inegável de nosso sistema constitucional democrático vigente, tendo a pessoa humana postada como núcleo e destinatária de todo o sistema.

Por tudo quanto foi dito, arriscou-se o presente trabalho a discorrer sobre esse tema, de aparente carência doutrinária, para gerar proficientes discussões, na certeza de que se quer colaborar com a evolução do Direito.

9. Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editora, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento nº 748002. Relator: Min. Gelson de Azevedo. Brasília, 6 de fevereiro de 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 139868/CE. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 13 de outubro de 1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 6215/DF. Relator: Min. Félix Fisher. Brasília, 3 de fevereiro de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 85179/RJ. Relator: Min. Bilac Pinto. Brasília, 4 de novembro de 1977.

FARIAS, Marco Aurélio Mendes de. A segurança jurídica. *Jornal Síntese*, São Paulo, n.66, p.1, ago. 2002.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

VÍCIOS COMUNS DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA INSTITUÍDA POR DIVERSOS MUNICÍPIOS MINEIROS

ANNA FLAVIA LEHMAN BATTAGLIA

Técnica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Mestre em Direito Tributário – UFMG

SUMÁRIO: 1. A Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública – CCIP na Constituição de 1988 e sua Instituição pelos Municípios Competentes. 2. Ofensa ao Princípio da Legalidade. 3. Inobservância do Princípio da Isonomia. 4. Da Forma de Cálculo da Contribuição. 5. Ausência de Previsão do Destino da Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública. 6. Conclusão. 7. Bibliografia

1. A Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública – CCIP na Constituição de 1988 e sua Instituição pelos Municípios Competentes

A competência para instituição da Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública – CCIP, atribuída aos municípios e ao Distrito Federal, foi instituída pela Emenda Constitucional nº 39, de 19 de dezembro de 2002, que acrescentou o artigo 149-A à Constituição Federal, cujo teor é o seguinte:

Art. 149 – A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observando o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o ‘caput’, na fatura de consumo de energia elétrica.

Desde a edição da mencionada emenda constitucional, milhares de municípios por todo o território nacional vêm editando leis instituidoras da contribuição, nem sempre observando os ditames constitucionais aplicáveis à espécie.

No Estado de Minas Gerais, tem sido observada a adoção de um modelo legal que, sem sombra de dúvidas, ofende a ordem jurídica, mormente no que diz respeito aos princípios constitucionais tributários, entre eles o da isonomia e o da legalidade, a despeito do artigo 149-A haver, expressamente, reforçado a aplicabilidade deste último à nova subespécie tributária.

Entre os municípios mineiros que instituíram a CCIP de forma ofensiva à Lei Maior encontram-se o de Belo Horizonte, Piumhi, Belo Vale, Estrela do Sul, João Pinheiro, entre outros. Nos casos dos municípios citados, abstendo-nos de mencionar outros tantos, a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais ajuizou ação direta de in-

constitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça, tendo sido deferida a medida cautelar pleiteada em algumas delas.

2. Ofensa ao Princípio da Legalidade

Da leitura das leis instituidoras da CCIP em vários dos municípios do Estado de Minas Gerais, que têm adotado, costumeiramente, um mesmo modelo, verifica-se a ofensa flagrante ao princípio da legalidade, assegurado pelo art. 152 da Constituição Estadual e pelo art. 150, I, da Constituição Federal, cuja observância pelas contribuições para o custeio da iluminação pública é determinada expressamente pelo art. 149-A da Magna Carta. Segundo o art. 150, I, da CF/88, “[...] é vedado [...] aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

É assente na doutrina e na jurisprudência pátria que este princípio constitucional assegura a condição para a exigência de qualquer tributo, seja ele imposto, taxa, ou qualquer espécie de contribuições, dentre elas a prevista no art. 149, a, da Constituição Federal, que diz que sejam instituídas ou majoradas apenas através de lei em sentido estrito, isto é, por ato do Poder Legislativo ou a ele equiparado, como é o caso da medida provisória. Isso quer dizer que a definição dos aspectos fundamentais do tributo, quais sejam, pessoal, espacial, temporal, material e quantitativo, deve vir expressa em lei, que, portanto, detém a competência para determinar quem são os sujeitos passivos, seu âmbito territorial e temporal de incidência, seu fato gerador, base de cálculo e alíquota.

Entretanto, não tem sido definido com clareza o aspecto quantitativo do tributo, já que vem sendo adotado cálculo que toma por base o valor da Tarifa de Iluminação Pública vigente, subgrupo B4b, sobre a qual deve ser aplicado determinado percentual variável de acordo com o consumo particular de energia elétrica do contribuinte. Ressalte-se que não se determina, em lei, o valor ou a forma de cálculo da tarifa adotada, restando obscuro tal ponto da legislação instituidora do tributo, ao arrepio do princípio da legalidade. De acordo com o que determina o art. 150, I, da CF/88, somente a lei poderia fixar o montante ou, ao menos, a fórmula de cálculo da *Tarifa de Iluminação Pública vigente Subgrupo B4b*, e, conseqüentemente, o *quantum* do tributo devido pelo contribuinte.

Entretanto, a *Tarifa de Iluminação Pública* em pauta é fixada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, através de Resolução. O aspecto quantitativo do tributo, portanto, teve sua fixação relegada a mero ato do Poder Executivo, e, ainda por cima, do Poder Executivo federal, o que torna ainda mais evidente a inconstitucionalidade das leis sob análise, já que a União não detém a competência para a instituição do tributo, atribuída pela Constituição Federal aos Municípios e ao Distrito Federal.

Ora, o inciso I do artigo 150 da CF/88, referendado expressamente pelo artigo 152 da Constituição Estadual, veda a cobrança de tributo que não seja instituído ou majorado por lei. Admitir-se o contrário é admitir que a administração pública, a seu bel talante, fixe a cada mês ou ano, o montante da contribuição a ser arrecadado. É jogar por terra o

princípio da legalidade, pilar do Estado de direito.

Não se está afirmando aqui que a base de cálculo da contribuição deveria necessariamente ser um valor fixo em reais e não sujeito à atualização monetária, o que acabaria por implicar a edição de uma lei determinando tal montante a cada ano. O que se pretende, ao contrário, é que não seja admitida como base de cálculo uma tarifa fixada por uma agência nacional reguladora e cuja forma de cálculo é, também, determinada pela ANEEL.

Ao determinar que o princípio da legalidade deve reger a atividade do legislador que instituir ou majorar tributos, pretende a Constituição evitar que o contribuinte veja-se sujeito a eventuais arbítrios e abusos por parte dos membros do Poder Executivo que se encontram diretamente envolvidos com as eventuais (e muito frequentes) dificuldades de caixa do governo. No caso presente, há ainda um agravante: o montante do tributo devido, relativo ao fornecimento de energia elétrica, é determinado por ato de uma agência reguladora que se vê envolvida com as dificuldades de caixa das concessionárias do serviço público, pessoas jurídicas de Direito privado.

Caso se admita que o Poder Executivo, através de uma de sua agência reguladora ANEEL fixe a base de cálculo do tributo e os valores que a compõem, encontrar-se-á o contribuinte totalmente desamparado, sujeito ao bel prazer da administração pública, ao arrepio do princípio da legalidade, cuja observância, *in casu*, é assegurada duplamente: pela Constituição da República e pela Constituição Estadual.

3. Inobservância do Princípio da Isonomia

Como se sabe, a contribuição, espécie tributária consagrada na Constituição Federal/88, tem como característica fundamental sua destinação, que deve beneficiar os respectivos contribuintes. Como a beneficiária da iluminação pública é toda a coletividade, revela-se a ofensa pela CCIP ao princípio da isonomia, já que as leis que a tem instituído apontam como contribuintes apenas um seletivo grupo de proprietários, titulares do domínio útil ou possuidores de imóveis. A respeito desta espécie tributária (contribuições especiais), são as lições de Torres, (1986, p. 412):

A contribuição econômica é devida pelo benefício especial auferido pelo contribuinte em virtude da contraprestação de serviço público indivisível oferecida ao grupo social de que participa.

[...]

Como em qualquer outra contribuição, dois elementos são indispensáveis para caracterizar o tributo: a contraprestação estatal em favor do grupo, que pode ser qualquer ato de intervenção no domínio econômico de interesse de certa coletividade que não se confunde com a sociedade global; a vantagem especial obtida pelo contribuinte que sobreexceda o benefício genérico das atividades estatais.

Como se vê, a princípio, a contribuição, para enquadrar-se na espécie tributária que lhe dá nome, deveria ter como característica a contraprestação estatal em favor do grupo, o

que, no caso da CCIP, seria o serviço de iluminação pública, e que esta contraprestação seja qualquer ato de interesse de certa coletividade *que não se confunde com a sociedade global*, sendo que a vantagem desta coletividade seja superior ao benefício *genérico* das atividades estatais.

Ora, no caso da contribuição prevista no art. 149-A da Constituição Federal não há como se afirmar que a contraprestação estatal beneficia certa coletividade de forma mais contundente do que ao restante da coletividade global. De fato, a iluminação pública é um benefício à toda a comunidade local, não havendo um grupo de pessoas que se beneficie mais ou menos deste serviço. A iluminação pública atende aos interesses não só dos moradores ou trabalhadores da localidade onde está sendo fornecida, como também a qualquer transeunte, inclusive aos *forasteiros*. Neste ponto, a contribuição para custeio da iluminação pública se revela como uma contribuição *sui generis*, o que, entretanto, não afasta os princípios e normas básicos que regem a instituição e cobrança das contribuições de forma geral.

Assim, apesar de não representar forma de financiamento de um benefício que se revela de maneira mais aparente a um grupo seletivo da coletividade, beneficiando, ao contrário, a sociedade de forma ampla e geral, isto não quer dizer que a contribuição para custeio da iluminação pública possa se desvincular da característica primordial de sua espécie tributária no sentido de ser cobrada dos contribuintes que se beneficiarão da contraprestação estatal em que se funda. Se ela beneficia a coletividade como um todo, de toda a coletividade deve ser exigida a contribuição em questão.

Entretanto, de acordo com grande parte das leis instituidoras da CCIP no Estado de Minas Gerais, são contribuintes da CCIP apenas os titulares de faturas de energia elétrica e proprietários de lotes vagos ou com edificações não consumidoras de energia elétrica, sendo que não são só estes os beneficiários da contraprestação estatal em questão. Há, af, patente descaracterização do tributo previsto na EC nº 39/2002, já que não está sendo cobrado de um universo de contribuintes beneficiários do serviço que fundamenta a cobrança da contribuição em questão, além de ferir o princípio da isonomia, também consagrado na Constituição Federal, em seu art. 150, II:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II. instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos [...].

Ora, os cidadãos do município instituidor da exação em pauta encontram-se, todos, em situação equivalente em relação ao benefício concedido pelo poder público e que fundamenta a exigência da CCIP para seu custeio: todos usufruem, da mesma forma, do serviço de iluminação pública prestado pela Prefeitura. Assim, para custeá-la, deve o município

exigir o montante necessário para o seu custeio de todo cidadão.

Cabe observar que, ao permitir a EC nº 39/2002 que a contribuição para custeio da iluminação pública seja cobrada na fatura de energia elétrica, isso não significa que o constituinte está autorizando os municípios e o Distrito Federal a que exijam a mesma apenas dos titulares das faturas de energia elétrica, tanto é que vários municípios prevêm a cobrança da exação dos proprietários, titulares do domínio útil ou possuidores de imóveis não consumidores de energia elétrica.

Por outro lado, admitir a interpretação do dispositivo no sentido de que são contribuintes apenas os titulares de faturas de energia elétrica é admitir a inconstitucionalidade da emenda, em razão da violação da cláusula pétrea que se revela no princípio da igualdade, contrariando o art. 60, § 4º, inciso IV, da Carta Magna.

De fato, não é isonômico ou igualitário exigir apenas do titular de fatura particular de energia elétrica o custeio da iluminação pública, visto que existem vários não-titulares do mesmo tipo de fatura que usufruem na mesma proporção do serviço público, sendo que não estão contribuindo em nada para seu custeio.

Ainda, não se pode deixar de mencionar que um titular de fatura de energia elétrica pode estar representando vários outros beneficiados da iluminação pública, já que uma destas faturas é expedida para cada unidade residencial ou comercial. Assim, por exemplo, numa residência em que convivem cinco moradores, o titular da fatura de energia elétrica contribuirá para o custeio da iluminação pública por ele e por mais quatro beneficiários; ao passo que um seu vizinho, que more sozinho, acabará por contribuir na mesma proporção sendo apenas um beneficiário. Além disso, há que se considerar que um mesmo contribuinte pode ser titular de mais de uma fatura de energia, se, por exemplo, for usuário do serviço de luz em sua casa, e também na sede de seu escritório ou empresa, podendo ser titular da conta de energia elétrica relativa a seu condomínio e ser, ainda, contribuinte por ser proprietário de um imóvel não edificado: estará, assim, sujeito à contribuição em manifesto bis in idem, o que fere, frontalmente, princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio.

4. Da Forma de Cálculo da Contribuição

Pode-se afirmar que a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, de natureza *sui generis*, possui algumas semelhanças com outra espécie tributária, cujo caráter também é traçado pela Magna Carta e pela Constituição Estadual: a taxa. De fato, são os seguintes os termos do art. 145, II, da Lei Maior:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

II. taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou

potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

É claro que a comparação entre taxas e a contribuição para custeio da iluminação pública deve ser feita com reservas. As taxas só podem ser cobradas em razão da prestação de serviços públicos *específicos e divisíveis*, o que não é o caso da contribuição em pauta, já que a iluminação pública não é um serviço público específico e divisível, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, importante se faz trazer à baila a seguinte decisão:

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RREE nºs 233.332-RJ e 231.764-RJ, Relator o Ministro Ilmar Galvão, decidiu, em 10.3.99, no sentido de que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa, uma vez que não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (CF, art. 145, II). Concorri com o meu voto na tomada da decisão mencionada. Dele destaco:

[...]

A resposta a essas indagações não é outra: o serviço de iluminação pública é um serviço destinado à coletividade toda, não é um serviço que pode ser dividido em unidades autônomas para cada contribuinte. É, na verdade, um serviço prestado *uti universi* e não *uti singuli*. Roque Carrazza, ao dissertar a respeito dos serviços gerais, prestados *uti universi*, ‘isto é, indistintamente a todos os cidadãos’, exemplifica com o serviço de iluminação pública (*Curso de direito constitucional tributário*, cit., pág.327). Hely Lopes Meirelles, que defendera a constitucionalidade da taxa de iluminação pública, reconsiderou-se, depois. Leciona, no seu *Direito municipal brasileiro*, 10. ed., págs. 147-148, que ‘não é cabível a cobrança de taxa pelo calçamento de via pública ou pela iluminação de logradouro público, que não configuram serviços específicos, nem divisíveis, por serem prestados *uti universi*, e não *uti singuli* [...]’. Em nota de rodapé, esclarece Hely Lopes Meirelles: ‘Relativamente ao serviço de iluminação pública, já defendemos a tese da legalidade da taxa para seu custeio. Evoluímos para a posição atual por verificarmos que esse serviço não é prestado *uti singuli*, mas sim *uti universi*, insuscetível, portanto, de utilização individual e mensurável.’ (Hely Lopes Meirelles, ‘Direito Municipal Brasileiro’, 10. ed., pág. 147, nota 14). Sérgio Pinto Martins tem o mesmo entendimento. Leciona: ‘[...] 5.1. O serviço de iluminação pública não pode ser cobrado por meio de taxa, pois é um serviço dirigido a toda a coletividade, não podendo ser dividido em unidades autônomas para cada contribuinte. Trata-se de serviço *uti universi* e não *uti singuli*, quer dizer: prestado a toda a comunidade e não individualmente a cada contribuinte. Deve, portanto, ser custeado por meio de impostos e não de taxas, por ser indivisível, contrariando o inciso III do art. 79 do CTN e o inciso II do art. 145 da Constituição [...]’. (BRASIL, 2002).

Como bem afirmado na decisão transcrita, o serviço de iluminação pública não poderia, de forma alguma, ser custeado pela cobrança de taxa, visto não se tratar de serviço público específico e divisível, os únicos ensejadores da imposição desta espécie tributária.

Ao instituir a taxa como espécie tributária, teve em vista o constituinte que o usuário do serviço público, específico e divisível, custeasse o mesmo através da imposição tributária. É uma forma adotada pelo constituinte para se chegar à justiça fiscal, ou seja: por se tratar de um serviço que não beneficia a generalidade, nada mais justo que seja custeado pelo beneficiário do mesmo, na medida da despesa que ensejar aos cofres públicos.

Por outro lado, os serviços que não são específicos e divisíveis, cujos beneficiários são todos os cidadãos, são custeados pelas receitas arrecadadas pelo poder público através do recolhimento de impostos. É exatamente este o entendimento do ilustre Ministro Velloso em sua decisão supratranscrita. No caso específico do serviço de iluminação pública, todavia, o constituinte, criando uma nova figura tributária, *sui generis*, previu a instituição de contribuição para tal custeio.

Assim como no caso das taxas, instituídas como forma de custeio do serviço público prestado ao particular, também a contribuição para o custeio da iluminação pública deve ser calculada a partir da mensuração da despesa pública necessária à prestação de tal serviço. Não pode a contribuição, de forma alguma, destinar-se à arrecadação de receitas públicas pura e simplesmente, já que, se assim fosse, desnaturar-se-ia, transformando-se em imposto.

Havendo o constituinte autorizado a instituição de contribuição *para o custeio da iluminação pública*, a arrecadação dela decorrente, em primeiro lugar, deve destinar-se exclusivamente a tal fim e, em segundo lugar, deve ser calculada para o atendimento ao fim a que se destina. Não pode, portanto, o legislador, fixar a base de cálculo da contribuição desvinculando-a das despesas com a prestação estatal a que visa custear, estabelecendo, como tem sido feito pelos municípios competentes, base de cálculo própria de imposto, variável de acordo com o consumo particular de energia elétrica de cada contribuinte.

Ora, a variação do montante da contribuição devida conforme o consumo particular de energia elétrica é patentemente ofensivo ao ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a despesa dos cofres municipais com a iluminação pública não varia nos mesmos moldes. Não é porque em determinado período um cidadão consumiu mais energia elétrica em sua residência que a iluminação das vias públicas e praças vai ser mais onerosa.

Da forma como se encontra desenhada a contribuição por diversas leis instituidoras da exação no Estado de Minas Gerais, na verdade, esta se revela como imposto disfarçado, e imposto que se encontra dentro da esfera de competência dos Estados, já que seu fato gerador é a circulação de energia elétrica, hipótese de incidência do ICMS.

Por outro lado, há que se considerar que a exigência da contribuição calculada de forma desvinculada dos custos do serviço de iluminação pública acarreta manifesto locupletamento do município, o que é inadmissível frente ao ordenamento jurídico pátrio.

5. Ausência de Previsão do Destino da Contribuição para o Custeio da Iluminação

Pública

Os legisladores municipais têm pecado, ainda, por não incluírem no texto das leis instituidoras da CCIP, a previsão expressa do destino dos valores arrecadados a tal título, o que é imprescindível em se tratando de uma contribuição especial.

Muitas vezes, as respectivas leis têm se limitado a prever que o produto da contribuição “[...] constituirá receita destinada a cobrir e remunerar os dispêndios da municipalidade decorrentes de obras públicas de extensão de rede elétrica, bem como manutenção dos serviços, instalação, custeio e consumo de energia elétrica para a iluminação pública, melhoria e ampliação do serviço”. Na maior parte das vezes, as leis não regulamentam o caminho a ser percorrido pela receita arrecadada até chegar a seu fim, qual seja, o custeio da iluminação pública.

Com a disciplina desta nova espécie tributária na Constituição Federal, é indispensável que a lei instituidora da contribuição determine, pormenorizadamente, o destino dos recursos arrecadados dos contribuintes. Não podem as contribuições, que se caracterizam primordialmente por possuir uma destinação específica, simplesmente adentrar o caixa do governo com um determinado fim último, ou seja, para o atendimento de uma certa necessidade-fim do Estado, no caso, a iluminação pública, sem que haja o estabelecimento da forma pela qual esta necessidade-fim do Estado será atendida. É necessário que a lei instituidora da contribuição designe a destinação orçamentária da receita pública arrecadada, que estabeleça as necessidades-meio indispensáveis ao atendimento da necessidade-fim, ou seja, que determine a forma de alcance desta última.

Entretanto, o que se tem visto é que os municípios têm se restringido a apontar a necessidade-fim a cujo atendimento se destina: o custeio da iluminação pública. Omitem, assim, em determinar o regime de gestão dos recursos arrecadados, em estabelecer como os mesmos serão gastos para a adequada prestação do serviço a ser custeado. Tal omissão acarreta a inconstitucionalidade da exação em pauta. É exatamente esse o entendimento de Nery Júnior (BRASIL, 2000), que, ao tratar da contribuição de intervenção no domínio econômico instituída pela Lei Federal nº 10.336/2001, assim se manifestou, em decisão proferida:

Há de ser analisada, com mais vagar, a questão da destinação do produto da arrecadação.

Realmente, as contribuições, como gênero, de um lado, abrangendo as interventivas, as sociais e as de interesse das categorias profissionais, e de outro, como espécie tributária ao lado dos impostos, das taxas e das contribuições de melhoria, são tributos qualificados constitucionalmente pela finalidade.

São tributos instituídos e previstos originariamente pelo Constituinte para alcançar determinada finalidade. Daí ser de sua essência a afetação do produto de sua arrecadação a determinada finalidade a ser alcançada pelo Poder Público, gestor que é dos fundos a esse título arrecadados.

[...]

Isto afirmo em função da dicção legal, constante do parágrafo 1º do art. 1º da Lei nº 10.336/2002:

‘O produto da arrecadação da Cide será destinado, na forma da lei orçamentária [...]’. Há, aqui, *prima facie*, evidente desvio dos superiores desígnios traçados pelo constituinte. O espectro de atuação da intervenção estatal federal no domínio privado não é livre, desimpedido ou desvinculado. O que ficou gizado na Constituição Federal é que essa atividade intervencionista deve ser direcionada ao atingimento daquelas finalidades já apontadas nesta decisão.

Ora, ao relegar às determinações orçamentárias a destinação do produto da arrecadação do tributo em comento, é evidente que tais recursos serão integrados ao patrimônio ou ao caixa geral da União, lá se confundindo e se fundindo com os recursos provenientes de outras receitas originárias ou derivadas.

Isso não se pode admitir, em termos da atividade tributante de que tratamos.

A lei deveria ter afetado o produto da arrecadação às finalidades que ela mesma elenca. Mas para tanto, haveria que se ter a criação de um fundo ou de um órgão gestor, que à frente deste, direcionasse a sua utilização ao atingimento exclusivo dos princípios elencados pela Constituição Federal, no que tange à atividade econômica e financeira.

[...]

A destinação do produto da arrecadação da Cide ao caixa geral da União, em princípio, inviabiliza a cobrança, e inverte, em favor dos contribuintes, a constitucionalidade das normas que se presume, mas que no caso sub-exame, demonstra-se fortemente a sua ausência.

Ora, assim como no caso da CIDE dos combustíveis, sobre a qual trata a decisão supra, também no caso da CCIP, a lei instituidora, além de designar seu fim-último, ou seja, a necessidade-fim a que se destina atender, deve criar um fundo ou designar um órgão gestor que direcione os recursos ao atingimento exclusivo daquele fim: a iluminação pública.

Entretanto, na maior parte das vezes, no caso dos contribuintes proprietários, titulares do domínio útil ou possuidores de imóveis não consumidores de energia elétrica, a contribuição é recolhida juntamente com o IPTU, e, portanto, destinada ao caixa geral do Município, não havendo determinação legal específica à sua aplicação na iluminação pública.

Da mesma forma, no caso dos contribuintes titulares de faturas de energia elétrica, a contribuição é cobrada em tais faturas mensais, ou seja, juntamente com os valores pagos pelos contribuintes como contraprestação pelo serviço particular de fornecimento de energia elétrica. Não existe, assim, qualquer determinação no sentido de que tais valores, recolhidos a título da contribuição, sejam separados dos valores recolhidos como pagamento pelo fornecimento de energia elétrica à unidade residencial ou comercial e destina-

dos tão-somente ao custeio da iluminação pública.

A questão se agrava quando se considera que a contribuição em comento não está sendo calculada com base nos gastos efetivos da administração pública com o serviço a que visa custear, mas sim com base no consumo de energia elétrica pelo particular em sua unidade residencial ou comercial. Daí se concluir que, no caso de haver arrecadação de recursos em montante superior ao necessário para custear o serviço de iluminação pública, esta verba será utilizada pelo município para outros fins, quando arrecadado juntamente com o IPTU, ou será utilizado pela fornecedora de energia elétrica também para fins outros, que não aquele constitucionalmente previsto.

6. Conclusão

Como se vê, impõe-se aos municípios que pretendam, ainda, instituir a CCIP, que sejam extremamente cuidadosos na elaboração da competente lei, sob pena de estarem fadados ao reconhecimento de sua invalidade em eventual ação direta de inconstitucionalidade.

De fato, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já se posicionou contrariamente à lei regulamentadora da CCIP na Comarca de Estrela do Sul em sede de ADIn, uma vez não obedecidos os princípios constitucionais que lhe são aplicáveis. É o que se pode depreender do seguinte acórdão, cuja ementa se transcreve a seguir:

LEI COMPLEMENTAR Nº 740/2003 DO MUNICÍPIO DE ESTRELA DO SUL. CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. LIMINAR CONCEDIDA. Concede-se liminar em ação direta de inconstitucionalidade de dispositivo de lei que institui contribuição para custeio de iluminação pública, em razão da plausibilidade do pedido, por estarem presentes os requisitos necessários à concessão, e por se configurar motivo de relevante interesse de ordem pública. (MINAS GERAIS, 2005).

Da mesma forma, àqueles municípios que já houverem editado suas leis instituidoras da exação, cabe analisarem criticamente seus textos, procedendo as alterações que se fizerem necessárias caso constatada qualquer ofensa aos limites constitucionais impostos ao exercício da competência prevista pelo artigo 149-A da Constituição Federal, de forma a evitarem, da mesma forma, verem-se desprovidos desta fonte de receita, em decorrência de provável decisão por sua inconstitucionalidade pelo Tribunal competente.

7. Bibliografia

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 360.585-2. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 19 de setembro de 2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo nº 150170. Relator: Des. Nelson Nery Júnior. Brasília, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1000005418140-9/000. Relator: Des. Antônio Hélio Silva. Belo Horizonte, 13 de abril de 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 2.

3. PALESTRA

ORDEM ECONÔMICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO¹

EROS ROBERTO GRAU

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Trataremos do tema *ordem econômica*. A primeira questão que surge quando falamos do tema está relacionada à ambigüidade da expressão *ordem econômica*. Grande parte dos problemas jurídicos que enfrentamos está relacionada à ambigüidade e à imprecisão da linguagem. *Ordem econômica* é uma expressão que quer dizer, no mínimo, três coisas. Primeiramente, dela fazendo uso nos referimos ao conjunto de todas as normas que respeitam ao exercício da atividade econômica, sejam elas religiosas, éticas e mesmo normas jurídicas. Segundo, quando nos referimos a uma parcela da atividade jurídica que abrange as normas jurídicas relacionadas ao exercício da atividade econômica. Logo se pode ver que, nesses dois sentidos, *ordem econômica* é expressão do mundo do dever-ser, do dever-ser jurídico. Podemos, pois, falar em *ordem econômica* como uma parcela da ordem jurídica ou do dever-ser ético, moral, religioso. Então a tomamos em um sentido mais amplo, para nos referirmos ao conjunto de todas as normas que refletem efeitos sobre a atividade econômica, em nome do dever-ser. Entretanto, há um terceiro sentido, que é o de ordem econômica como expressão do mundo do ser.

A Constituição do Brasil diz que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e deve ter por fim a realização de uma vida digna. Aí ela se refere ao modo de ser empírico da atividade econômica no Brasil. Isso é extremamente importante, porque, depois, a expressão *ordem econômica* aparece no § 5º do art. 173, que diz assim: “[...] a Lei responsabilizará a pessoa jurídica [...] nos crimes contra a ordem econômica”. Aqui, usamos a expressão ‘ordem econômica’ em um outro sentido, como parcela da ordem jurídica. Mas, no art. 170, dizemos que quem quer que desenvolva a ordem econômica, qualquer agente econômico deve pautar seus atos nos valores do trabalho e da livre iniciativa. Vocês sabem que o Direito não descreve coisa alguma. Quando se lê “[...] a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa”, aí não se tem uma descrição. Isso é uma determinação. A *ordem econômica* é o modo de ser empírico da atividade econômica; quando ela se desenvolve, quem a desenvolve deve ter em mente a valorização do trabalho humano. O valor social da livre iniciativa está contemplado no art. 1º da Constituição e foi afirmado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal numa ADIN, da qual tratarei mais adiante.

Além disso, da *ordem econômica* cuida não apenas o título da Constituição Federal que

¹ Palestra proferida em 2 de julho de 2005, no *Encontro Jurídico do Circuito Histórico, Cultural e Turístico de Minas Gerais*, realizado em Tiradentes.

tem este nome. Quem quiser saber da ordem econômica no Brasil terá que tomar a Constituição Federal desde o seu art. 1º, passando também pelo art. 3º. O título Da Ordem Econômica é apenas uma parcela do Capítulo Ordem Econômica na nossa Constituição, que é uma Constituição diretiva, programática. As Constituições estatutárias são aquelas que, ao contrário das diretivas, meramente recebem a ordem econômica do mundo do ser. Isto é, recebem a atividade econômica tal como ela está sendo praticada, para reafirmá-la. A nossa é uma Constituição diretiva, quer transformar, impõe uma regulação ativa, definindo como deve ser o exercício da atividade econômica. Ela propõe a transformação do mundo do ser. Ela é base e ponto de partida, portanto, para a implementação de políticas públicas. A Constituição brasileira é muito mais do que um mero instrumento de governo que define competências, que limita atribuições. Ela postula um plano de ação global-normativo para a sociedade brasileira.

Quando o art. 3º diz quais são os objetivos da República Federativa do Brasil, diz quais são os objetivos do Brasil, quais sejam: construir uma sociedade justa, livre e solidária, erradicar a pobreza etc. Propõe-se a transformação da sociedade brasileira. A Constituição Federal não simplesmente admite a atuação estatal na economia; na verdade, ela a impõe. Aqui se coloca uma grande questão: então o Estado atua na ordem econômica (mundo do ser), produzindo normas que compõem a ordem econômica (mundo do dever-ser) infra-constitucional, para realizar esses objetivos.

Uma outra questão está em que é inútil procurarmos ocultar que a economia no modo de produção capitalista predomina sobre o social e que o mercado é uma instituição jurídica conformada pelo Direito. O mercado não é um *locus naturalis*, é um *locus artificialis*, que o Direito, posto pelo Estado, institucionaliza. Qual é o momento que uma simples vila se transforma em uma cidade na Idade Média? É o momento em que o chefe político com alguma visão instala as condições para que se estabeleça naquele ponto geográfico um mercado, mercado que não se basta apenas a prover a subsistência local. Então, ele instala um sistema de medidas, medições que são tradicionalmente favoráveis aos comerciantes das cidades. Mas ele também instala um serviço de segurança pública, permitindo que os mercadores possam transitar com maior segurança. Desde esse momento já se define o mercado como uma instituição artificial. Depois da Revolução Industrial, isso se realiza de modo pleno.

No livro *A Grande Transformação*, Karl Polanyi ensina que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias. Sem a forma jurídica, o mercado não poderia se instalar e não poderia sobreviver. Em outros termos, o Direito moderno, o Direito posto pelo Estado e que substitui o subjetivismo da equidade pela objetividade da lei tem por compromisso assegurar a segurança e a certeza jurídicas que permitam a calculabilidade dos comportamentos. O agente econômico precisa calcular a sua próxima manobra e, para tanto, precisa estar situado em um quadro de segurança e certeza indispensáveis à realização dessa manobra. É que ele sabe que os comportamentos são repetitivamente garantidos pelo Direito. Se pensarmos nisso tudo, chegaremos à conclusão de que o Direito

moderno existe para permitir a fluência da circulação mercantil e para tentar domesticar certos determinismos econômicos. Nesse clima surgiram os direitos individuais.

Não proponho o cinismo, peço apenas a lucidez. Esta é, em largos traços, a ordem jurídica da economia, a ordem econômica. Qual é o compromisso do Ministério Público com ela? Lembro que o art. 127 da Constituição Federal afirma que o Ministério Público é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado e é incumbido da defesa da ordem jurídica. Quando falamos de ordem econômica, tal qual falei agora, estamos falando numa parcela da ordem jurídica, cuja defesa incumbe ao Ministério Público. Poderia tratar da defesa do consumidor, mas quero explorar um outro ângulo, de certa forma ainda inexplorado; ou, pelo menos, ainda não tão explorado como aquele relacionado à proteção do consumidor. Quero me referir à concorrência, pois quero depois clamar pela atuação forte, vigorosa, varonil e incisiva do Ministério Público nesse campo.

Quero dizer, inicialmente, que o livre mercado e a livre concorrência não são, no Brasil, os únicos valores a serem perseguidos para que se dê cumprimento ao disposto na Constituição. Há gente, no mundo do Direito, que substitui a invocação a Deus, que está no preâmbulo da Constituição, pela invocação ao livre mercado. Invoca-se o livre mercado e constroem-se teses, esses sujeitos que vêm de Harvard e Yale. Eles constroem teorias em torno das quatro falhas do mercado. Primeiro, a assimetria de informações. É necessário que todos tenham informações para que o jogo do mercado possa fluir adequadamente. Vem então a Comissão de Valores Mobiliários – CVM com as suas regulamentações, para disciplinar as informações do mercado financeiro. Segundo, a existência do poder econômico, pois a força exagerada de alguns agentes econômicos desequilibra o mercado. Em terceiro lugar, temos as externalidades; quer dizer, um terceiro suporta as consequências de relações jurídicas nas quais não toma parte, tais como o desmatamento, o comprometimento do meio ambiente. Em quarto lugar, os bens públicos.

Mas não se trata aqui de bens públicos tomados como propriedade do Estado. Existe um acórdão monumental do Supremo Tribunal Federal, de 1923, em que Edmundo Lins afirma que o bem público não é necessariamente da propriedade do Estado. Ele menciona, como, por exemplo, um campinho de futebol onde meninos jogam bola. Aqui se fala nos bens cujo uso não pode ser subtraído a terceiro. Um exemplo clássico dado por Coase é o de um sujeito que construiu um farol e não tem como evitar que aqueles que fazem o comércio marítimo dele se utilizem. Apenas nessas hipóteses, essas pessoas que invocam o livre mercado admitem que o Estado poderia atuar. Essas pessoas se esquecem de que o Estado não pode se limitar a atuar exclusivamente quando o recomende a análise econômica, exclusivamente quando essas falhas se manifestem e resulte comprometida a eficiência alocativa do mercado. Essas mesmas pessoas exortam a *regulation*. A idéia que se faz é a seguinte: quanto maior o grau de concorrência no mercado, mais estaríamos próximos do paraíso; o paraíso seria o reino da liberdade econômica e do livre mercado. Mas não é nada disso. Como eu dizia inicialmente, temos uma Constituição dirigente, programática, não no sentido de que ela contempla normas programáticas, mas programática no sentido de que define programas para a sociedade brasileira. Aqui o princípio

do livre mercado co-existe com a afirmação da valorização do trabalho humano e da dignidade da existência humana, e com aqueles outros princípios que estão nos incisos do art. 170. Na ADI nº 319, o Ministro Moreira Alves diz que:

Embora a atual Constituição Federal tenha, em face da anterior, dado maior ênfase à livre iniciativa, não é menos certo que tenha dado maior ênfase a suas limitações em favor da justiça social. Tanto é que o art. 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa.

Os senhores vejam que a nossa Constituição não é adequada à moda da *regulation*, sob o espírito dos que fazem entre nós o Direito do anti-truste e gravitam em torno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, da Secretaria de Direito Econômico etc. Não estou simplesmente propondo uma bela discussão acadêmica. Estou fazendo uma afirmação da qual decorrem consequências práticas relevantes. Primeiro, é plenamente constitucional a existência de leis, de uma legislação infraconstitucional restringindo a concorrência. Em segundo lugar, o Estado, enquanto ente regulador, não está sujeito ao CADE, por mais estranho que isso possa parecer a certos juristas. Tem-se afirmado no CADE, algumas vezes, que o Estado não pode fazer isso ou aquilo, legislando, porque compromete a concorrência. Isso é um absurdo. Em terceiro lugar, há a questão do litígio entre os setores. Ora, ninguém descreveu o nosso país como Olavo Bilac, quando disse: “Criança, jamais verás um país como este!”. Jamais veremos um país como este, em que o CADE e o Banco Central vão para a luta armada, procurando assim definir competências. Há juristas, inclusive, que acreditam que competência se ‘conquista’. Entretanto, há um parecer da Advocacia Geral da União – AGU que, até hoje, o CADE não cumpriu, o que me leva a concluir que o problema do CADE é, seguramente, um problema de excesso de capacidade. Há Conselheiros do CADE que têm currículo para irem para o Supremo Tribunal de Justiça. Como eles foram para o CADE, acabam avocando competência, inclusive, para declarar a inconstitucionalidade de lei. É um quadro extremamente complexo.

Outra coisa a ser debatida é o papel das agências reguladoras. Isso está relacionado, inclusive, à definição do que deve ser feito e por quem deve ser feito. Ora, as agências não são mais do que meras autarquias e que podem definir políticas públicas. Depois existe um problema muito sério, que é a captura. “Impedir a captura dos agentes econômicos”, dizem os americanos. Mas não é nada disso. O que é extremamente importante é pensar na captura às avessas, para que não haja uma captura pelo mercado. Nós sofremos muito com a transposição de idéias e de modelos. Recentemente vimos um caso em que havia uma lei estadual que estabelecia para uma agência do Estado a ‘quarentena’. Mas de uma maneira tipicamente ‘macunafônica’, com o cacoete de copiar um modelo e adaptá-lo sob uma ‘malandragem tupiniquim’. O agente público fica em ‘quarentena’ durante um ano, mas pode escolher qualquer cargo dentro da Administração para ocupar por este tempo. Sofremos os efeitos e os defeitos dessas transposições. É como se houvesse quistos na ordem jurídica brasileira, para que essas agências reguladoras e o sistema da concorrência

sejam discutidos.

Toda essa gente se esquece que o Direito é um produto cultural e que, embora, o recurso à jurisprudência e à doutrina estrangeiras possa se mostrar como fonte de subsídios úteis, nenhuma delas pode ser tomada de modo absoluto. Não se pode transplantá-las para nossa realidade sem que se considerem as particularidades do nosso sistema, do nosso mercado, das nossas desigualdades regionais, do fato de co-existirem vários modos de produção social nesse país. As pessoas não se dão conta de que a indiscriminada transposição de teorias e modelos pode ser, além de inadequada, perigosa. Transplante, em regra, dá rejeição. É preciso que se compreenda que o Direito é uma instância da realidade, é fruto de uma determinada cultura. O Direito não é só a garantia das leis, é muito mais do que isso, é uma ordem datada, construída historicamente em um processo de luta social. Por isso eu diria que, quando um intérprete toma um texto para interpretar, tem de considerar as singularidades do conjunto normativo no qual aquele texto está inserido. Sem que se faça isso, iremos tropeçar.

Cuidamos a esta altura de uma determinada seção da ‘ordem econômica’, a relacionada à concorrência, que vem sendo tratada entre nós à *la estrangeiro* e permanece sendo, no meu modo de ver, um autêntico desafio ao Ministério Público. Para tratar disso, uma premissa básica, uma condição *sine qua non* é a consideração da antropofagia jurídica.

Oswald de Andrade publicou dois manifestos monumentais: O Manifesto da Antropofagia e o Manifesto da Poesia Pau-Brasil. No Manifesto da Poesia Pau-Brasil, ele dizia que a poesia está nos fatos. Eu diria que o Direito também está nos fatos, ainda que muitos bacharéis, segundo Oswald de Andrade, “[...] gordos e dourados como o *Corpus Juris*” não tenham consciência de que é assim. Eu diria que o Direito anda mesmo oculto nos cipós da realidade, e ninguém o vê. Continuo com Oswald de Andrade: porque para ele, o Direito ficou reduzido às leis que nasceram do “[...] próprio rotamento dinâmico dos fatores destrutivos”. Olha, a tentação da glosa a esse primeiro manifesto é simplesmente irresistível. Ele diz: “[...] só não se inventou a máquina de se fazer versos - já havia o poeta parnasiano”. Eu diria, só não se inventou a máquina de dar sentenças porque já existem os positivistas empedernidos. No Manifesto Antropofágico, Oswald de Andrade dá a melhor definição de Direito que eu conheço: “[...] perguntei a um homem o que era o Direito; ele respondeu que era a garantia do exercício da possibilidade”. Só me interessa o que não é meu. Eu, seguramente, não estou procurando dizer coisas engraçadas, mas, de certa forma, o Direito é exatamente isso, a garantia do exercício da possibilidade. Por um lado e, por outro, é algo que rebate essa idéia de que *só me interessa o que não é meu*. Quem faz Direito no Brasil possui vantagens competitivas que hão de ser exploradas antropofagicamente. Carlos Lessa, numa conferência que reproduziu várias vezes, fala da capacidade do povo brasileiro de incorporar as coisas do estrangeiro e reproduzir tudo. Exatamente a expressão da antropofagia proposta pelo Oswald de Andrade. Temos que produzir o Direito brasileiro e isso não pode ser feito senão na *praxis*. Temos que banir do nosso universo cultural o hábito de ficarmos repetindo os estrangeiros. A Lei 8.884, do Abuso de Poder Econômico, em seu art. 29, diz que:

[...] os prejudicados por si ou pelos legitimados do art. 82, da Lei 8.078, poderão ingressar em juízo, para, em defesa dos seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituem infração da ordem econômica, bem como o recebimento e a indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento da ação.

Os senhores percebem o alcance desse princípio e como ele não está sendo utilizado? Quero provocá-los. O Judiciário tem que responder a essa provocação, mas o Ministério Público, em relação ao próprio Poder Judiciário, deve atuar no sentido de primeiro revisar as decisões deste Sistema Brasileiro de Direito de Concorrência – SBDC. O que está acontecendo?

Esse sistema existe, mas até hoje não fez nada de concreto, a não ser em relação à negociação da AMBEV. Mas, por exemplo, o caso da Nestlé arrastou-se por muitos anos no CADE e, agora, acabou caindo no Poder Judiciário. De fato, a sede de discussão disso é o Poder Judiciário. O que não se justifica é que se gaste tempo, que se consumam recursos numa espécie de jogo de faz-de-conta na esfera administrativa, quando, na verdade, o Ministério Público pode tratar diretamente do assunto. Por que isso não ocorre? Porque não interessa, sobretudo a uma comunidade de operadores do Direito, expressão que não é do meu vocabulário comum. No entanto, se é para tratarmos de cartel, o primeiro que deve ser objeto de indagação e de investigação pelo CADE haveria de ser exatamente o cartel dos advogados que atuam na área.

A doutrina que tem sido produzida em torno da legislação anti-truste sustenta que a matéria é especializada, técnica. O Poder Judiciário não teria como tratar dela porque se nela se exerce a chamada discricionariedade técnica. Essa gente esqueceu-se de que discricionariedade não se confunde com interpretação. A discricionariedade é uma escolha entre indiferentes jurídicos. Tudo aquilo que não for escolha entre indiferentes jurídicos já é interpretação e necessariamente tem de desembocar no Poder Judiciário. Todas as teses da discricionariedade técnica acabam sufocadas quando perguntamos o porquê da existência do perito judicial. O Juiz não é obrigado a saber tudo, por isso existem os peritos judiciais, que fornecem os elementos a partir dos quais as decisões que comportem interpretação do Direito devem ser tomadas. Eu diria que, de certa forma, eu os estou concitando a levantar uma espécie de bandeira, de certa forma colada no quanto respeita à proteção do consumidor. O tal sistema de defesa da concorrência é ineficaz, não prevê a defesa da concorrência como elemento que tem que ser cultivado e conformato aos valores constitucionais.

A Constituição brasileira é a mais bela das Constituições que já se escreveu. Promete uma sociedade mais justa, inclusive em relação à concorrência. Acredito que devemos reformular drasticamente esse sistema, no sentido de depositar-se a responsabilidade pela defesa da concorrência nas mãos do Ministério Público. Devemos caminhar para isso e entregar os problemas a ela relacionados à decisão do Poder Judiciário. O CADE, insu-

bordinado, enfrenta a Advocacia-Geral da União sustentando que competência se ganha ‘na marra’.

Enquanto a necessária reforma não vier, o Ministério Público deve partir para a disputa jurídica, com o fundamento no art. 28, que lhe atribui o dever de defesa da ordem jurídica. No caso, defender a ordem jurídica é defender a ordem econômica e fazerem valer os valores constitucionais que consubstanciam e definem o perfil da concorrência. Não precisamos ser ingênuos. Estamos fartos de saber que a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente e a defesa da concorrência são meras expressões do processo de modernização capitalista. A regra de ouro não é mais *acumulai*, mas sim *acumulai e consumi*, porque apenas na medida em que haja muito consumo, e consumo protegido, poderá haver acumulação. Eu não proponho que sejamos cínicos, mas vamos ao menos ser lúcidos. Proponho mudarmos o quadro vigente da defesa da concorrência, que não é bom.

DEBATE

PROMOTOR DE JUSTIÇA RENATO FRANCO: O senhor fala que o Ministério Público tem que avançar na fiscalização da concorrência, fazendo um contraponto com o CADE. Gostaria de saber como seria a forma, a metodologia dessa fiscalização. Em Minas Gerais, existe um dispositivo da Constituição Estadual que coloca o PROCON estadual como órgão do Ministério Público. Temos, então, duas frentes de batalha. Uma frente administrativa, através de um processo administrativo, impondo multas administrativas; e a frente de batalha perante o Poder Judiciário, que seria a atividade jurisdicional pura e simples. No caso da concorrência, o CADE seria um órgão inserido dentro da Instituição do Ministério Público, através de modificação legislativa; ou o Ministério Público fiscalizaria essa concorrência perante o Poder Judiciário, como via de regra acontece?

MINISTRO EROS GRAU: Se eu cometi alguma ousadia na minha exposição, a sua é monumental. Eu não pensaria em colocar o CADE dentro do Ministério Público, até porque acho que o CADE tem que acabar e deveremos rever todo o sistema. Hoje, independentemente da revisão do sistema, o art. 29 da Lei 8.884 permite o ingresso em juízo. Eu diria que aqui não se trata meramente de um ‘poder’, mas de um dever do Ministério Público. Quando se trata de defesa da ordem econômica, que é um pedaço da ordem jurídica, prevalece o art. 125 da Constituição Federal, que diz o quê incumbe ao Ministério Público como dever. De acordo com o art. 82 da Lei 8.078, poderão ingressar em juízo, para, em defesa dos seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituem infração da ordem econômica, bem como o recebimento e a indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento da ação. Acho que é o caso de se tomar a lei, examiná-la no que pode ser detectado de pronto. Isso pode começar em Minas através de, por exemplo, um grupo de estudos, independentemente do CADE, para tentar se obter, em especial, a cessação de práticas. Certamente, na minha opinião, esse é um trabalho que deve começar do zero, sem o CADE. Da forma que as coisas vêm ocorrendo,

o CADE inviabilizará a si próprio, pois todas as suas decisões são questionadas em juízo e acabam sendo despidas de eficácia. Acho que isso tem que ser feito pelo Ministério Público, inicialmente, a partir do art. 29, sem os vícios do CADE.

PROCURADORA DE JUSTIÇA GISELA POTÉRIO SANTOS SALDANHA: Temos atuação em todos os campos, não só de ordem econômica, mas dentre todas as outras definições de legitimidade do Ministério Público. A mim me parece que a sua provocação é extremamente oportuna, porém ela me leva a uma reflexão: temos tido embates, não só com relação a situações como a do CADE, mas também com outros órgãos, criados pela estrutura estatal para interferir no bom andamento da nossa sociedade. Como sociedade organizada que é, ela deveria ter mecanismos de defesa próprios, mas também de interlocução própria com o poder estatal, embora o poder estatal nos imponha esses órgãos como sendo órgãos específicos para comporem um controle e defesa daquelas atuações e, na verdade, não o são. Vou trazer para o lado do meio ambiente. Aqueles órgãos que são criados para a defesa e para efetiva proteção se instalam com criações endêmicas de política econômica, querendo proteger não o meio ambiente mas a ordem econômica daqueles que devastam o meio ambiente. Temos tido muitas decisões dos Tribunais contrários a esta tentativa de atuação do Ministério Público, ao argumento de que cabe a estes órgãos esta manifestação e não ao Ministério Público discutir fora de suas atuações. Em relação à FEAM, à COPAM, são órgãos que reconhecemos técnico-deliberativos. Porém, através de uma ação civil pública, podemos questionar, como legitimados que somos, situações preocupantes que, com a interferência política, acabam permitindo a devastação do meio ambiente. No caso do CADE, esses organismos poderiam vir a defender interesses escusos da ordem econômica que não temos como combater. O Ministério Público acaba pagando um preço muito alto, porque somos legitimados, mas não somos os únicos. Os outros co-legitimados não atuam, e o Ministério Público, com certeza, está sempre colocando sua face a tapa para que tenhamos uma sociedade mais fortalecida. Acredito que, com a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público mostrou a que veio e mostrou que temos condição para muito mais. Mas precisamos do Poder Judiciário para que as nossas proposituras não sejam embargadas por simples falta de legitimidade ou por sermos extremamente audazes, estarmos imbuídos de uma vontade de intervir onde não somos ainda *experts*. Mas tentamos sê-lo. O mais importante disso é entender que o Poder Judiciário, invoco o Supremo Tribunal Federal na pessoa de V. Ex^a., dê respaldo a essa tentativa do Ministério Público. Não raro já nos disseram que não somos legítimos para a defesa do contribuinte, por exemplo, porque a ordem econômica, em tese, era mais importante. A cobrança do tributo e não a fiscalização desse tributo é mais importante. Isso para nós é muito difícil de lidar. Abrimos um novo flanco, mas todos os flancos abertos devem ser respondidos, porque a ordem econômica passa por tudo aquilo que queremos fiscalizar e não simplesmente saber se ele está correto em sua legitimidade de instituído. Devemos responder à sociedade se uma atividade é de cartel, se degrada o meio ambiente, etc. Acreditamos nós que o Ministério Público, em todas as atividades inovadoras que já tomou e que ainda tem por tomar, tem toda a disponibilidade e está aberto para uma nova atuação. Nossa preocupação é saber se o Poder Judiciário é realmente nosso parceiro ou não. Minha provocação é para indagar se a nossa atuação vai conseguir estar de braços

dados com esta necessidade que temos. O que vislumbramos no cenário político nacional é que tentamos fazer justiça, o Ministério Público na sua busca e o Poder Judiciário emanando essa justiça. Mas, o poder político não nos permite, através do Legislativo, que essas leis sejam evadidas de qualquer interesse externo econômico ou de cartelização. Minha indagação é que temos boa vontade, mas temos respaldo para isso?

MINISTRO EROS GRAU: Eu não respondo pelo Poder Judiciário. Sei bem que as coisas não são fáceis. A minha proposta é de uma mudança de cultura que, evidentemente, não pode ser feita de uma hora para outra. Suas observações são muito ricas. Uma coisa importante é a captura ao contrário, essa idéia de os interesses do mercado prevalecerem. Em vários casos os interesses do mercado prevalecem. Acho que o Ministério Público tem esse dever, mas, quando digo Ministério Público, refiro-me ao Estado. Todos nós falamos pelo Estado, inclusive o Poder Judiciário. Quando o Supremo Tribunal Federal toma uma decisão, é o Estado que se manifesta. Colocar o Estado de um lado e a sociedade de outro, isso dá causa a uma série de distorções. Não há cisão entre o Estado e a sociedade. Estou inteiramente convencido de que esse é um expediente de argumentação, um expediente retórico do liberalismo: opor o Estado à sociedade para pintar o Estado como sendo inimigo da sociedade. O nosso Direito Administrativo, por exemplo, é um desastre, na medida em que é um Direito que se incumba de prover a defesa do indivíduo contra esse ‘monstro’ que seria o Estado. Na verdade, no entanto, o Estado é o momento seguinte à sociedade. Estou inteiramente convencido de que quem pode promover a defesa do interesse social é o Estado. Outro dia eu dizia, em casa, que iria escrever um artigo provocante intitulado ‘Como vai a sua ONG?’. O que tem acontecido com certas pessoas? Temos visto um certo retrocesso ultimamente. Não tenho nada contra as pessoas de boa vontade, antigamente progressistas, entretanto, a sociedade é o estado exterior, estado da necessidade e do entendimento e o Estado é o estado da racionalidade objetiva. O Estado é um momento posterior, em que já foi vencida a necessidade de transacionar. O Estado é o espaço da liberdade. É importante que se compreenda que gestos de boa vontade não resolvem os problemas do homem. Sei que será difícil compreender isso. Há interesses múltiplos, mas essas questões têm que ser resolvidas no plano do Estado, têm de ser resolvidas pelo Ministério Público, que fala pelo Estado. Vocês têm que enfrentar esta luta, inclusive, cuidando do fenômeno da captura. Talvez se abra um momento amplo para que se possa rever eticamente uma porção de coisas. A História do Brasil é tão rica. Afinal de contas, Olavo Bilac estava certo quando disse “Criança, jamais verás um país como este!”.

4. DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

NOVAS PERSPECTIVAS DE USO DA TAQUIGRAFIA EM ÓRGÃOS PÚBLICOS

ALESSANDRA DE SOUZA SANTOS

Técnica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Especialidade Taquigrafia
Pós-graduada em Produção de Textos em Português
Bacharel em Biologia
Tradutora

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Histórico. 3. Desafios para o Futuro da Taquigrafia. 4. A Retextualização. 5. Fatores Pragmáticos que Influenciam a Retextualização. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. Introdução

A taquigrafia é uma antiga arte de se escrever rapidamente, registrando ditados em velocidade de fala normal. Apesar do desenvolvimento de diversas tecnologias, como a gravação de áudio e vídeo e, mais recentemente, de *softwares* de transcrição do conteúdo de um texto gravado de maneira digital, a taquigrafia sobrevive em parlamentos e tribunais em todo o mundo. Este trabalho visa a verificar a importância da taquigrafia nos dias atuais e propor novas formas de atuação do profissional taquígrafo, adequando o exercício da profissão às tecnologias de gravação e transcrição.

2. Histórico

A palavra *taquigrafia* vem do grego *takhos* – rápido, veloz – e *graphein* – escrever. Não há registro histórico preciso da origem da escrita taquigráfica. Segundo Ramalho (1997), alguns historiadores aceitam a hipótese de que Moisés utilizou a taquigrafia na elaboração do Pentateuco – os cinco primeiros livros bíblicos. Ainda nos textos dos livros sagrados, há passagens que dão força à interpretação de que a taquigrafia tenha sido criada pelos hebreus como, por exemplo, a passagem de Davi “*Lingua mea scribae velociter scribens*” (Minha língua é como a pena de um escritor que escreve com rapidez – Ps. XLIV). Uma inscrição em uma laje de mármore da Acrópole de Atenas, presumivelmente do séc. IV a.C., sugere que o sistema de escrita rápida foi utilizada pelos gregos, tendo sua introdução sido atribuída a Xenofonte.

Com o declínio da Grécia, a taquigrafia, bem como outras artes, foi absorvida pela cultura romana e lá floresceu. Os primeiros registros da utilização da taquigrafia em Roma datam

de 63 a.C. Os sinais da taquigrafia romana foram adaptações do sistema grego desenvolvidas pelo poeta Quito Ênio e, posteriormente, adotados por Cícero, que ensinou a arte da escrita veloz a seu escravo e secretário Tiron, que aperfeiçoou a prática de tal forma que a taquigrafia romana ficou conhecida pela denominação de *notas tironianas*.

Restrita, a princípio, a estudiosos, a taquigrafia romana expandiu-se e caiu no domínio comum, não sendo raro o mecenas que possuísse ao menos um escravo ou secretário taquígrafo. A taquigrafia era então utilizada para o registro e fixação de discursos feitos em público. Horácio, Ovídio, Manílio, dentre outros, aludem em suas poesias à arte taquigráfica. Mesmo após a queda do Império Romano, o uso do sistema de Tiron sobreviveu por vários séculos, tendo sido comumente utilizado por religiosos cristãos. Graças à taquigrafia, trabalhos como *Cartas de Santo Agostinho* chegaram aos nossos dias.

Na Europa, a taquigrafia moderna teve seu maior desenvolvimento na Inglaterra, tendo sido, posteriormente, difundida em todo o continente e também no Novo Mundo. Modernamente, o país em que a taquigrafia mais se expandiu foram os Estados Unidos, onde, além da taquigrafia manual, foram criadas máquinas de estenografia, para o registro taquigráfico em fóruns e tribunais.

No Brasil, a taquigrafia foi introduzida por José Bonifácio de Andrada e Silva em meados de 1822. Graças a isso, os debates da primeira Assembléia Constituinte, em 1823, foram devidamente registrados.

A taquigrafia antiga difere muito da atual. As abreviaturas utilizadas pelos gregos e romanos e, mais tarde, pelos europeus, na Idade Média, assemelhavam-se às abreviaturas que se empregam na escrita comum, com a simples supressão de letras que pudessem ser facilmente subentendidas na leitura. Na taquigrafia moderna, há dois sistemas: o geométrico e o cursivo. O primeiro emprega símbolos que correspondem a traços e hemicírculos. O segundo, símbolos arredondados que remetem ao traçado da escrita comum. Independentemente do sistema adotado, a taquigrafia moderna é essencialmente fonética, não representando a ortografia ou etimologia da palavra ou frase representada. As palavras são grafadas como soam, e as letras não-sonoras não são representadas. Não há a marcação de letras maiúsculas ou minúsculas, vírgulas e parágrafos. Há a representação da pausa da fala, que pode corresponder ao ponto final, assim como há a representação da entonação de pergunta na frase. A aquisição da velocidade na escrita taquigráfica dá-se pela utilização de símbolos ou taquigramas que podem representar palavras individuais ou mesmo expressões. Esses símbolos são escritos de forma contínua, de maneira que o número de vezes que o taquígrafo levanta a mão do papel para grafar a palavra ou expressão subsequente sejam minimizados. Cada vez que o profissional levanta a mão do papel, seja para escrever o próximo taquigrama, seja para virar a página, perde-se tempo precioso. Os taquigramas são signos individuais, havendo taquigramas para representar terminologias técnicas específicas para cada ramo. O profissional deve praticar continuamente a escritura dessas simbologias com ditados em velocidades gradualmente maiores, até que a escrita desses taquigramas se torne automática. É importante ressaltar

que a taquigrafia é uma técnica de escrita que demanda muito, física e psiquicamente, do profissional. Como é uma atividade que exige um grande esforço de concentração, o seu uso em Parlamentos e Assembléias necessita de um grande número de profissionais, revezando-se mutuamente.

3. Desafios para o Futuro da Taquigrafia

A taquigrafia constituiu a única forma de registro de assembléias ou discussões no passado. Com o advento do gravador, questionou-se a necessidade de se continuar utilizando o trabalho de taquígrafos. A justificativa para a manutenção de corpos de taquígrafos, até os dias atuais, em órgãos públicos que tradicionalmente utilizam esse tipo de serviço, como é o caso de Tribunais e Assembléias Legislativas, é que podem ocorrer falhas no sistema de gravação mecânico, com perdas irrecuperáveis de material relevante. Além disso, em discussões acaloradas, como nas do Congresso Nacional ou Assembléias Legislativas, é difícil perceber interlocutores diferentes ou falas sobrepostas ao ouvir-se uma gravação.

Recentemente, os sistemas de gravação têm evoluído sobremaneira, principalmente, na área de gravação de áudio e vídeo e de aprimoramento de *softwares* que processam o material gravado, transcrevendo-o imediatamente sob forma de texto. Tais *softwares* são utilizados em diversos órgãos públicos e privados em países desenvolvidos. A *Voice Recognition Systems*, por exemplo, é uma empresa britânica e tem como clientes o Ministério de Defesa do Reino Unido; a Força Policial de Gloucestershire, no Reino Unido; o Banco da Inglaterra; a Intel Corporation Ltda; a Procter & Gamble, dentre outros, e podem servir como ferramenta importante para se evitar desnecessária digitação e esforço físico, com conseqüentes afastamentos médicos de profissionais por esforço repetitivo, e facilitar a transcrição de textos.

Diante desse quadro, questiona-se novamente a utilidade do profissional taquígrafo, que, provavelmente, terá que adaptar sua atuação, levando em conta o surgimento e aprimoramento dessas novas tecnologias, para continuar existindo. Entretanto, é interessante ressaltar que a tecnologia desenvolvida não substitui um profissional como o taquígrafo, que é capaz de produzir textos adequados a gêneros específicos, mas poderá tornar-se uma ferramenta preciosa para o trabalho do taquígrafo no futuro. Sob essa ótica, o taquígrafo é um profissional capaz não só de registrar textos orais de maneira célere e eficaz, mas também de produzir textos escritos mais formais, como os diversos gêneros acadêmicos, a partir de notas taquígráficas de manifestações orais, processo que se denomina *retextualização*.

4. A Retextualização

Segundo Santos (2004, p. 11):

A retextualização é a passagem de um texto de um gênero para outro ou a passagem da modalidade oral para a modalidade escrita, fazendo-se alterações para atualizar a

linguagem de forma a adequar o texto a essa nova realidade socialmente estabelecida. Essas alterações implicam mudanças sensíveis e operações complexas, principalmente na linguagem utilizada, e interferem tanto na forma como no sentido. Inicialmente, essa reformulação lingüística leva em consideração as seguintes variáveis: o propósito da retextualização, a relação entre o produtor do texto original e o transformador, a relação tipológica entre o gênero textual original e o gênero da retextualização, ou seja, a transformação em uma modalidade diferente de texto.

Além dessas, outras variáveis são os processos de formulação típicos de cada modalidade, ou seja, o uso de estratégias para a transformação de cada modalidade como, por exemplo, o uso de metalinguagem na linguagem escrita para substituir hesitações e paráfrases da linguagem oral. Essas operações envolvem a idealização, isto é, operações que envolvem a eliminação e regularização de fenômenos de descontinuidade sintática na formulação textual, tais como hesitações, correções, marcadores conversacionais, repetições e truncamentos. Posteriormente, surgem outras operações de reformulação e adaptação, que afetam as estruturas discursivas, o léxico, o estilo, a ordenação tópica, a argumentatividade e acham-se ligadas à reordenação cognitiva e à transformação propriamente dita, transformações essas que atingem a forma e a substância do conteúdo pela via da mudança da qualidade da expressão.

Ao retextualizar-se um texto, deve-se observar a coesão textual e a sua estrutura semântica. As escolhas semânticas devem ser preservadas no novo gênero, uma vez que a significância do discurso reside não só no nível microestrutural, de orações adjacentes e conexões de sentenças, mas também no nível global. É necessário ter-se em mente que sinônimos não são absolutos e que a escolha lexical não é neutra. Segundo Koch (apud PERELMAN, 1970):

Em todo e qualquer discurso particular, só se pode falar, por exemplo, em sinonímia, levando-se em conta a situação de conjunto na qual o discurso está inserido e as convenções sociais que o regem. Assim sendo, a escolha de um determinado termo pode servir de índice de distinção, de familiaridade, de simplicidade, ou pode estar a serviço da argumentação, situando melhor o objeto do discurso dentro de determinada categoria, do que o faria o uso de um sinônimo. A intenção argumentativa pode ser detectada, muitas vezes, pelo uso de um termo pouco habitual na linguagem cotidiana. Por outro lado, a escolha do termo habitual pode igualmente possuir valor de argumento. Salienta ainda que denomina de termo habitual aquele que passa despercebido, já que não existe escolha neutra: o que existe apenas é uma escolha que parece neutra, a partir da qual se podem estudar as modificações argumentativas. O recurso ao estilo neutro deve também ser considerado como um caso particular de renúncia, que se destina a aumentar a credibilidade, por contraste com um estilo argumentativo mais inflamado.

Concomitantemente a todas as operações já mencionadas, ocorrem operações cognitivas, que envolvem a inferência e a compreensão do tópico. Segundo Marcuschi (2001, p. 47):

Há nestas atividades de retextualização um aspecto geralmente ignorado e de uma importância imensa. Pois para dizer de outro modo, em outra modalidade ou em outro gênero o que foi dito ou escrito por alguém, devo inevitavelmente compreender o que foi que esse alguém disse ou quis dizer. Portanto, antes de qualquer atividade de transformação textual, ocorre uma atividade cognitiva denominada compreensão.

5. Fatores Pragmáticos que Influenciam a Retextualização

A retextualização, como já vimos, faz-se necessária em situações em que um texto, produto de fala, deve ser remetido à publicação. Essa necessidade é decorrente de convenções determinadas socialmente. A Pragmática é a área das ciências linguísticas que estuda os fatores externos ao texto que condicionam a sua propriedade e adequabilidade a uma dada condição de produção. Hatch (2000, p. 260) postula que o sentido pragmático dá-se por elementos de contexto que não a Sintaxe ou a Semântica. Costa Val (apud BEAUGRANDE; DRESSLER, 1983) enumera os fatores pragmáticos como sendo: intencionalidade, aceitabilidade, situacionalidade, informatividade e intertextualidade. A intencionalidade é o empenho do produtor em construir um discurso coerente e coeso, capaz de alcançar o objetivo comunicativo proposto. A aceitabilidade é a expectativa do receptor de que o conjunto de ocorrências com que se defronta seja um texto coeso, coerente e relevante, capaz de levá-lo a adquirir conhecimentos ou a cooperar com os objetivos do autor. Assim, a comunicação se efetiva como um contrato de cooperação entre os interlocutores, sendo que possíveis falhas no processo podem ser toleradas em maior ou menor proporção, de acordo com a informalidade do texto e o grau de informação compartilhado entre ambos. A situacionalidade representa os elementos responsáveis pela pertinência e relevância do texto quanto ao contexto em que ocorre. É a adequação do texto à situação sociocomunicativa, contexto que orienta a produção e a recepção. A informatividade é a previsibilidade ou imprevisibilidade de um texto, na medida em que as informações do texto são partilhadas em maior ou menor grau. A intertextualidade representa fatores que fazem a utilização de um texto dependente do conhecimento de outros textos.

A adequabilidade de um texto a uma dada situação depende de regras que governam a produção apropriada dos atos de linguagem, levando em conta as relações sociais entre o falante e o ouvinte. De acordo com Gnerre (1994, p. 6), todo ser humano tem que agir verbalmente de acordo com tais regras e saber quando pode falar e quando não pode, que tipo de conteúdos referenciais lhe são consentidos e que tipo de variedade linguística é adequada para cada contexto. Ele enfatiza que a presença de tais regras é relevante não só para o falante, mas também para o ouvinte, que faz previsões do que irá provavelmente encontrar em um dado discurso, baseado em seu conhecimento prévio dessas regras socialmente estabelecidas. Costa Val (2000, p. 6) postula que:

São elementos desse processo as peculiaridades de cada ato comunicativo, tais como: as intenções do produtor; o jogo de imagens mentais que cada um dos interlocutores faz de si, do outro e do outro com relação a si mesmo e ao tema do discurso; e o espaço de perceptibilidade visual e acústica comum, na comunicação face a face. Desse modo, o que é pertinente numa situação pode não o ser em outra. O contexto socio-cultural em que se insere o discurso também constitui elemento condicionante de seu

sentido, na produção e na recepção, na medida em que delimita os conhecimentos partilhados pelos interlocutores, inclusive quanto às regras sociais da interação comunicativa.

É, portanto, um jogo de imagens recíprocas que são hipotetizadas, testadas e reformuladas continuamente durante o ato de fala. Projetamos uma imagem do outro e do discurso provável que esse outro emitirá. Koch (1996, p. 19) acrescenta que o homem apropria-se da língua não só com a finalidade de veicular mensagens, mas com o principal objetivo de interagir socialmente, instituindo-se como *eu* e instituindo o outro como interlocutor e vice-versa, por meio do jogo de representações e de imagens recíprocas que entre eles se estabelecem. O sentido de um enunciado é constituído, portanto, pelas relações interpessoais que se estabelecem no momento da enunciação através do jogo de representações em que entram o locutor e o alocutário ao atualizarem suas intenções persuasivas. As máscaras que criamos para representar a fala em situações consideradas socialmente como *de prestígio* envolvem o uso da norma culta ou padrão da língua. Segundo Gnerre (1994, p. 6-7),

Somente uma parte dos integrantes das sociedades complexas, por exemplo, tem acesso a uma variedade ‘cultua’ ou ‘padrão’, considerada geralmente ‘a língua’, e associada tipicamente a conteúdos de prestígio. A língua padrão é um sistema comunicativo ao alcance de uma parte reduzida dos integrantes de uma comunidade; é um sistema associado a um patrimônio cultural apresentado como um *corpus* definido de valores, fixados na tradição escrita. Uma variedade lingüística ‘vale’ o que ‘valem’ na sociedade os seus falantes, isto é, vale como reflexo do poder e da autoridade que eles têm nas relações econômicas e sociais.

Isso equivale a dizer que a todo e qualquer discurso subjaz uma ideologia, isto é, o conjunto de idéias que servem para justificar e explicar a ordem social, as condições de vida do homem e as relações que ele mantém com os outros homens. Segundo Koch (1996, p. 19), no capítulo inicial de sua obra *Argumentação e Linguagem*, a *neutralidade* seria nada mais que um mito, pois o discurso estaria sempre imerso em uma ideologia – a da sua própria objetividade. Uma formação ideológica seria, pois, um conjunto de idéias ou representações que revela a compreensão que um determinado grupo ou formação social tem do mundo. Como não existem idéias que não sejam mediadas pela linguagem, pode-se entender que a cada formação ideológica, corresponde uma formação discursiva, que é um conjunto de elementos do plano discursivo que remetem a elementos do mundo natural (figuras tais como lobo, olho, etc.) ou a categorias que ordenem o mundo natural (temas tais como inveja, paciência, etc.), materializando, na forma lexical, uma dada visão de mundo. Fiorin (2003, p. 33) postula que “[...] as visões de mundo não se desvinculam da linguagem, porque a ideologia vista como algo imanente à realidade é indissociável da linguagem. As idéias e, por conseguinte, os discursos, são expressão da vida real. A realidade exprime-se pelos discursos.” Não existem representações ideológicas senão materializadas na linguagem. É interessante observar-se que, enquanto o discurso é a materialização das formações ideológicas de uma formação social, o texto é o meio em que o homem expressa uma ideologia de forma individualizada, sendo organizado

de maneira a veicular discursos, utilizando-se recursos retóricos e lingüísticos. Segundo Fiorin (2003, p. 42):

O enunciador é o suporte da ideologia, vale dizer, de discursos, que constituem a matéria-prima com que elabora seu discurso. Seu dizer é a reprodução inconsciente do dizer de seu grupo social. Não é livre para dizer, mas coagido a dizer o que seu grupo diz. Já o texto é individual. O falante organiza sua maneira de veicular o discurso. A ilusão da liberdade discursiva tem origem nesse fato. O discurso simula ser individual, porque aquilo que, em si, não tem sentido, o plano da expressão, é o campo da organização individual, é o plano da manifestação pessoal. No entanto, deve-se ressaltar que essa individualidade é objetivada, uma vez que é formada por meio de operações modelizantes de aprendizagem, que incluem a formação lingüística, retórica e de procedimentos de formas de elocução. Formas de dizer o discurso são aprendidas e estão de acordo com as tradições culturais de uma sociedade.

O discurso científico é socialmente tido como discurso prestigioso e obviamente não é um discurso neutro. Através do discurso científico, procura-se comprovar uma tese, através do debate e, portanto, da avaliação. Nesse gênero, é comum encontrarmos grande frequência de modalizadores, que veiculam opiniões, e o uso frequente dos verbos conjugados na terceira pessoa para garantir não só o distanciamento do autor, mas também garantir a respeitabilidade de uma dada hipótese defendida – não é somente o autor que fala, é toda uma comunidade científica que respalda aquela hipótese. Segundo Swales (1990, p. 112), é preciso desenvolver um estilo convincente no discurso científico, pois ele só é verossímil se houver um consenso em torno dele. É interessante observar-se que o consenso só é obtido com estratégias lingüístico-discursivas para se produzir em efeitos de sentido de verdade e de objetividade argumentativa, isto é, de persuasão retórica.

6. Conclusão

É inevitável que o trabalho do taquígrafo sofra alterações no futuro, uma vez que o aprimoramento da tecnologia é fato incontestável. Segundo Santos (2004, p. 41):

[...] é necessário que o taquígrafo seja um conhecedor de diferentes gêneros textuais para proceder a retextualizações bem feitas. É primordial que o profissional conheça as características do funcionamento da fala e da escrita, bem como seus usos sociais, uma vez que esse tipo de retextualização envolve complexos processos de eliminação das marcas de oralidade, introdução de marcas metalingüísticas para referência, reordenação tópico-sintática, seleção lexical que garanta a coesão e a coerência textual. Além disso, é necessário que o taquígrafo conheça também os fatores pragmáticos de adequação do texto ao gênero proposto e recursos retórico-argumentativos, para a adequada manutenção da macroestrutura do texto original. É importante ressaltar-se que os interlocutores lançam mão de estratégias argumentativas e de outros procedimentos da sintaxe discursiva para criar efeitos de sentido de verdade ou de realidade com vistas a convencer seu interlocutor. É em razão desse complexo jogo de imagens recíprocas, que o falante usa certos procedimentos argumentativos e não outros. [...]. O taquígrafo será, portanto, um profissional que efetuará a produção e

retextualização de textos como atividade principal, tornando-se secundário o registro do texto sob a forma de taquígramas.

Portanto, acredito que o futuro taquígrafo será um profissional que presenciara reuniões e sessões plenárias ou de órgãos colegiados, taquígrafando as partes mais relevantes, como se fossem anotações, com o objetivo de se retomar o assunto mais facilmente durante a escrita do texto final. Além disso, o profissional utilizará *softwares* de transcrição como ferramenta, para evitar desnecessária digitação e esforço físico. Seu trabalho será, primordialmente, um trabalho de produção de textos, a partir da retextualização de pronunciamentos e manifestações orais.

7. Bibliografia

BEAUGRANDE, Robert-Alain de; DRESSLER, Wolfgang U. *Introduction to text linguistics*. 2. ed. Londres: Longman, 1983.

COSTA VAL, Maria da Graça. Repensando a textualidade. In: AZEREDO, José Carlos de. (Org.). *Língua portuguesa em debate: conhecimento e ensino*. Petrópolis: Vozes, 2000.

COSTA VAL, Maria da Graça. *Redação e textualidade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIORIN, José Luiz. *Linguagem e ideologia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2003.

GNERRE, Maurizio. *Linguagem, escrita e poder*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

HATCH, Evelyn Marcussen. *Discourse and language education*. 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. *Texto e coerência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1989.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *Argumentação e linguagem*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Da fala para a escrita: atividades de retextualização*. São Paulo: Cortez, 2001.

PERELMAN, C. *Le champ de l'argumentation*. Bruxelas: PUB, 1970.

RAMALHO, Maria do Carmo Horta. *Da oralidade à escrita a partir de uma nota taquígráfica*. Monografia (Especialização) - UNI-BH, Belo Horizonte, 1997.

SANTOS, Alessandra de Souza. *Novas tendências da taquigrafia: o uso de taquígrafos na Procuradoria-Geral de Justiça*. Monografia (Especialização) - UNI-BH, Belo Horizonte, 2004.

SWALES, John Malcolm. *Genre analysis: English in academic and research settings*. Glasgow: Cambridge University Press, 1990.

O TRABALHO MULTIDISCIPLINAR NA CONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL

MICHELE ABREU ARROYO

Gerente de Patrimônio Histórico Urbano da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte

Historiadora – Universidade Federal de Minas Gerais

Mestre em Ciências Sociais – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

[...] a natureza e o homem legam à humanidade, às nações, aos grupos verdadeiros tesouros. Estes devem perdurar no tempo – eis que a própria natureza e o homem lhes destinam importante papel. Chegam a dar-lhes alma, voz, memória, um tom de vida para que, impregnados do tempo, possam contar por si sós os mistérios, a trama da história: traduzir os sentimentos que os envolveram; retratar o homem, sua alma, sua época e suas circunstâncias. (PIRES, 1994).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Cidadania como Construção Cultural. 3. O Direito à Cidade. 4. O Direito ao Patrimônio Cultural e sua Pluralidade. 5. A Multidisciplinariedade na Proteção do Patrimônio Cultural. 6. Bibliografia.

1. Introdução

Diante das grandes transformações dos espaços urbanos e de suas formas de apropriação por parte de seus habitantes, principalmente durante o século XX, várias discussões se abrem em relação à pluralidade de construções culturais que se estabelecem na diversidade de relações sociais na cidade. Buscar direções metodológicas que propiciem também trabalhar com o olhar dos habitantes da cidade, em relação ao espaço que utilizam, modificam e se interagem, é atualmente um dos pressupostos para a identificação, proteção e promoção do patrimônio cultural.

O direito à identidade e à diversidade cultural que nasceu juntamente com a formação dos Estados nacionais, avançou no sentido do reconhecimento dos valores plurais que constituem o patrimônio cultural, nos âmbitos nacional, estadual e municipal. A produção das identidades nacionais vinculadas aos *factos memoráveis* da história oficial, da história dos vencedores, deu lugar a uma concepção democrática da produção cultural considerando sua diversidade e o direito de todos os grupos sociais a sua memória, a sua história e a sua cidade. Como ressalta Pires (1994),

Tal preocupação não se restringe à mera preservação de monumentos e documentos históricos: vai além, voltando-se para a conscientização da necessidade de se protegerem as raízes culturais. Não se trata exclusivamente de culto ao passado, mas de garantir à posterioridade a compreensão da história de seus ancestrais. Neste sentido, importa não apenas a preservação do passado, mas também do presente.

Assim, não apenas as noções de patrimônio cultural se ampliaram como a pluralidade dos fazeres culturais foi reconhecida enquanto direito dos cidadãos. A própria legislação brasileira ao consagrar o direito a todos de tomar parte livremente da vida cultural da comunidade, coloca o desafio de trabalhar de maneira multidisciplinar a pluralidade dos espaços da cidade, seus elementos simbólicos referenciais, sua materialidade e imaterialidade.

2. A Cidadania como Construção Cultural

Refletir sobre o percurso de construção da idéia de cidadania sempre nos expõe ao conflito entre o conceito e a prática. Principalmente nas sociedades contemporâneas, as práticas cidadãs têm como parâmetro de análise a formação da chamada *cidadania política*. Neste sentido, a centralidade do Estado vai estar também presente, pois, como destaca Carvalho (1996), o processo de construção do Estado nacional e a tradição estadista do ocidente, vão marcar movimentos, ora inclusivos, ora exclusivos dos indivíduos e organizações sociais nos processos de construção da cidadania e das diversas formas que ela se apresenta.

Poderíamos partir então do pressuposto de que a idéia de cidadania habita territórios dinâmicos e conflitantes, não podendo ser entendida como algo acabado mas em constante construção. A pluralidade das vivências sociais, os conflitos, a constituição política do Estado, a própria construção de políticas públicas seriam agentes dos processos educativos de constituição de direitos.

Ao direcionarmos nosso olhar à relação educativa entre a vivência das práticas sociais e a conformação das instituições, vemos que a noção de cidadania, passou historicamente por períodos de *hibridismo* quando idéias de igualdade entre indivíduos e a desigualdade de classes se conflitavam. Entretanto é possível identificar períodos distintos de afirmação de três elementos centrais da idéia de cidadania: no século XVIII, os direitos civis, século XIX, os direitos políticos e, século XX, os direitos sociais. Assim, a formação dos direitos civis, vinculados à liberdade individual – direito à propriedade, pensamento e fé, direito à justiça, liberdade de imprensa, liberdade de ir e vir – consolida-se enquanto princípio de liberdade passando a cidadania, de instituição local para nacional.

É importante ressaltar que a partir do século XIX, na Inglaterra, a afirmação do modelo capitalista vai tornar latente o conflito entre os princípios da igualdade universal e uma sociedade desigual estratificada. Não se tratava de um posicionamento de igualdade econômica, mas sim de uma espécie de igualdade humana básica associada a uma participação integral da comunidade. Como ressaltou Marshall (1967), a desigualdade dos níveis econômicos das classes sociais poderia ser *aceitável* desde que a igualdade de acesso à cidadania fosse reconhecida. Assim, avançando na idéia de intitulação, o cidadão entendido enquanto sujeito de direito, soma-se à idéia de participação na herança social de pertencimento a uma sociedade. Neste período já se inicia a construção dos direitos sociais, mesmo que sob uma perspectiva do indivíduo, quando se coloca como exigência a

educação das crianças, enquanto direito do cidadão adulto ter sido educado. “A educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil” (MARSHALL, 1967).

A afirmação do caráter público e universalista da cidadania em seus vários aspectos afirma-se passando das sociedades patrimoniais do século XVIII até o Estado de bem-estar-social. Neste sentido os direitos sociais, no século XX, colocam-se como princípio de uma cidadania nacional voltada para a própria autonomia do Estado-Nação.

O conjunto de direitos, símbolos da igualdade no âmbito nacional, vão abrir caminho para oportunidades de participação ativa na própria política, principalmente quando se consideram formas de representação de grupos, o que abre espaço para a representação de interesse também das classes baixas. O Estado legitima-se então pela realização de políticas públicas a partir do reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais.

De acordo com Eros Grau, [...] ‘Essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria de políticas econômicas, englobam de forma mais ampla, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais). A expressão políticas públicas designa todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública - o direito é ele próprio, uma política pública. (SAULE, 1998).

Considerando o papel do Estado democrático de direito e sua relação direta com as desigualdades sociais entre agentes considerados cidadãos, vemos que depende em parte das estruturas estatais respaldar os direcionamentos e o poder das classes dominantes nas decisões ou, priorizar seus interesses na agenda ou, educar para uma prática mais social, pública da vida urbana. Os Estados podem ser considerados, de um modo mais macroscópico, configuradores de organização e ação que influenciam nos significados e métodos da política para todos os grupos e classes da sociedade enquanto cidadãos.

A sociedade politicamente moderna tem o papel de acolher os diversos *sujeitos sociais* como *sujeitos de direito*. Mas os espaços urbano, cultural, social e político não nascem modernos. Os processos de construção das políticas públicas formam-se modernos nos embates sociais e culturais, na formação de uma cultura do público, do coletivo. Assim, os protestos sociais, as mobilizações culturais formam novos valores, educam os cidadãos positiva ou negativamente. O que poderíamos chamar de aprendizado do direito à cidadania estaria ligado às lutas pela efetivação de uma cultura pública. Assim, quando os governos fazem avançar o caráter humano nos princípios de uma administração, estão sendo educadores do direito à vida urbana socialmente compartilhada.

Nas sociedades pós-modernas, vemo-nos diante de uma afirmação dos direitos relacionados à cidadania na própria consolidação da prática democrática como direito político e social. Poderíamos dizer que a legitimidade da atuação do Estado democrático passa pela construção de uma cultura política entre os diversos atores sociais e da própria *governabilidade* desse Estado.

A Constituição brasileira de 1988 vai afirmar seu caráter humanista quando primeiro prevê que as políticas públicas devem ser implementadas através de instrumentos como os planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social; segundo quando dá autonomia aos municípios que devem também assegurar uma vida digna nas cidades através de instrumentos como planos de ordenação do território, como o plano diretor – instrumento básico do desenvolvimento urbano.

O Estado passa a praticar a democracia não apenas através do voto, em que os eleitos muitas vezes sobrepõem seus atos ao consentimento do cidadão, mas sim através do entendimento de que ele deve ser um colaborador, um co-gestor na formulação de políticas públicas e na própria prática administrativa, estabelecendo prioridades na agenda da administração pública. Não se trata aqui de excluir as instâncias da democracia representativa, elas continuam tendo suas responsabilidades para com a sociedade, mas as esferas de decisão passam a ser incorporadas também pelos cidadãos.

A Constituição vai estabelecer assim, principalmente no âmbito dos municípios, sistemas de gestão democrática em vários campos de atuação da administração pública. As formas de organização administrativa para a participação dos cidadãos na gestão das políticas públicas passam pela criação dos Conselhos (órgãos administrativos colegiados), plebiscito ou referendo (consulta popular), orçamento participativo (elaboração e execução de orçamento público); iniciativa popular (apresentação por cidadãos de projeto de lei ao Legislativo), audiência pública (publicidade e discussão para a legitimidade da ação administrativa), ouvidoria pública (canal de ligação através de representante entre os cidadãos e o poder público), e ainda as conferências municipais (discussão e alteração das legislações municipais como Plano Diretor, Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo).

Todos esses mecanismos fazem parte da construção de uma nova cultura política, que enquanto processo tem um tempo histórico maior do que o período de duração de uma determinada administração. A própria apreensão da cidade enquanto espaço público tem avançado independentemente da administração que esteja em vigor. Assim, devemos reconhecer que a vida pública na Nação ou no Município enfrenta o desafio da constituição de um modelo mais orgânico e cada vez menos estático dos processos de participação e gestão da coisa pública. Estaríamos então diante do aprendizado da democracia e do exercício da cidadania, da constituição de direitos, da construção de uma cultura urbana pública.

3. O Direito à Cidade

Diante desses desafios que perpassam as percepções sobre as cidades contemporâneas, as abordagens históricas conceituais, respaldadas na prática vivida na conformação dos espaços urbanos – entendidos aqui enquanto categoria histórica¹ – e nas relações sociais estabelecidas nos mesmos, abrem caminho também para a reflexão sobre o direito à cidade. A construção de uma cultura pública em relação aos espaços da cidade vincula-se

ao entendimento de constituição de direitos, não apenas individuais, mas principalmente baseados em valores coletivos.

Esses valores construídos no tempo e no espaço (forma) das cidades são trilhas que se somam para o entendimento das transformações e da dinâmica do viver urbano. Segundo Santos (1994), são idéias que comandam a elaboração da história urbana. Os lugares, apresentados ou não sobre forma de paisagem seriam a soma dos pedaços de realizações atuais e de realizações do passado, ou seja, as formas jurídicas e as formas sociais somadas à temporalidade formam a particularidade dos lugares: a história da cidade seria então a história de sua produção continuada.

A dinâmica urbana, os costumes dos habitantes da cidade, a paisagem formada pelas ruas, passeios, praças, jardins, prédios, casas, placas, monumentos, formam nossas referências nesse espaço, nossa identidade. Assim, os espaços públicos são os lugares onde os cidadãos devem ter assegurado o direito de vivenciarem de forma privilegiada sua cultura, sua história, sua cidade. Nos últimos anos a preservação de imagens e identidades construídas na cidade vem sendo o norte das preocupações em torno da necessidade de que seja garantida a qualidade de vida nos centros urbanos. A disponibilidade de espaços públicos acolhedores, acessíveis, bem tratados constitui-se como fator fundamental para a garantia da sociabilidade e do desenvolvimento humano.

Para isso devemos considerar a multiplicidade de vivências, de usos e percepções dos espaços públicos buscando assim a garantia da pluralidade, da diversidade funcional e simbólica que dá sentido a esses lugares da cidade. Os espaços públicos devem ser considerados não a partir das singularidades das práticas privadas mas sim da sua pluralidade cultural e social: espaço urbano deve ser entendido como espaço do uso e direito coletivos. Considerando assim a pluralidade dos espaços e suas apropriações ao longo dos anos, a cultura estaria entendida como modo de vida das pessoas que usam e constroem seus valores, positivos e negativos, em relação à cidade.

A cidade não é então uma imagem congelada no tempo. Ao contrário, está em constante construção. Através da valorização dos signos – do convívio, da afetividade, dos lugares de encontros, do caminhar pelas ruas – efetivamente se compõem os elementos da imagem da cidade: esta entendida em todos os seus aspectos como processo histórico, como construção cultural. Podemos partir de um princípio fundamental que seria a garantia da preservação das marcas dos sujeitos (habitantes da cidade) na formação da paisagem urbana, tendo o espaço público como suporte e expressão de memórias diferentes, de identidades diversificadas, de imagens plurais. O direito à cidade constitui-se de prática cidadã.

¹ Para se fazer um estudo ou reflexão sobre a cidade é importante considerarmos o conceito de espaço como uma categoria histórica considerando a própria dinâmica das cidades e as novas variáveis que se somam no curso do tempo. Devemos perceber a cidade como um *organismo urbano*.

As relações estabelecidas entre cultura, política e direito expressam uma multiplicidade de valores produzidos e reinterpretados em tempos históricos diferenciados. Assim os comportamentos humanos e suas relações coletivas na constituição cotidiana e sua relação com a natureza e a sociedade são produtos da cultura. As políticas públicas, a legislação, as normas jurídicas são produtos culturais. Poderíamos citar a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), que a regulamenta em seus artigos 182 e 183, como um conjunto de regras normativas porém mais que isto são a expressão das representações culturais de um povo, de sua história, de seu *patrimônio cultural*. A legislação entendida como parte do processo de constituição de direitos é um objeto ou uma criação de uma determinada cultura, em que as relações políticas de uma sociedade se expressam através de idéias dominantes na cultura de uma determinada época. A pluralidade cultural e os direitos de apropriação coletiva da cidade, a participação das comunidades nos processos políticos, o valor social da propriedade, são temas cada vez mais presentes no ordenamento jurídico entendido como fundamento da própria história dos movimentos sociais na cultura da modernidade.

A construção de políticas públicas voltadas para a preservação da memória e do patrimônio histórico é um dos fatores que garantem a diversidade de referências de que é composta nossa cidade. O reconhecimento dessa pluralidade do patrimônio cultural no Brasil está expressa também no ordenamento jurídico enquanto direito à memória, ao patrimônio, à história, à cidade. As casas, prédios, praças, parques, calçadas, o traçado urbano na sua diversidade contam a história da nossa cidade.

O direito à memória é que garante a possibilidade de perceber as transformações da cidade, no presente, de entender a dinâmica urbana, seus problemas e desafios. As edificações e monumentos protegidos, bem como os que vão sendo construídos, conformam a paisagem urbana entendida como bem coletivo e constituem as referências simbólicas e afetivas no centro urbano, localizam os cidadãos dentro da cidade, na sua história.

4. O Direito ao Patrimônio Cultural e sua Pluralidade

O caráter simbólico dos lugares da cidade conforma-se a partir da significação das representações que faz com que os prédios, praças, ruas e marcos pertençam a um contexto de significações afetivas, cognitivas, diversas no cotidiano dos indivíduos e grupos sociais. A constituição do imaginário urbano está diretamente ligada à cidade vivida, apropriada em seu dia-a-dia. Para Argan (1992), esse *valor* da cidade é uma função estruturante, um exercício constante de sensibilidade no percurso dos itinerários urbanos diários. As mudanças físicas nos espaços que se constituem como referências simbólicas desestruturam, redimensionam a relação do habitante com a cidade física e imaginária.

O caráter simbólico dos espaços públicos vai ocupar um papel plural na diversidade de constituição do imaginário em relação ao lugar e conseqüentemente suas maneiras diversas de apropriação e significados. Nesse processo é importante ressaltar a construção de uma rede de valorações e representações das estruturas arquitetônicas, construtivas e das

estruturas cognitivas.

Dentro dessa perspectiva, as cidades não podem ser diferenciadas por suas pontes, viadutos, praças ou museus, mas sim pela maneira com que estas construções se representam no imaginário de seus habitantes. Os monumentos têm uma existência, a um só tempo, física e psicológica e, em sua materialidade e conteúdo simbólico, envolvem temas referentes à Arte, Arquitetura e História. Articulam, no plano visível, elaborações coletivas de espaço e tempo.

Sob esse aspecto é importante reconhecer que os espaços urbanos são produções culturais que vão ser ao longo do tempo apropriadas de maneiras diversas. As relações sociais vão transformar e reinterpretar o ambiente vivido e ao mesmo tempo vão estabelecer os vínculos temporais, ou seja, as bases para as novas apropriações. Essas permanências e mudanças é que vão transformar esse material cultural em patrimônio. Então todos os produtos culturais que se expressam através da materialidade, que são apropriados como fontes pelas comunidades, constituem-se como patrimônio cultural.

Devemos ressaltar que a materialidade está tratada aqui como produção também cognitiva sem destituir a simbiose, principalmente no âmbito da cidade e seus cidadãos, entre imaterialidade e materialidade do patrimônio cultural. Muitas vezes os chamados bens culturais tangíveis estiveram caracterizados como suportes, porém, culturalmente, eles são a expressão da imaterialidade, no sentido de que tanto a forma como os sentidos se somam na interpretação e apropriação dos lugares, das manifestações sociais, das tradições culturais. Assim, a imaterialidade da construção da identidade carece da forma, do objeto, do ritual e vice versa. Quando se considera uma edificação com seu valor material enquanto forma é imprescindível reconhecer seu valor imaterial considerando seu caráter simbólico, sua apropriação, seus significados afetivos. Da mesma maneira, ainda não é possível compreender um ritual como o Congado, por exemplo, sem sua materialidade, seus símbolos, seus objetos, sua forma.

A partir desses pressupostos, os processos de produção do patrimônio cultural estão presentes no cotidiano dos grupos sociais, então o trabalho das políticas públicas, como fomentador das condições da produção desse patrimônio, devem ter início nos próprios grupos sociais, promovendo inclusive a troca e o reconhecimento da diversidade dos lugares de referências socialmente produzidos, considerando a prioridade de assegurar o direito à cidade, à sua memória, à sua história.

A cidade no seu aspecto material – objeto, deve ser compreendida como lugar de identidades individuais e coletivas, como espaço educativo. As linguagens da cidade têm um caráter pedagógico, porque a materialidade e a subjetividade da cidade expressam as relações e os valores sociais, políticos, racistas, de classe de exclusão ou inclusão que estão presentes na sociedade. Então esses símbolos, esse patrimônio representam a experiência cotidiana do cidadão e ao mesmo tempo educam o olhar e a percepção do outro, o que é fundamental para a construção da identidade. Este seria um processo de aprendizado do

direito à cidade. Primeiro, a cidade deve ser exposta a esse público: os moradores devem descobrir o verdadeiro rosto da cidade, com agrado ou desagrado, e, segundo, a cidade passa a ser discutida, avaliada e apreendida como espaço de direitos.

5. A Multidisciplinariedade na Proteção do Patrimônio Cultural

Torna-se fundamental o estudo da sociedade *da* cidade e não apenas *na* cidade. Para Velho (1977), tanto a antropologia urbana como a sociologia urbana se atrelaram à idéia de que urbano era tudo o que ocorria no interior das cidades. As referências conceituais estavam mais voltadas para o estudo das situações que ocorrem em cidades através de um enfoque mais amplo do que entender os espaços urbanos a partir de suas singularidades de seus processos específicos.

Podemos dizer que, já há algum tempo, as chamadas ciências humanas passaram a se ocupar com o cotidiano dos grupos sociais e as consequências da urbanização e da vida em cidades. A multiplicidade dos processos sociais que ocorrem no contexto urbano vai de encontro às possibilidades do profissional utilizar-se da pluralidade do cotidiano, das mentalidades, das diversas práticas sociais presentes na pluralidade dos sujeitos históricos que fazem o dinamismo dos espaços. Assim, a cidade como espaço educativo forma novas identidades sociais, novos sentimentos e sinais, novas manifestações culturais que fazem dela um lugar da história, um produto da cultura. Outras imagens vão sendo construídas ao longo dos anos, os espaços da cidade vão sendo modificados e seus habitantes vão fazendo diferentes usos deles buscando os caminhos que levem às práticas cotidianas, aos espaços vividos, à inquietante familiaridade da cidade. Benjamim (1985) ressalta a mão dupla das relações entre espaço e sociedade. A sociedade é dinâmica e a cidade também: os caminhos dessas transformações são traçados no tempo, assim *a história é labirinto*.

Como considerar essa multiplicidade cultural através de bases metodológicas que considerem espaço/forma, tempo/história e cotidiano/sociedade? A construção formal das alternativas metodológicas esteve muitas vezes centrada na preocupação de introduzir a variedade do comportamento, a multiplicidade e a pluralidade contida nas relações sociais. Por outro lado, distanciou-se, algumas vezes do espaço construído enquanto forma que interage com a vida social, e trabalhou um olhar sobre a cidade enquanto cenário da vida social. Outras disciplinas como a antropologia urbana e a própria história vão trazer novas percepções metodológicas que se distanciam de metodologias mais tradicionais de caráter mais empirista e positivista. A observação participante e a história oral, por exemplo, irão contribuir para um outro olhar sobre a cidade e seus habitantes.

O trabalho com a cidade coloca-nos diante da busca de metodologias alternativas devido a um princípio contido na própria dinâmica social: estamos sempre diante de uma realidade que é nova. Até pouco tempo as alternativas de metodologia científica sobrepujavam o método à realidade não aproximando a teoria da prática, deixando de lado a pluralidade das relações sociais principalmente as subjetividades, os valores cognitivos, simbólicos

presentes e tão determinantes da vida na cidade. Porém a relação entre sujeito e objeto é mais complexa que uma relação formal, com regras relacionais e de linguagem estruturadas sob uma lógica. O espaço socialmente vivido da cidade está carregado sim de diferenças, de contrários, de subjetividades e especificidade que devem ser consideradas.

O trabalho com a cidade passa na atualidade por uma reformulação de paradigma. Por muitas vezes a relação entre o conhecimento científico e a sociedade esteve pautada por um entendimento da vida social como múltiplos objetos teóricos, objetivando, *coisificando* a sociedade. Essa posição acabou por representar a estratificação da própria sociedade e muitas vezes contribuir para isto.

No conhecimento pós-moderno a ação humana está diretamente ligada ao mundo, nasce das relações que se estabelecem em um espaço-tempo local e deve constituir-se a partir de uma *pluralidade metodológica*. A necessidade de aproximação entre sujeito/objeto considerando as subjetividades que envolvem as vivências sociais dos espaços exigiu assim o uso de metodologias que quebrassem essa polarização e que reconhecessem os processos de produção cultural.

O desafio de se tratar com a cidade está principalmente em conseguir uma abordagem que vá além das percepções tecnicistas sobre o espaço urbano ignorando as relações sociais vividas no lugar. São estas relações que vão dar a forma subjetiva à objetividade do espaço, que o apreendem, que o conformam. Os signos constituídos na apropriação dos espaços ao longo do tempo é que dão forma e vida aos lugares da cidade, lugares do trabalho, do lazer, da vida política, da história, da memória. A atuação profissional sob a cidade passa prioritariamente pelo reconhecimento de sua pluralidade cultural, pela leitura e percepção de seu cotidiano vivido ao longo da história, passa pela aproximação aos novos paradigmas das ciências pós-modernas, e, principalmente, por uma multidisciplinariedade.

Ao optarmos por uma análise do espaço e do tempo a partir de suas relações históricas, de heterogeneidade, pluralismo, de construção do conhecimento, a interdisciplinariedade torna-se ponto fundamental com a quebra de autonomias disciplinares fechadas em si no entendimento de que as determinantes políticas, sociais, econômica e cultural agem concomitantemente sobre a sociedade e o lócus constituído.

A reconhecida renovação metodológica que ocorre na História, durante o século XX, abre caminho para novas formas de abordagem e de procedimentos marcados pela interdisciplinariedade. Idéias como o rompimento com as estruturas disciplinares buscando uma perspectiva pluralista e universalista de difusão do conhecimento tem ganhado campo na atuação científica. A transdisciplinariedade agora proposta passa por

‘Pensar globalmente; agir localmente’; rompimentos com fórmulas de pensamento endocêntricas [...] a adoção de posturas de índole mais ‘multicultural’ ou ‘intercultural’; respeito aos particularismos, através de consciência de que o universal apresenta-se amalgamado por um conjunto de pluralidades; rompimento com a visão

dicotômica que contrapõe objetividade e subjetividade. (NEVES, 2001).

Assim, o trabalho multidisciplinar para a construção de políticas públicas de proteção do patrimônio cultural deve ter como referencial o olhar dos sujeitos históricos que se apropriam dos símbolos da cidade oferecendo à pesquisa, às propostas de atuação, à interpretação da legislação, um caráter interdisciplinar e pluralista que parte da singularidade, da contrageneralização e do pensar dentro da pluralidades culturais.

[...] todo o registro tem uma história, um significado que lhe é atribuído no momento de sua constituição, significado este que fornece as condições de inteligibilidade dos acontecimentos da história e que também se altera no uso que os sujeitos sociais fazem dele. (KHOURY, 2001).

Considerando a cidade como um grande tecido de múltiplas e complexas relações sociais, alternativas metodológicas que reconheçam a pluralidade do fazer cultural são uma possibilidade de intercâmbio entre as ciências sociais e do comportamento, com a história, antropologia, sociologia, urbanismo, o direito e psicologia.

Considerar a multiplicidade de vivências, de usos e percepções deste espaço seria a afirmação da pluralidade, da diversidade funcional e simbólica que dá sentido a ele. Pensar então nas singularidades das práticas individuais e inter cruzá-las pode ser uma maneira de entender a pluralidade cultural e social do espaço e principalmente o patrimônio cultural que se reforça e se constitui simbolicamente na cidade.

A cidade é múltipla e assim múltiplas são suas construções e apropriações. É através de sua pluralidade, seus contrastes, suas somas e divergências que se produzem as redes simbólicas. Entre as tramas das referências tangíveis da cidade se descortinam percepções invisíveis, mas socialmente constituídas que dão sentido à forma. A história da cidade é a história da especialização dos tempos e das escolhas coletivas. Assim os lugares além de sua existência material são codificados em um sistema de representações cognitivas, afetivas simbólicas que constituem o patrimônio cultural.

A atuação multidisciplinar deve ter o entendimento da cidade que considere as articulações entre seu conjunto de funções simbólicas e as atividades de troca (*urbs*) e administração (*civitas*) que irão compor a *pólis* e originar a *política*. A cidade é o lugar da história (ENGELS). A segmentação clássica do urbanismo em relação à cidade entre lugares considerados *legais, formais, planejados* e lugares *informais, ilegais, espontâneos* dão espaço a uma concepção de simbiose onde a formalidade e a informalidade se mesclam nas representações tangíveis e intangíveis das vivências sociais.

Trabalhar políticas públicas de proteção da memória e do patrimônio cultural sob a percepção dos lugares da cidade a partir de seus significados que vão além de sua presença imediata, remete a valores e realidades que transitam entre o tempo passado e presente fazendo parte assim do imaginário de seus habitantes.

Se entre as casas, as ruas e os grupos de seus habitantes houvesse uma relação inteiramente acidental e efêmera, os homens poderiam destruir suas casas, seu quarteirão, sua cidade, reconstruir sobre o mesmo lugar uma outra, segundo um plano diferente; mas se as pedras se deixam transportar, não é tão fácil modificar as relações que são estabelecidas entre as pedras e os homens. (HALBWACHS, 1990).

6. Bibliografia

ARGAN, Giulio Carlo. *A história da arte como história da cidade*. Tradução Vilma De Katinsky. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania: tipos e percursos. *Estudos Históricos*, n. 18, 1996.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Vértice, 1990.

KHOURY, Yara Aun. Falas do crime, segregação espacial e discriminação social. *História Oral: Revista da Associação Brasileira de História Oral*, São Paulo, n. 4, jun. 2001.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

NEVES, Lucília de Almeida. Novas propostas metodológicas em ciências sociais. *História Oral: Revista da Associação Brasileira de História Oral*, São Paulo, n. 4, jun. 2001.

PIRES, Maria Coelli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Milton. *Técnica, espaço, tempo: globalização e meio técnico científico informacional*. São Paulo: Editora Hucitec, 1994.

VELHO, Gilberto. A organização social do meio urbano. *Anuário Antropológico*, Rio de Janeiro, n.76, 1977.

SAULE, Nelson Júnior. A participação dos cidadãos no controle da administração pública. *Revista Polis*, São Paulo, 1998.

DISTÚRBIOS ALIMENTARES – EROSÃO DENTAL POR REFLUXO DE ÁCIDOS GÁSTRICOS

LUCIANA GONÇALVES DE SOUZA SANTOS

Cirurgiã-Dentista

Pós-Graduada em Prótese pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. Lesões de Erosão. 2.1. Bulimia e Anorexia Nervosas. 2.2. Doença do Refluxo Gastroesofágico. 2.3. Diagnóstico de Erosão Dentária. 2.4. A Saliva e a sua Relação com a Erosão Dental. 2.5. A Dieta e a sua Relação com a Erosão Dental. 2.6. Medidas para Minimizar as Influências Abrasivas. 2.7. Medidas para Fornecer Proteção Química. 2.8. Tratamento. 2.8.1. Tratamento Emergencial. 2.8.2. Tratamento Definitivo. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1. Introdução

A erosão dental pode ser classificada como um processo irreversível, em que a perda de estrutura dental não se relaciona com o envolvimento bacteriano e, geralmente, é um sinal secundário de alguma desordem sistêmica (ALI, 2002). A erosão dental deve ser diagnosticada o mais rápido possível, pois é um sinal importante na descoberta de pacientes que apresentam a doença do refluxo gastroesofágico e distúrbios alimentares, principalmente estas quando acometem a face palatina dos dentes anteriores (SILVA; DAMANTE, 1995). O cirurgião-dentista tem grande influência no diagnóstico da erosão, devendo estar apto a correlacionar essa perda de estrutura dental a diferentes fatores causais, tanto extrínsecos como intrínsecos (SERAIDARIAN; JACOB, 2002).

Muitos pacientes que apresentam a doença do refluxo, distúrbios alimentares ou até mesmo alcoólatras crônicos, automedicam-se com antiácidos, não procuram ajuda médica, muitas vezes por medo de serem rejeitados pela sociedade ou mesmo por desequilíbrio emocional. Têm medo de descobrirem consequências mais sérias como uma enfermidade maligna devido aos seus problemas. Assim o cirurgião-dentista apresenta um papel fundamental, podendo encaminhar o paciente para uma equipe especializada em tratar esses pacientes (PERGORARO; SAKAMOTO; DOMINGUES, 2000). Os dentistas devem estar atentos para as consequências orais do refluxo, devendo observar tais sinais e sintomas, e fazer a referência à doença o quanto antes, para que o paciente seja encaminhado o mais rápido possível ao gastroenterologista, evitando futuros exames desnecessários. O profissional deve estar atento não apenas para o paciente que já apresenta a erosão dental, mas também para aquele que tem o potencial para desenvolver tal processo, assim ele poderá evitar e prevenir tratamentos mais complexos e difíceis de serem resolvidos. Na maioria das vezes o médico gastroenterologista e a ajuda do psicólogo são necessários com a associação da equipe odontológica (PORTO NETO, 2000). A severidade da doen-

ça do refluxo está diretamente ligada com a sua duração. Enquanto as formas mais severas são potencialmente prejudiciais aos dentes, as mais moderadas podem nem causar efeitos colaterais dentais (CÂNDIDO; PELIZ FERNANDES, 2002), portanto, muitas vezes, o dentista é o primeiro a suspeitar que o paciente esteja com alguma desordem alimentar devido às seqüelas orais.

2. Lesões de Erosão

O termo erosão é derivado do latim *erodere*, *erosi*, *erosum*, e designa uma destruição da superfície de alguma matéria, geralmente por mecanismos químicos ou eletrolíticos. Já o seu termo clínico é usado para definir uma patologia crônica e localizada, com a perda de tecido duro por ataque químico ou dissolução da superfície dental, na ausência de envolvimento bacteriano (SERAIDARIAN; JACOB, 2002). O desgaste dental é um processo fisiológico em condições normais, e assim é natural que o grau de desgaste seja proporcional ao tempo de exposição do dente na cavidade bucal (PORTO CARREIRO, 2000). A erosão dental pode ser classificada em dois tipos distintos: erosão extrínseca e erosão intrínseca. A forma extrínseca é decorrente de fatores externos à boca. E a intrínseca está relacionada a distúrbios alimentares.

A erosão extrínseca é causada por fatores exógenos que incluem o consumo de alimentos ácidos, como frutas ácidas, bebidas ácidas, de alguns medicamentos como preparações de Vitamina C efervescente e tabletes de Vitamina C mastigáveis. Outra causa extrínseca da erosão é o contato diário com substâncias ácidas da atmosfera ou do local de trabalho como as indústrias químicas. A prática de natação em piscinas com água clorada também é outro fator observado como causador do desgaste dentário.

As causas da erosão intrínseca incluem vômitos recorrentes como resultado de desordens psicológicas e alimentares, anorexia e bulimia nervosa, ou então a regurgitação de conteúdos gástricos decorrentes de alguma anormalidade do trato gastrointestinal (JÄRVINEN; RYTÖMAA; HEINONEN, 1991).

2.1 Bulimia e Anorexia Nervosas

A anorexia nervosa, descrita em 1689, e a bulimia nervosa são duas desordens alimentares psicossomáticas e sociais. A característica comum de ambas as doenças é a preocupação excessiva com a alimentação e o ganho de peso.

A anorexia é caracterizada pela auto-imposição de passar fome, grande pavor em ganhar peso, percepção distorcida da imagem corporal, nunca mantendo o peso normal e estando sempre à procura do emagrecimento, anormalidades endócrinas e depressão. As características físicas dessa doença incluem hipotermia, desequilíbrio no balanço eletrolítico, insônia, desordens dermatológicas, cabelos e unhas fracos, amenorréia em mulheres, hipotensão e/ou bradicardia. Em casos não tratados, a morte poderá vir a ocorrer. As mais comuns causas de morte como consequência dessa desordem alimentar são degeneração

do miocárdio, falhas cardíacas e suicídio.

A bulimia significa literalmente *fome de boi*, indicando voracidade, e tem como características a ingestão incontrolada de grandes quantidades de comida, frequentemente seguidas por refluxo, tanto voluntário como involuntário, e o sentimento de culpa e as tentativas de manter a doença em segredo acompanham esse distorcido hábito alimentar. As funções sociais e ocupacionais são prejudicadas, aumentando as chances de a depressão acontecer (ROBERTS; HUALI, 1987). Na bulimia, é comum o uso constante de laxantes e diuréticos com o intuito de perder peso e liberarem tudo o que ingeriram. Segundo Silva (2001), “Os indivíduos têm dificuldade em completar projetos, concentrar-se em atividades rotineiras e manter relacionamentos interpessoais”.

A anorexia nervosa pode ser dividida em dois tipos distintos: aquela que apresenta pequenos episódios de regurgitação, com frequência inferior a uma vez por mês, ou então que os vômitos não estão presentes, e o outro tipo em que a auto-indução do vômito é uma característica regular da doença. Na bulimia, a diferença entre os seus dois tipos está voltada para a história relatada pelo paciente durante a anamnese sobre o abuso de bebidas alcoólicas, drogas controladas e/ou práticas sexuais anormais (ROBB; SMITH; GEIDRYS-LEEPER, 1995).

A causa dessas desordens alimentares é ainda desconhecida. Fatores genéticos, culturais e psicológicos enriquecem a etiologia dessas doenças. A disfunção do hipotálamo também tem sido sugerida como fator etiológico. A questão da freqüente procura pela vida saudável e corpo ideal é uma poderosa força presente na sociedade moderna e que reforça o medo em vir a engordar. Certos profissionais como, por exemplo, dançarinas, modelos, skatistas e esportistas em geral, enfatizam a aparência aumentando a probabilidade de apresentarem tais desordens alimentares. Dançarinas de *ballet* têm um risco dez vezes maior de apresentarem anorexia nervosa do que as demais pessoas. Existem evidências de que a disfunção na mediação neurotransmissora de serotonina aumenta as chances em acarretar tais problemas. A anorexia e bulimia nervosas são usualmente encontradas em mulheres jovens, previamente saudáveis. A população de risco consiste principalmente de mulheres de cor branca com nível socioeconômico médio alto. Essas desordens raramente acontecem em negros, orientais, em homens e em indivíduos de classe baixa (LITTLE, 2002). Geralmente os pacientes anoréxicos são jovens, mulheres brancas e de normal inteligência. Os que sofrem de bulimia têm uma tendência a serem bem educadas, solteiras, próximas ao peso corporal ideal, mas um pouco mais velhas do que os pacientes anoréxicos. As mulheres representam cerca de mais de 90 % dos casos (WALDMAN, 1998).

O influxo de comida nos pacientes anoréxicos é diminuído, enquanto as atividades físicas e a manutenção de tabelas calóricas diárias são aumentadas. Quando as regurgitações crônicas chegam a causar distúrbios ácido-básicos ou desequilíbrios eletrolíticos, o caso fica mais complicado e o prognóstico é pior. (HOUSE, 1981). Já nos pacientes bulímicos, o tipo de alimento consumido varia muito no momento da hiperfagia. O cardápio

desses períodos incluem principalmente aqueles alimentos com alto teor calórico e de fácil ingestão como, por exemplo, doces, sorvetes, pães e bolos (CALDEIRA; NÁPOLE, BUSSE, 2000).

2.2 Doença do Refluxo Gastroesofágico

Um mecanismo denominado anti-refluxo envolvendo o esfíncter esofágico inferior controla o movimento do ácido vindo do estômago para o esôfago. Alguma falha envolvendo tal mecanismo pode resultar numa condição crônica conhecida como Doença do Refluxo Gastroesofágico – GERD. O diagnóstico dessa doença é usualmente baseado na história detalhada do paciente e no exame de endoscopia (GREGORY-HEAD, 2000). O refluxo gastroesofágico vem sendo definido como o movimento do conteúdo gástrico para o esôfago. Esse conteúdo apresenta em sua composição ácido, pepsina, sais bilícos e tripsina. Os sintomas típicos da doença são regurgitação associada a um gosto ácido ou amargo na boca, e pirose. Outros sintomas a serem citados são dor no peito, asma, pneumonia recorrente, tosse crônicas, otite média, refluxo na laringe, sensação globular, erosão dental, entre outros (SILVA, 2001).

No processo de alimentação normal, a barreira anti-refluxo precisa relaxar durante as refeições permitindo-se assim a deglutição dos alimentos e a saliva. É neste momento que pode ocorrer o refluxo. O peristaltismo esofágico, geralmente é responsável por uma limpeza rápida, e quando ela é deficiente, ocorre o refluxo patológico. No entanto, a maioria dos refluxos ocorre fora do período digestivo e acontece devido ao relaxamento transitório do esfíncter esofágico inferior. Devido à imaturidade do mecanismo anti-refluxo, o lactente corre muito mais risco de sofrer esse refluxo. Com a ingestão de alimentos sólidos por volta do 4º a 6º mês de vida e já em posição ereta (quando a criança começa a se sentar), esse refluxo pode desaparecer (KAWAKAMI, 1986).

Ao contrário do refluxo fisiológico, o refluxo patológico é uma verdadeira doença, causando sintomas desagradáveis como dor, desnutrição, anemia, sintomas respiratórios e estenose do esôfago. O refluxo frequentemente é longo (mais de cinco minutos) e bastante ácido tendo um pH abaixo de 4 e até abaixo de 2, podendo ocorrer longe das refeições (2 horas depois), e durante a noite, além do tempo total de acidez no esôfago ser longo. O refluxo pode tornar-se patológico quando ocorre uma dismotilidade do peristaltismo esofágico, e ineficiência na limpeza do esôfago. As manifestações clínicas do refluxo gastroesofágico podem apresentar-se sob dois modos: regurgitante (característico devido ao predomínio de regurgitação e vômitos) e não regurgitante, com a presença de outros sintomas, provenientes da esofagite ou de distúrbios respiratórios (MURAHORSCHI, 1994). O refluxo gastroesofágico pode acontecer não só pela incompetência do esfíncter esofágico inferior, mas também pelo aumento da pressão e volume gástricos. Exemplificando o aumento da pressão podemos citar a obesidade, e como o aumento de volume, o período após pesadas refeições, espasmos e obstrução (SHAW; SMITH, 1999).

Dormir em um colchão regular ao invés de um colchão de água e elevar a cabeça com

um número maior de travesseiros (2 ou 3) podem ser medidas eficazes para evitar o refluxo durante o sono. O medicamento *Metoclopramida* com a dosagem de 0.1mg/Kg antes das refeições e antes de dormir tem o objetivo de reduzir a frequência e o volume do refluxo. Já a *Ranitidina* (4mg / Kg) ajuda na diminuição da produção do ácido gástrico (TAYLOR, 1992).

2.3 Diagnóstico de Erosão Dentária

“A erosão dentária que é definida como uma perda irreversível do tecido duro do dente por processos químicos sem o envolvimento de microorganismos, o que a diferencia da cárie.” (GUDMUNSSON, 1995). A erosão deve ser, ainda, diferenciada de outros processos como a abrasão e a atrição. A abrasão é um processo patológico decorrente do desgaste mecânico, não incluindo a mastigação. Já a atrição é um desgaste fisiológico, gradual dos tecidos dentários duros ao longo da vida do indivíduo (MACIEL, 1993). As lesões dentais de abrasão localizadas nas regiões cervicais são decorrentes do ato da escovação dos dentes. A fricção de objetos entre os dentes provoca tais lesões nas superfícies proximais (LEVITH, 1994). A escovação dental é a mais importante e principal causa da abrasão. Os fatores relacionados ao paciente e que influenciam a prevalência dessas lesões como a técnica de escovação, o tempo, frequência e força aplicada nela devem ser observadas. De onde se inicia a escovação e uso abusivo de palitos e/ou escovas interdentais também. Nas lesões por atrito nenhum objeto é interposto entre os dentes, e o desgaste é resultado do contato de dente contra dente. Nesse tipo de lesão, as superfícies oclusais, incisais e também as proximais (desgastadas durante a mastigação), são envolvidas levando à formação de facetas com brilho nas superfícies de contato. As lesões de abfração, ou seja, lesões induzidas por pressão, não devem ser esquecidas. São derivadas principalmente de interferências oclusais em lateralidade provocando facetas de desgastes nos dentes envolvidos. Pode ter apresentação subgengival e estarem localizadas em um único dente da arcada (BARATIERI, 2001). A abrasão e a atrição devem ser diferenciadas da erosão, mas podem acontecer concomitantemente. Perda de estrutura dental também pode ser atribuída à abrasão mecânica provocada pela frequente interposição da língua durante as crônicas regurgitações (WHITE; HAYES; BENJAMIN, 1978). Em alguns casos em que a erosão dental chega a afetar a superfície oclusal dos molares, a atrição pode acelerar tal processo. A cárie é outro fator associado às desordens alimentares devido ao grande consumo de carboidratos na dieta e higiene oral deficiente (LITTLE, 2002).

Regurgitações crônicas podem causar erosão dental. As superfícies mais afetadas são as regiões palatinas dos dentes anteriores e, em casos mais severos, as superfícies bucais dos dentes posteriores inferiores também podem apresentar erosões. Outros sintomas associados com essas doenças incluem Síndrome da Queimação, sensibilidades dentárias, perda da dimensão vertical de oclusão e a estética também acaba por ficar prejudicada (ALI, 2002). Episódios de regurgitação podem ocorrer durante a noite, enquanto o paciente está dormindo. E nesse caso, os três graus de erosão podem estar presentes, sendo o III o mais prevalente. Talvez, a língua seja um agente protetor das superfícies palatinas dos dentes (AINE; BAER; MÄKI, 1993). Os dentes anteriores mandibulares têm como

proteção direta a língua e são constantemente banhados pela saliva e pela sua capacidade de tamponamento (GREGORY-HEAD, 2000).

A erosão dental apresenta três graus que são definidos de acordo com o acometimento no dente. O grau I está restrito ao esmalte apenas, no II, a dentina é envolvida em menos de 1/3 da área de superfície do dente, e o III quando o envolvimento da dentina superar 1/3 da superfície. A gravidade da erosão tem relação direta com a frequência, extensão e índice de acidez do conteúdo gástrico. Os sinais e sintomas mais observados são a sensibilidade dentinária, desgaste do esmalte apresentando um aspecto liso e brilhante, e ausência de pigmentações. As restaurações não desgastadas pela ação do ácido se assemelham a *ilhas* na área da erosão. Outros dados importantes são as queixas em relação à estética, hipersensibilidade térmica agravada pela diminuição do fluxo salivar (xerostomia), sensibilidade e eritemas de gengiva, palato e esôfago. Outras alterações podem ser associadas com as desordens alimentares como o trauma da mucosa provocado pelo próprio paciente ao induzir o vômito e a queilite angular por deficiência de nutrientes. A glândula parótida também pode ser acometida na bulimia, apresentando alargamento uni ou bilateral, que é geralmente assintomático, mas que pode ser a principal queixa relatada pelo paciente (SILVA; DAMANTE, 1995).

Os pacientes com erosão dental decorrente do refluxo crônico reclamam da grande sensibilidade térmica, tanto ao frio como ao calor, e também da sensibilidade a substâncias ácidas. Pacientes bulímicos e anoréxicos, além de apresentarem a *clássica* erosão nas superfícies palatinas dos dentes anteriores, apresentam fatores que podem ser observados e colocados como critérios de diagnóstico: superfícies linguais dos dentes anteriores inferiores não afetadas, ausência de manchamento nas superfícies erodidas e variáveis desgastes das superfícies oclusais e vestibulares dos dentes, tanto superiores quanto inferiores (ROBB; SMITH; GEIDRYS-LEEPER, 1995). Durante o vômito, os conteúdos ácidos do estômago são projetados pela superfície dorsal da língua e, pela posição inclinada da cabeça, atingem os dentes superiores anteriores em suas regiões palatinas preferencialmente. O período mínimo para que a erosão dental aconteça após episódios crônicos de regurgitação é dois anos. O autor relata que envolvimento pulpare, apesar de não terem sido descritos na literatura científica, são possíveis de acontecer (KLEIER; ARAGON; AVERBACH, 1984).

2.4 A Saliva e a sua Relação com a Erosão Dental

É possível que a frequência do ataque ácido na cavidade bucal seja tão importante quanto a capacidade tampão, fluxo salivar, pH e competência da estrutura dental, ou seja, a mera presença de ácidos não é suficiente para causar a erosão dental (ROBB; SMITH; GEIDRYS-LEEPER, 1995). A película adquirida resultante de mucinas salivares também constitui uma influência importante no fenômeno da erosão como fator de proteção. Mesmo após a exposição ao ácido, em que a camada da película salivar é dissolvida, uma película residual na superfície do esmalte dental pode ser detectada (SERAIDARIAN; JACOB, 2002).

Pacientes com regurgitações crônicas de longa duração, com freqüentes episódios de diminuição do pH do esôfago aumentando a inflamação dessa região, e redução do fluxo salivar estão mais propensos a terem erosão do que os pacientes que apresentam formas mais brandas dessas doenças. A menor capacidade tampão foi verificada em maior número nos pacientes que apresentavam erosão dental, mas mesmo assim a diferença estatística não foi significativa (MEURMAN, 1994).

Pacientes com redução do fluxo salivar de 0.1 ml/min ou menos têm risco cinco vezes maior em apresentarem erosão do que pacientes com fluxo salivar maior. Em níveis normais de fluxo salivar, bebidas ácidas são eliminadas da boca em aproximadamente 10 minutos, e o pH da ponta da língua continua baixo por até 2 minutos após sua ingestão. Comparando com indivíduos com fluxo salivar menor, esse pH continua baixo por até 30 minutos após a ingestão da bebida (JÄRVINEN; RYTÖMAA; HEINONEN, 1991).

A produção de menos de 0.1 ml/min é considerada como quadro de xerostomia e atualmente sua incidência é bastante alta. Os sintomas da xerostomia são reclamações como sensação de boca seca e queimação oral, diminuição ou perda do paladar, necessidade de molhar a boca constantemente ou beber água, e dificuldade de engolir comidas secas (GUGGENHEIMER; MOORE, 2003). A doença é característica comum de pacientes bulímicos e anoréxicos, parece estar relacionada ao freqüente estado de ansiedade e ao uso de medicamentos sedativos e anti-depressivos (SILVA; DAMANTE, 1995). Até mesmo as dietas contemporâneas podem ser um fator causal de xerostomia, pois, como elas não exigem uma vigorosa mastigação, o estímulo para a produção de saliva também é perdido. As observações do volume total de saliva produzido há 50 anos atrás difere. De 1.5 litros produzidos, houve uma redução para 0.62 litros nos dias de hoje. A saliva tem importante papel na função e manutenção do equilíbrio biológico dos dentes com o meio ambiente. O fluxo e o volume total da saliva estão relacionados diretamente com a dieta e nutrição de cada indivíduo (MACIEL, 1993).

Muitos medicamentos causam o sintoma de boca seca, em particular os que tratam de problemas cardiovasculares. O segundo grupo de drogas mais usado e que causa essa diminuição do fluxo salivar é o que trata das doenças gastrointestinais como, por exemplo, os anticolinérgicos e agentes bloqueadores do receptor H2. Agentes beta bloqueadores e tranqüilizantes também mostraram significativa associação com a erosão. A cárie pode vir como uma consequência do decréscimo da secreção salivar nesses pacientes com regurgitações crônicas.

Gomas de mascar ausentes de açúcar são úteis em períodos de xerostomia para ajudar na estimulação salivar, pois contêm bicarbonato e melhoram a capacidade tampão do ambiente oral (GREGORY-HEAD, 2000). Mascar gomas contendo uréia e alterar com gomas contendo fluoreto também ajuda a estimular a secreção salivar após o contato e agressão por ácidos. A saliva artificial também é outro método de escolha para indivíduos com disfunção nas glândulas salivares tanto temporário como permanentemente (KLEIER; ARAGON; AVERBACH, 1984). Ressalte-se que a saliva estimulada tem

maior quantidade de bicarbonato e melhor capacidade de tamponamento do que quando em repouso. Cremes dentais alcalinos contendo bicarbonato são outra possibilidade de introduzir agentes para o tamponamento oral. As glândulas submandibular e sublingual secretam as mucinas salivares, componentes importantes da película adquirida que protege o dente contra a desmineralização por agressão de ácidos (BARATIERI, 2001).

2.5 A Dieta e a sua Relação com a Erosão

Um grande passo para o tratamento definitivo é a educação do paciente quanto às causas do processo erosivo. Como a dieta é um fator relacionado ao progresso da erosão, o paciente deverá estar ciente de como evitá-lo, prevenindo um tratamento mais complexo futuramente. O profissional deve instruir o paciente a diminuir sua ingestão de comidas ricas em carboidratos, substituindo-as por alimentos não cariogênicos como os derivados do leite. Bochechos com fluoreto de sódio 0.5 % ou água mineral alcalina imediatamente após o vômito ou consumo de alimentos ou bebidas ácidas estão indicados (KLEIER; ARAGON; AVERBACH, 1984). O paciente deve evitar o consumo de chocolate, bebidas alcoólicas e alimentos à base de caféina. Fazer refeições perto da hora de dormir não é aconselhável. Alimentos como a pimenta e a cebola podem ser agentes causadores do refluxo, por isso, os pacientes com problemas gastrointestinais devem controlar a quantidade de ingestão deles (GREGORY-HEAD, 2000). Também o consumo de vinagre, conservas com vinagre, tomate, frutas cítricas como o limão, laranja, uva, kiwi entre outras, cujo pH é 2.5 a 3,0 e bebidas ácidas e a ingestão freqüente e abusiva de refrigerantes, principalmente os à base de Cola devem ser evitados. Esse aumento no consumo de substâncias ácidas aceleram o processo mecânico, principalmente após a escovação dental (STAFNE; LOVESTEDT, 1947). A erosão causada pela ingestão de alimentos ácidos afeta mais a superfície vestibular dos dentes. A grande freqüência do consumo de frutas cítricas tanto cruas como na forma de sucos podem afetar o esmalte dental. Quando são consumidas por mais de duas vezes ao dia, provocam um risco 37 vezes maior para causarem erosão do que quando consumidos em menor freqüência. O uso diário de 350 gramas de suco de uva por um período de 4 semanas produz mudanças detectáveis na superfície do esmalte. O risco para o consumo de vinagre de maçã ou bebidas esportivas que também podem causar erosão é de apenas uma vez por semana. A freqüência crítica de consumo para frutas cítricas é mais que duas vezes ao dia e para refrigerantes, que são mais ofensivos, é de uma vez ou mais ao dia. Muitos dos refrigerantes contêm ácidos como o cítrico, o fosfórico e o carbônico, cujo pH é freqüentemente menor que 4.0. O componente ácido mais importante desse tipo de bebida é o cítrico, pois é ele que oferece a sensação refrescante (JÄRVINEN; RYTÖMAA; HEINONEN, 1991).

O habitual consumo de bebidas alcoólicas também causa a erosão e pode causar gastrites crônicas com regurgitações subclínicas, aumentando os riscos de um paciente que já está associado a doenças com o refluxo (MEURMAN, 1994). Pacientes que ingerem bebidas alcoólicas freqüentemente apresentam refluxos, vômitos e regurgitações crônicas como sinais comuns. Tais refluxos acontecem principalmente durante o período da manhã e noite; e acometem predominantemente homens adultos. Por isso o álcool deve ser evitado

nos pacientes que já apresentam distúrbios alimentares ou a doença do refluxo (PERGOMAR; SAKAMOTO; DOMINGUES, 2000).

É importante o dentista pedir ao paciente um diário dietético de todas as bebidas e alimentos consumidos durante um período de uma semana, para terem certeza do que podem eliminar ou acrescentar em seus hábitos alimentares (LITTLE, 2002). A diminuição da frequência de ingestão de substâncias ácidas e o aumento do consumo de leite e queijo, com o intuito de reduzir o potencial erosivo dos ácidos são algumas das medidas preventivas que deverão ser incluídas na dieta de pacientes com refluxos gástricos crônicos. O autor relata um estudo em que foi verificado que crianças com erosão dental bebiam leite e água com menor frequência em relação às bebidas ácidas, frutas e suplementos vitamínicos ingeridos. Algumas medidas foram propostas para diminuir o potencial erosivo dos alimentos ácidos, como a modificação na formulação dos produtos, que não tem sido muito explorada por poder acarretar uma mudança no sabor dos alimentos e nível do pH, e a inclusão de avisos nos seus rótulos para conscientizarem os consumidores quanto às possíveis consequências. A adição de flúor também é uma medida complicada, pois além do risco de sobreconsumo, as bebidas ácidas são capazes de dissolverem uma quantidade considerável do flúor adicionado restringindo assim o seu efeito na prevenção da erosão dental (SERAIDARIAN; JACOB, 2002).

Como a erosão dental é um fenômeno multifatorial e pode ser originada pelos hábitos alimentares do indivíduo, pacientes que já apresentaram tal problema decorrentes dos fatores extrínsecos, devem ficar atentos e, se necessário, mudar sua dieta rotineira. É aconselhável que o dentista faça o uso rotineiro de um questionário sobre os hábitos alimentares de todos os pacientes (PORTO NETO, 2000) e, se necessário, que ele conduza casos de erosão dental combinando tanto estratégias farmacoterápicas como de comportamento (ALI, 2000). O consumo de alimentos ácidos deve restringir-se às principais refeições. As bebidas ácidas devem ser consumidas através de *canudinhos* evitando assim o contato com os dentes. As pastilhas efervescentes devem ser substituídas por cápsulas, para que sejam ingeridas inteiras. Alimentos neutros como o queijo, devem ser a primeira escolha para encerrarem a refeição, ao invés de salada de frutas por exemplo. É recomendado também para os pacientes que apresentam erosão, manter um pouco de leite na boca durante um pequeno tempo após o vômito ou consumo de alimentos ácidos. O leite e o queijo, além de atuarem na neutralização dos ácidos, são capazes de re-endurecer espécimes de esmalte previamente amolecidos. Chupar pastilhas antiácidas sem açúcar também ajuda na neutralização dos ácidos (BARATIERI, 2001).

2.6 Medidas para Minimizar as Influências Abrasivas

As lesões de erosão são freqüentemente exacerbadas pela abrasão mecânica como, por exemplo, a escovação dental. Assim, o dentista deverá aconselhar os pacientes que apresentam tal tipo de desgaste a não escovarem seus dentes logo após agressões por ácidos, sendo por meio do consumo de alimentos ou bebidas ácidas, refluxo ou regurgitação. A escovação deverá ser feita de forma suave e com uma escova do tipo médio ou macio, e

o creme dental de preferência do tipo não abrasivo, contendo flúor e bicarbonato (BARRATIERI, 2001).

As pessoas têm o hábito de escovarem os dentes logo após o vômito, com o intuito de limpá-los, mas esta é uma medida errada a seguirem e devem ser orientados sobre as consequências desse ato (SHAW; SMITH, 1999). Com a escovação dental imediatamente após a regurgitação, ocorre o sinergismo do efeito erosivo com o efeito mecânico (CALDEIRA; NÁPOLE; BUSSE, 2000), pois a camada de esmalte é mais facilmente removida pela vigorosa escovação. A escovação acelera a perda de estrutura dental mineralizada após o consumo de bebidas ácidas. Essa desmineralização é significativamente menor depois de passada uma hora após o contato com o ácido. O desenvolvimento da erosão pelo consumo de ácidos é influenciado pelo tempo, frequência de escovação e uso de dentífricos abrasivos. O potencial abrasivo dos dentífricos depende dos hábitos de seus usuários como, por exemplo, o método específico de escovação (HARTE; MANLY, 1976). Também influenciam na produção de abrasão a quantidade de dentífrico aplicada, a técnica de escovação e a força aplicada.

Os diferentes tipos de cremes dentais disponíveis no mercado produzem efeitos sobre os esmaltes dentais afetados pelos ácidos. O creme dental com capacidade remineralizadora à base de fluoreto de sódio, cálcio, fosfato e flúor foi estatisticamente o mais efetivo em comparação aos cremes dentais convencionais (MUNOZ, 1999) e o uso de dentífricos contendo flúor é útil tanto na redução da erosão como na sensibilidade térmica. A escovação e as práticas de higiene oral devem, obviamente, ser encorajadas para a manutenção da saúde oral, apesar de contribuírem para a progressão da erosão dental, pois são imprescindíveis para a manutenção da saúde dos tecidos periodontais de suporte (ROBERTS; LI, 1987). Além de as práticas de higiene oral serem associadas com a progressão da erosão, elas são influenciadas pela classe social, gênero e número de crianças na família. Apesar disso, as crianças das classes socioeconômicas mais elevadas e com melhores níveis de higiene oral apresentam menos desgaste (AL-DLAIGAN; SHAW; SMITH, 2002).

2.7 Medidas para fornecer proteção química

Aplicações diárias de flúor gel podem ser medidas benéficas para diminuir a sensibilidade da dentina exposta (KLEIER; ARAGON; AVERBACH, 1984). A aplicação do flúor ajuda no aumento da resistência do esmalte evitando sua dissolução pelos ácidos, reduz a hiperestesia e protege o dente contra lesões cariosas (PERGORARO; SAKAMOTO; DOMINGUES, 2000). O tratamento inicial deve incluir lavagens orais com bicarbonato de sódio ou hidróxido de magnésio imediatamente após o refluxo para a neutralização dos ácidos que foram introduzidos na cavidade oral (ROBERTS, 1987). O emprego de solução de fluoreto de sódio 0.05 % para bochechos diários numa quantidade de 10 ml, pode ser recomendado como um tratamento complementar com o objetivo de remineralizar ou estabilizar o processo de erosão das áreas em fase inicial de descalcificação (ROBERTS, 1987).

2.8 Tratamento

Pacientes que apresentam doenças como bulimia, anorexia nervosa, refluxo e que têm como característica frequente a regurgitação, devem adiar o tratamento que envolva procedimentos complexos antes que o fator causal seja eliminado ou estabilizado (LITTLE, 2002). É essencial resolver primeiro a condição médica antes de iniciar o tratamento dental definitivo, devolvendo ao dente sua estética e função (ALI, 2002), uma vez que o estabelecimento da saúde como um todo e da estabilidade mental e corporal antes do tratamento definitivo é um requisito do sucesso (GREGORY-HEAD, 2000). Após feito e confirmado o diagnóstico, a progressão da dor e da destruição deve ser estagnada, para que um futuro e extenso tratamento restaurador, caro e que consome tempo, seja evitado (SHAW; SMITH, 1999).

2.8.1 Tratamento emergencial

Quando a dentina já está exposta, o tratamento imediato com um agente dessensibilizante pode ser usado (ALLAN, 1969). O primeiro contato de um paciente que apresenta regurgitações crônicas com o dentista pode ser para tratar uma emergência como uma severa sensibilidade decorrente de uma extensa exposição dentinária, e que já até pode ter afetado o elemento dental endodonticamente. Se no exame clínico for constatado apenas exposição da dentina sem envolvimento da polpa como a causa da dor e sensibilidade, o cimento de hidróxido de cálcio deve ser colocado na dentina e restaurado com algum compósito resinoso. Mas se a polpa foi afetada, o tratamento endodôntico deverá ser o primeiro passo do tratamento (KLEIER; ARAGON; AVERBACH, 1984).

2.8.2 Tratamento restaurador

Quando a dor não pode ser mais controlada por meio de terapias conservadoras, a perda de estrutura é grande e o comprometimento da função e estética está presente, o tratamento restaurador passa a ser necessário. Existem várias opções de tratamento como o uso de ionômero de vidro ou resina composta, facetas feitas em porcelana ou resina composta, *onlays* metálicas ou de porcelana nos elementos posteriores e coroas metalocerâmicas (PERGORARO; SAKAMOTO; DOMINGUES, 2000).

O cimento de ionômero de vidro e as resinas compostas com a técnica do ataque ácido são ótimas opções para restaurar áreas de erosão não necessitando de uma preparação cavitária e até mesmo anestesia. Ambos não pedem retenção mecânica, pois possuem um bom selamento marginal final (MONTEIRO, 1986). Restaurações conservadoras de esmalte e dentina erodidas em ionômero ou resina composta são úteis no tratamento inicial para reduzirem a sensibilidade e prevenir o aumento da erosão na região. Entretanto, se o paciente necessitar de um tratamento mais complexo com reabilitação oral extensa, a doença deverá estar controlada e estabilizada, e o refluxo de ácidos gástricos, bastante reduzido ou cessado (ROBERTS; LI, 1987).

Após o ciclo do refluxo ter sido quebrado, coroas cerâmicas podem ser sugeridas para restaurar as áreas afetadas pela erosão. Em casos de coroa clínica muito destruída, o tratamento endodôntico pode ser necessário. O dentista deve avisar o paciente de que a recorrência do refluxo crônico poderá afetar o sucesso do tratamento (LITTLE, 2002).

A técnica de ataque ácido da restauração com resinas compostas nas superfícies linguais envolvendo a dentina provoca um ótimo selamento marginal evitando a recorrência da cárie e/ou erosão. Pacientes com redução significativa de estrutura dental apresentam também a diminuição ou perda da dimensão vertical de oclusão. Moldagens para obtenção dos modelos de estudo e posterior montagem no articulador são indispensáveis para reabilitar o paciente oralmente (KLEIER; ARAGON; AVERBACH, 1984). Se a opção for o tratamento definitivo, até mesmo para estimular o paciente, uma placa de mordida deverá ser confeccionada para proteger os dentes durante os períodos de regurgitação (CALDEIRA; NÁPOLE; BUSSE, 2000).

3. Conclusão

A identificação pelo dentista de alterações decorrentes de constante contato da cavidade bucal com o ácido gástrico é da mais alta relevância. São inúmeras as alterações que podem estar relacionadas com o refluxo, tendo como conseqüências: aumento do número de cáries, alterações na quantidade e qualidade de saliva, entumescimento das glândulas salivares, mucosite, alterações ortodônticas, bruxismo, além da erosão dental. Infelizmente, é somente após o comprometimento da estética e o início da hipersensibilidade dentinária que o paciente procura o tratamento odontológico.

A erosão é um fenômeno multifatorial e distúrbios como a bulimia, a anorexia e refluxo gastroesofágico devem ser diagnosticados o quanto antes, para que as conseqüências sejam as menores possíveis, e o tratamento eficaz. É muito importante que o profissional tenha pelo menos um conhecimento geral sobre tal assunto para que possa se posicionar diante de tal problema e resolvê-lo, através de uma equipe interdisciplinar para tentar combater o fator etiológico dessa alteração e também instruir o paciente, através de medidas preventivas, com a ajuda de uma equipe multidisciplinar. Infelizmente, o número de pacientes acometidos por doenças como a bulimia e a anorexia nervosa vêm aumentando, principalmente entre mulheres jovens de classe média e alta, devido à insatisfação com o corpo, fenômeno que cresceu com a imposição da *ditadura da beleza magra*. O que esse trabalho visou demonstrar é que a erosão dentária, principalmente decorrente de bulimia e anorexia nervosa, tem que ser tratada como problema de saúde pública devido a suas severas complicações.

4. Bibliografia

ACHINE, L.; BAER, M.; MÄKI, M. et al. Dental erosions caused by gastroesophageal reflux disease in children. *Journal of Dentistry for Children*, n. 60, p. 210-214, may/jun. 1993.

AL-DLAIGAN, Y. H.; SHAW, L.; SMITH, A. J. Dental erosion in a group of British 14-year-old school children. Part III: influence of oral hygiene practices. *Br Dent J.*, n. 192(9), 526-531, may 2002.

ALI, D. A.; BROWN, R. S.; RODRIGUEZ, L. D. Dental erosion caused by silent gastro-esophageal reflux disease. *JADA*, n. 133, p. 734-737, 2002.

ALLAN, D. N. Dental Erosion from vomiting. *Br Dent J.*, n. 126, p. 311-312, apr. 1969.

_____. Enamel Erosion with Lemon Juice. *Br Dent J.*, n. 122, p. 300-302, apr. 1967.

ANDRADE, M.A.C.; BARATIERI, L.N. Restauração de áreas de erosão. *RGO*, n. 35, p. 46, jan./fev. 1987.

BARATIERI, L. N. et al. *Odontologia restauradora fundamentos e possibilidades*. São Paulo: Santos Editora, 2001.

BARTLETT, D.; EVANS, W.; SMITH, B.G.N. Oral regurgitation after reflux provoking meals: a possible cause of dental erosion? *J Oral Rehab*, n. 24, p. 102-108, 1997.

BARTLETT, D.; SMITH, B. G. N. Clinical investigations of gastro-oesophageal. Reflux: Part 1. *Dental Update*, n. 23(5), p. 205-208, jun. 1996.

CALDEIRA, T. H.; NÁPOLE, R. C. D.; BUSSE, S. R. Erosão dental e a contribuição do C. D. no diagnóstico de bulimia nervosa. *Revista da APCD*, n. 54, p. 465-467, nov./dez. 2000.

CANDIDO, M. S. M.; PELIZ FERNANDES, M. I. L. Erosão dental decorrente de refluxo gastroesofágico: caso clinico. *JBD*, n. 1, p. 64-71, jan./mar. 2002.

DAVIS, W. B.; WINTER, P. J. Dietary erosion of adult dentine and enamel. *Br Dent J.*, n. 143, p. 116-119, 1977.

GREGORY-HEAD, B. L.; CURTIS, D. A.; KIM L. et al. Evaluation of dental erosion in patients with gastroesophageal reflux disease. *J Prosthet Dent*, n. 83, p. 675-680, 2000.

GUDMUNDSSON, K.; KRISTLEFSSON, G.; THEODORS, A. Tooth erosion, gastro-esophageal reflux, and salivary buffer capacity. *Oral Surg Oral Med Pathol Oral Radiol Endod*, n. 9, p. 185-190, 1995.

GUGGNHEIMER, J.; MOORE, P. A.: Xerostomia etiology, recognition and treatment. *JADA*, n. 134, p. 61-69, jan. 2003.

HARTE, D. B.; MANLY, R. S. Four variables affecting magnitude of dentifrice abradi-

veness. *J Dent Res.*, n. 55, p. 322-327, may/jun. 1976.

HOUSE, R. C.; GRISIUS, R.; BLIZIOTES, M. M. Perimolysis: Unreiling the Surreptitious Vomiter. *Oral Surg Oral Med Oral Pathol*, n. 51, p. 152-155, feb. 1981.

JÄRVINEN, V. K.; RYTÖMAA, I. I.; HEINONEN, O. P. Risk factors in dental erosion. *J Dent Res.*, n. 70, 942-947, jun. 1991.

KAWAKAMI, E. et al. Refluxo gastroesofágico na infância. *Jornal de Pediatria*, n. 60, p. 85-94, 1986.

KLEIER, D. J.; ARAGON, S. B.; AVERBACH, R. E. Dental management of the chronic vomiting patient. *JADA*, n. 108, p. 618-621, apr. 1984.

LEVITCH, L. C.; BADER, J. D.; SHUGARS, D. A. et al. Non-carious cervical lesions. *J Den.*, n. 22, p. 195-207, 1994.

LITTLE, J. W. Eating disorders: dental implications. *Oral Surg Oral Med Oral Pathol Oral Radiol Endod*, n. 93, p. 138-143, 2002.

MACIEL, R. N. Perimólises. *ROBRAC*, n. 3, p. 28-32, 1993.

MEURMAN, J. H.; TOSKALA, J.; NUUTINEN, P. et al. Oral and dental manifestations in gastroesophageal reflux disease. *Oral Surg Oral Med Oral Pathol*, n. 78, p. 583-589, 1994.

MONTEIRO JR, S.; SIGURJONS, H.; SWARTZ, M. L. et al: Evaluation of materials and techniques for restauration of erosion areas. *J Prosth Dent*, n. 55, p. 434-442, 1986.

MUNOZ, C. A. et al. Strengthening of tooth enamel by a remineralizing toothpaste after exposure to an acidic soft drink. *J Clin Dent*, n. 10, p. 17-21, 1999.

MURAHOVSKI, J. Refluxo Gastroesofágico. *Pediatria Moderna*, n. 30, p. 882-887, 1994.

PEGORARO, C. N.; SAKAMOTO, F. F.O.; DOMINGUES, L. A. Perimólise: etiologia, diagnóstico e prevenção. *Revista da APCD*, n. 54, p. 156-161, mar./abr. 2000.

PORTO NETO, S. T.; MACHADO, C. T.; POZZOBON, R. T. et al. Erosão dental (Perimólise) associada à problemas gástricos e hábitos parafuncionais: uma visão de tratamento multidisciplinar. Parte I. *JBC*, ano 4, n. 21, p. 52-56, 2000.

ROBB, N. D.; SMITH, B. G. N.; GEIDRYS-LEPPER, E. The distribution of erosion in the dentitions of patients with eating disorders. *Br Dent J.*, n. 178, p. 171-175, 1995.

ROBERTS, M. W.; LI, S. H. Oral findings in anorexia nervosa and bulimia nervosa: a study of 47 cases. *JADA*, n. 10, p. 115-407, sep. 1987.

SERAIDARIAN, P. I.; JACOB, M. F. Erosão dental: etiologia, prevalência e implicações clínicas. *J Bras Clin Odontol Int.*, n. 6, p. 140-144, mar./abr. 2002.

SILVA, M.; DAMANTE, J. H. Erosão dentária por refluxo de ácidos gástricos (perimólise): realidade ou mito? Revisão de Literatura. *Odontol*, São Paulo, n. 9, p. 193-196, jul./set. 1995.

SILVA, M.; DAMANTE, J. H.; KRISTLEFSSON, G.; THEODORS, A. et al. Gastroesophageal reflux disease: new oral findings. *Oral Surg Oral Med Oral Pathol Oral Radiol Endod*, n. 91, p. 301-310, 2001.

SHAW, L. SMITH, A. J. Dental erosion: the problem and some practical solutions. *Br Dent J.*, n. 186, p. 115-118, 1999.

STAFNE, E. C.; LOVESTEDT, S. A. Dissolution of tooth substance by lemon juice, acidlevarages and acids from some other sources. *JADA*, N. 34, p. 586-592, 1947.

TAYLOR, G.; TAYLOR, S.; ABRAMS, R. et al. Dental erosions associated with asymptomatic gastroesophageal reflux. *J Dent Chil*, n. 59, p. 182-185, may/jun. 1992.

WALDMAN, H. B. Is your next young patient pre-anorexic or pre-bulimic? *Journal of Dentistry for Children*, p.52-56, jan./feb. 1998.

WHITE, D. K.; HAYES, R. C.; BENJAMIN, R. N. Loss of tooth structure associated with chronic regurgitation and vomiting. *JADA*, n. 97, p. 833-835, nov. 1978.

SEÇÃO II – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**SUBSEÇÃO I – DIREITO PENAL****1. ARTIGOS****MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E SANÇÕES PENAIS**

SIDNEI BOCCIA PINTO DE OLIVEIRA SÁ

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Professor – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Advertência. 3. Obrigação de Reparar o Dano. 4. Prestação de Serviços à Comunidade. 5. Liberdade Assistida. 6. Semiliberdade. 7. Internação. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. Introdução

Constantemente os meios de comunicação divulgam que a sociedade está insegura e atemorizada diante da violência, especialmente a oriunda da criminalidade. Esses sentimentos são estimulados pela difusão e insistência no noticiário de fatos aterradores, transparecendo a idéia de que a delinquência violenta é generalizada. Tais sensações de insegurança e medo podem indicar a síndrome da vitimização, isto é, o cidadão passa a crer que a qualquer momento pode ser vítima de um ataque criminoso (JESUS, 1997).

Há uma estreita relação entre a sensação social de insegurança e o modo de proceder dos meios de comunicação que, segundo Silva Sanches (1999, p. 27), a partir da posição privilegiada que ostentam no seio da sociedade de informação e no marco de uma concepção do mundo como aldeia global, transmitem uma imagem da realidade em que o próximo e o distante têm uma presença quase idêntica na representação do receptor da mensagem. Isso acarreta, em algumas situações, percepções inexatas; em outras, em geral, uma sensação de impotência. Por outro lado, a reiteração e a própria atitude (dramatização, doença) com que se examinam determinadas notícias atuam de modo multiplicador dos ilícitos e das catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não corresponde com o nível de risco objetivo.

A notícia virou espetáculo, não é informação. Essas tristes imagens das grandes cidades, veiculadas repetidamente pela mídia nacional, fomentam a insegurança até em locais onde os índices de criminalidade são modestos. A rebelião em uma unidade da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor – FEBEM, na Cidade de São Paulo, noticiada com detalhes, provoca temor na pequena e distante comunidade do interior. O *glamour* que

se emprega na entrevista de jovens envolvidos no tráfico de substâncias entorpecentes no Rio de Janeiro, todos aparecendo fortemente armados, causa viva repugnância no pacato cidadão da longínqua cidade.

Apesar de enfatizar a divulgação dos delitos, o mesmo empenho não se verifica na informação das consequências (sanções) daí oriundas, redundando, por conseguinte, em uma feição de impunidade. Em específico sobre os adolescentes, a situação é agravada, pois, devido ao destaque dos atos infracionais, gerou-se a noção de que são os mesmos responsáveis por grande parte dos ilícitos, especialmente porque, segundo divulgado, os menores de dezoito anos não têm responsabilidade penal e de seus atos infracionais não decorrem consequências penais, o que alimenta a idéia de impunidade em relação a eles.

Em contrapartida, outros afirmam que a redução da idade penal não contribuirá para a diminuição da criminalidade. Acrescentam que, por razões humanitárias e biopsicológicas, o adolescente não pode se sujeitar às mesmas sanções cabíveis aos adultos.

Revela-se, mesmo entre os estudiosos do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei nº 8.069/90, autêntica reserva em admitir que os adolescentes cometem crimes ou contravenções, apesar da literalidade do artigo 103. O preconceito avoluma-se em relação à (suposta) ausência de consequências diante da prática de atos infracionais, alimentando o afã catastrófico da situação e o temor do delito, desviando a atenção dos grandes problemas sociais e de seu adequado tratamento (MOLINA, 1992, p. 13).

Nesse aspecto, as discussões limitam-se à possibilidade ou não da redução da maioridade penal.¹ Porém, muito pouco se esclarece se as medidas socioeducativas são autênticas respostas penais, estimulando os detratores do ECA, rotulado de brando e ineficaz, gerando, também, vulnerabilidade no tratamento jurídico do adolescente infrator, que não se encontra protegido pelas garantias que o Direito Penal amealhou ao longo de sua lenta evolução histórica. Não é incomum nos depararmos com decisões que, v.g., afirmam a inexistência de prescrição (da pretensão punitiva ou executória) para atos infracionais ou dispensa de representação para crimes de ação penal pública condicionada.

O presente artigo pretende verificar se as medidas elencadas no artigo 112 do ECA (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação), aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais (eufemismo de crimes e contravenções, segundo o artigo 103 do ECA), rotuladas socioeducativas², ostentam paradigma penal, não integrando o objeto

¹Discussão que se afigura estéril, diante do majoritário entendimento de que o artigo 228 da Constituição Federal constitui cláusula pétrea, conforme dispõe o artigo 69, § 4º, inciso IV, do diploma magno.

²Segundo divulgado pela Agência Câmara, em 21 de janeiro de 2005, está sendo analisado pela Comissão de Seguridade Social e Família o Projeto de Lei 1.244/03, do deputado João Alfredo (PT-CE), que altera a denominação de medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente para medidas psico-socio-educativas, como forma de recuperar o adolescente que tiver praticado infração. O autor da matéria justifica que o princípio que norteia a proposta é o fato de que a educação está intrinsecamente ligada aos aspectos afetivos

deste artigo as medidas específicas de proteção (artigo 101 do ECA), que, efetivamente, não pertencem ao gênero sanção penal.

2. Advertência (Art. 115 do ECA)

Também prevista no artigo 175 do Código Mello Mattos³ (1927) e no artigo 14, inciso I, do Código de Menores (1979), a advertência constitui uma admoestação verbal, reduzida a termo e assinada, com o propósito de instar o adolescente a se conscientizar dos riscos de envolvimento em atos infracionais, compelindo-o a evitar tal comportamento. A advertência é aplicável sempre que houver materialidade da infração e, diferente das demais medidas, apenas indícios suficientes da autoria⁴.

Em Portugal, a Lei Tutelar Educativa (Lei 166, de 14 de setembro de 1999), aplicável ao adolescente, com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, autor de fato qualificado pela lei como crime, prevê a medida tutelar educativa de admoestação (art. 9º), que consiste na advertência solene feita pelo Juiz ao menor, exprimindo o caráter ilícito da conduta e o seu desvalor e consequências e exortando-o a adequar o seu comportamento às normas e valores jurídicos e a inserir-se, de uma forma digna e responsável, na vida em comunidade.

Na Espanha, segundo Cunha (2001), aos infratores também é cabível a medida de admoestação, ocasião em que o Juiz, em ato único que tem lugar na sede judicial, manifesta ao menor de modo concreto e claro as razões que fazem socialmente intoleráveis os fatos cometidos, expõe-lhe as consequências que para ele e para a vítima tenham ou que pudessem ter havido e lhe formula recomendações para o futuro.

Não há penas similares às existentes no Brasil, mas ostenta o mesmo objetivo e formalidade da audiência admonitória da suspensão condicional da pena, conforme art. 703 do Código de Processo Penal e art. 160 da Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210/84: “Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas”.

A advertência, aplicável aos adolescentes infratores no Brasil, é tipo de pena alternativa cominada com frequência nas legislações estrangeiras aos imputáveis, rotulada admoestação ou repreensão – pública ou privada (JESUS, 1997, p. 172). Dotti (1998, p. 513) explica que a admoestação é uma das mais eficazes medidas de fundo moral e que se presta para reagir a um tipo de criminalidade leve cometida por certos autores (lesões corporais,

e à qualidade dos vínculos que se estabelecem entre o professor e o aluno ou entre qualquer pessoa envolvida na relação educando-educador.

³Com base no trabalho de José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, criou o primeiro Código de Menores do Brasil.

⁴Conforme o art. 239 do CPP, “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

ilícitos contra a honra, ameaça, dano, receptação culposa etc.). Em alguns sistemas, essa alternativa é designada como advertência ou repreensão. No Direito espanhol estão previstas como espécies de sanção moral a repreensão pública e a repreensão privada. A primeira impõe-se pessoalmente na audiência a portas abertas e a segunda a portas fechadas. Também nos países socialistas, a repreensão em forma pública foi adotada expressamente (Código da Rússia - art. 22). Salutar, portanto, seu cunho penal.

3. Obrigação de Reparar o Dano (Art. 116 do ECA)

O revogado Código de Menores de 1979 dispunha, em seu artigo 103, que “[...] sempre que possível e se for o caso, a autoridade judiciária tentará, em audiência com a presença do menor, a composição do dano por este causado, não tendo, por conseguinte, caráter de medida ‘sancionatória’, mas sim de efeito secundário da infração, constituindo título executivo judicial”.

Aplicável, segundo o ECA, para atos infracionais com reflexos patrimoniais, consistente na restituição da coisa, ressarcimento do dano ou qualquer outra forma de compensação do prejuízo da vítima. É medida recomendada para adolescentes com patrimônio próprio, pois, do contrário, recairá sobre o patrimônio dos pais que, civilmente, já são os responsáveis pelo ressarcimento do dano, tornando inócua a medida ao infrator. Segundo Pietrocolla (2000, p. 39) os operadores do ECA consideram pouco recomendável a aplicação dessa medida, pois, envolvendo recursos financeiros, a punição não recai sobre o infrator mas sim sobre os seus pais. Muito mais abrangente e de melhor qualidade é a Lei Tutelar Educativa (Lei 166, de 14 de setembro de 1999) de Portugal, em que a Reparação do Ofendido (art. 11º) consiste em o menor:⁵

-
- a) apresentar desculpas ao ofendido;
 - b) compensar economicamente o ofendido, no todo ou em parte, pelo dano patrimonial;
 - c) exercer, em benefício do ofendido, actividade que se conexione com o dano, sempre que for possível e adequado.
- 2 – A apresentação de desculpas ao ofendido consiste em o menor exprimir o seu pesar pelo facto, por qualquer das seguintes formas:
- a) manifestação, na presença do juiz e do ofendido, do seu propósito de não repetir factos análogos;
 - b) satisfação moral ao ofendido, mediante acto que simbolicamente traduza arrependimento.
- 3 – O pagamento de compensação económica pode ser efectuado em prestações, desde que não desvirtue o significado da medida, atendendo o juiz, na fixação do montante da compensação ou da prestação, apenas às disponibilidades económicas do menor.
- 4 – A actividade exercida em benefício do ofendido não pode ocupar mais de dois

⁵Menor é o termo utilizado pela legislação portuguesa e aqui adotada sem se deixar levar pelo frágil argumento da estigmatização.

dias por semana e três horas por dia e respeita o período de repouso do menor, devendo salvaguardar um dia de descanso semanal e ter em conta a frequência da escolaridade, bem como outras actividades que o tribunal considere importantes para a formação do menor.

5 – A actividade exercida em benefício do ofendido tem o limite máximo de doze horas, distribuídas, no máximo, por quatro semanas.

6 – A medida de reparação nas modalidades previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 exige o consentimento do ofendido.

O direito espanhol também prevê ao menor infrator a reparação do dano em favor do ofendido, assim também como a conciliação que, inexistente no direito estatutário brasileiro, consiste em pedido de desculpas para satisfação psicológica da vítima, mediante sua aceitação.

Tal medida socioeducativa corresponde ao efeito genérico da condenação dos imputáveis, estabelecido no artigo 91, inciso I, do Código Penal, guardando também similitude com a pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, prevista no artigo 45, § 1º, do mencionado diploma, com a redação conferida pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998. Constitui reparação civil, travestida de sanção penal, sendo absolutamente inócua, pois a legítima preocupação com a situação da vítima é atendida mais facilmente com a obtenção da indenização junto ao juízo cível. Em relação aos adolescentes, a medida é invariavelmente suportada por terceiros, especialmente os pais, gerando ao infrator autêntica sensação de impunidade, além de afrontar o princípio penal da responsabilidade pessoal (artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal).

4. Prestação de Serviços à Comunidade (Art. 117 do ECA)

A prestação de serviços à comunidade é uma das inovações do ECA, pois não era regulada no Código de Menores de 1979. Consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais, respeitando as aptidões do adolescente e jornada máxima de oito horas semanais, em dias que não prejudiquem a frequência à escola ou jornada normal de trabalho.

É uma das principais alternativas à internação, especialmente diante de seu fácil controle e baixo custo, pois a fiscalização é exercida pela própria entidade beneficiada, que se encarrega de elaborar relatório das atividades dos adolescentes, comunicando, também, eventual descumprimento da medida. Apesar da sua inequívoca importância relata Pietrocolla (2000, p. 39) que:

A inexistência de programas e de convênios com entidades que recebam os jovens infratores levou um grupo de promotores a tomar a iniciativa de firmar convênios. Como isto não foi possível, devido a um conjunto de entraves burocráticos, foram levados a firmar parcerias informais com diretores de escolas, criando, desse modo,

uma oferta de vagas para prestação de serviços comunitários em escolas públicas.

[...] a deficiência na criação e gestão das vagas impede, de acordo com vários entrevistados, que essa medida possa ser aplicada com mais frequência, embora seja a melhor de todas as medidas sócio-educativas, na visão de alguns.

[...] uma observação ainda muito freqüente sobre as condições em que se realiza a PSC diz respeito à rejeição e à discriminação que a sociedade brasileira alimenta em relação ao jovem infrator. Basta lembrar o medo e a insegurança provocadas nas pessoas por ocasião da instalação das unidades da Febem nas cidades do interior. Existe um medo difuso de todos em relação aos infratores em geral e, especialmente aos jovens, tidos no imaginário como os mais perigosos[...] No caso das escolas, por exemplo, foi mencionado a presença de um certo medo – desde a direção até os pais – de que os jovens em PSC possam influenciar negativamente crianças e jovens.

A Lei Tutelar Educativa Portuguesa (Lei 166/99) regula nos seguintes moldes as prestações econômicas ou tarefas a favor da comunidade (art. 12º):

- 1 – A medida de prestações económicas ou de realização de tarefas a favor da comunidade consiste em o menor entregar uma determinada quantia ou exercer actividade em benefício de entidade, pública ou privada, de fim não lucrativo.
- 2 – A actividade exercida tem a duração máxima de sessenta horas, não podendo exceder três meses.
- 3 – A realização de tarefas a favor da comunidade pode ser executada em fins-de-semana ou dias feriados.

No direito espanhol, segundo o disposto no artigo 25.2 da Constituição, a medida somente pode ser imposta mediante consentimento do menor, guardando similitude com o direito pátrio nos demais aspectos. O Código Penal brasileiro regula a prestação de serviços à comunidade no artigo 46, da seguinte forma:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade.

§ 1º. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º. A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º. As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Percebe-se, com facilidade, que a prestação de serviços à comunidade regulada pelo ECA difere, apenas, no tempo de sua duração quando em comparação com a regulada pelo Código Penal.

5. Liberdade Assistida (Art. 118 do ECA)

Prevista no artigo 100 do Código Mello Mattos (1927), então aplicável também aos abandonados, passou a figurar no artigo 38 do Código de Menores (1979) com a atual terminologia. Apesar de antiga, é das medidas mais festejadas pela doutrina e, potencialmente, com melhores condições de êxito, pois além de ser cumprida em liberdade junto a família, interfere, por meio de orientador, na realidade familiar e social do adolescente, destinando-se, em princípio, aos passíveis de recuperação em meio livre, sempre que se afigurar a medida mais adequada, para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente, pelo prazo mínimo de seis meses, com a possibilidade de ser prorrogada, renovada ou substituída por outra medida. Ao orientador, pessoa capacitada e designada para acompanhar o caso, com o apoio e supervisão da autoridade competente, incumbe:

- I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;
- II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente;
- III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;
- IV – apresentar relatório do caso.

Na prática, porém, a realidade é outra. Conforme relata Pietrocolla (2000, p. 42):

Toda a carência de infra-estrutura acaba, segundo os entrevistados, por transformar a LA em uma atividade burocrática, na qual o adolescente comparece uma vez por mês no posto para receber um ‘carimbo em sua carteirinha’. Em algumas entrevistas, descreve-se a LA como correlata do sursis para os adultos [...].

Também o jovem infrator é visto como obstáculo à eficácia da LA. Nesse sentido, aponta-se a carreira na delinquência, a periculosidade e mesmo a falta de responsabilidade e maturidade como impeditivos do sucesso da medida em meio aberto [...]. Ainda que a liberdade assistida fosse eficaz, o contexto da violência presente na comunidade onde geralmente vive o jovem tende a neutralizar o efeito que ela poderia ter, segundo um dos entrevistados.

Corresponde ao acompanhamento educativo (art. 16º) da Lei Tutelar Portuguesa (Lei nº 166, de 14 de setembro de 1999) que consiste:

- 1 – [...] na execução de um projecto educativo pessoal que abranja as áreas de intervenção fixadas pelo tribunal.
- 2 – O tribunal pode impor ao menor sujeito a acompanhamento educativo regras de conduta ou obrigações, bem como a frequência de programas formativos.
- 3 – O projecto é elaborado pelos serviços de reinserção social e sujeito a homologação judicial.
- 4 – Compete aos serviços de reinserção social supervisionar, orientar, acompanhar e apoiar o menor durante a execução do projecto educativo pessoal.
- 5 – A medida de acompanhamento educativo tem a duração máxima de três meses e máxima de dois anos.

6 – No caso de o tribunal impor ao menor a frequência de programas formativos é correspondentemente aplicável o disposto no n° 3 do artigo 15°.

No direito espanhol, a medida correspondente é rotulada *liberdade vigiada*, sujeitando o infrator à supervisão e vigilância de pessoal especializado, com vistas à aquisição de habilidades e atitudes necessárias para um correto desenvolvimento pessoal e social.

No Brasil, a liberdade assistida aproxima-se, inequivocamente, das condições estabelecidas no período de prova da suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, da Lei n° 9.099/95) e suspensão condicional da pena (art. 78 do Código Penal). Dispõe o Código Penal:

Art. 78. Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 1º. No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (artigo 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana.

§ 2º. Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do artigo 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

- a) proibição de freqüentar determinados lugares;
- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- c) comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

.....
Art. 89.

§ 1º. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de freqüentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

.....
§ 2º. O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

A suspensão condicional (*sursis*⁶) é um direito que o sentenciado possui de, preenchidos os pressupostos legais, obter a suspensão da execução da pena imposta, por um prazo determinado, como substitutivo da pena privativa de liberdade, diante do potencial caráter degenerador da sua execução. Sua natureza jurídica é controversa: direito público subjetivo do sentenciado, condição resolutiva, causa *sub conditione* de extinção da punibilidade, meio de adaptação individual da pena, ato de ajustamento da pena ou medida penal de natureza restritiva da liberdade, de cunho repressivo e preventivo. Sua semente encontra-

⁶ O termo *sursis*, freqüentemente utilizado, é de autoria de Béranger, que intitulou o instituto como *sursis à l'exécution de la peine*.

se no Direito romano, em que, no crime de incêndio, era facultativa a substituição da pena corporal de fustigação pela *severa interlocutio* (moral), transformado, por Justiniano, em mera admoestação judicial. Essa admoestação foi adotada pelo Direito Canônico (*monitio canonica*), que permitia aos juízes eclesiásticos determinar a suspensão de todas as penas temporais e espirituais, desde que o condenado implorasse perdão e sob condição de que não mais praticasse os mesmos atos. Aliás, essa prática não era baseada na legislação, mas sim no direito consuetudinário, pois os juízes, naquela época, tinham o direito de legislar.

Fonte inequívoca do *sursis* é a legislação de correção de menores do Estado de Massachusetts (EUA), de 1869, aplicada aos adultos por lei de maio de 1891 (*probation office dos adults*). Antes disso, na Inglaterra, desde 1847, existiam as mesmas regras (*Juvenile Offenders Act*), consagradas em 1879 (*Summary Jurisdiction Act*), estendidas a outros crimes em 1886⁷.

No Brasil, em julho de 1906, o professor Esmeraldino Bandeira apresentou projeto de lei regulando a suspensão da execução da pena, que, porém, não prosperou. Em 5 de setembro de 1822 o presidente Epitácio Pessoa, por delegação do Congresso Nacional, aprovou o Decreto nº 4.577, regulando o instituto que não fora utilizado. Em 1924, já sob a presidência de Artur Bernardes, por iniciativa do Ministro da Justiça João Luiz Alves (um dos grandes nomes do Direito Civil brasileiro), foi publicado o Decreto nº 16.588/24, rotulando o instituto como *condenação condicional*, pois, após o cumprimento das condições, o agente retomava a condição de primário, sendo a condenação tida por inexistente. A suspensão abrangia, inclusive, a pena de multa. Segundo Almeida (2004),

[...] trata-se o velho *sursis*, atualmente remodelado e revalorizado (pela Lei nº 7.209/84), de mais uma medida penal, tipicamente sancionatória, substitutiva da pena privativa de liberdade que, em algumas situações, se mostra mais favorável ao condenado[...] Alcançando-o, agora, à condição de pena, o legislador colocou-o em pé de igualdade com as penas restritivas de direitos, embora sejam estas preferidas na ordem de substituição à privativa de liberdade, pelo próprio Código Penal, o que nem sempre vem sendo observado pelo julgador.

Continua o professor da UFMA afirmando que “[...] o *sursis*, atualmente, não é só um benefício, mas sanção condicional substitutiva da pena privativa de liberdade. Sendo o *sursis* uma pena condicional, não está o condenado obrigado a aceitá-lo, muito menos às suas condições”. Até a origem da suspensão condicional da pena (legislação norte-americana de correção de menores) revela sua aproximação com a liberdade assistida. Inegável seu cunho penal.

⁷ Na Bélgica, em 1888, foi aprovada a lei que previa a suspensão condicional da pena, semelhante ao projeto apresentado na França por Bérenger. Aliás, na França, apesar do primeiro projeto ter sido apresentado por Bérenger em 1884, somente em 1891 foi aprovada a lei respectiva.

6. Semiliberdade (Art. 120 do ECA)

Regulada pelo artigo 39 do Código de Menores (1979) como forma de transição da internação para o meio aberto, no ECA a semiliberdade é aplicável por prazo indeterminado, podendo ser fixada desde o início ou como forma de transição do internado para o meio aberto, consistindo, portanto, em meio termo entre a privação da liberdade e a convivência com a família e comunidade, sendo que o adolescente exerce atividades externas durante o dia (obrigatoriamente escolarização e a profissionalização), independentemente de autorização judicial, recolhendo-se no período noturno à entidade de atendimento.

Tem por objetivo evitar a internação, sendo adequada para casos em que a desestrutura familiar compromete o tratamento, como, por exemplo, quando: “a) família não apresenta condições de assumir o infrator e ajudar a sua reinserção; b) no local de residência da família o assistido está correndo risco de vida (sic); c) o adolescente não tem qualquer pessoa que por ele possa se responsabilizar” (MOUSNIR apud COSTA, [S.d.]). Conforme Pietrocolla (2000, p. 45),

[...] do mesmo modo que a liberdade assistida, a medida de semi-liberdade é considerada pouco eficaz. De modo geral, as razões dessa ineficácia são as mesmas apontadas nas críticas à LA e, de modo específico, falam da inexistência de programas pedagógicos que possam envolver, durante o dia, os jovens na escola, em cursos profissionalizantes, em atividades esportivas e de lazer, conforme faixa etária e interesses[...]

Uma outra crítica à essa medida refere-se à obrigatoriedade estabelecida no pernoite na Febem. Para alguns entrevistados, deveria ser o inverso, ou seja, o jovem deveria participar de atividades pedagógicas durante o dia na Febem e retornar à noite ao convívio familiar, o que favoreceria o estreitamento dos vínculos familiares. Todavia, em casos de famílias consideradas ‘desestruturadas’, foi mencionado que o bar acaba sendo o local preferido do jovem, onde encontra os seus companheiros e os apelos às novas infrações[...] São essas, provavelmente, algumas das *principais razões pelas quais se pode entender o alto índice de evasão, avaliado em 50%*.

No Direito português (Lei Tutelar 166/99) é aplicável ao infrator a medida de internamento (art. 17º) em regime aberto, pelo prazo mínimo de três meses e máximo de dois anos, que visa proporcionar ao menor, por via do afastamento temporário do seu meio habitual e da utilização de programas e métodos pedagógicos, a interiorização de valores conformes ao direito e à aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável. Segundo o artigo 167º, nos centros educativos de regime aberto os menores residem e são educados no estabelecimento, mas frequentam no exterior, preferencialmente, atividades escolares, educativas ou de formação, laborais e desportivas, podendo obter autorização para saída sem acompanhamento por períodos de férias ou de fim-de-semana com os pais.

A semiliberdade corresponde exatamente ao *internamento em regime aberto* do Direito espanhol, implicando “[...] que o menor levará a cabo todas as atividades do projeto

educativo nos serviços normalizados no entorno, residindo no centro como domicílio habitual” (CUNHA, 2001). Suas regras são basicamente as mesmas do regime aberto da pena privativa de liberdade, consubstanciado no artigo 36 do Código Penal:

Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º. O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

Concluimos que a terminologia internamento em regime aberto adotada no Direito português e no Direito espanhol é mais precisa, não se valendo do eufemismo tão freqüente do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se, portanto, da prisão aberta, que, segundo Muakad (1998) tem as seguintes vantagens:

- a) o sentenciado não perde contato com a família e o ambiente social;
- b) desenvolvimento do senso de responsabilidade;
- c) trabalho fora do presídio, combatendo a ociosidade;
- d) é menos onerosa do que a prisão fechada;
- e) evitar a superpopulação carcerária.

Porém, a prisão aberta, que, sem dúvida, é o espírito da semiliberdade, elenca os seguintes inconvenientes:

- a) incremento da possibilidade de fuga;
- b) mau uso que o interno pode fazer com o mundo externo;
- c) risco de aplicação indiscriminada, colaborando com o aumento da tolerância e condescendência na execução da pena;
- d) individualização inexistente ou inadequada.

Comprovando que a semiliberdade do ECA nada mais é do que prisão aberta, basta consultar o artigo 38, § 3º, do Código Penal de 1969, que descrevia:

Art. 39. O estabelecimento penal aberto será instalado, de preferência, nas cercanias de centro urbano. Nele cumprirão pena, em regime de *semiliberdade*, os condenados por tempo inferior a seis anos de reclusão ou oito anos de detenção, que sejam de escassa ou nenhuma periculosidade. (grifo nosso).

Desta forma, estamos diante de mais uma medida de caráter penal.

7. Internação (Art. 121 do ECA)

A mais severa das medidas socioeducativas pressupõe observância do *devido processo legal*, devendo a decisão fundar-se em três princípios básicos (LEAL, 1996, p. 19):

- a) brevidade - a medida não comporta prazo determinado, tendo limite máximo de

três anos, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses, que poderá tanto permitir o reingresso do adolescente no meio familiar e comunitário ou mantê-lo afastado por mais seis meses. Se forem atingidos os três anos de internação, o adolescente deverá ser libertado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida. A liberação é compulsória quando o infrator completar vinte e um anos de idade. A internação cautelar (art. 185, § 2º, do ECA) possui prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias;

b) excepcionalidade – a internação é admissível quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou por reiteração no cometimento de outras infrações graves, ou por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (nesta hipótese a internação não poderá ser superior a três meses), como última alternativa, sendo vedada se houver outra medida adequada;

c) respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento – sendo o adolescente pessoa em formação, o estabelecimento de internação deve proporcionar ao mesmo condições necessárias para seu normal desenvolvimento. Para tanto, a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. Durante o período da internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas.

Apesar do regime fechado, permite-se a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade de internação, exceto quando vedadas expressamente pelo magistrado. Os operadores do ECA identificam que:

[...] embora se considere que o Estado não ofereça meios para a reeducação, as internações rápidas poderiam ajudar na reflexão e na orientação dos jovens, sendo às vezes uma forma de controle social na sua educação. Se uns propugnam as internações rápidas como um método construtivo na formação dos jovens, outros consideram que três anos de internação é pouco para casos perigosos. Como se vê, tanto uns quanto outros consideram a internações como uma experiência positiva, seja para o jovem, seja para a sociedade... o princípio da excepcionalidade da internação ainda não se realiza no imaginário dos operadores. A privação da liberdade continua sendo o parâmetro para a aplicação das medidas sócio-educativas. (PIETROCOLLA, 2000, p. 26)

Pode-se aferir na legislação portuguesa (art. 17º da Lei Tutelar 166/99) que a “[...] medida de internamento em regime fechado” é aplicável quando se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos:

- a) ter o menor cometido fato qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos ou ter cometido dois ou mais fatos contra as pessoas qualificados como crimes a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos; e
- b) ter o menor idade superior a 14 anos à data da aplicação da medida.

O artigo 18º da lei lusitana assegura que o *internamento em regime fechado* tenha a duração mínima de seis meses e a máxima de dois anos, salvo quando o menor tiver praticado fato qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a oito anos, ou dois mais fatos qualificados como crimes contra as pessoas a que corresponda a pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos, quando terá a duração máxima de três anos.

No Direito espanhol, segundo Cunha (2001, p. 3), as medidas de internamento respondem a uma maior periculosidade, manifestada na natureza peculiarmente grave dos fatos cometidos, caracterizados nos casos mais destacados pela violência, a intimidação ou o perigo para as pessoas. O objetivo prioritário da medida é dispor de um ambiente que proveja das condições educativas adequadas para que o menor possa reorientar aquelas disposições ou deficiências que tenham caracterizado seu comportamento anti-social, quando para ele seja necessário, ao menos de maneira temporária, assegurar a permanência do infrator em um regime fisicamente restritivo de sua liberdade. A maior ou menor intensidade de tal restrição de lugar aos diversos tipos de internamento estão previstos na lei espanhola. O internamento em regime fechado pretende a aquisição por parte do menor dos suficientes recursos de competência social para permitir um comportamento responsável na comunidade, mediante uma gestão de controle em um ambiente restritivo e progressivamente autônomo.

No Brasil, as regras da internação previstas no ECA correspondem às estatuídas ao regime fechado da pena privativa de liberdade (artigo 34 do Código Penal).

O artigo 100 do ECA (aplicável à internação por força do disposto no artigo 113), definindo que tal medida deve levar em conta as necessidades pedagógicas do infrator, visando o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, não destoia do propósito da Lei de Execução Penal (LEP - Lei nº 7.210/84)⁸, que tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (art. 1º). Os direitos do adolescente privado de liberdade previstos no art. 124 do ECA são os mesmos que estão assegurados aos imputáveis condenados e presos provisórios nos arts. 3º, 10, 11 e 41 da LEP:

Artigo 124. São Direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

- I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público;
- II - peticionar diretamente a qualquer autoridade;
- III - avistar-se reservadamente com seu defensor;
- IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada;
- V - ser tratado com respeito e dignidade;

⁸Item 14 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal: “[...] sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a *reincorporação do autor à comunidade*”. (grifo nosso).

VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;
VII - receber visitas, ao menos semanalmente;
VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos;
IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;
X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;
XI - receber escolarização e profissionalização;
XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer;
XIII - ter acesso aos meios de comunicação social;
XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;
XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade;
XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade.

Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;
II - à saúde;
III - jurídica;
IV - educacional;
V - social;
VI - religiosa.

Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41. Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;
II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
III - previdência social;
IV - constituição de pecúlio;
V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
XI - chamamento nominal;

- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Tal constatação constitui efetivação das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing, Resolução 40/33, de 1985), que estatui:

27.1 – Em princípio, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Prisioneiros e as recomendações conexas serão aplicáveis, sempre que for pertinente, ao tratamento dos jovens infratores institucionalizados, inclusive os que estiverem em prisão preventiva⁹.

A consideração de que a internação prevista no ECA é autêntica privação de liberdade, de cunho penal, portanto, não constitui violação a outras regras internacionais de proteção à infância e juventude, que admitem, inclusive, sanções mais rigorosas, como a prisão perpétua e a pena de morte, desde que passíveis de livramento. Declara a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (Resolução 44/25, de 20 de novembro de 1989), na Parte I:

Artigo 37 - Os Estados Partes zelarão para que:

- a) nenhuma criança seja submetida à tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. *Não será imposta a pena de morte, nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;*
- b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança serão efetuadas em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;
- c) toda criança privada de liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;
- d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso à assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação. (grifo nosso).

Ainda no plano internacional, o Oitavo Congresso das Nações Unidas Sobre a Prevenção

⁹A Resolução 43/173, de 9 de dezembro de 1988, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, estabelece o conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão.

do Delito e do Tratamento do Delinquente aprovou as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, descrevendo:

11. Devem ser aplicadas, aos efeitos das presentes Regras, as seguintes definições:
- a) Entende-se por jovem uma pessoa de idade inferior a 18 anos. A lei deve estabelecer a idade-limite antes da qual a criança não poderá ser privada de sua liberdade;
 - b) *Por privação de liberdade*, entende-se toda forma de detenção ou prisão, assim como a *internação em outro estabelecimento* público ou privado, de onde não se permita a saída livre do jovem, ordenado por qualquer autoridade judicial, administrativa ou outra autoridade pública. (grifo nosso).

Portanto, não resta dúvida, a internação do ECA é autêntica medida privativa de liberdade. O propósito de *reeducação da internação*, conforme previsto no ECA, constitui o fim de prevenção especial positiva, o chamado modelo ressocializador, que sustenta que a pena é instrumento útil para evitar que o infrator volte a delinquir, com adoção de sanções admonitórias, ou mediante a ressocialização do condenado através de tratamento terapêutico individualizado. Propõe uma intervenção positiva no condenado, procurando habilitá-lo para participar da sociedade, sem provocar estigmatização ou invadir sua autonomia ou personalidade. Porém, oportuna a lição de Dotti (1998, p.113):

[...] a esperança (honesta ou simulada) de alcançar a ‘recuperação’, ‘ressocialização’, ‘readaptação’, ‘reinserção’ ou ‘reeducação social’ e outras designações otimistas de igual gênero, penetrou formalmente em sistemas normativos com proclamações retóricas em modernas constituições, códigos penais e leis penitenciárias sem que a execução prática das medidas corresponda aos anseios de ‘recuperação’ que não raramente se exaurem na literalidade dos textos.

A ideologia da salvação do condenado tem sido incensada às alturas, mas também denunciada com um dos grandes mitos dos projetos de prevenção. Muito apropriadamente Elías Neuman admite que ‘a readaptação social do delinquente’ é uma das expressões que conquistou fácil trânsito jurídico e está apoiada sobre um consenso mas que, na verdade, é ‘una de las muletilas legales más vacías de contenido em lo que va del siglo’.

Apesar do questionável (quicá condenado e sem dúvida desacreditado) propósito correccionalista, mas coerente com tal ideologia do tratamento pregada pelos adeptos da prevenção especial positiva da pena, o ECA, no artigo 121, § 2º, adota a internação como medida (sanção penal) por prazo relativamente indeterminado, ou seja, a reavaliação semestral deve aferir a eficácia da *correção* ao qual foi submetido o adolescente. Em caso de *eficácia*, ocorre a liberação. Do contrário, é mantida a internação, para continuação do *tratamento* do adolescente, pelo prazo máximo de três anos. Segundo Pietrocolla (2000, p. 35):

Sobre a função das medidas socioeducativas parece haver um consenso entre os entrevistados: ela objetiva reeducar e ressocializar aqueles que infringiram a lei. Entretanto, as concepções de reeducação e ressocialização que se revelam nos argumentos apresentam múltiplos sentidos que parecem decorrer das visões de mundo sobre a

justiça já enunciadas: uma que privilegia a retribuição aos atos infracionais e a outra que privilegia a produção social da infração.

A sanção penal relativamente indeterminada não é novidade no direito pátrio, pois foi assim prescrita no Código Penal de 1969:

Art. 64 – Tratando-se de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente ao crime cometido, que constituirá a duração mínima da pena privativa de liberdade, não podendo ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo continuados.

§ 1º – A duração da pena indeterminada não poderá exceder a dez anos, após o cumprimento da pena fixada na sentença.

Segundo a Exposição de Motivos do Código Penal de 1969, item 26,

[...] com tal pena transfere-se a individualização para momento posterior à sentença, considerando a impossibilidade de determinar, rigorosamente, a medida da culpabilidade do agente e o momento em que estarão atingidas as exigências da retribuição e da reparação, inclusive da reparação social do delinqüente, que se deve realizar sempre por via judicial.

Percebe-se, assim, que o propósito de correção (reeducação) da internação – além de sua (relativa) indeterminação – possui ardorosos defensores quando se trata de sua aplicação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar do descrédito na aplicação de tais institutos aos imputáveis.

Incoerência maior reside na estipulação e reconhecimento, pelo próprio ECA, da liberdade conferida aos infantes (artigo 16), que, posteriormente, é desconsiderada quando se pretende a sua *reeducação* por intermédio da internação por prazo indeterminado.

Aqui, há uma equiparação com os inimputáveis por doença mental, que são submetidos à internação psiquiátrica ou tratamento ambulatorial também por prazo indeterminado (art. 97, § 1º, do Código Penal), com exame de verificação de cessação da periculosidade no período de 1 a 3 anos.

Sobre a liberdade de ação do adolescente, esclarece Silva (2000) que seu fundamento acha-se no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, quando diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, que revela duas dimensões: uma explícita, que é o princípio da legalidade, e outra subentendida, que é a liberdade de ação, ou seja, liberdade de fazer, liberdade de atuar, liberdade de agir. Vale dizer que todos (incluindo, evidentemente, crianças e adolescentes) têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entenderem, salvo quando a lei determine o contrário.

Será que a liberdade de autonomia, valores, idéias e crenças (art. 17 do ECA) asseguradas aos adolescentes somente são sustentáveis quando não há opção pela prática de crimes ou

contravenções ? O respeito à dignidade humana, portanto, deve considerar que a defesa da ordem social deve ser feita através de mecanismos que permitam ao infrator alterar sua atitude e comportamentos, se assim o desejar (ALMEIDA, 2000, p. 150). Conforme Hassemer (1994, p. 58):

Como meio utilizado pelo Direito Penal e em íntima ligação com a execução penal, a ressocialização constitui uma atividade compulsória para o paciente, um tratamento imposto, uma tentativa de arrebatar o preso não apenas no corpo mas também na alma e mais: almeja exorcizar seu estilo de vida e seus modelos de comportamentos específicos da classe baixa a que pertence. Se a tudo isto se acrescenta que *respeitáveis representantes da idéia de ressocialização acabam propugnando a pena de duração incerta (porque o término da pena deve ser calculado em sintonia com as teorias de socialização, com base no concreto êxito da recuperação, e não com base no abstrato princípio da proporcionalidade), de duvidosa constitucionalidade, e se, por fim, se lança o olhar sobre todo o panorama que se descortina sobre pano de fundo da incerta eficácia da recuperação na execução penal, então não fica difícil compreender por que razão a ideologia da recuperação não atravessou imune a era do Direito Penal voltado para as conseqüências.* (grifo nosso).

Aleatório mesmo é o prazo máximo de internação em três anos, que não encontra fundamento em qualquer patamar científico, residindo em pura opção de política criminal, assim também como adotado pelo artigo 75 do Código Penal, que estipula em trinta anos o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade. Desta forma, nada impede sua alteração para prazo menor ou maior. A alteração do prazo máximo de internação para patamar superior surtirá pouco efeito prático, pois, inequivocamente, a opção da Justiça brasileira é, em regra, pela fixação das penas e das medidas socioeducativas em patamares mínimos.

8. Conclusão

Adotando o conceito de Zaffaroni (1991, p. p. 206), quando afirma que são leis penais as que prevêem como forma de decisão de conflitos e as que de qualquer modo autorizem a imposição de penas (sejam ou não constitucionais), entendendo-se por *penas* as conseqüências jurídicas que impliquem privação de direitos ou sofrimento e que não pertençam, como modelos de solução, a outros ramos de direito, concluímos, com facilidade, que as medidas socioeducativas são sanções penais, porém aplicáveis aos inimputáveis por menoridade.

O conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como modo de sua execução, síntese ainda não obtida pelo Direito Penal. Apesar dos eufemismos que cercam o Direito da Criança e do Adolescente, as medidas socioeducativas, aplicáveis apenas diante da prática de crimes ou contravenções (art. 103 e 112 do ECA – princípio da legalidade), são, basicamente, sanções penais restritivas de direitos e, excepcionalmente, privativas de liberdade, orientadas pelos princípios de despenalização (que dificultam ou restringem a privação de liberdade) e descarcerização (que evitam a prisão cautelar),

com cunho nitidamente pedagógico, constituindo, indubitavelmente, materialização das Regras de Tóquio¹⁰, ostentando, portanto, caráter penal especial, como novo estágio da evolução das sanções penais. Portanto, por coerência, as medidas socioeducativas devem ser classificadas como espécie do gênero sanção penal.

Outro aspecto que reforça nossa conclusão é a consideração de que todas as medidas socioeducativas são compulsórias e, inclusive, conversíveis em internação em caso de descumprimento (art. 122, III, do ECA). Tal consideração não constitui violação aos direitos humanos. Segundo Moraes (2000, p. 55):

Note-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança, apesar de estabelecer em até 18 anos de idade o ser humano que deve ser considerado criança, não fixa nenhuma regra sobre a imputabilidade penal, permitindo, inclusive, a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade, desde que legalmente impostas. Conforme prevê seu art. 37, nenhuma criança será privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária, devendo a detenção, reclusão ou prisão de uma criança ser efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado. Ainda é prevista a impossibilidade da criança ser submetida a tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, ou, ainda, a pena de morte, prisão perpétua sem possibilidade de livramento.

Também sob a ótica dos fins das penas, especialmente por prevenção geral, é perfeitamente cabível a aplicação de sanções penais aos inimputáveis por menoridade. A justificativa tradicional da não punição aos inimputáveis reside na ausência de culpabilidade, que, em relação aos adolescentes, atende critério puramente biológico, por razões de política criminal. Portanto, a impossibilidade de conciliação entre penas e medidas socioeducativas não está na finalidade, mas na origem que legitima cada uma delas.

Desta forma, a grande distinção não reside na finalidade, mas sim na origem das sanções penais, cujas espécies no Brasil são as penas (aplicáveis aos imputáveis), as medidas de segurança (aplicáveis aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental retardado e que não eram contempladas, inclusive, até o Código Penal Republicano¹¹, de 1890) e as medidas socioeducativas (aplicáveis aos adolescentes - inimputáveis por menoridade), todas passíveis de efetivação apenas diante da prática de uma infração penal.

Segundo Almeida (2000, p. 118), se consideradas nas suas finalidades, as penas e medidas de segurança não são necessariamente opostas ou incompatíveis, exceto se a pena for considerada prevalentemente na sua função retributiva. Se à pena se atribuir um fim de acentuada prevenção especial, diminuirá sensivelmente a distância que a separa da me-

¹⁰A Organização das Nações Unidas, por intermédio da Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990, estabeleceu as Regras Mínimas sobre Medidas Não-Privativas de Liberdade, as chamadas Regras de Tóquio, tendo como primeiro objetivo fundamental a adoção pelos países membros de alternativas penais ao encarceramento, mediante propostas tendentes a despenalização e descarcerização.

¹¹Art. 68. O condenado que achar-se em estado de loucura só entrará em cumprimento da pena quando recuperar as suas faculdades intellectuaes”.

dida de segurança, raciocínio extensível às medidas socioeducativas. O que não se pode é, a pretexto de proteger e reeducar, continuar privando os adolescentes infratores das garantias do Direito Penal, mas não de suas consequências.

Conclui-se, assim, que se trata de discussão estéril a tão propalada necessidade de mudança de idade penal visando combater a delinquência juvenil, pois, além da existência de cláusula pétrea, as medidas socioeducativas são autênticas sanções penais, divergindo das penas em relação ao *quantum in abstracto*, na forma de aplicação e execução das medidas, o que, caso necessário e conveniente, poderia ser facilmente alterado através de lei ordinária, implementando modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente, respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

9. Bibliografia

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo. O Sursis como medida sancionatória substitutiva da pena privativa de liberdade. *Boletim IBCrim*, São Paulo, n. 135, p. 13-15, fev. 2004.

COSTA, Tarcísio José Martins da. *Medidas socioeducativas*. Disponível em: <www.tjmg.gov.br/jij/artigos.html>. Acesso em: 20 abr. 2005.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. *A responsabilidade penal dos menores na Espanha e o estatuto da criança e do adolescente*. Disponível em: <www.direitocriminal.com.br> Acesso em: 3 mar. 2001.

DOTTI, René Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. Tradução Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, p. 58, 1994.

JESUS, Damásio E. Sistema penal brasileiro: execução das penas no Brasil. *Revista Consulex*, Brasília, n. 1, jan. 1997. CD.ROM.

_____. *Temas de direito criminal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

LEAL, César Barros. O ato infracional e a justiça da infância e da juventude. *Revista da OAB*, São Paulo, n. 62, jan./jun. 1996.

MOLINA, Antonio Garcia Pablos de. Momento atual da reflexão criminológica. *Revista*

Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 0, p. 13, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MUAKAD, Irene Batista. *Prisão albergue*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PIETROCOLLA, Luci Gati et al. *O judiciário e a comunidade: prós e contras das medidas sócio-educativas em meio aberto*. São Paulo: IBCCrim, 2000.

SILVA, José Afonso da. Comentários sobre o art. 16 do ECA. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

RUPTURA MENORISTA

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Direito Público

Especialista em Processo Civil

Professor – Universidade Federal de Uberlândia e Faculdade Politécnica

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos Históricos do Sistema de Defesa Menorista. 3. O Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Rede Municipal de Proteção Integral dos Novos Direitos das Crianças e dos Adolescentes. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

Na entrada do século XXI, as crianças e os adolescentes no Brasil são protegidos por legislação atualizada e adequada aos modernos paradigmas internacionais. O País vive período de franca democratização das instituições públicas. Os Poderes da República solidificaram suas estruturas funcionais e administrativas. O Poder Judiciário assumiu a qualidade de protetor maior dos direitos fundamentais do homem, inclusive quando ocorre violação por parte do próprio Estado. O Ministério Público cada vez mais se projeta como um dos autênticos e independentes defensores da cidadania. Enfim, a sociedade, o Estado e suas instituições caminham na direção da plenitude da cidadania e da democracia.

Entretanto, em sentido oposto aos significativos avanços democráticos e institucionais, milhares de crianças e de adolescentes continuam vitimizadas pela mortalidade precoce, institucionalização em abrigos e orfanatos, maus-tratos, abandono familiar, evasão escolar, drogas, prostituição, trabalho infantil etc. (SÊDA, 2004). Infelizmente, a comunidade infanto-juvenil, ainda representada por órgãos públicos e privados sem legitimidade social e independência adequadas, bem como pouca aptidão técnica para defesa do significativo grupo social, favorece a continuidade das graves mazelas sociais. As ações e medidas protetoras são pontuais, esporádicas, lentas e realizadas em desacordo com a moderna legislação. Na realidade, existe um verdadeiro abismo entre a beleza da lei e a dura realidade social vivida pelas crianças e pelos adolescentes, sendo-lhes preciso e adequado o título *cidadão de papel* (DIMENSTEIN, 1995).

Sem a correta compreensão do novo sistema jurídico-democrático, os operadores do Direito, que atuam na defesa da infância e da juventude ainda executam e/ou cumprem suas funções, de acordo com o revogado e autoritário sistema menorista, inclusive com a inadequada utilização da expressão jurídica: *menor* (SÊDA, 2004). Os novos paradigmas constitucionais de garantia da prioridade absoluta e o da proteção integral dos novos direitos das crianças e dos adolescentes não foram incorporados na prática forense. Do

mesmo modo, o Estado, representado pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, produz políticas públicas e ações administrativas deficitárias, inclusive em desacordo com a Constituição Federal – CF/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

O sistema garantista, jurisdicional e administrativo, necessita de aperfeiçoamento funcional, sobretudo com inversão completa da pauta de valores – do autoritarismo à democracia. Há confusão conceitual nas funções e atividades exercidas pelos responsáveis pela implantação dos novos paradigmas democráticos. Juízes de Direito e Promotores de Justiça continuam no exercício de funções próprias dos conselheiros tutelares ou municipais. A recíproca também tem acontecido com indesejável frequência (SÊDA, 2002).

O objetivo do presente trabalho concentra-se na inelutável necessidade da completa ruptura da doutrina do menor em situação irregular e na implantação da doutrina da proteção integral e da garantia prioritária na proteção dos novos direitos, como condição para melhorar a qualidade de vida das crianças e dos adolescentes. Destina-se aos jovens operadores do Direito que precisam conhecer a nova sistemática e contribuir para a mudança de postura daqueles que atuam nas varas da infância e da juventude.

Na primeira parte, serão apresentados os fundamentos históricos do antigo direito menorista. A visão protetiva sempre foi repressora, religiosa e assistencialista. Em seguida, serão apresentadas as bases principiológicas e normativas do Estatuto da Criança e do Adolescente com a radical mudança de paradigmas. Finalmente, será mostrada a necessidade de implantação da rede de proteção integral, a partir da fixação dos parâmetros da municipalização.

Enfim, será demonstrado que a atuação da família, da sociedade e do Estado exige postura diferenciada, moderna e afinada com os novos princípios e regras sistematizadas na CF/88 e no ECA.

2. Aspectos Históricos do Sistema de Defesa Menorista

A história da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes encontra-se marcada por equívocos irreparáveis, ao longo de mais de quatro séculos (MARCÍLIO, 2003). Para facilitar a leitura, será dividida em fases embora sem rigor temporal ou factual. A compreensão dos aspectos históricos ganha importância pela necessidade de impedir ou pelo menos alertar a sociedade, para que erros históricos e abomináveis não se perpetuem na atualidade, uma vez que entre o descobrimento do Brasil (RAMOS, 2004) e a atual conjuntura nacional, apesar da qualidade da nova legislação, continua sendo possível constatar facilmente a gritante diferença entre seus princípios e a realidade social (SÊDA, 2004).

Para demonstrar a continuidade das práticas menoristas, no início do século XXI, faremos rápida exemplificação de fatos divulgados amplamente na mídia. Em dois dos mais conhecidos municípios brasileiros, ainda existem atuações judiciais e administrativas ab-

solutamente equivocadas. No Rio de Janeiro, em 2004, sem a prática pretérita de ato infracional, ocorreu verdadeira caçada policial às crianças e aos adolescentes pobres e que estavam perambulando pelas ruas da cidade. O Estado de São Paulo, apesar da extinção legal, ainda utiliza a ultrapassada Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor – FEBEM como local para cumprimento da medida socioeducativa de internação. Enfim, embora ultrapassada no tempo, a doutrina menorista continua sendo executada, inclusive com respeitáveis defensores e nas principais metrópoles brasileiras.

Ao retrocedermos no tempo, depois do preferencial lançamento das crianças portuguesas ao mar, por ocasião dos naufrágios (RAMOS, 2004) e da fase religiosa com os padres jesuítas (PRIORE, 2004) na catequese às crianças indígenas, a primeira forma de proteção dos *menores* – trazida da Europa medieval – foi a adoção da Roda dos Expostos (MARCÍLIO, 2003), no século XVIII, tendo sido o artefato adotado nas cidades de Salvador (1726), Rio de Janeiro (1738) e Recife (1789).

Pelo sistema, crianças abandonadas ou renegadas pelos pais eram depositadas em cestas cilíndricas nas entradas dos mosteiros. Logo após, com o toque de um sino, eram recolhidas por religiosas ou pessoas piedosas. O mecanismo era dramático, porém, na época, era menos danoso do que o abandono das crianças indesejadas nas ruas periféricas ou nas perigosas florestas (PEREIRA, 2004). A principal característica do sistema centrava-se na proteção religiosa e na completa omissão do Estado.

A segunda fase, no início do século XX, fundamenta-se na forte repressão estatal, com a entrada em vigor do Código Mello Matos, de 12 de outubro de 1927 (VERONESE, 2003). Importante para a época, foi considerado o primeiro Código de Menores da América Latina. Não fazia distinção entre o menor carente e o praticante de infração penal. Buscava soluções jurídicas para o problema da criminalidade infanto-juvenil a partir do endurecimento das penalidades, inclusive com a fixação da idade penal de 14 anos. Enfim, entronizou o Direito Penal, na sistemática protetiva menorista, como um dos instrumentos sociais para o enfrentamento da complexa problemática da delinquência, sobretudo no período do primeiro pós-guerra mundial.

A terceira fase, ocorrida na ditadura militar, reforçou ainda mais a utilização das regras do Direito Penal. Vivia-se no Brasil a pauta da doutrina da segurança nacional. A entrada em vigor do último Código de Menores, através da Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979, apenas cristalizou legislativamente os valores autoritários do momento. Interessante que a lei dividia os menores em dois grupos distintos: menores em situação *regular* e menores em situação *irregular* (art. 2º). Aos primeiros, ricos, aplicava-se o Código Civil. Aos últimos, pobres e abandonados nas ruas, aplicavam-se os postulados do Direito Penal. Simplesmente a pobreza era condição para a prisão. Ora, pobres, desprotegidos ou abandonados, independentemente de praticar ou não infrações penais, eram considerados em situação irregular, portanto, apreendidos na FEBEM, por ordem judicial, sem direito ao devido processo legal, contraditório ou ampla defesa (MACHADO, 2003; MARCÍLIO, 2003).

A fase atual teve início com a redemocratização do país em 1985, evidentemente permeada pelo forte movimento popular deflagrado pelas eleições livres e democráticas e o rompimento do período autoritário (COMPARATO, 2004). Ao mesmo tempo, a cidadania começou a emergir no sinuoso compasso de idas e voltas (CARVALHO, 2003). Na época, sentiu-se a inadiável necessidade de democratizar também o Direito escrito, permeado de postulados autoritários, anacrônicos e diametralmente opostos à democracia participativa.

Em 1988, com a entrada em vigor da atual CF, foram modificadas radicalmente as formas de proteção da comunidade infanto-juvenil, através da adoção dos princípios constitucionais da garantia de prioridade absoluta e o da proteção integral. As novas bases principiológicas, posteriormente, foram acolhidas no ECA, em 1990, que, além de incorporar os novos parâmetros fixou no plano infraconstitucional a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado no sentido de garantir a integralidade dos novos direitos infanto-juvenis.

Assim, revogada a doutrina do menor em situação irregular, foi acolhida a doutrina das crianças e dos adolescentes, como sujeitos de direitos e deveres na nova ordem jurídica nacional. A maior dificuldade para a completa implantação do sistema constitucional e estatutário vigente, no entanto, centra-se na contínua utilização da doutrina menorista, uma vez que os novos paradigmas não têm encontrado maior repercussão social, apesar dos avanços consideráveis. Os operadores do Direito, na maioria formados com base na revogada Constituição Federal de 1967, ainda não incorporaram os modernos avanços democráticos, através da aceitação das novas regras e princípios do ECA.

3. O Estatuto da Criança e do Adolescente

O ECA foi o resultado de intenso e decisivo movimento popular. Trata-se de produto democrático de alto valor histórico. Sua gestação foi iniciada com a inclusão dos novos direitos e interesses das crianças e dos adolescentes na Constituição Federal de 1988.

O novo instrumento legislativo trouxe o completo sistema de garantia e proteção dos novos direitos. Procurou cristalizar os modernos anseios da democracia direta, participativa e pluralista. Rompeu, enfim, com a doutrina do menor em situação irregular e adotou a doutrina da proteção integral e da garantia da prioridade absoluta na proteção infanto-juvenil.

É dividido em duas partes estruturais, sendo a primeira Geral e a segunda, Especial. Inicialmente, trata dos direitos e princípios fundamentais, individuais e coletivos, em perfeita sintonia com aqueles previstos anteriormente na CF/88. Em seguida, trata dos sistemas integrados de garantia e proteção social, administrativa e jurisdicional. Organiza o sistema de apuração das infrações penais, civis e administrativas praticadas contra as crianças e os adolescentes.

Finalmente, reforça de modo contundente os novos postulados da democracia participativa e especifica as bases de cumprimento do Estado democrático de direito. Como base de atuação, destaca a obrigatória e prioritária atuação da família, da sociedade e do Estado.

Além de revogar, na esfera legislativa, a política menorista, trouxe importantes inovações. Primeiro, retirou a competência e/ou atribuições do outrora Juiz de Menores e, na forma do art. 262 do ECA e da legislação municipal, repassou-as integralmente para o Conselho Tutelar – CT e para o Conselho Municipal de Defesa das Crianças e dos Adolescentes – CMDCA.

Ao retirar do Poder Judiciário as antigas funções assistenciais, filantrópicas e autoritárias de outrora, prestigiou muito mais as funções jurisdicionais resguardando-as em sua plenitude para a defesa integral e prioritária, sempre que provocado, dos novos direitos e interesses individuais e transindividuais. Ora, fora os casos específicos de autorização para o trabalho na condição de aprendiz, de alvará para ingresso em estabelecimentos comerciais ou autorização para viagem internacional, o Juiz de Direito da Infância e da Juventude somente deverá agir, no plano da proteção jurisdicional, quando provocado dentro do devido processo legal. Não existe mais, portanto, apesar da abominável resistência, a figura do Juiz de Menores que expedie portarias proibitivas genéricas e apreende adolescentes pobres em desacordo com as novas bases constitucionais e estatutárias vigentes.

Ao criar o Conselho Tutelar, eleito pela sociedade, para agir no plano administrativo, direcionou-lhe a missão específica de proteger e impedir a violação dos direitos individuais das crianças e adolescentes. O órgão de natureza colegiada, independente, não jurisdicional e autônomo, não se subordina administrativamente ao Juiz de Direito, ao Promotor de Justiça, aos Secretários Estaduais e Municipais, ao Delegado de Polícia etc. Enfim, possui independência administrativa para exigir o cumprimento do ECA, com base no art. 136.

Criou ainda os Conselhos de Direitos, na estrutura estatal federal, estadual e municipal, compostos, voluntariamente, por metade de integrantes do poder público e metade da sociedade civil e, ao mesmo tempo, outorgou-lhes a função deliberativa. Significa dizer que todas as políticas públicas – federal, estaduais e municipais – de proteção e defesa dos novos direitos das crianças e dos adolescentes deverão ser formuladas, implementadas e coordenadas pelo novo órgão colegiado.

A partir da leitura dos art. 204 e 205 da CF/88, conjugados com o art. 88, I e II, do ECA, restou fixada a obrigatoriedade de maior participação da sociedade e da municipalização da proteção infanto-juvenil. Dentro do novo espectro constitucional e estatutário, as políticas públicas foram canalizadas para o Município e, supletivamente, para o Estado e para a União.

Determinou a criação dos programas e das entidades de proteção e defesa, em substituição à Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor – FUNABEM e às FEBEMS. Inverteu, portanto, toda a sistemática menorista ao dividir entre os conselhos comunitários – tutelar

e municipal – a proteção dos novos direitos, aliando-os à atuação do Ministério Público e da sociedade civil com equitativa divisão de responsabilidades e funções. Assim, aquilo que era feito pelo Juiz de Menores passou para o rol de atribuições dos dois conselhos comunitários, sendo dever do Ministério Público zelar pelo correto funcionamento de ambos, bem como pela implantação da rede municipal de proteção, com a possível utilização do processo coletivo.

Urge, enfim, que sejam colocados em prática os novos postulados democráticos do ECA e da CF/88.

4. Rede Municipal de Proteção Integral dos Novos Direitos das Crianças e dos Adolescentes

Milhares de municípios brasileiros ainda não possuem a legislação regulamentadora do novo sistema constitucional. Muitos daqueles que possuem legislação aprovada, ainda não implantaram os conselhos (CT e CMDCA). Aqueles que possuem a lei e os conselhos criados, não implantaram e/ou estruturaram a rede de proteção integral.

Na linha constitucional o ECA obriga a descentralização administrativa, a municipalização, a participação da sociedade e a criação e o funcionamento da rede de proteção integral e prioritária com a completa implementação das bases do art. 90. Infelizmente, ainda são raros os municípios brasileiros que cumpriram todas as etapas fixadas pelo ECA.

É importante lembrar que a falta dos programas municipais da rede integralizada, a precária atuação dos CTs e do CMDCA e a pouca participação da sociedade nos processos decisórios, ainda impregnados pela vetusta doutrina menorista, prejudica a comunidade infanto-juvenil e viola a vontade do legislador constituinte originário e do estatutário.

Na prática diária junto aos juízos especializados, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público continuam exercendo atividades próprias dos órgãos e das entidades públicas e privadas da rede municipal de proteção; os conselhos comunitários não têm sido estimulados a agir no cumprimento de suas respectivas finalidades. Inverte-se a lógica do novo sistema, uma vez que o Estado, Juiz e Promotor de Justiça continuam executando atividades assistenciais, repressoras e filantrópicas, próprias de assistentes sociais, psicólogos, pedagogos etc. Ou seja, a doutrina menorista permanece na prática institucional junto à justiça da infância e da juventude.

O correto funcionamento e a implementação da rede municipal excluirão e/ou diminuirão da apreciação do Poder Judiciário questões próprias de outros setores da sociedade civil, realçará as funções eminentemente jurisdicionais e, ao mesmo tempo, reforçará a atuação do Ministério Público, do CT e do CMDCA, uma vez que permitirá que suas decisões administrativas e/ou resolutivas, sejam integralmente implementadas sem a necessidade do socorro às vias jurisdicionais. Assim, permitirá que o Poder Judiciário canalize seus esforços e recursos administrativo-jurisdicionais para sua finalidade específica: decidir

com a necessária presteza os conflitos individuais e coletivos que lhe são submetidos à apreciação.

Antes da discussão judicial ou administrativa, nos casos de lesão ou eventuais ameaças a direitos, observa-se que o ECA, como visto, além de determinar a municipalização do atendimento obrigou a criação da rede municipal integralizada de proteção, fato facilmente percebido a partir da atenta leitura do art. 90.

Assim, as entidades de atendimento e proteção, públicas ou privadas, são responsáveis pelo planejamento e execução dos programas e demais medidas protetivas, de acordo com as diretrizes estabelecidas em forma de Resolução expedida pelo CMDCA.

O dispositivo legal trata de dois tipos de programas que devem ser desenvolvidos, obrigatoriamente. (SÊDA, 2003, 2004). Os primeiros incisos têm conteúdo nitidamente preventivo, ou seja, fixam as regras e os princípios de ação protetiva com o objetivo da reinclusão social, econômica e jurídica das famílias na sociedade. Os três finais têm conteúdo claramente repressivos, uma vez que estabelecem as formas de cumprimento das medidas socioeducativas. A completa operacionalização do sistema exige, portanto, a criação dos programas fixados no art. 90 do ECA (SÊDA, 2003 e 2004):

1. programa de orientação e apoio sociofamiliar – tem como objetivo prestar atendimento e tratamento social, psicológico, jurídico e pedagógico a famílias carentes e que necessitem dos serviços da rede, em qualquer dia e horário, sempre que caracterizado o estado de necessidade social. A idéia do programa concentra-se na disponibilização de recursos humanos e materiais e/ou meios de proteção das crianças e adolescentes vitimizadas pelo abandono familiar, maus-tratos, uso de drogas, trabalho e prostituição infantil, crimes etc. É o programa adequado para que as famílias sejam orientadas em seus direitos e deveres básicos na busca da sadia qualidade de vida;
2. programa de apoio socioeducativo em meio aberto – objetiva a proteção das crianças e dos adolescentes que apresentem dificuldades diversificadas nas escolas, sobretudo em relação à falta de vagas, evasão escolar, qualidade do ensino e à própria violência e/ou rebeldia nas escolas. A base do programa centra-se no apoio à sociedade infanto-juvenil naquilo que concerne à sua formação profissional e intelectual no ambiente escolar – público ou privado. A repetência, a expulsão e a violência escolar recebem poderoso antídoto administrativo e poderão ser erradicadas a partir da implantação do programa;
3. programa de colocação familiar – tem como missão preparar as famílias-substitutas, organizar o sistema preparatório de tutela, guarda e adoção e, além disso, fazer o acompanhamento dos pretendentes ou inscritos à adoção judicial. Trabalha com todas as formas e mecanismos capazes de impedir e/ou pelo menos reduzir a institucionalização das crianças e dos adolescentes em abrigos, orfanatos, casas-lares etc. Sua implantação impediria a demora ou a desistência nos processos de adoção judicial, uma vez que as famílias seriam orientadas sobre seus futuros deveres e direitos;
4. programa de abrigo – objetiva ser um espaço físico gerenciado pela municipalida-

de ou pela sociedade civil, com o escopo de abrigar, de forma temporária e excepcional, crianças e adolescentes que necessitem de imediato socorro e/ou proteção, antes da urgente inclusão em família substituta ou o posterior retorno à família biológica. Infelizmente, em decorrência da continuidade da política menorista, os abrigos que deveriam ser excepcionais e temporários são definitivos e mantêm intacto o perverso processo de institucionalização de crianças e de adolescentes pobres;

5. Os demais programas – liberdade assistida, semi-liberdade e internação – servem para que os adolescentes, condenados pela justiça da infância e da juventude cumpram as medidas socioeducativas fixadas. Possuem cunho repressivo e visam punir, recuperar ou reintegrar na sociedade o adolescente praticante de ato infracional.

Enfim, a real implantação dos novos paradigmas democráticos exige o esforço conjugado das famílias, da sociedade e do Estado.

5. Conclusão

Como visto, milhares de municípios não possuem Conselho Tutelar e Conselho Municipal de Direitos da Infância e da Juventude e pautam suas ações na forma da doutrina menorista. As redes de atendimento infanto-juvenil são insuficientes, quando existem. Por conta da falta de atuação do Estado, o Poder Judiciário e o Ministério Público continua executando atividades próprias dos CT, CMDCA e dos demais órgãos públicos.

Em alguns casos específicos, ainda se constata facilmente que os próprios operadores do Direito, ainda esgrimem a revogada legislação menorista. A leitura de vários acórdãos e/ou votos dos ministros, tanto do Superior Tribunal de Justiça como do Supremo Tribunal Federal permite perceber-se que ainda é utilizada a antiquada expressão *de menor*, fato que demonstra a incorporação apenas parcial dos modernos paradigmas do ECA e da CF/88.

O adequado funcionamento da rede municipal exige postura diferenciada do Ministério Público em virtude da determinação constitucional e estatutária de provocar o debate e, se necessário, adotar as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis. Esgotados os esforços na esfera extrajudicial, a ação civil pública constitui um dos melhores instrumentos jurisdicionais para obrigar o poder público a criar e fazer funcionar adequadamente os conselhos (CT e CMDCA) e a implementar totalmente os programas previstos no art. 90 do ECA.

Implantada a rede de atendimento integral, será possível iniciar em rápidas passadas, o processo de reversão das drásticas estatísticas oficiais relativas à mortalidade infantil, pobreza, abandono material e intelectual, falta de escolas (IOSCHPE, 2004), abuso sexual, maus-tratos, evasão escolar, trabalho infantil (CIPOLA, 2001) e prostituição, drogas, crimes, dentre outros malefícios impostos às crianças e aos adolescentes.

Finalmente, é possível afirmar que a mudança de paradigma preconizada no trabalho – revogação da doutrina menorista e adoção da doutrina da proteção integral e prioritária

– exige o cabal cumprimento do ECA e da CF/88, uma vez que, ao invés de punir, melhor será prevenir, ou, como já disse Vitor Hugo: “Quem abre uma escola fecha uma prisão”.

6. Bibliografia

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CIPOLA, Ari. *O trabalho infantil*. São Paulo: Publifolha. 2001. (Série Folha Explica)

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil*. 11. ed. São Paulo: Ática. 1995.

IOSCHPE, Gustavo. *A ignorância custa um mundo: o valor da educação no desenvolvimento do Brasil*. São Paulo: Francis, 2004.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MARCÍLIO, Maria Luíza. *A lenta reconstrução dos direitos da criança brasileira – Século XX: instrumentos internacionais e nacionais de defesa e proteção dos direitos da criança*. Disponível em: <<http://www.usp.gov.br>>. Acesso em: 25 jan. 2005.

_____. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil: 1726- 1950. In: FREITAS, Marcos César. (Org.). *História social da infância no Brasil*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2003.

PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: PRIORE, Mary Del. (Org.) *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufcs.br/arquivos/infancia-e-adolescencia>>. Acesso em: 20 mar. 2004.

PRIORE, Mary Del. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a colônia e o império. In: _____. (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: PRIORE, Mary Del. (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

SÊDA, Edson. *A criança e o prefeito estadista: guia do Estatuto da Criança e do Adolescente para prefeitos municipais e sua equipe*. Rio de Janeiro: Adês, 2002. Disponível em: <<http://members.tripod.com.br/edsonseda>>. Acesso em: 10 jan. 2004.

_____. *A criança e o fiel da balança: a solução de conflitos segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Adês, 2004. Disponível em: <<http://members.tripod.com/edsonseda/criancafiel2.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2004.

VERONESE, Joseane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). *Os novos direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

OS TIPOS PENAIS NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Professor – Instituto Vianna Júnior – Juiz de Fora
Mestrando em Direito – Universidade Gama Filho – RJ

SUMÁRIO: 1. A Sentença de Falência como Condição Objetiva de Punibilidade. 2. Sujeito Ativo dos Delitos. 3. Bem Jurídico Protegido. 4. Unidade e Pluralidade dos Crimes Falimentares. 5. Os Tipos Penais na Nova Lei de Falências. 5.1. Fraude a Credores. 5.2. Violação de Sigilo Empresarial. 5.3. Divulgação de Informações Falsas. 5.4. Indução a Erro. 5.5. Favorecimento de Credores. 5.6. Desvio, Ocultação ou Apropriação de Bens. 5.7. Aquisição, Recebimento ou Uso Ilegal de Bens. 5.8. Habilitação Ilegal de Crédito. 5.9. Exercício Ilegal de Atividade. 5.10. Violação de Impedimento. 5.11. Omissão dos Documentos Contábeis Obrigatórios. 6. Prescrição Penal. 7. Bibliografia.

1. A Sentença de Falência como Condição Objetiva de Punibilidade

A sentença declaratória de falência funciona como condição objetiva de punibilidade em relação aos crimes falimentares (HUNGRIA, 1958, p. 29). O art. 180 da Lei nº 11.101/2005 criou duas novas condições de punibilidade para os crimes nela previstos (artigos 168 *usque* 178), ou seja, a sentença que concede a recuperação judicial ou a recuperação extrajudicial do empresário ou da sociedade empresária (art. 1º Lei nº 11.101/2005). Para a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas essas sentenças são, sempre, condição objetiva de punibilidade dos crimes nela descritos.

A condição objetiva de punibilidade constitui-se numa *circunstância extrínseca ao delito*, para a qual é estranha a culpa do agente (NORONHA, 1980, p. 115). A imposição da pena nos crimes falimentares, assim, fica condicionada à declaração judicial da falência ou à sentença de concessão da recuperação judicial ou extrajudicial do empresário ou da sociedade empresária.

A condição objetiva de punibilidade não interfere na configuração do delito. Isso quer dizer que a sentença já o encontra integrado de todos os seus elementos (VALVERDE, 1962, p. 44), estando o crime, portanto, já consumado. Sendo a condição objetiva de punibilidade externa ao processo executivo do delito, ela nada mais é do que um *quid pluris*, indispensável para que, à violação da lei penal, siga-se a possibilidade de punição (HUNGRIA, 1958, p. 28).

Para os crimes anteriores à declaração da falência ou à concessão da recuperação judicial ou extrajudicial, a sentença funciona, realmente, como condição objetiva da punibilidade.

Isso quer dizer que a sentença encontra o crime já integrado em todos os seus elementos típicos. Os fatos anteriores às respectivas sentenças de falência ou de concessão da recuperação judicial ou extrajudicial já configuravam crimes que, pela superveniência da condição, tornam-se passíveis de punição, sob a roupagem da *lex specialis* ¹.

Nos crimes cometidos após a sentença declaratória da falência ou da concessão da recuperação judicial ou extrajudicial do empresário ou da sociedade empresária, a decisão judicial não se configura, verdadeiramente, uma condição objetiva da punibilidade. A sentença, aqui, é *elemento do fato típico*, visto que, sem ela, não há crime. Assim, p. ex., o crime do art. 174 da Lei nº 11.101/2005 (*aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens*) é fato atípico sem a sentença declaratória da falência. Igualmente, não há o próprio fato típico, no *favorecimento de credores* (art. 172 Lei nº 11.101/2005) sem a sentença de falência ou a recuperação judicial ou homologação da recuperação extrajudicial, que figuram como *elemento do tipo*². As condições objetivas de punibilidade são *elementos exteriores ao fato* e ocorrem quando o legislador subordina a punibilidade dele à superveniência de determinada condição exterior à conduta delituosa, como, p. ex., a entrada do agente no território nacional na extraterritorialidade condicionada (art. 7º, § 2º, CP) ou a declaração de falência, na maior parte dos crimes falimentares.

O legislador, ao referir-se expressamente à sentença de falência como condição objetiva da punibilidade dos crimes previstos na Lei nº 11.101/2005, trouxe para o direito positivo um instituto que não havia merecido, jamais, qualquer preocupação legislativa³. De fato, antes dela, não havia em qualquer lei penal disposição sobre as condições objetivas de punibilidade (FRAGOSO, 1986). Com isso, porém, nada mais fez o legislador do que reintroduzir um problema frente ao qual já se encontrava a doutrina penal longe de chegar a uma conclusão definitiva, a ponto de ter afirmado que sobre o instituto paira uma *confusão babilônica* não se encontrando dois autores que estejam de acordo.

Característica da condição objetiva de punibilidade é a de referir-se a um *acontecimento*

¹ Assim, p. ex., o crime de duplicata simulada (art. 172 do CP) pode ser cometido pelo empresário ou por qualquer pessoa autorizada a expedir duplicatas. Se há o decreto de falência da empresa emitente de duplicata simulada, impõe-se a sua apreciação no juízo falimentar, absorvendo-se o crime comum pelo crime falimentar, salvo se não disser respeito à massa falida (MIRABETE, 2003, p. 1425). Isso quer dizer que se a duplicata simulada foi irregularmente emitida, o fato, que já se ajustava ao art. 172 do CP, passa a configurar, com o decreto de falência, o tipo previsto no art. 168 da Lei nº 11.101/2005, ou seja, constitui-se num ato fraudulento prejudicial aos credores, praticado com o intuito de obter vantagem indevida. Trata-se, então, de uma fraude, já punida pelo Código Penal. Se há o decreto de falência e se a emissão de duplicata simulada constitui-se no ato fraudulento, anterior a ela, porém, praticado com o fim de criar injusta vantagem e do qual resultou prejuízo para os credores, caracteriza-se o crime especial que absorve o comum (REQUIÃO, 1975, p. 156). Igualmente, se o sujeito falsifica ou adultera a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas, incide no art. 172, *parágrafo único*, do CP. Se, praticado o crime, sobrevém a sentença declaratória de falência, o sujeito deverá ser punido pela fraude a credores, com a pena agravada (art. 168, § 1º, II, Lei nº 11.101/2005).

² A declaração de falência, em alguns crimes falimentares, como a ocultação ou desvio de bens da massa, a apresentação de declarações falsas ou o falso reconhecimento de créditos (art. 189 da Lei nº 7.661/45) figura como *pressuposto do crime* (FRAGOSO, 1986).

³ Foi pela doutrina de Binding que as condições objetivas de punibilidade nasceram. Na Teoria das Normas,

futuro e incerto (evento-condição) cuja função é a de suspender a punibilidade de um delito já perfeito (BELLINI apud PRADO, 2004, p. 766). Se o *evento condição* é intrínseco ao crime, então, de condição objetiva da punibilidade não se trata, mas, ao contrário, de elemento constitutivo do crime, ou de elemento do tipo⁴.

A sentença declaratória da falência, ou a concessão da recuperação judicial ou a da recuperação extrajudicial somente podem ser condição objetiva da punibilidade em relação aos crimes falimentares nos quais a ação é anterior à sentença isso porque a condição objetiva de punibilidade somente pode ser um acontecimento futuro e incerto. Se o *evento condição* surge anteriormente à conduta deve ser considerado como elemento do crime, do que são exemplos os crimes falimentares praticados posteriormente à sentença declaratória da falência (FRAGOSO, 1986).

O legislador, entretanto, na sistemática da Lei nº 11.101/2005, deu tratamento uniforme à questão, inserindo a sentença de falência ou de concessão de recuperação judicial ou extrajudicial como condições objetivas de punibilidade, quer o crime tenha sido praticado antes dela, quer o fato tenha sido praticado posteriormente. Nesses casos, subsiste o delito, independentemente do vínculo subjetivo do agente com a condição. A prescrição começa a correr, então, da data da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (art. 182, Lei nº 11.101/2005), o que poderá gerar situações inusitadas nos crimes ‘pós-falimentares’, cuja prescrição começará a correr antes mesmo da consumação do crime⁵.

2. Sujeito Ativo dos Delitos

Sujeito ativo dos delitos, na falência ou na recuperação judicial ou extrajudicial de so-

distinguiu ele os elementos objetivos das leis penais que seriam totalmente estranhos ao delito (*dem Delikt ganz fremden*) e que se constituiriam em pressupostos da punibilidade, como sinais objetivos, que não atingiriam a reprovabilidade da conduta (FRAGOSO, 1986). A origem histórica do instituto, porém, reflete uma necessidade de conciliação de exigências contrapostas. De um lado, existem sempre razões de conveniência prática e oportunidade político-criminal, que induzem a subordinar a efetiva punibilidade de alguns tipos de comportamento à verificação de determinadas circunstâncias, de forma que proceder a uma punição incondicionada pode, de fato, em certos casos, conflitar com a tutela de outros interesses merecedores de consideração ou provocar inconvenientes superiores às vantagens. De outro lado, vigendo em matéria penal o princípio da estrita legalidade, referidas valorações de conveniência e oportunidade não podem ser entregues ao poder discricionário do juiz: “[...] il principio di legalità, e il connesso principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, impongono che sia lo stesso legislatore a tipizzare in forma espressa le circostanze capaci, appunto, di influenzare la scelta relativa alle concrete applicazioni della pena (FIANDACA; MUSCO, 1995, p. 726).

⁴ Para se poder individuar a condição objetiva de punibilidade e distingui-la dos elementos constitutivos do fato, inclina-se a doutrina italiana pela utilização de *parâmetros substanciais* (relativos à determinação do interesse tutelado), de forma que devem ser excluídas do rol das condições objetivas de punibilidade e, portanto, considerar-se como elementos constitutivos do fato aqueles eventos nos quais se concentra a ofensa ao interesse protegido (FIANDACA; MUSCO, 1995, p. 729). Assim, é condição objetiva de punibilidade todo acontecimento objetivo, estranho à ação ilícita, e a ela sucessivo, cuja verificação é necessária para a punibilidade (PAGLIARO, 1996, p. 394). As condições objetivas da punibilidade são extrínsecas à violação do interesse protegido e se limitam a refletir valorações de oportunidade, conexas a um interesse externo ao perfil ofensivo do crime (FIANDACA; MUSCO, 1995, p. 730).

⁵ Contrariamente, porém, para Fazzio Júnior (2005, p. 364), o termo *a quo* do prazo prescricional é a data do

ciudades, é o devedor (art. 179, Lei nº 11.101/2005), a ele se equiparando os sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, bem como o administrador judicial que, assim, podem figurar como autores ou partícipes de todos os delitos previstos na lei. Podem, igualmente, ser sujeitos ativos os técnicos contábeis, contadores, auditores e quaisquer profissionais, nos crimes de fraude a credores (art. 168, § 3º da Lei nº 11.101/2005), em inútil redução legislativa, uma vez que as regras do concurso de agentes (art. 29 CP) serão sempre aplicáveis subsidiariamente.

O devedor-empresário é o sujeito ativo dos crimes, por excelência. A responsabilidade penal, entretanto, a ele não está limitada, podendo estender-se ao terceiro, seja empresário ou não (p.ex., ao participante da fraude a credores), a quem se aplicam as regras da co-autoria (PACHECO, 1988, p. 925). Ao diretor, p. ex., pode ser atribuída a prática de fraude a credores, se, quando exercia o cargo, ocorreu simulação de capital social, em prejuízo a credores (art. 168, § 1º, IV), mesmo que tenha se retirado da sociedade (PACHECO, 1988, p. 922).

O próprio credor será sujeito ativo do delito de *favorecimento de credores* (art. 172 Lei nº 11.101/2005), desde que se beneficie ou possa se beneficiar com o ato de disposição ou oneração patrimonial feito pelo devedor em seu proveito e em prejuízo aos demais credores. Trata-se de delito de concurso necessário que pode envolver o credor ou credores do devedor falido ou que haja obtido a recuperação judicial ou extrajudicial da sociedade empresária.

Os sócios que detiverem a gerência da sociedade são sujeitos ativos dos delitos previstos na Lei nº 11.101/2005. Isso importa dizer que não basta a alegação de que o sócio não exercia a gerência da sociedade, para exclusão da responsabilidade penal. Responde pelo crime praticado ou para o qual haja concorrido com ação ou omissão (PACHECO, 1988, p. 934). Se o sócio-gerente, p. ex., outorga procuração a outrem, com ilimitados poderes de gestão, pode figurar como sujeito ativo dos delitos eventualmente praticados pelo mandatário.

Outras pessoas, p. ex., o representante do Ministério Público, o juiz, o administrador judicial, o gestor judicial, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro podem figurar como sujeitos ativos do crime próprio de violação de impedimento (art. 177 da Lei nº 11.101/2005), inclusive a interposta pessoa que haja intervindo na aquisição de bens da massa ou participado de especulação de lucro de bens pertencentes a devedor em recuperação judicial.

A restrição da participação dos contadores, técnicos contábeis, auditores e quaisquer profissionais como sujeitos ativos somente do delito de fraude a credores (art. 168) também é sem propósito, podendo esses profissionais, p. ex., figurarem como sujeitos ativos, dentre outros, do delito de *indução a erro* (art. 171) se, no processo de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial, prestarem informações falsas, induzindo o juiz a erro.

3. Bem Jurídico Protegido

Os crimes falimentares são *plurilesivos*⁶. Neles, a tutela jurídica atinge uma objetividade complexa, não sendo possível uma classificação uniforme dos crimes falimentares que podem figurar na categoria dos crimes de perigo contra o comércio ou a fé pública, nos crimes de dano ao patrimônio dos credores⁷ ou da massa, ou na categoria dos crimes contra a administração pública (VALVERDE, 1962, p. 49).

De fato, nos onze delitos falimentares previstos na Lei nº 11.101/2005 existe uma multiplicitude de bens jurídicos protegidos, o que torna problemática uma classificação homogênea dos respectivos crimes. Neles, ocorre uma pluralidade de ofensas ou lesões ao bem jurídico tutelado pela lei penal (FRANÇA, 1977, p. 408). A fé pública vem protegida na fraude a credores qualificada pela falsificação da escrituração contábil (art. 168, § 1º, II); se o devedor mantém recursos ou valores em contabilidade paralela (art. 168, § 2º, Lei nº 11.101/2005), há também ofensa à ordem tributária⁸. No delito de violação de impedimento (art. 177), tutela-se a moralidade pública e, com mais intensidade, a moralidade da justiça. No desvio, ocultação ou apropriação de bens (art. 173), assim como na aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens (art. 174), tutelam-se os interesses patrimoniais dos credores. No exercício ilegal de atividade (art. 176), tutela-se a administração da justiça⁹.

4. Unidade e Pluralidade dos Crimes Falimentares

Os delitos falimentares, consoante firme opinião doutrinária¹⁰, existentes na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45, não dão origem ao concurso de delitos, consistindo a prática das

fato. Na impossibilidade de defini-la, o termo inicial da prescrição é a data da decretação da quebra ou da recuperação judicial, conforme o caso.

⁶ Contrariamente para Stevenson (1939, p. 88) o crime falimentar atenta contra o comércio.

⁷ Para Gusmão (1947, p. 350), o patrimônio dos credores sofre defraudação nos crimes falimentares que possuem, assim, natureza predominantemente patrimonial, embora possam atingir o comércio e a economia.

⁸ A manutenção de contabilidade paralela configura crime contra a ordem tributária (art. 1º Lei nº 8.137/90). Se o agente, por este expediente, omite operações, de lançamentos ou qualquer outro meio fraudulento capaz de suprimir ou reduzir tributo, a conduta subsume-se à Lei nº 8.137/90 (PRADO, 2004, p. 446). A manutenção de contabilidade paralela também é punida pelo art. 11 da Lei nº 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, com pena de reclusão de 1 a 5 anos e multa. A contabilidade paralela ou caixa dois é jargão utilizado nos meios empresariais para designar as despesas e receitas de uma empresa que não são registradas oficialmente, e, portanto, podem dar lugar a transações sem o respectivo pagamento de impostos (SANDRONI apud PRADO, 2004).

⁹ Cuidando do art. 359 do CP (desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito), Prado (2004, p. 801) posiciona-se no sentido de que o bem jurídico tutelado é a administração da justiça *lato sensu*, com particular ênfase conferida ao prestígio e eficácia das decisões judiciais. A desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito compromete o normal funcionamento da atuação judicial, atingindo a instituição da justiça e, mais especificadamente, sua atividade ou função.

¹⁰ Hungria (1958, p. 219) doutrinava nesse sentido. Para ele, não obstante a multiplicidade de fatos que caracterizavam a bancarrota, havia unidade de crime, sob o fundamento de que, o fato criminoso que se pune é a violação do direito dos credores, pela superveniente insolvência do comerciante. Pelo prejuízo efetivo ou potencial dos credores, pune-se o devedor, tão-somente por causa dele. A pena, assim, somente poderá atingir aquilo que esse evento representa.

diversas condutas incriminadas, crime único (ALMEIDA, 1990, p. 452), o que é endossado por antiga jurisprudência¹¹. Os delitos falimentares teriam, assim, *estrutura complexa*, prevalecendo, para fins de apenação, o crime mais grave. A construção da teoria da unidade do crime falimentar remonta a Liszt (1889) que sustentava que a pluralidade de atos praticados pelo devedor, anteriores à declaração da falência, seria convertida em unidade, por força da declaração da falência, única condição de punibilidade do crime. Na hipótese de ocorrência de fatos dolosos e culposos, a punição deveria recair sobre o crime mais grave, uma vez que revelava a intenção fraudulenta do devedor falido.

Essa concepção foi paulatinamente sendo solidificada, tendo a doutrina a ela agregado dois novos argumentos, ou seja, o de que o evento lesivo seria um apenas e que o crime falimentar possui estrutura complexa, consistindo-se em tipos penais de ação múltipla. Segundo Nogueira (1992, p. 251), “[...] o *crime falimentar* é tratado como sendo ‘crime de conteúdo variado’, de ‘ação múltipla’ ou de ‘estrutura complexa’, que descreve várias formas de execução, mas a prática de várias condutas implica na prática de *infração única*, em face ao *princípio da unidade*”. (grifo do autor). A única exceção à unicidade do crime falimentar ocorria quando um dos fatos configurasse crime comum que merecesse apenação autônoma, o que foi objeto de expressa disposição no Decreto-Lei nº 7.661/45, art. 192, cuja redação: “Art. 192. Se o ato previsto nesta Lei constituir crime por si mesmo, independentemente da declaração da falência, aplica-se a regra do art. 51, § 1º, do Código Penal”, determina a aplicação das regras do concurso formal. Como se percebe dessa construção, a unidade do crime falimentar está apoiada na consideração da ofensa ao interesse dos credores, reduzindo-se, portanto, uma única lesão patrimonial a múltiplos credores.

O posicionamento doutrinário e jurisprudencial, após o advento da Lei nº 11.101/2005 é imprevisível. Julgamos, entretanto, que deva ser revista a antiga concepção da unidade dos crimes falimentares¹². Os tipos penais na Lei nº 11.101/2005 não são, evidentemente, tipos mistos alternativos, não podendo ser reduzidos a uma unidade. As condutas incriminadas não descrevem modalidades da prática de um mesmo tipo delituoso. Além disso, várias das condutas incriminadas pressupõem uma violação não contextual do bem jurídico. Desse modo, é insustentável a redução dos crimes falimentares a uma unidade

¹¹ STF, RHC nº 49.563/SP: “Sendo o crime falimentar um todo único, não pode a sentença cindí-lo, para aplicar penas autônomas a cada uma de suas partes”. TJSP, HC n. 39.644: “Se as diversas infrações relacionadas com a quebra do paciente só podem constituir um único crime falimentar, a pena aplicada na sentença não deve exceder ao máximo cominado a qualquer dos artigos da lei de falência por ele violado. Inadmissível o concurso formal estabelecido entre os delitos definidos nessa lei e os de natureza comum, como razão de ser da exacerbação”; TJSP, Ap. Crim. nº 45.771: “Embora diversas as infrações praticadas pelo falido, constituem elas um só delito, de modo que uma única pena deve ser aplicada”; TJSP, Ap. Crim. nº 45.967: “Ainda que vários sejam os delitos falimentares praticados, a pena a ser imposta é uma só, aquela cominada à infração mais grave”.

¹² Analisando a unidade ou pluralidade de crimes falimentares, Führer (1972, p. 41) criticava acerbamente o posicionamento redutor da unidade dos delitos, sob o fundamento de que representaria uma *anomalia* no sistema, pagando a lei um tributo às teorias antigas: “Abolida a teoria da falência-crime, há que se arcar com as consequências, reconhecendo a pluralidade das condutas onde a mesma foi proclamada, sem mais subterfúgios. É evidentemente artificial e arcaico o conceito de que um único fato demonstre jûris et de jure o complexo genérico do comportamento do falido”.

complexa, de forma que não se deve *a priori* rejeitar a possibilidade de concurso de crimes falimentares e, com maior enfoque, para os crimes praticados após a sentença de falência ou da concessão da recuperação judicial ou extrajudicial, quando a multiplicidade de condutas poderá importar em pluralidade de crimes.

De outro lado, não é correto reduzir a ofensa ao patrimônio coletivo dos credores como o único bem jurídico tutelado na Lei de Falências e Recuperação de Empresas que ampliou, sensivelmente, o rol de bens suscetíveis de violação. Assim, p. ex., se o falido ou o empresário sob recuperação judicial, pratica favorecimento de credores (art. 172), dispõe do patrimônio social em benefício de credor, e, sucessivamente, desvia outros bens da massa, em proveito próprio, é de se reconhecer o concurso material de crimes. Igualmente, é possível que o devedor, antes da falência, omita a escrituração contábil (art. 178), prestando, após o decreto de falência, informações falsas no respectivo processo (art. 171 da Lei nº 11.101/2005), caso em que terá praticado dois crimes.

Com muito mais razão, não poderá deixar de ser reconhecido o concurso de crimes, se o autor deles for pessoa diversa do devedor, como no caso, p. ex., de *violação de sigilo empresarial* (art. 169), antes do decreto de falência, tendo o seu autor, após a sentença, desviado bens da massa falida (art. 173). A existência do concurso de crimes, então, deve ser vista caso a caso. Sendo plurilesivos os crimes falimentares, é possível que as diversas condutas violem bens jurídicos distintos, acentuando a possibilidade do concurso de delitos, com o afastamento do princípio da unidade do crime falimentar.

De outro lado, as regras do concurso aparente de normas penais tem inteira cabida nos crimes previstos na Lei nº 11.101/2005. Assim, p. ex., o credor que haja divulgado informação falsa sobre devedor em recuperação judicial, com o fim de obter vantagem (art. 170 da Lei nº 11.101/2005), obtendo, após a sentença de falência, a vantagem patrimonial (art. 172), deverá responder por um só delito, no caso pelo art. 172, que, sendo mais grave, absorve o delito antecedente (*princípio da consunção*). Se o devedor apropria-se de bens da massa (art. 173), terá praticado ato fraudulento em prejuízo aos credores (art. 168), nem por isso responderá em concurso material, mas, apenas, por crime único, no caso pelo art. 173 da Lei nº 11.101/2005, que é um tipo especial em relação ao tipo genérico (art. 168), (*princípio da especialidade*).

5. Os Tipos Penais na Nova Lei de Falências

A Lei nº 11.101/2005 ampliou sensivelmente os tipos penais, em relação ao Decreto-Lei nº 7.661/65, que previa apenas 5 crimes falimentares. Novos tipos penais foram criados, em substituição às condutas típicas descritas no Decreto-Lei nº 7.661/45, que, realmente, estavam completamente obsoletas (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 359). Em virtude da especificidade dos crimes falimentares, foi adequada a colocação dos tipos penais na própria Lei de Falências e Recuperação de Empresas, mesmo porque seria extremamente difícil a inserção dos respectivos crimes no Código Penal, muito especialmente tendo em vista a pluriofensividade dos delitos.

Isso não quer dizer que a criação dos respectivos tipos penais tenha sido bem feita. Ao contrário, há deficiências múltiplas, seja de técnica legislativa, seja de estruturação dos tipos. No caso do aumento de pena previsto no crime de fraude a credores (art. 168), p. ex., o legislador empregou, de forma inusitada, os verbos típicos no passado e, assim, a pena será aumentada de 1/3 até a metade, se o devedor *manteve ou movimentou* recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, o que parece fazer retroagir a lei penal, para agravar condutas, antes da sua prática.

Outros tipos penais (p. ex., arts. 168, 177, 178) nada mais são do que arranjos novos, para velhas infrações falimentares que estavam espalhadas pelos artigos 186 a 189 do Decreto-Lei nº 7.661/45. De outro lado, houve uma sensível melhoria no que diz respeito à tipificação exclusivamente dolosa das infrações, pondo-se fim a uma prejudicial contravérsia existente durante a vigência da lei anterior, no sentido de se admitir ou não crimes falimentares dolosos e culposos¹³.

Os crimes elencados na Lei nº 11.101/2005 são de dano e de perigo (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 361). Todavia, não se pode negar a existência de crime de mera conduta (art. 178 – *omissão dos documentos contábeis obrigatórios*) e também formal (art. 176 – *exercício ilegal de atividade*). Mesmo sendo a sentença de falência ou de concessão de recuperação judicial ou extrajudicial condição objetiva de punibilidade desses delitos, não é de se afastar, *a priori*, a possibilidade da tentativa. Suponha-se que, próximo à declaração de falência, o devedor emita cheques em benefício de algum credor (art. 172) e, declarada a quebra, o administrador judicial susta o respectivo pagamento; ou o caso do devedor que, pretendendo desviar vultoso lote de mercadorias, providencia o embarque clandestino das mesmas para outro país, tendo sido a mercadoria apreendida¹⁴.

A co-autoria e a participação são admissíveis. Além disso, há *crimes próprios* (art. 177 – *violação de impedimento*; 176 – *exercício ilegal de atividade*) que somente podem ser cometidos pelas pessoas especialmente designadas, bem como *crimes comuns* (art. 170 – *divulgação de informações falsas*) que podem ser praticados por qualquer pessoa. Os crimes capitulados na Lei nº 11.101/2005 são pré-falimentares ou pós-falimentares, bem como podem ser cometidos antes ou depois da concessão da recuperação judicial ou extrajudicial. Todos os crimes são sancionados com reclusão e multa, com exceção dos especificados no art. 178 (detenção e multa).

¹³ Para Führer (1972, p. 30), não havendo na lei especial falimentar nenhuma ressalva ou cominação expressa, em princípio, todos os crimes falimentares são dolosos. Igualmente, Pacheco (1988, p. 917), para quem o Decreto-Lei nº 7.661/45 não previa crimes de falência culposa, tendo sido equiparado o dolo direto ao eventual. Contrariamente, porém, para Valverde (1962, p. 43), os tipos penais do art. 186 do Decreto-Lei nº 7.661/45 evidenciam a imprudência, a negligência ou a imperícia do devedor no exercício da profissão de comerciante; na Ap. Crim. nº 45.967 (TJSP) admitindo procedimento culposo na conduta do falido que realizou despesas gerais injustificadas (art. 186 Decreto-Lei nº 7.661/45) em relação ao capital social, adquirindo bens que o absorviam, na sua quase totalidade. A situação anterior era, de fato, tão problemática que Nogueira (1992, p. 263) chegou a afirmar que, embora agindo culposamente, o comerciante responde por crime doloso.

¹⁴ Os exemplos são de Führer (1972, p. 36), com alteração da nomenclatura, em vista da Lei nº 11.105/2005.

O art. 168, parágrafo 4º, da Lei nº 11.101/2005 prevê uma causa especial de diminuição de pena, na falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte se o juiz não constata a prática habitual de condutas fraudulentas, por parte do falido, caso em que fica autorizado a reduzir a pena de reclusão de 1/3 a 2/3. Pretendia a lei facultar a aplicação das penas substitutivas a esta única hipótese, como alternativa à redução da pena de reclusão em 1/3 a 2/3. Porém, o dispositivo já nasceu obsoleto, uma vez que a Lei nº 9.714/98 importou em alterações de fundo no Código Penal (aplicável subsidiariamente), de forma que, fazendo-se presentes os pressupostos (art. 44 CP), é possível, em qualquer dos delitos, a aplicação das penas restritivas de direito (art. 43 do CP).

5.1. Fraude a Credores

O tipo penal em questão corresponde ao art. 187 do Decreto-Lei nº 7.661/45, tendo sido as margens mínima e máxima da pena privativa da liberdade (reclusão) sensivelmente ampliadas (três a seis anos de reclusão). A redação do tipo não é elogiável, utilizando-se o legislador do verbo *praticar*, obscurecendo o verdadeiro sentido da conduta incriminada. Além disso, utilizou-se da locução que possa resultar prejuízo aos credores, o que pode gerar dúvidas quanto à necessidade da existência do dano ou da suficiência do perigo de dano aos credores¹⁵.

Sujeito ativo do crime é o devedor. Sujeito passivo são os credores do falido ou do devedor sob recuperação judicial ou extrajudicial. O dano patrimonial pode ocorrer, porém é suficiente, para a configuração do delito, o perigo de dano, expresso na locução que possa resultar, o que equivale à própria tentativa.

A conduta incriminada consiste na deliberada diminuição do patrimônio do devedor, em prejuízo aos credores. Exige a lei a prática de ato fraudulento, ou seja, da má-fé ou astúcia, muito semelhantes ao estelionato comum (art. 171 do CP¹⁶), porém, aqui, com a especificação da necessidade da sentença de falência ou concessão de recuperação, além do prejuízo aos credores. Nesse tipo, pode ser incluída a aquisição de grande quantidade de mercadorias a crédito, com desvio ou liquidação em proveito próprio (PACHECO, 1988, p. 925), a emissão de cheque sem fundos, a falsificação de duplicatas, a hipoteca outorgada com ânimo fraudulento, a venda e a revenda simulada de mercadorias (FÜHRER, 1972, p. 71-72).

O crime é especialmente agravado nas hipóteses do art. 168, § 1º, quando o agente,

¹⁵ A redação do tipo penal poderia corresponder ao seguinte: “Obter ou tentar obter, mediante fraude, para si ou para outrem, em prejuízo aos credores, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, indevida vantagem, ou assegurar, para si ou para outrem, vantagem indevida”.

¹⁶ “Nesta categoria se incluem vários atos tidos na lei penal comum como estelionato” (PACHECO, 1988, p. 925).

para obter ou tentar obter vantagem indevida, elabora escrituração contábil¹⁷ ou balanço¹⁸ com dados inexatos (inciso I); omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar ou altera escrituração ou balanço verdadeiros¹⁹; destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado²⁰; simula a composição do capital social²¹; destrói, oculta, ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios²².

A pena do crime de fraude a credores é aumentada de 1/3 até a metade, se o devedor mantém ou movimenta recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação (art 168, § 2º, Lei nº 1.101/2005), ou seja, a manutenção ou movimentação de recursos através do sistema *caixa dois*, que se corporifica numa fraude visando iludir

¹⁷ É o conjunto de procedimento por meio do qual se registra, em livros próprios, de forma metódica e sistemática, de acordo com normas dadas pela contabilidade, um complexo de obrigações, bens materiais e direitos que constituem um patrimônio, assinalando sua variação ao longo do tempo (FRANÇA, 1977, p. 157).

¹⁸ É o relatório que, resultando do encerramento dos procedimentos contábeis de determinado exercício, demonstra a sua posição financeira global, uma vez que nele aparecem as origens dos fundos utilizados (passivo e patrimônio líquido) e a sua aplicação (ativo), permitindo uma avaliação de sua evolução no exercício, mediante uma comparação com o balanço do período anterior. (FRANÇA, 1977, p. 54). Contém três partes: Ativo, Passivo e Patrimônio Líquido.

¹⁹ O tipo atual corresponde ao art. 188, VI e VII, do Decreto-Lei nº 7.661/45, ou seja, a prática de falsificação material ou ideológica da escrituração ou do balanço. A conduta pode consistir na falsificação de parte ou de toda a escrituração ou balanço, com alteração do conteúdo dos livros existentes, “[...] seja materialmente adicionando ou subtraindo palavras ou números, seja intelectualmente, omitindo lançamentos ou fazendo lançamentos que não correspondem à realidade” (VALVERDE, 1962, p. 73). Pode, também, a conduta consistir no *fałsum* ideológico.

²⁰ O dispositivo, evidentemente, acompanha o desenvolvimento de novas técnicas de armazenamento informatizado de dados, que, com grande velocidade, vem substituindo os antigos processos de arquivamento contábeis por papéis e documentos escritos.

²¹ Deixou a Lei nº 11.101/2005 de exigir o intuito de obtenção de maior crédito previsto no Decreto-Lei nº 7.661/45 (art. 188, I), bastando o fim de obtenção ou assecuração de vantagem indevida para si ou para outrem. A simulação de *capital social* que, segundo Valverde (1962, p. 68), é o “[...] montante em dinheiro, dos valores ou bens, que o dono ou donos da empresa realmente contribuíram, para possibilitar a sua exploração”, consiste na declaração ou inserção em qualquer documento, de forma inexata, de maior capital que o verdadeiro, v.g., pela entrega a bancos ou financeiras de relatórios, memoriais ou exposições, confecção ou difusão de prospectos ou publicações, divulgação em revistas, etc. Se a simulação de capital social for inserida em balanço, escrituração contábil ou lançamento, configura-se a causa de aumento de pena prevista no art. 168, § 1º II, Lei nº 11.101/2005. Em todo caso, a simulação ocorre quando a cifra que exprime o capital social não representa o valor real das contribuições, em bens ou dinheiro, que os sócios da sociedade fizeram para a constituição deste capital.

²² Essa causa de aumento de pena tem grande semelhança com a prevista no inciso III (destruição ou corrupção de dados contábeis ou negociais armazenados em sistema informatizado), sendo que aqui a conduta incide sobre os documentos de escrituração contábil obrigatórios, equivalendo ao art. 188, VIII do Dec. Lei nº 7.661/45 (destruição, inutilização ou supressão total ou parcial, dos livros obrigatórios), sendo uma decorrência da obrigação legal do empresário, de conservação da escrituração correspondente, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados (CC. art. 1.194). Trata-se de causa especial de aumento de pena incidente sobre o empresário que objetiva ocultar fatos de sua vida profissional e que, muito provavelmente, revelariam irregular administração da empresa. O art. 1.180 do CC torna obrigatório o Livro Diário. Nesse sentido, quanto à obrigatoriedade do Diário, doutrina Führer (1972, p. 39). O *pequeno empresário* fica dispensado da exigência constante no art. 1.180 do CC (art. 1.179, § 2º, do CC), dependendo, porém, de regulamentação por lei a sua situação, de forma que a causa especial de aumento de pena prevista no art. 169, § 1º, V, configura-se como norma penal em branco em sentido impróprio, devendo ser regulamentada por lei de igual hierarquia.

a arrecadação de tributos. Consiste num mecanismo fraudulento específico, visando à obtenção de vantagem indevida, nele figurando como sujeito passivo, principalmente, a Fazenda Pública, que também pode figurar como credora do devedor.

5.2. Violação de Sigilo Empresarial

Esse tipo penal não encontra paradigma na legislação revogada. Consiste na violação, exploração ou divulgação indevidas de sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira. Como se vê, a conduta somente pode incidir sobre dados confidenciais ou sigilo empresarial de operações ou serviços, exigindo-se, ainda, um *plus* consistente na contribuição para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira.

O tipo requer um nexo de causalidade entre a revelação dos dados ou sigilo empresarial e se encontra redigido completamente à ilharga do art. 13 do Código Penal, no que diz respeito ao nexo de causalidade. A exigência da *contribuição* para o estado de inviabilidade econômica ou financeira do devedor consiste em manifesta superfetação, à vista da teoria adotada pelo Código Penal, no sentido de que todos as condições que concorram para o resultado equivalem-se na sua eficiência causal (VIDAL, 2004, p. 194).

Trata-se de crime comum que pode ser praticado por qualquer pessoa, com exclusão do próprio devedor. O dever de sigilo empresarial, porém, pode incidir muito especialmente sobre os empregados da sociedade, no sentido de guardar segredo sobre as atividades que ali se desenvolvem o que é essencial para o sucesso do empreendimento e cuja revelação pode causar sérios prejuízos à organização econômica empresarial²³. A proteção penal, aqui, está voltada contra a violação, exploração ou divulgação de qualquer informação sobre a empresa, como venda, publicidade, relações com os consumidores e fornecedores etc. (FRANÇA, 1977).

5.3. Divulgação de Informações Falsas

Pune-se, no art. 170 da Lei nº 11.101/2005, a divulgação, por qualquer meio, de informação falsa sobre o devedor em recuperação judicial, com o fim de levá-lo à falência ou de obter vantagem. Tal como o art. 169, consiste em inovação legislativa, não tendo sido

²³ A violação de segredo comercial está prevista como crime na Lei nº 9.279/1996 que trata dos crimes contra a propriedade industrial, configurando *concorrência desleal*. Assim, a divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, com exceção das informações que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, é punida com pena de detenção de três meses a um ano, ou multa. Da mesma forma, constitui crime punido com a mesma pena, a divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato, obtidos por meios ilícitos, ou mediante fraude (art. 194, XI e XII).

a divulgação de informações falsas prevista no Decreto-Lei nº 7.661\45 ou na legislação pretérita falimentar.

Trata-se de delito comum, podendo, assim, ser praticado por qualquer pessoa, com exceção do próprio devedor. A conduta incriminada consiste na propalação ou divulgação falsa sobre devedor em recuperação judicial, com o fim de levá-lo à falência ou de obter vantagem. O agente, assim, sabendo ou devendo saber falsa a informação sobre o devedor em recuperação judicial, faz a *divulgação* (tornar público ou notório) ou *propalação* (relato oral ou escrito daquilo que se ouviu de outrem). (PRADO, 2004, p. 223). O delito é de forma livre, tendo o legislador empregado a expressão *qualquer meio*, e, portanto, pode ser praticado por palavras, escritos, gestos, desenhos. O propósito de levar o devedor à falência ou de obter vantagem é indispensável, cuidando-se, então, de um delito de *tendência intensificada* (PRADO, 2004, p. 223).

5.4. Indução a Erro

O crime de indução a erro era previsto no art. 189, II, III e IV, do Decreto-Lei nº 7.661\45 e encontrava-se cindido na conduta de qualquer pessoa que prestasse no processo de falência ou concordata declarações ou informações falsas, do devedor que reconhecesse como verdadeiros créditos falsos ou simulados ou na conduta do síndico que prestasse informações, pareceres, exposição ou relatórios contrários à verdade.

Pelo art. 171 da Lei nº 11.101\2005 o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa (*crime comum*), sendo incriminada a sonegação ou omissão de informações ou prestação de informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia geral de credores, o comitê ou o administrador judicial.

Trata-se de *crime de mera conduta*, configurando-se um *crime de perigo abstrato*, restando configurado independentemente da ocorrência de qualquer evento. Basta a finalidade de indução a erro do juiz ou das demais pessoas referidas. Assim, p. ex., se o devedor, no processo de falência, reconhece como verdadeiro crédito falso, comete o crime de indução a erro. O terceiro que o apresentar no processo responderá pelo delito do art. 175 (*habilitação ilegal de crédito*). Responde pelo crime em questão, igualmente, o perito, contador ou técnico contábil que, p. ex., elaborar laudo pericial falso. Se o crédito constar da escrituração contábil do devedor, caracteriza-se o crime do art. 168 (*fraude a credores*), com o aumento de pena do § 1º, I (*elaboração de escrituração contábil ou balanço com dados inexatos*). Com o presente dispositivo, objetivou o legislador tutelar os interesses da massa e dos credores na recuperação judicial ou extrajudicial, mas, também, a administração da justiça, p.ex., quando o sujeito presta, no processo de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial, falsa perícia ou falso testemunho.

Se a prestação de informações falsas for feita por representante legal da pessoa jurídica, a responsabilidade penal é daquele; se houver constituição de procurador ou advogado,

a responsabilidade penal recai sobre eles, se agiram à revelia ou até contra a vontade do representado. Agindo por orientação ou em nome do representante, é deste a responsabilidade penal. Trata-se de uma questão a ser resolvida no caso concreto. É evidente que o crime não se configura, pela inexistência de qualquer perigo, se a informação prestada ou omitida incidir sobre fato irrelevante. A inexistência ou a falsidade deve versar sobre fato relevante, de modo a constituir, pelo menos, um dano em potencial aos interesses envolvidos na massa falida (FÜHRER, 1972, p. 92).

5.5. Favorecimento de Credores

O crime em questão constitui-se numa ampliação do delito previsto no revogado art. 188, II, do Decreto-Lei nº 7.661/45 que punia o devedor com pena de reclusão de um a quatro anos, pelo pagamento antecipado de credor em prejuízo de outros. Na nova redação, pune-se o favorecimento de credores, seja por pagamento antecipado de dívidas não vencidas ou não. O tipo penal requer o favorecimento de um ou mais credores, em prejuízo dos demais, seja por oneração ou disposição patrimonial ou por prática de qualquer ato gerador de obrigação, levado a efeito antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial.

O crime é de dano, exigindo o prejuízo dos demais credores, pela diminuição do numerário, subtraído ao concurso de credores e pode ser praticado pelo devedor como por outras pessoas, p. ex., o administrador judicial que, em violação ao art. 113 da Lei nº 11.101/2005, aliena bens da massa, sem autorização judicial, preferindo determinado credor, com os recursos obtidos. O dispositivo alcança o credor beneficiado com o favorecimento e está endereçado, sobretudo, ao *desvio do ativo* (GUSMÃO, 1947, p. 363) praticado antes da sentença de falência ou da concessão da recuperação judicial ou extrajudicial.

A doutrina e jurisprudência formadas em torno do art 188, II, do Decreto-Lei nº 7.661/45 restringia a incidência do crime de pagamento antecipado de credor em prejuízo de outros, aos atos realizados no período suspeito, quando praticados dentro da *zona de risco penal*²⁴, isso porque o pagamento de dívidas não vencidas violava a *par conditio creditorum* não produzindo efeitos relativamente à massa. Na sistemática da antiga lei falimentar, então, a punição criminal endereçava-se àquilo que a própria lei fulminava de nulo.

Esse endereço interpretativo, na vigência da Lei nº 11.101/2005 deverá ser mantido. As condutas incriminadas pelo art. 172 prescindem do meio fraudulento, caso em que o tipo incidente é o art. 168 (*fraude a credores*). Então, a tutela penal restringe-se ao patrimônio dos demais credores prejudicados com os atos de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação a cargo do devedor e que seriam atípicos, não fosse a sentença de falência ou a homologação da recuperação judicial ou extrajudicial. Assim, a incidência

²⁴ Führer (1972, p. 74) cita trecho da Apelação Criminal nº 89.088/SP: “Só se configura a infração do art. 188, n. II, da Lei de Falências, quando o indiciado, no termo legal da quebra, efetua pagamento de dívida não vencida”.

das sanções do art. 171 deve limitar-se àqueles atos praticados em prejuízo dos demais credores, dentro do termo legal da falência, os quais fulmina o art. 129 *caput* da Lei nº 11.101/2005 como ineficazes²⁵.

Se o devedor se encontra sob recuperação judicial, a incidência desse tipo penal somente ocorrerá se o devedor praticou os atos de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação fora da definição estabelecida no plano de recuperação judicial. Se o ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação contiver simulação como meio para que determinados bens do devedor sejam transferidos a terceiro, restará configurado o *desvio de bens* (art. 173 Lei nº 11.105/2005).

5.6. Desvio, Ocultação ou Apropriação de Bens

O desvio de bens sempre foi um crime falimentar de grande incidência. Trata-se de crime de dano, consistente na subtração de bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à massa falida. Pode ser cometido por qualquer pessoa (crime comum), exigindo-se, porém, a prévia concessão da recuperação judicial ou o decreto de falência. No desvio, o agente dá à coisa destino diverso daquele para o qual ela lhe foi entregue. Não há necessidade, assim, de que o agente tenha o ânimo de apropriação. Nessa hipótese (apropriação), o agente procura incorporar, no seu patrimônio, o patrimônio alheio. Ele inverte o título da posse. Na modalidade típica de ocultação, o agente coloca a coisa fora do alcance da massa ou dos demais credores.

O crime pode ser cometido por simulação, p. ex., do perecimento do bem, embora essa não seja necessária, como no caso de envio de mercadorias para o estrangeiro, em local onde não possam ser alcançadas pelos órgãos da falência (FÜHRER, 1972, p. 76). O tipo penal pressupõe que os bens apropriados, desviados ou ocultados sejam pertencentes ao devedor e não a terceiro, caso em que a restituição se impõe:

Art. 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição.

Parágrafo único. Também pode ser pedida a restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada.

Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:

I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua

²⁵ “Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;

II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;

III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada;”

venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;

II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

III – dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei.

Parágrafo único. As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no art. 151 desta Lei.

A compra em nome de terceira pessoa (cônjuge, p. ex.) é típica forma de execução desse delito, razão pela qual o legislador a especificou na parte final do art. 173. Nesse caso, o agente que recebeu o bem responde pelo delito do art. 174 (*aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens*). De outro lado, é muito comum e, aliás, criminoso, p. ex., que o devedor, logo após o decreto da falência, transfira rapidamente maquinários, utensílios, matéria prima etc., para outro estabelecimento, especialmente quando ele é sócio ou tem interesse em ambas as empresas. O tipo em questão apresenta-se como *misto alternativo* ou de condutas fungíveis, de forma que se ocorre a apropriação de determinados bens e a ocultação de outros, não se altera a lesão ao bem jurídico, permanecendo única a infração.

5.7. Aquisição, Recebimento ou Uso Ilegal de Bens

Por sua vez, aquele que recebe, adquire ou usa, ilicitamente, bem que sabe pertencer à massa falida ou influir para que terceiro, de boa-fé, o adquira, receba ou use, incorre no art. 174 da Lei nº 11.101/2005. Trata-se de uma receptação especial, a qual se acrescentou a modalidade do uso de bem pertencente à massa falida. O crime é material, de dano, podendo ser cometido por qualquer pessoa. Se o devedor se apropria de bem pertencente à massa (um veículo, p. ex.), o uso posterior constitui-se em *post factum* impunível.

5.8. Habilitação Ilegal de Crédito

A habilitação ilegal de crédito é punida com reclusão de 2 a 4 anos e multa. O delito em questão guarda semelhança com o art. 189, II, do Decreto-Lei nº 7.661/45, tendo sido, na sistemática da Lei nº 11.101/2005, ampliado o objeto da tutela penal, alcançando a falsa apresentação ou habilitação de créditos ou a reclamação falsa na recuperação judicial ou extrajudicial de empresas, além da juntada a elas de título falso ou simulado. A conduta pode ser praticada por si ou por interposta pessoa. O crime é formal e de perigo, consumando-se com a apresentação da relação ou habilitação de créditos ou reclamação falsos ou com a juntada do título falso ou simulado, independentemente da ocorrência do efeito desejado pelo agente (FÜHRER, 1972, p. 89).

O devedor ou o administrador judicial que reconhecerem como verdadeiros o título falso ou simulado, ou a reclamação falsa, responderão pelo crime do art. 171 (*indução a erro*). Se o procurador judicial agiu com má-fé, na apresentação dos títulos, na falência ou na

recuperação judicial ou extrajudicial, responderá solidariamente com o mandante (VALVERDE, 1962, p. 79). Outra questão, relativa à simulação fraudulenta de que se revestem, normalmente, os títulos de crédito ou declarações questionadas, é a possibilidade de instauração de uma questão prejudicial, consistente na decisão do juízo falimentar sobre a falsidade ou simulação. Nesse caso, a ação penal não poderá ser instaurada, senão após a decisão que resolva excluir da falência ou da recuperação judicial ou extrajudicial, o crédito falso ou o título falso ou simulado (VALVERDE, 1962, p. 92).

5.9. Exercício Ilegal de Atividade

O exercício de atividade para a qual foi o agente declarado inabilitado ou incapacitado por decisão judicial, no processo de falência ou de recuperação de empresas, configura o crime do art. 176 da Lei nº 11.101/2005. Trata-se de previsão inédita, em matéria de crimes falimentares.

Constitui-se em efeito da condenação, por crime previsto na própria lei, a inabilitação para o exercício de atividade empresarial, o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas à Lei nº 11.101/2005²⁶ e a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio (art. 181). Se o sentenciado viola o impedimento judicialmente determinado, comete o crime em questão. O tipo penal tutela, assim, a própria administração da justiça, guardando semelhança com o art. 359 do Código Penal (*desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito*), do qual se aparta, entretanto, pela nítida relação de especialidade.

5.10. Violação de Impedimento

A violação de impedimento constitui-se em crime funcional especial, exigindo a qualidade ou condição do sujeito ativo. Assim, trata-se de crime próprio. Incrimina-se a conduta do juiz, do representante do Ministério Público, do administrador judicial²⁷, do gestor judicial²⁸, do perito, do avaliador, do escrivão, do oficial de justiça ou do leiloeiro que, por si ou por interposta pessoa, adquiram bens da massa falida ou de devedor em recuperação judicial ou, em relação a esses, entrem em especulação de lucro, tendo atuado nos respectivos processos (art. 177).

²⁶O art. 2º, I e II, da Lei nº 11.101/2005 exclui de sua incidência a empresa pública e a sociedade de economia mista, bem como as instituições financeiras, públicas e privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização, e outras a elas legalmente equiparadas.

²⁷“O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada” (art. 21 Lei nº 11.101/2005), com atribuições na falência e na recuperação judicial (art. 22).

²⁸No procedimento da recuperação judicial, o devedor ou seus administradores são mantidos na condução da atividade empresarial. Nos casos de seu afastamento (art. 64 Lei nº 11.101/2005), o juiz, após convocação da assembléia geral de credores, obterá deles um gestor judicial, que assumirá a administração das atividades do devedor (art. 65).

A sanção penal alcança, aqui, a nulidade do ato jurídico, também sancionada pelo Código Civil (art.497, III) que veda a compra, pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, ainda que em hasta pública, de bens ou direitos sobre que se litiga em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade.

A amplitude da norma contida no Código Civil alcança, com a nulidade, o ato jurídico praticado por pessoas que nele não estavam expressamente referidas, como, p. ex., o representante do Ministério Público, que não é, propriamente, auxiliar da justiça, mas cujas funções estão equiparadas às dos próprios juízes. O dispositivo penal tutela a moralidade da justiça, no sentido de que as pessoas que funcionam em determinados processos desempenhem seus deveres desinteressada e profissionalmente.

A vedação perdura por tempo indeterminado. Não depende da prévia declaração da nulidade no juízo cível e subsiste, ainda que não tenha havido prejuízo para a massa (VALVERDE, 1962, p. 83). O crime, assim, é formal. A *especulação de lucro*, também vedada, consiste na operação realizada em bolsa, em que se joga na alta ou na baixa de valores ou mercadorias (FRANÇA, 1977).

5.11. Omissão dos Documentos Contábeis Obrigatórios

O último tipo incriminado é a omissão de documentos contábeis obrigatórios (art.178). Trata-se de crime de mera conduta, consistente na omissão da elaboração, escrituração ou autenticação, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, dos documentos de escrituração contábil obrigatórios.

O presente dispositivo contém uma *norma penal em branco*, ficando carente de especificação no que diz respeito aos *documentos de escrituração contábil obrigatórios*. O livro diário é obrigatório (CC, art. 1.180). Pune-se a omissão do empresário, quando tinha o dever de possuir escrituração contábil, revelando, assim, uma conduta irregular e dolosa, pois “[...] não é sequer de imaginar-se um comerciante, por mais modesto que seja, que nenhum livro possua para nele assentar, ainda que sucintamente, as suas principais operações” (VALVERDE, 1962, p. 59).

Por fim, trata-se de um *tipo penal subsidiário*, ficando sujeito à pena de detenção de um a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave, p. ex., uma fraude a credores, praticada por omissão, na escrituração contábil, de lançamento que dele deveria constar (art. 168, § 1º, I, Lei nº 11.101/2005).

6. Prescrição Penal

Houve sensível melhoria no que diz respeito à prescrição dos crimes falimentares, principalmente na recondução dos prazos às normas do Código Penal. De fato, no sistema do

Decreto-Lei nº 7.661/45, grande impunidade grassava para os delitos, por conta da existência dos prazos prescricionais e pela incidência da Súmula nº 147 do STF, superada pelo advento da Lei nº 7.661/45.

A prescrição, assim, rege-se pelo máximo da pena privativa de liberdade (art. 109, CP), começando a correr não da data da consumação do crime (art. 111, I, CP), mas do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (art. 182, Lei nº 11.101/2005). Nesse caso, se se tratar de crimes ante-falimentares ou que possam ser cometidos antes da concessão da recuperação judicial ou extrajudicial, o dispositivo não apresenta qualquer dificuldade.

Se o crime é pós-falimentar ou somente pode ser cometido após a concessão da recuperação judicial ou da homologação da recuperação extrajudicial, o prazo prescricional começa a correr do dia da sentença, o que se constitui num contra-senso, ou seja, o curso da prescrição começa a correr antes da consumação do crime. Nesse caso, a única solução possível será o cômputo do prazo do dia em que o crime se consumou, aplicando-se subsidiariamente o Código Penal (art. 111, I) que determina o *dies a quo* da prescrição pelo dia da consumação do delito.

A Lei nº 11.101/2005 criou mais uma causa interruptiva da prescrição, ou seja, nos crimes falimentares, a prescrição cuja contagem tenha se iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial, interrompe-se pela decretação da falência (art. 182, *parágrafo único*). O dispositivo, evidentemente, somente se aplica aos crimes ante-falimentares.

7. Bibliografia

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte Generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, nº 738, p. 741-750, abr. 1997.

FRANÇA, Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Crimes falimentares*. São Paulo: RT, 1972.

_____. *Roteiro de falências e concordatas*. 17. ed. São Paulo: RT, 2000.

GUSMÃO, Sady Cardoso. Crime de falência. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889. v. 2.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Leis especiais: aspectos penais*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1992.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

PACHECO, José da. *Processo de falência e concordata*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1996.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1975.

STEVENSON, Oscar. *Do crime falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1939.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

VIDAL, Hélvio Simões. *Causalidade científica no direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

2. JURISPRUDÊNCIAS

INOCORRÊNCIA DE ABOLITIO CRIMINIS EM SEDE DO ESTATUTO DE DESARMAMENTO

EMENTA: HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA. LEI ANTERIOR. CONFLITO. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PRETENSÃO DE ABOLITIO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. FATO TÍPICO. AUMENTO DE PENA. REINCIDÊNCIA. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. O fato de a Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) prever a possibilidade de o cidadão entregar a arma ao poder público não autoriza pressupor a existência de *abolitio criminis*, sobretudo quando o agente foi colhido em situação totalmente diversa da previsão legal e a sua intenção não era a de cumprir o sentido do benefício legal. Sendo a lei nova mais gravosa, não pode retroagir para regular o fato pretérito. Ordem denegada.

DECISÃO: A Turma, por unanimidade, denegou o pedido

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 42.964/SP. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 19 de maio de 2005).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL

FERNANDO ANTÔNIO NOGUEIRA GALVÃO DA ROCHA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Professor Adjunto – Universidade Federal de Minas Gerais

1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 564.960 - SC (2003/0107368-4)

RELATOR: Ministro Gilson Dipp – 5ª Turma

EMENTA:

Criminal. Crime Ambiental Praticado por Pessoa Jurídica. Responsabilização Penal do ente coletivo. Possibilidade. Previsão constitucional regulamentada por lei federal. Opção política do legislador. Forma de prevenção de danos ao meio-ambiente. Capacidade de ação. Existência jurídica. Atuação dos administradores em nome e proveito da pessoa jurídica. Culpabilidade como responsabilidade social. Co-Responsabilidade. Penas adaptadas à natureza jurídica do ente coletivo. Recurso Provido.

I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial. II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. “De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.” IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê

que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade. X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal. XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. 2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Data do julgamento: 13 de junho de 2005.

2. Razões

Em decisão histórica, por unanimidade, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou a possibilidade da responsabilização criminal de pessoa jurídica no Direito brasileiro. O julgado apreciou o Recurso Especial nº 564.960 - SC (20030107368-4), no qual o Ministério Público do Estado de Santa Catarina pleiteou a revogação da decisão que rejeitou denúncia oferecida em face de pessoa jurídica, com base na Lei 9.605/98 - Lei de Crimes Ambientais.

3. Justificativa

A escolha da decisão sobre a *responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais* para comentar deve-se ao fato de que o enfrentamento do tema nos exige realizar significativa mudança de paradigma na dogmática penal. Lamentavelmente, alguns operadores do direito têm se mostrado demasiadamente apegados aos paradigmas tradicionais da dogmática penal e isto contribui para limitar o alcance protetivo do direito penal ambiental.

Com certeza, a instituição da *responsabilidade penal da pessoa jurídica* traz grande repercussão prática, em especial porque os demais ramos do direito têm se mostrado ineficientes para realizarem efetiva proteção ao meio ambiente. Os que defendem a desnecessidade da intervenção penal, em razão dos instrumentos de que dispõe o direito ad-

ministrativo, parecem desconhecer que, em sua grande maioria, as multas administrativas não são pagas pelas empresas infratoras. Segundo publicou o jornal Estado de Minas, em 25.01.2004, p. 19, em Minas Gerais, no ano de 2003, de cada R\$ 10,00 aplicados em multas administrativas apenas R\$ 0,39 efetivamente reverteram aos cofres públicos. Por outro lado, a intervenção punitiva do direito penal exige submeter a questão ao Poder Judiciário, com todas as garantias que o devido processo legal impõe. E isto significa opção por procedimento mais cuidadoso no trato da repressão aos danos ambientais.

Por isso, é muito importante comentar e divulgar o acórdão proferido pelo STJ sobre a matéria, de modo a provocar a reflexão dos operadores do direito sobre a natureza política do direito penal e seu caráter instrumental para a realização dos projetos sociais maiores.

4. Finalidade

A finalidade principal do presente comentário é divulgar a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica. Pretende-se, na oportunidade, estimular a reflexão dos operadores do Direito sobre as finalidades e limitações de uma dogmática que orienta a aplicação da construção normativa que visa produzir resultados práticos e socialmente relevantes.

As observações terminológicas ou de estrita técnica jurídica ora desenvolvidas não afetam a importância da referência jurisprudencial que, certamente, ajudará a consolidar o trabalho que os valorosos Promotores de Justiça estão fazendo na defesa do Meio Ambiente, ou desmerecem a posição de vanguarda consagrada na decisão analisada.

5. Comentário

5.1. Aspectos Introdutórios

A questão essencial que envolve o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica foi perfeitamente destacada no acórdão que ora se comenta. Consta expressamente no inciso III da ementa que “[...] a responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.” Esta é a premissa fundamental que deve ser observada para a compreensão da possibilidade jurídica de responsabilizar-se criminalmente uma pessoa jurídica pela ocorrência de crime ambiental. Não se pode esquecer que toda regra jurídica resulta de uma opção entre vários caminhos possíveis e que, para a construção normativa, a idéia de *ater-se aos fatos* é mera ilusão (ROSS, 1994, p. 309). A ciência jurídica não é descritiva da realidade observada, mas interpretativa e interventiva nesta mesma realidade. O jurídico é, antes de tudo, político, porque fruto de uma tomada de posição frente ao fato social, ou seja, de uma resolução (REALE, 1990, p. 557-560).

Deve-se entender a opção política no seu sentido mais puro e verdadeiro. *Política* é uma palavra que, nos dias atuais, recebeu conotação pejorativa devido à má atuação de alguns agentes públicos. No entanto, a palavra *política* deriva de *pólis*, denominação dada à cidade-Estado grega, e significa tudo o quanto se refira à cidade, seja em seu aspecto urbano, civil ou social. A *Política* de *Aristóteles* (ARISTÓTELES, 1991) é considerada como o primeiro tratado sobre a natureza do Estado e as formas de governo. Nesse texto, o pensador grego enfocou os problemas da organização do Estado sob o prisma das *coisas da cidade*.

Sobre a necessária correlação entre o sistema normativo e a política, Rusconi (1995, p. 53), com muita propriedade, ressaltou que: “[...] *en el derecho, la política sin el sistema significa el imperio de la arbitrariedad, la intuición o el capricho, pero el sistema sin la política representa la tiranía de la letra y de la lógica inclemente, en uno y otro caso con grave deterioro de la justicia material y la igualdad*”.

O sistema normativo é sempre concebido a partir de escolhas políticas sobre a forma mais adequada de resolver as situações de conflito social. Tais escolhas, entretanto, não são imutáveis. De acordo com as conveniências da sociedade, as escolhas podem ser revistas e readaptadas aos interesses que se apresentem prioritários. O próprio Marquês de Beccaria (1956, p. 22) já havia percebido que a Justiça dos homens, a qual qualificou de *Justiça Política*, não passa de uma relação estabelecida entre uma ação e o estado variável da sociedade que a utiliza. Considerando essa mutabilidade do ambiente social, Beccaria (1956) verificou que a Justiça apresenta variações à medida que a opção considerada torna-se vantajosa ou necessária ao grupo social. O Direito, como instrumento de controle social, visa realizar finalidades práticas e mostra-se variável de acordo com as necessidades e conveniências da política social adotada pelo Estado (IHERING, 1979, p. 235). Se em determinados momentos a responsabilidade penal da pessoa jurídica não foi considerada opção conveniente, isto não significa que a sociedade não possa rever seu posicionamento.

Importa notar que a criminalidade e o delito não fazem parte de uma realidade natural, mas sim de construção jurídico-social que depende dos juízos valorativos que produzem a qualidade de criminoso na conduta na qual se aplicam e impõem responsabilidade a determinadas pessoas (THOMPSON, 1983, p. 46 e BARATTA, 1982, p. 35). É a atividade de definição do que é delituoso ou não, realizada pelos componentes das instâncias que detêm o poder de controle social que relaciona os indivíduos e suas condutas à consideração de criminoso e de crime. A responsabilidade penal, do mesmo modo, resulta de um processo político de escolha sobre quem deva suportar a pena a ser imposta pela violação da norma jurídico-penal. As definições de crime e de responsável dependem dos interesses, das crenças e da cultura dos indivíduos que usufruem de posição de predomínio na determinação do que seja inadequado, em última instância, das *ideologias*. Quando se discute o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não se pode esquecer que o equacionamento da questão deve ser feito no âmbito político. A consideração do que seja socialmente inadequado e quem será responsabilizado criminalmente depende sempre

do *ponto de vista* daqueles que legitimamente detêm o poder de imposição ¹. A opção política sobre o tema já foi feita, e por aqueles que detinham legítimo poder para tanto: os constituintes de 1988. O ponto de vista contrário à responsabilização penal da pessoa jurídica foi vencido no debate institucional, segundo as regras do jogo democrático. A opção política foi inserida no ordenamento jurídico, o que significa a preponderância do entendimento da conveniência e oportunidade de utilizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica como instrumento eficaz no combate à criminalidade ambiental.

Cabe à política criminal, portanto, eleger os interesses e as idéias diretivas do tratamento reservado à enfermidade social que é o crime, elaborar as estratégias para seu combate, bem como incrementar a execução dessas estratégias. Coerente com a opção política fundamental do Estado, a política criminal define o que deve ser considerado comportamento delitivo e quais são as estratégias mais adequadas ao combate à criminalidade (DIAS; ANDRADE, 1992, p. 106) e, nesse sentido, quem deve ser considerado responsável pelo fato lesivo ao bem jurídico.

Vale observar que as opções políticas não são condicionadas pela dogmática jurídico-penal. Este é um mito que se torna necessário superar. A dogmática não é construída segundo a natureza das coisas, mas segundo os padrões valorativos predominantes e os objetivos a que se propõe o poder político. É certo que a dogmática penal tradicional alcançou desenvolver elaborações teóricas bastante complexas e profundas. A intensa busca pelo aperfeiçoamento da racionalidade jurídico-repressiva gerou tal abstração para o sistema punitivo que, hoje, se pode temer por seu significativo distanciamento em relação à realidade social na qual produz seus efeitos. Entretanto, a politização do problema da criminalidade ampliou o campo de influência e atuação da política criminal. No momento atual, a política criminal estabeleceu novas relações com a dogmática e o sistema jurídico-penal. Se no contexto tradicional, as exigências político-criminais deveriam amoldar-se aos requisitos conceitual-sistemáticos da noção de crime, hodiernamente a política criminal se apresenta com autonomia e transcendência em relação à dogmática e o sistema jurídico-penal, sendo competente para demarcar os limites últimos da punibilidade (ZAFFARONI, 1981, p. 132 e BETTIOL, 1972, p. 318). A dogmática jurídica e suas premissas metodológicas não possuem valor absoluto, mas relativo, e estritamente vinculadas aos fins que se deseja realizar no ambiente social (RUSCONI, 1995, p. 23). As teorias elaboradas para definir o que seja crime e quem seja responsável serão sempre dependentes dos axiomas e princípios de política criminal que se estabelecem no contexto social, como pedras fundamentais, em dado momento histórico e cultural. Nesse sentido, Roxin (1992, p. 62) esclarece que a política criminal deve definir o âmbito da incriminação bem como os

¹ O conceito de política, como forma especial de atividade humana, está estreitamente vinculado ao de poder. O poder político se verifica nas relações entre os homens de modo que os poderosos impõem a aceitação de certo ponto de vista e determinam o comportamento dos não-poderosos. O homem dispõe de variadas formas de poder sobre seu semelhante e o poder político é apenas uma dessas formas. Da mesma forma, não é possível compreender o Direito desvinculado de sua função organizatória do poder, pois somente o poder cria o dever. Nesse sentido: Bobbio (1994, p. 954) e Telles Júnior (1986, p. 39).

postulados da dogmática jurídico-penal necessários à responsabilização criminal.² Certamente, a dogmática jurídico-penal e a política criminal somente se prestam a combater a criminalidade enquanto produzam efeitos recíprocos e relacionados (MAURACH, 1994, p. 52). O direito penal e a política criminal se completam e, dessa unidade cooperativa, resulta a opção política fundamental do Estado para o trato da criminalidade.

A resistência daqueles cuja opinião é contrária à opção política consagrada no texto constitucional e legal é manifestamente ilegítima. Não se pode obedecer apenas às leis em relação às quais concordamos com a vontade do legislador. Devemos sempre obediência à opção política validamente consolidada na lei. Quando a resistência ilegítima se apresenta camuflada por aparente sustentação em outra opção política, devemos nos esforçar para perceber a armadilha ou, em caso de real conflito entre as opções, identificar a opção prevalente. Nesse sentido, a decisão ora em exame apontou expressamente uma falácia do discurso de resistência que pretende confundir com referências ao princípio da intranscendência. A ementa deixou claro em seu item XI que:

Não há ofensa ao princípio constitucional de que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]’, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

Com certeza, em armadilha tão singela não pode cair o magistrado.

5.2. Inaplicabilidade da Teoria do Delito

A doutrina penal moderna reconhece que o delito apresenta natureza conceitual complexa. Identificar os elementos componentes desta construção teórica é tarefa cuja importância não se restringe às necessidades de exposição sistêmica da matéria, mas sim de grande repercussão prática para a aplicação do direito repressivo. É por meio do conceito analítico do delito que o operador do direito identifica o fato punível, dentre os diversos fatos observados na realidade social. O conceito analítico de crime consolidou-se na doutrina penal como um fato típico, ilícito e culpável. Inexistindo qualquer das qualidades reconhecidas ao comportamento proibido não se pode responsabilizar seu autor.

A concepção da pessoa jurídica como uma ficção é incompatível com o reconhecimento da subjetividade jurídico-penal necessária à caracterização do crime sob o modelo analítico. No entanto, com base na teoria da realidade objetiva, que reconhece na pessoa jurídica real capacidade de vontade e ação, alguns doutrinadores sustentam a aplicação da teoria do delito tradicional à pessoa jurídica. Para Tiedemann (1995, p. 30), se o Direito reconhece na pessoa jurídica ente possuidor de personalidade jurídica que a habilita a ser titular de direitos e obrigações, não há obstáculos ao reconhecimento de que a pessoa

² No mesmo sentido: Dias (1992, p. 106).

jurídica possa ser autora de crime. No mesmo sentido, alguns doutrinadores nacionais.³ A concepção analítica do delito, entretanto, constitui modelo explicativo especialmente formulado para identificar a conduta humana punível. As etapas metodológicas propostas são referidas às qualidades da conduta humana e não às atividades da pessoa jurídica. As adaptações que se pretendem realizar mostram-se muito frágeis e, evidentemente, inadequadas.

A construção teórica do injusto trabalha com elementos subjetivos da conduta que não podem ser aplicados ao exame da atividade ilícita atribuída à pessoa jurídica. Embora capazes de infringir as normas jurídicas a que estão submetidas, as pessoas jurídicas não possuem elemento volitivo em sentido estrito. Não se pode entender que a decisão dos diretores ou do órgão colegiado da pessoa jurídica possa caracterizar uma ação institucional finalisticamente orientada para o ataque ao bem jurídico e, portanto, subsumida ao conceito de dolo.⁴ Dolo é conceito jurídico-penal referido à vontade humana e a pessoa jurídica não tem vontade. Também não se pode falar em tipificar, nos moldes tradicionais, o *comportamento* da pessoa jurídica. A pessoa jurídica não tem comportamento, não desenvolve conduta. Somente a pessoa física tem comportamento. A pessoa jurídica desenvolve atividades e não se pode considerar tais atividades como ações, no sentido jurídico-penal. Argumentando que a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de crime, por não possuir capacidade de ação, muitos juristas nacionais repudiam a possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica.⁵ O raciocínio que rejeita a apenação da pessoa jurídica estabelece a vinculação do sujeito ativo do crime ao sujeito passivo da cominação. Não podendo a pessoa jurídica ser sujeito ativo do crime, não poderia ser sujeito passivo da pena. Esse raciocínio, no entanto, é meramente dogmático.

A aplicação do modelo tradicional da teoria do delito ainda enfrenta importantes problemas relacionados à culpabilidade. O conceito jurídico-penal de culpabilidade é referido à consciência da ilicitude do fato que se expressa na finalidade delitiva da pessoa física. Somente a pessoa humana pode vivenciar o entendimento sobre a ilicitude do fato praticado. Não se pode utilizar o conceito de culpabilidade para responsabilizar diretamente a pessoa jurídica. O conceito de culpabilidade não foi elaborado para ser aplicado às pessoas jurídicas. Nem mesmo a noção normativo-social de culpabilidade se presta a reprovar a pessoa jurídica, como sustentam alguns autores.⁶ Para aplicação à pessoa jurídica, o conceito de culpabilidade deve ser modificado em sua essência, passando a apresentar outro conteúdo. A grande dificuldade dogmática é identificar esse novo conteúdo que poderá orientar o juízo de reprovação da atividade da pessoa jurídica. (FERNÁNDEZ, 1996, p. 26). Uma tal alteração, na verdade, produziria um novo conceito. Não mais a culpabilidade, como se concebe nos dias atuais, e sim outro conceito teórico que teria

³ Costa Neto (2001, p. 41 e 60); Araújo Júnior (1999, p. 89-94); Schecaira (1998, p. 87); e Sznick (2001, p. 63).

⁴ Nesse sentido: Schecaira (1998, p.137-138).

⁵ Nesse sentido: Kist (1999, p. 85-98); Sales (1993, p. 27-36).

⁶ Costa Neto (2001, p. 60) sustenta os autores que “[...] a culpabilidade social da empresa surge a partir do momento em que ela deixa de cumprir com a sua função esperada pelo ordenamento jurídico e exigível de todas as empresas em igualdade de condições.”

aplicação à pessoa jurídica.

O fato é que, não se pode utilizar as noções do direito penal clássico e sua teoria do delito para diretamente responsabilizar a pessoa jurídica. As adaptações que se pretende fazer constroem, verdadeiramente, uma nova teoria do delito. No voto condutor do acórdão que ora se comenta, o Ministro-relator esclarece que é necessário superar a dogmática penal clássica para a implementação e aplicação da responsabilização penal da pessoa jurídica, concluindo: “[...] é incabível, de fato, a aplicação da teoria do delito tradicional à pessoa jurídica, o que não pode ser considerado um obstáculo à sua responsabilização, pois o Direito é uma ciência dinâmica, cujos conceitos jurídicos variam de acordo com um critério normativo e não naturalístico.”

Desta forma, não seria o caso de admitir que “[...] se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal”. A pessoa jurídica não pratica conduta típica, quem pratica a conduta é a pessoa física. Nesse particular aspecto, a decisão acaba por permitir uma contradição com a afirmação anterior. Do mesmo modo, não é tecnicamente exata a afirmação de que “[...] a culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito”. Sendo a culpabilidade um elemento do conceito analítico do delito cunhado para ser aplicado em relação às pessoas físicas, não se deve falar de culpabilidade da pessoa jurídica, mas sim da pessoa natural cujo comportamento deve ser analisado de acordo com o método estabelecido pela teoria do delito.

5.3. Responsabilidade Indireta

No direito penal, a fonte imediata de conhecimento/produção do ilícito é a norma jurídico-penal que está subjacente ao tipo incriminador. No caso das disposições incriminadoras da Lei nº 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais, todos os tipos penais se referem às condutas humanas que violam o bem jurídico. Não há previsão típica referida à atividade da pessoa jurídica. Isto significa que apenas a pessoa física pode satisfazer as exigências típicas, em seus aspectos objetivos e subjetivos. A responsabilidade da pessoa jurídica, portanto, é sempre indireta, decorrente da conduta da pessoa física que atuar em seu nome e benefício. Se o legislador quisesse conceber uma responsabilidade direta para a pessoa jurídica, teria trabalhado com tipos incriminadores referidos à atividade lesiva ou potencialmente lesiva ao bem jurídico. Nos termos da legislação em vigor, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não se fundamenta em intervenção que se possa reconhecer como própria. Com observância obrigatória ao tipo incriminador, a responsabilidade penal estabelecida pela Lei nº 9.605/98 para a pessoa jurídica é sempre indireta.

Cabe notar que a responsabilidade indireta, ou pelo fato praticado por terceiro, não constitui nenhuma novidade em direito penal. No concurso de pessoas, é possível responsabilizar pessoa que não violou diretamente a norma jurídico-penal proibitiva, mas contribuiu

de alguma forma para a conduta violadora realizada por outra pessoa. Veja-se o exemplo do indivíduo que fornece a arma para terceiro praticar crime de homicídio. Nesse caso, a responsabilidade daquele que contribui para o crime fica manifestamente dependente da execução da conduta delitiva pelo terceiro. Não se pode olvidar que o art. 31 do CP dispõe que “[...] o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”. A responsabilidade daquele que entrega a arma decorre da vontade do legislador que concebeu a norma de extensão típica do art. 29 do CP e a relaciona à violação da norma proibitiva do art. 121 do mesmo estatuto.

Também nos casos de autoria mediata sempre ocorrerá responsabilidade penal por fato praticado por terceiro. Quem executa a conduta material que viola a norma jurídica é o indivíduo considerado *instrumento*, mas como esse não possui responsabilidade e serve aos propósitos do autor mediato, por vontade da lei a responsabilidade recai sobre o autor indireto. A construção teórica, já antiga, reserva a denominação de autor àquele que domina o fato por meio do domínio da vontade e da conduta do instrumento. A responsabilidade pesa sobre quem recebe a denominação de autor (ainda que mediato), mas quem executa materialmente o crime é outro – o instrumento (DOTTI, 2001, p. 350). De acordo com o Código Penal brasileiro, são hipóteses de autoria mediata o erro determinado por terceiro, a coação física ou moral de caráter irresistível, a atuação em atenção à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, e a instigação ou determinação ao crime de alguém não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal. Mesmo nos crimes culposos, pode-se reconhecer a autoria mediata que gera a responsabilização pelo fato praticado por terceiro. É exemplo o caso do pai que se descuida na guarda de arma de fogo que é utilizada pelo filho menor para ferir outra criança. Também nos casos de autoria mediata, a responsabilização do autor depende do início da execução do crime pelo instrumento. Se o instrumento não iniciar a execução do crime, não há responsabilidade penal para o pretenso autor mediato.

Em qualquer caso concurso de pessoas ou de autoria mediata, entretanto, a responsabilidade da pessoa física é sempre subjetiva. É necessária a apuração do dolo ou da culpa da pessoa física para atender às exigências subjetivas da tipificação. Já quando se pensa em responsabilidade penal da pessoa jurídica, não se pode falar em autoria, ainda que mediata da pessoa moral. Não sendo possível utilizar a teoria do delito para identificar conduta punível por parte desta, a responsabilidade pelo fato praticado pela pessoa física que age em seu nome e benefício deve apresentar outra fundamentação.

O art. 3º da Lei nº 9.605/98 dispõe que “[...] as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativas, civis e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. Deve-se reconhecer que tal disposição não estabelece que a pessoa jurídica seja autora de crime, mas apenas responsável. A regra do art. 3º não produz qualquer efeito sobre a teoria do delito, que foi construída com muito sacrifício para identificar a pessoa física autora de crime. Não se

trata de norma de extensão típica ou de culpabilidade. Não se trata de co-autoria entre a pessoa jurídica e a pessoa física, mas sim de responsabilidade penal da pessoa jurídica pela conduta realizada pela pessoa física, porque tal comportamento se deu em nome e benefício da pessoa jurídica. É hipótese de responsabilidade pelo fato de outrem, mas que não possibilita investigar elementos subjetivos na pessoa jurídica responsável.

Para a responsabilização da pessoa jurídica utiliza-se a teoria do delito apenas para identificar a autoria de crime naquele que atua em nome ou benefício do ente moral. Sempre dependente da intervenção de pessoa física, que responde criminalmente de maneira subjetiva, a pessoa jurídica não apresenta elemento subjetivo ou consciência da ilicitude que viabilize comparação com as construções da teoria do delito. A responsabilidade da pessoa física é subjetiva, pois se deve aplicar a teoria do delito com suas exigências de natureza subjetiva. A responsabilidade da pessoa jurídica, no entanto, decorre da relação objetiva que a relaciona ao autor do crime.

Considerando a pessoa jurídica isoladamente, os critérios para sua responsabilidade são objetivos. No entanto, a pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de pessoa física e a análise da conduta desta possui sempre aspectos de natureza subjetiva. O caminho adequado para resolver o problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica somente poderá ser encontrado nas teorias da responsabilidade, não na perspectiva de que a pessoa jurídica seja autora de crime. Portanto, fora dos domínios da teoria do delito que estabelece quem seja autor de crime. Deve-se observar que não há qualquer dispositivo constitucional ou legal que afirme ser a pessoa jurídica autora de crime.

Se o ordenamento jurídico é um sistema harmônico, cujas características fundamentais são a unidade e a adequação valorativa (CANARIS, 1989), a construção dogmática da responsabilidade civil deve constituir referência obrigatória para a compreensão da responsabilidade penal que a constituição estabeleceu para a pessoa jurídica. Os diversos ramos do direito sempre se inter-relacionam, de modo que é a responsabilidade jurídica que se apresenta nas consequências distintas impostas pelo direito civil e penal.

A solução que hoje o direito civil dá ao problema da responsabilidade da pessoa jurídica deve ser considerada pelo direito penal para a construção de seu peculiar edifício teórico. Não se pode esquecer que, em essência, o ilícito civil não se diferencia do ilícito penal. A responsabilidade civil e penal decorre de violação ao ordenamento jurídico e o interesse em prevenir o dano constitui o traço comum entre a responsabilidade civil e penal (AGUIAR DIAS, 1997, p. 42). A responsabilidade jurídica é definida por critérios possíveis e aptos a estabelecer quem deve suportar o ônus da violação à norma jurídica. A consequência da responsabilidade civil é que se apresenta distinta da consequência da responsabilidade penal. Por isso, é sempre conveniente conciliar o estudo das áreas civil e penal. Com certeza, para melhor compreender a possibilidade jurídica de se estabelecer uma nova forma de responsabilidade penal deve-se considerar como o direito civil enfrentou os problemas surgidos para a consolidação da responsabilidade da pessoa jurídica.

dica. Deve-se notar que, no direito civil, não se questiona a responsabilidade da pessoa jurídica por ato praticado por um seu representante, muito embora não se possa encontrar na pessoa jurídica elemento subjetivo da conduta ou consciência de ilicitude. Uma pessoa física é autora do comportamento que viola o sistema normativo e a pessoa jurídica é responsável. Nestes termos também deve ser entendido o art. 3º da Lei nº 9.605/98, que estabelece quais sejam os requisitos para a responsabilização da pessoa jurídica por crime ambiental.

6. Conclusão

A decisão que o Superior Tribunal de Justiça proferiu no Recurso Especial nº 564.960/SC constitui importante referência jurisprudencial que ajudará a consolidar o trabalho que o Ministério Público vem fazendo em defesa do Meio Ambiente, uma vez que admite expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental. O fundamento da referida decisão é o reconhecimento do fato de que a decisão do constituinte e do legislador infraconstitucional por responsabilizar a pessoa jurídica é fruto de opção política válida e legítima, que não está condicionada pela *natureza das coisas*. Nos termos da Constituição e da Lei de Crimes Ambientais, só a pessoa física pode ser autora de crime, sendo que a pessoa jurídica também poderá ser responsável pelo mesmo. A responsabilidade penal da pessoa jurídica é de natureza indireta, por fato praticado pela pessoa física que age ou se omite em seu nome e interesse, aplicando-se os mesmos parâmetros dogmáticos utilizados para a responsabilização civil da pessoa jurídica.

7. Bibliografia

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. *Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina*. In: *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia y dogmática penal, pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*. In: *Política criminal e reforma del sistema penal*. Bogotá: Temis, 1982.

BECCARIA, Cesare Bonesana - Marquês de. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, 1956.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal da atitude interior*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 442, 1972.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro et al. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE; Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. In: PUIG, S. Mir; PEÑA, D. M. Luzón. (Coord.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: José Maria Bosch Editores, 1996.

IHERING, Rudolf Von. *A finalidade do direito*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, v. 1.

KIST, Ataides. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: LED, 1999.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994, v. 1.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1994.

ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito: elementos de delito en la base a la política criminal*. Barcelona: PPU, 1992.

RUSCONI, Maximiliano A. *Sistema del hecho punible y política criminal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SZNICK, Valdir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001.

TELLES JUNIOR, Alcides. *Discurso, linguagem e Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, 1995.

THOMPSON, Augusto Frederico G. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

ZAFFARONI Eugênio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981.

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL PENAL**1. ARTIGOS****DA LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL POR PARTE DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – DOS CRIMES
PRATICADOS POR PREFEITOS MUNICIPAIS E DA CRIAÇÃO DE GRUPO
ESPECIAL PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

CRISTÓVAM JOAQUIM F. RAMOS FILHO
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Poder Investigatório do Ministério Público na Esfera Criminal. 3. Da Criação do Grupo Especial no Âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para proceder às Investigações dos Crimes Praticados pelos Agentes Políticos Municipais que gozam do Foro Privilegiado. 4. Da Instauração e Tramitação dos Procedimentos Investigatórios Criminais Envolvendo Prefeitos no Âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

[...] em qualquer lugar do mundo a responsabilização penal de pessoas poderosas e influentes não é tarefa fácil. A dimensão dos fatos delituosos por ela praticados, a dificuldade de investigação, a defesa pelos melhores advogados, tudo dá a esse tipo de causa caracteres de especial complexidade. Entretanto, em países marcados historicamente por enormes desigualdades econômico-sociais, como o nosso, as dificuldades para investigar, processar e julgar os que encontram-se nas mais destacadas posições nas áreas pública e privada são ainda maiores, sendo notório o insignificante alcance das normas penais quanto a eles [...].

[...]

Circunscrevendo nosso trabalho à esfera pública, verificamos o quanto é grande o dano social causado por aqueles que, ocupando o cargo de Chefe do Poder Executivo, em qualquer dos três níveis governamentais, queiram lesar o erário. Imagine-se, por exemplo, o volume de dinheiro apropriado ou desviado ilicitamente que, em vez de ser empregado na urbanização de favelas, na construção de creches, na reforma de escolas, serve para que o peculatório adquira mansões, fazendas e outros bens para si e para seus apaniguados [...]. (PAÇO, 2000, p. 17).

Trago, de início, uma apresentação dos vários problemas enfrentados em razão da criação do Grupo Especial, porquanto poucos processos desta espécie existiam no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG e a forma de atuação do Ministério Público, até então, era totalmente diferente.

O maior de todos os problemas, com bastante propriedade, foi descrito por Nogueira (1974, p. 56), quando afirmou que “[...] muitas decisões da Suprema Corte são ditadas com propósitos políticos, sem que nisso vá uma crítica às suas decisões. Como órgão do Poder Judiciário os juízos políticos estão em íntima relação com a função do nosso sistema democrático. Muitas vezes somos surpreendidos com decisões que podem ter sua razão de ser no campo político, mas que não representam um juízo jurídico [...]”.

Discordamos do autor quanto ao fato de apontar apenas o Superior Tribunal Federal – STF como autor de decisões motivadas por interesses políticos. Também discordamos do autor quando afirma não criticar essas decisões, pois, da nossa parte, elas causam tanta frustração que, por diversas vezes, pairou a vontade de, como diz a expressão popular, *abandonar o navio*. Além de tiros desferidos em direção aos nossos próprios pés, ainda vimos recomendações nossas serem desprezadas.

Entretanto, a vontade de lutar fortaleceu. Embora poucos, éramos persistentes e, como fruto de muito trabalho e dedicação, conseguimos vitórias, não muitas. Nossa intenção, mais do que nunca, é fazer uma homenagem a todos que trilham e trilham no grupo, a todos os colegas do interior, que, de uma forma ou de outra, nos auxiliaram, aos que contribuíram e contribuem, uns menos e outros mais, para o engrandecimento e respeitabilidade do grupo junto ao TJMG e junto à população. Há de ser homenageada, da mesma forma, a equipe administrativa, assessores, servidores e estagiários, pois, sem a ajuda de todos, nós não seríamos o que somos hoje.

2. Poder Investigatório do Ministério Público na Esfera Criminal

De início, faço uma análise da possibilidade de ter o Ministério Público poder investigatório na esfera penal, requisito essencial para o sucesso dos resultados nessa área. É importante essa abordagem, pois a luta para o reconhecimento dessa atribuição justifica o desenvolvimento de todo o trabalho aqui feito.

2.1 Posição dos Tribunais

Atualmente, essa é uma questão polêmica no Judiciário, existindo decisões em ambos os sentidos, constituindo-se o assunto jurídico da moda. No âmbito do TJMG, a 1ª e a 2ª Câmaras Criminais têm entendido, de forma unânime, que:

[...] nada obsta que o Órgão Ministerial, valendo-se de elementos de convicção coletados em inquérito civil ou em processo administrativo, ainda que instaurado para o propósito de ação civil, ofereça denúncia e dispense o inquérito policial, conforme consignado no artigo “Investigação Criminal pelo Ministério Público”, de autoria de Ela Wiecko V. de Castilho [...]. (PCO nº 306.247-8.00, São Lourenço).

Por sua vez, a 3ª Câmara Criminal, embora de forma não unânime, existindo sempre um desembargador vencido, convenceu-se de que:

[...] não há, no ordenamento jurídico, norma expressa que atribua ao *parquet* competência para promover investigações preliminares na área criminal, e ante os inconvenientes que esse procedimento acarreta, impõe-se o reconhecimento da ilegitimidade do Ministério Público para deflagrar o processo criminal, com base em expedientes produzidos por referido órgão [...]. (PCO nº 316.152-8.00, São Francisco).

Na seara do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o entendimento predominante é de que pode o Ministério Público basear suas denúncias em investigações empreendidas pelo próprio órgão, porquanto:

[...] malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder investigações. A ordem jurídica, aliás, confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/93 [...]. (BRASIL, 2004a).

Entretanto, o STF (BRASIL, 1999), em decisões proferidas pela 2ª Turma, entendeu faltar ao Ministério Público competência para promover Inquérito Administrativo – IA em relação à conduta de servidores, bem como faltar-lhes competência para produzir Inquérito Policial – IP sob o argumento de que temos possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos, podendo, todavia, propor ação penal sem o IP, desde que disponhamos de elementos suficientes. Em outro julgamento (BRASIL, 2003a), firmou-se posição de que a “[...] norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial [...]”, não cabendo a seus membros inquirir diretamente pessoas acusadas de autoria de crime, devendo, nesses casos, requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial.

A questão está sendo enfrentada no julgamento, em andamento, do IP nº 1.968/DF, em que o STF, por meio de seu pleno, terá a oportunidade de apreciá-la. Essa decisão norteará o procedimento do Ministério Público nessas investigações. O julgamento teve os seguintes votos favoráveis à investigação do Ministério Público: Eros Grau, Joaquim Barbosa e Ayres Brito. Votos contra: Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim. Pedido de vista: Ministro Cezar Peluso.

2.2 Posição Defendida pelo Ministério Público

O tema foi exposto por Rondino (2004):

[...] embora a Constituição Federal não tenha dito, de forma expressa, que é permitido ao Ministério Público proceder investigações de ilícitos penais, implicitamente ela o autorizou a tal mister, o que se deduz da interpretação conjunta dos teores dos incisos III, VI e VIII, todos do artigo 129 da CF, que trata das funções institucionais do Ministério Público; além de inexistir qualquer proibição neste sentido nos demais dispositivos constitucionais.

Isso porque, o inciso III do artigo 129 da CF fixa, dentre as funções institucionais do

Ministério Público, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, tudo, obviamente, no âmbito civil.

Assim, resta inquestionável, não só a possibilidade, mas o dever de o Ministério Público investigar ilícitos civis, o que vem expresso no inciso III do artigo 129 da CF, haja vista que ‘promover o inquérito civil’ significa investigar, empreender diligências, aí se incluindo expedição de notificações e requisição de informações, documentos, perícias etc, tudo no intuito de se descobrir se efetivamente houve ou não uma lesão a interesses difusos e coletivos, que caracterize um ilícito de natureza civil administrativa.

Ocorre que, em dispositivo separado, mais precisamente no inciso VI do mesmo artigo 129 da CF, o legislador constituinte previu, também como função institucional do Ministério Público, a expedição de notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, com requisição de informações e documentos para instruí-los.

Cabe, então, a indagação acerca de que procedimentos administrativos são estes em que o Ministério Público tem por função expedir notificações e requisições para instruí-los, conforme prevê o inciso VI do artigo 129 da CF.

Ora, se as notificações e requisições de natureza civil administrativa já estão compreendidas no termo ‘promoção do inquérito civil’, inserido expressamente no inciso III, é certo afirmar que as notificações e requisições, previstas no inciso VI, só podem ser as expedidas em procedimentos administrativos onde se apuram fatos que possam constituir ilícitos de natureza penal, pois inexistem outros procedimentos de atribuição do Ministério Público que não sejam os destinados a apurar fatos ilícitos, senão os que se destinam à apuração de lesão a interesses difusos e coletivos, já mencionados no inciso.

Portanto, apesar de não ter ficado expresso no inciso VI do artigo 129 da CF que os procedimentos administrativos nele referidos são os de natureza criminal, diante do que dispõe o inciso III do mesmo artigo, a única conclusão que se chega é a de que tais procedimentos são realmente aqueles em que se busca investigar a ocorrência de ilícitos penais, porque, se assim não fosse, não haveria qualquer razão para a existência do inciso VI, tendo em vista que todas as notificações e requisições de documentos e informações para apuração dos ilícitos de natureza civil de atribuição do Ministério Público já se encontram previstas no inciso III; lembrando-se que a lei não traz expressões inúteis.

Como se não bastasse, a previsão contida no inciso VIII, também do artigo 129 da CF, reafirma ainda mais tal conclusão, uma vez que, segundo sua redação, duas outras funções institucionais do Ministério Público são as de requisitar diligências investigatórias e inquérito policial.

Requisitar a instauração de inquérito policial significa requisitar da autoridade policial que empreenda diligências no sentido de apurar um fato, em tese, criminoso, sendo certo que, dentre as diligências apuratórias, está a expedição de notificações e requisição de informações e documentos, atividades inerentes à função exercida pela

autoridade investigante.

Ora, se o inciso VIII do artigo 129 previu, além da requisição de inquérito policial, a requisição de diligências investigatórias por parte do Ministério Público, o que se mostra claro através da inserção da conjunção ‘e’ na redação do dispositivo, é certo que tais diligências investigatórias não são aquelas englobadas no termo “inquérito policial”, que, conforme supra referido, já traz implicitamente este significado, qual seja, empreender diligências para a apuração de um delito. A requisição de diligências investigatórias, contida na primeira parte do inciso VIII do artigo 129 da CF, é a requisição, por parte do Ministério Público, de informações e documentos diretamente daquele que tiver condições de fornecê-los, pois, se assim não fosse, não haveria qualquer motivo para a inclusão, no dispositivo em questão, da expressão “requisitar diligências investigatórias”, lembrando-se, mais uma vez, que a lei não traz expressões inúteis.

Verifica-se, pois, que é a própria conjugação dos incisos III, VI e VIII, todos do artigo 129 da Constituição Federal que, em primeiro lugar, já contraria a tese no sentido de que a Carta Magna não autorizaria o Ministério Público a proceder investigações de fatos, em tese, delituosos.

A corroborar tal raciocínio, pelo menos no âmbito estadual, basta uma simples análise do teor do artigo 144, § 1º, inciso IV, e § 4º, da Constituição Federal, para se constatar que o exercício da função investigatória não é exclusividade das polícias civis dos Estados.

Isso porque, o § 1º do artigo 144 da Constituição Federal, que trata tão-somente da Polícia Federal, enumera, em seus incisos de I a IV, as atribuições desta. Assim, precisamente no inciso IV do mesmo parágrafo é deferida à Polícia Federal exclusividade para o exercício da polícia judiciária da União, que, sem dúvida, não se aplica à hipótese de investigação empreendida pelos Ministérios Públicos Estaduais.

Já o § 4º do artigo 144 da CF, este sim diz respeito às polícias civis dos Estados, a elas deferindo as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, porém, não de forma exclusiva, haja vista que a exclusividade somente foi atribuída de forma expressa à polícia federal, conforme se observa da redação do inciso IV do § 1º do mesmo artigo 144 da CF.

Portanto, a interpretação conjunta dos artigos 129, incisos III, VI e VIII, e 144, § 1º, inciso IV, ambos da Constituição Federal, é que responde ao questionamento daqueles que invocam a tese de ilegitimidade do Ministério Público para investigar ilícitos penais, resultando na conclusão óbvia de não exclusividade da função investigatória das polícias civis dos Estados, principalmente porque, como o exigido para a propositura da ação penal, além da justa causa, é a existência de elementos para formar a *opinio delicti*, faz-se mister que o Ministério Público disponha de todos os meios de investigação e de obtenção de provas, considerando ser ele o real destinatário do inquérito policial e detentor único da ação penal pública.

Resumindo, a difundida e, porque não dizer, irritante tese de ilegitimidade do Ministério Público para investigar ilícitos penais, absolutamente nada tem de constitucio-

nal, sendo defendida somente por um grupo seletivo de pessoas, ao qual somente pode interessar a impunidade, já que inexistia qualquer outro argumento, mesmo social, que possa amparar o desejado afastamento do Ministério Público das investigações, que, sem dúvida, é uma de suas funções institucionais [...].

3. Da Criação do Grupo Especial no Âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para proceder às Investigações dos Crimes Praticados pelos Agentes Políticos Municipais que gozam do Foro Privilegiado

Anteriormente, os processos de competência originária, mais precisamente inquéritos policiais, eram analisados por assessores designados, por delegação, pelo Procurador-Geral de Justiça, os quais faziam as peças iniciais acusatórias, bem como as manifestações posteriores, sem, entretanto, subscrevê-las, existindo apenas a identificação do chefe do *Parquet*. Esses assessores atuavam, quando do ajuizamento da ação penal, em inquéritos policiais ou em documentação que possibilitasse o oferecimento, de plano, da denúncia, havendo indícios suficientes, inexistindo qualquer investigação administrativa no âmbito do Ministério Público na esfera criminal.

Posteriormente, passaram os assessores a assinar em conjunto com o Procurador-Geral, existindo Procuradores de Justiça designados, por delegação, para manifestarem durante a instrução dos processos. Veio depois a designação de Procuradores de Justiça, por delegação, que atuavam junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, para atuarem nesses processos, gerando, como consequência, dada a grande quantidade de procedimentos, o estrangulamento dessas manifestações.

Objetivando agilizar e centralizar a atuação do Ministério Público nessa esfera, em razão da revogação da Súmula 394 do STF, ocorrida em 25/08/99, cujo conteúdo determinava que o ex-Prefeito continuava com direito ao foro privilegiado, o Procurador-Geral de Justiça Márcio Decat de Moura, por meio da Resolução nº 13, de 20 de março de 2000, criou o Grupo Especial de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos, de atuação ampla, pois atuaria em todos os processos de competência originária em que os acusados gozassem do direito ao foro privilegiado, tendo, em seguida, designado, por delegação, Procuradores e Promotores de Justiça para atuarem neles. Portanto, sua atuação não se restringia somente aos crimes de prefeitos.

Entretanto, nesta época, o Ministério Público enfrentou uma das maiores crises institucionais, com o apontado envolvimento do órgão com a denominada máfia dos caça-níqueis, mais precisamente do Procurador-Geral de Justiça. Sem que se procedesse a qualquer investigação de prefeito, em virtude do conflito de atribuições surgido entre o recém-criado Grupo e a Corregedoria-Geral do Ministério Público, em razão do envolvimento do Procurador-Geral de Justiça, bem como representação formulada pelo Corregedor-Geral e deliberação da Câmara de Procuradores, por maioria de votos, foi revogada a resolução, em 28 de março de 2000, pelo Procurador-Geral de Justiça Adjunto, Francisco Márcio Martins de Miranda Chaves, o qual estava em exercício devido ao afastamento do chefe

do *Parquet*.

Com o retorno às atividades, o Procurador-Geral de Justiça Márcio Decat de Moura veio, pela mesma motivação anterior, com a Resolução nº 37, de 26 de julho de 2000, criar o atual Grupo Especial de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais, restringindo a atuação do grupo somente aos crimes de prefeitos que gozam de foro por prerrogativa de função, tendo sido designados, da mesma forma, Procuradores e Promotores para atuarem nele.

Os membros do grupo, formado por Procuradores e Promotores de Justiça, atuam em nome do Procurador-Geral de Justiça, em decorrência da competência originária, e foram designados através de Portarias para funções delegadas. Através deste mecanismo, pode o Ministério Público atuar de forma mais proveitosa nesta área, alcançando, com o desenrolar dos anos, grandes resultados, embora estejamos longe de atender os reclamos da população.

A criação do grupo enfrentou, no âmbito do Estado de Minas Gerais, muitos questionamentos, principalmente acerca da violação do princípio do promotor natural, sob argumentação de que a atribuição não poderia ser delegada, a teor do disposto no artigo 29, inciso IX, da Lei nº 8.625/96. Esses questionamentos foram rechaçados de forma unânime pelo TJMG e pelo STJ (BRASIL, 2003b) que firmou o entendimento de que a “[...] criação de grupo especializado por meio de Resolução do Procurador-Geral da Justiça, com competência e membros integrantes estabelecidos previamente ao fato criminoso, não ofende o art. 29, IX, da Lei 8.625/96, nem o princípio do Promotor Natural [...]”.

Como se depreende da resolução criadora do grupo especial, em seu artigo 1º, e que deve ser vista como lei em sentido amplo, estabeleceram-se, de maneira prévia, suas atribuições, tendo como objetivo primordial salvaguardarem-se os princípios da generalidade, abstratividade e impessoalidade, os quais devem pautar na atuação funcional dos seus membros previamente definidos. No dizer de Stasiak (2001):

[...] a proibição de Promotor *ad hoc*, então, deve ser observada diante da dupla garantia que se constitui o Promotor Natural [...].

[...] Diferente é a situação das equipes especializadas, pois nesta hipótese o que se busca é um melhor exercício da justiça, com a atuação de Promotores que ingressaram regularmente na função, cujas atribuições são previstas em lei, aos quais se garante a inamovibilidade no exercício dessas atribuições.

Assim, sendo estas equipes formadas com observância das exigências legais, inclusive constitucionais, para a atuação do Promotor de Justiça, serão elas consonantes com o Princípio do Promotor Natural.

O que não se pode admitir é que os componentes destas equipes sirvam de instrumento para manipulações e mudanças, de acordo com a vontade do Procurador-Geral de Justiça, mas que contribuam elas para o aperfeiçoamento da justiça [...].

Ocorre que, independentemente da utilização do termo Grupo Especial ou Procuradoria

Especializada, nome de fantasia adotado, utilizado para designar a equipe de membros do Ministério Público escaladas para a repressão de delitos próprios e comuns praticados por Prefeitos Municipais, que gozam do foro privilegiado, em nada compromete o exercício da titularidade da ação penal, pois quem responde pelas atribuições do Procurador-Geral de Justiça, perante o Egrégio Tribunal de Justiça, é órgão de execução investido de tais poderes, cuja delegação foi conferida pelo artigo 29, inciso IX, da Lei nº 8.625/93 e artigo 69, inciso XIII, da Lei Complementar nº 34/94.

Inexiste ressalva na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, consoante se infere do artigo 29, inciso IX, da Lei nº 8.625/93, de que o órgão delegado seja sempre uma Promotoria Especializada prevista em lei. Esse dispositivo menciona as funções do Procurador-Geral de Justiça, como órgão de execução, as quais são passíveis de delegação a membros do Ministério Público, não distinguindo se Promotor ou Procurador de Justiça. Como não há distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo. A ilegalidade na criação de grupos especiais só poderia se configurar se inexistisse o cargo, que, no caso, existe, qual seja, o de Procurador-Geral de Justiça, possuindo ele plena capacidade para delegar suas funções como órgão de execução, bem como sistematizá-las através de ato administrativo.

Não sendo assim, sem sombra de dúvidas, inviabilizar-se-ia o próprio órgão, pois ver-se-ia o Procurador-Geral de Justiça, sem possibilidade de delegação, como ocorria, absorvido com os procedimentos relacionados a Prefeitos Municipais, ficando toda política institucional comprometida, além de trazer em si tendência à impunidade.

Por conseguinte, não houve criação de nenhum órgão de execução pelo Ministério Público, por fonte diversa da legislativa, para atuação em ações penais de competência originária do Tribunal de Justiça, tendo em vista a existência prévia do cargo de Procurador-Geral de Justiça, o qual tem atribuições para a promoção da ação penal nestes casos, não implicando a aludida delegação em atribuição de atividade processual a órgão inexistente, não se caracterizando, assim, a subtração de funções de nenhum órgão de execução. Pelo contrário, tal designação tem como escopo trazer maior eficiência do órgão de Procurador-Geral de Justiça, havendo perfeita congruência entre a distribuição de atribuições pertencentes a esse órgão e o princípio do promotor natural.

Todavia, concorda o Ministério Público com o argumento da impossibilidade de criação de órgão de execução por ato administrativo, por representar esse artifício afronta ao princípio do promotor natural. Entretanto, não constitui nenhuma ofensa, em vista da existência de delegação, cujo objeto não inovou a ordem jurídica, mas tão-somente conferiu atribuições de um cargo já existente, o de Procurador-Geral de Justiça, a membros com capacidade processual para representá-lo.

Impõe-se frisar que essa delegação reveste-se de caráter administrativo, não dependendo de lei, em decorrência da natureza jurídica de seu objeto, podendo, perfeitamente, fazer-se por resolução do Procurador-Geral de Justiça, como o foi, inclusive em sintonia com a independência dos Poderes, arrolada como princípio fundamental (artigo 2º, CF/88). O

princípio da indivisibilidade do Ministério Público não é desrespeitado, pois o *Parquet* continua uno e indivisível, sendo apenas algumas atribuições do Procurador-Geral de Justiça delegadas a outros órgãos de execução, para fins de viabilizar a propositura da ação penal de competência originária, significando mera divisão de serviços dentro de critérios de conveniência da instituição.

Em defesa do princípio do Promotor Natural, essas delegações não se efetivaram de forma casuística. As designações são prévias, dando ao acusado plenas garantias quanto à idoneidade da acusação, desvinculada de quaisquer favoritismos e perseguições, visto conhecer, de antemão, antes mesmo do início dos procedimentos administrativos internos, o órgão de execução do Ministério Público que irá deflagrar e instrumentalizar o exercício da ação penal.

Noutro giro, questionou-se a possibilidade de Procurador de Justiça e Promotor de Justiça atuarem nos processos de competência originária por delegação do Procurador-Geral, sob o mesmo argumento de se ferir o princípio do promotor natural, vindo o TJMG, neste aspecto, ser vacilante, isto quanto à atuação do segundo, aceitando-a, de maneira unânime, quanto ao primeiro. A 2ª Câmara Criminal, quando do recebimento da denúncia ofertada no PCO nº 236.115-2.00/Caxambu, entendeu, embora de forma não unânime, que:

[...] não existe pressuposto processual de representatividade do Ministério Público neste Tribunal, quando o oferecimento da denúncia é feito, exclusivamente, por um Promotor de Justiça, porque este não tem atribuição legal para funcionar junto aos Tribunais, privativa dos Procuradores de Justiça, conforme estatui o art. 31 da Lei 8.625/93, que assim dispõe: ‘Cabem aos Procuradores de Justiça exercerem as atribuições junto aos Tribunais, desde que não cometidas ao Procurador-Geral de Justiça, inclusive por delegação deste’ [...].

Entretanto, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nesse caso, ao ajuizar embargos declaratórios, buscando o pré-questionamento para efeito de interposição dos recursos extremos, obteve nos mesmos efeitos infringentes, tendo sido a denúncia recebida, porquanto havia nos autos manifestação de um Procurador de Justiça, agindo por delegação do Procurador-Geral de Justiça, ratificando-a.

Ao meu aviso, incorreto o entendimento inicial esposado pelo Tribunal de Justiça, pois o Promotor de Justiça está atuando por delegação do Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 29, inciso IX, da Lei nº 8.625/93 e artigo 69, inciso XIII, da LC nº 34/94, sendo parte legítima para o oferecimento da denúncia. O texto legal, ao falar em membros do Ministério Público, não faz qualquer distinção, não cabendo, também nesta hipótese, ao intérprete fazê-la.

Esse raciocínio foi alcançado, dentre outros casos, no julgamento do recebimento da denúncia do PCO nº 233.007-4.00/Januária, momento no qual a 3ª Câmara Criminal do TJMG, por unanimidade, entendeu que o “[...] Procurador-Geral de Justiça pode delegar ao membro do Ministério Público suas funções de Órgão de Execução, nos termos do art.

29, IX da Lei nº 8.625/93, sendo o Promotor de Justiça legítimo para a iniciativa da ação [...]”.

Mesmo sentido foi adotado no recebimento da denúncia do PCO nº 232.214-7.00/Buritis, decisão também não unânime, quando a 2ª Câmara Criminal houve por bem em recebê-la, em que pese assinada apenas por Promotor de Justiça e pelo Assessor Jurídico assistente do grupo. Nesse julgamento, por outro lado, houve ressalva quanto ao fato de o assessor assinar (conduta esta adotada para valorizar o seu trabalho) a peça exordial, porquanto desprovido de delegação do Procurador-Geral de Justiça, configurando-se, no dizer do Desembargador Herculano Rodrigues, uma excrescência, termo que levou, em razão da forma deslegante posta, a merecer do Procurador de Justiça César Cossi, em outra sessão de julgamento, uma reprimenda, mais precisamente, para mim, um contrapor. Diante disto, entendeu o grupo de não mais permitir a assinatura em conjunto do assessor jurídico, pois considerou, embora permita as atribuições de assinar peças juntamente com o membro do Ministério Público, plausível a decisão, não justificando empreender mais uma batalha.

Sobre a possibilidade dessa delegação, temos a doutrina do jurista Decomain (1996, p. 250):

[...] embora a lei não o diga expressamente, se o exercício de função institucional conferida por ela ao Procurador-Geral de Justiça houver de ser delegado a Promotor de Justiça, deve a delegação recair preferencialmente em Promotor da mais elevada entrância ou categoria. Essa é uma exigência posta por esta lei (art.11) para a designação de Promotores de Justiça para assessoramento ao Procurador-Geral em seu gabinete [...].

Por sua vez, em julgamento pelo STJ (BRASIL, 2004c), em que houve questionamento sobre o fato da denúncia vir subscrita por Promotor de Justiça, firmou-se posição de que “[...] a delegação de funções pelo Procurador-Geral de Justiça aos demais membros do Ministério Público, através de resolução, não viola o princípio do promotor natural [...]”.

Outra decisão, que deve ser analisada sobre o prisma discutido, é a proferida também pelo STJ (BRASIL, 2003c), em que restou decidido que não tem o Promotor de Justiça capacidade postulatória para recorrer de acórdão proferido por Tribunal de Justiça, a não ser que tivesse delegação, reconhecendo-se, desta forma, a possibilidade deste membro em atuar em segunda instância. Buscando evitar esses questionamentos indesejáveis, decidiu o grupo especial que as denúncias feitas pelos Promotores de Justiça deveriam vir assinadas por um Procurador de Justiça pertencente ao grupo.

Mesmo assim persistiram as irresignações, mas não obtiveram eco no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pois desde que assinada por Procurador de Justiça formou-se entendimento unânime de que deveria ser recebida a denúncia. Levada a contenda ao STJ, de

maneira reiterada, posicionou-se favoravelmente à possibilidade de delegação a Procurador de Justiça para representar o Procurador-Geral junto aos tribunais, concluindo-se em todos os casos ser perfeitamente válida a denúncia nessas condições, bastando para tanto consultar os julgamentos proferidos nos HC 3773/GO, RESP 241377/AC, INQ 359/PB, HC 12497/MG, vindo ser sacramentada no momento em que se exarou decisão de que a “[...] delegação de funções pelo Procurador-Geral de Justiça aos demais membros do Ministério Público, através de resolução, não viola o princípio do promotor natural [...]” (BRASIL, 2004c).

Outra tese levantada era a da distribuição de atribuições internas dos Procuradores de Justiça, pois não poderia haver quem atuasse em mais de uma Câmara, ferindo-se, novamente, no entender dos acusados, o princípio do promotor natural. Da mesma forma, não prosperou este novo questionamento, pois a possibilidade do Procurador de Justiça agir em nome do Procurador-Geral de Justiça não viola o artigo 10, inciso IX, alínea “e”, da Lei nº 8.625/93, isto para fins de suposta configuração de falta de atribuições para a *persecutio in judicio*, não se referindo ao rol de atribuições exclusivas do chefe do *Parquet* perante os Tribunais, consignadas em *numerus clausus* no mesmo diploma legal, consoante se infere do artigo 29, cujo inciso IX confere ao mesmo a prerrogativa, considerando seu poder de discricionariedade e conveniência, delegar tais funções a qualquer membro do Ministério Público com atribuições para tanto.

No questionamento posto, buscou-se equiparar as funções do Procurador-Geral de Justiça de cunho administrativas, contidas no artigo 10 da Lei nº 8.625/93, com aquelas a ele consignadas pela Constituição Federal, Estadual e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), como órgão de execução, notadamente no que diz respeito à sua atribuição para a propositura de ações penais em crimes de competência originária.

O que se vislumbra no artigo 10, inciso IX, alínea “e”, da Lei nº 8.625/93, é a forma de substituição de membros da instituição de primeira instância, isto por conveniências administrativas, segundo normas de distribuição contidas em cada uma das Promotorias de Justiça do interior e capital, para, justamente, fazerem valer critérios objetivos na designação de Promotores de Justiça e atender, à essência, ao princípio do promotor natural. Com efeito, o Procurador de Justiça atua não em função da distribuição de serviços da Procuradoria de Justiça junto ao Tribunal de Justiça, mas em razão de delegação do Procurador-Geral de Justiça.

Não há diferença ontológica entre substituição e delegação, haja vista independência funcional dos membros do Ministério Público no exercício de seu mister, não estando, portanto, vinculados a nenhum limite previamente determinado pela delegação. Se assim fosse, tal normatividade deveria estar expressamente arrolada na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, não sendo cabível às defesas dos prefeitos, como intérpretes, restringirem o vasto campo de delegação, consignado de forma genérica pelo artigo 29, inciso IX, da Lei nº 8.625/93.

4. Da Instauração e Tramitação dos Procedimentos Investigatórios Criminais Envolvendo Prefeitos no Âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Como o primeiro grupo formado não fez nenhuma investigação, em razão da sua prematura extinção, inicialmente, no âmbito do Ministério Público, as investigações foram inauguradas e feitas pelo novo grupo especial criado por meio de procedimentos administrativos, os quais não tinham um rito a ser seguido, embora tivessem os mesmos aparência de inquéritos civis, muito embora não seguissem seus padrões, pois não estavam sujeitos ao controle do Conselho Superior do Ministério Público e muito menos do Procurador-Geral de Justiça.

Em virtude da discussão acerca do poder investigatório do Ministério Público na esfera penal, entendeu-se por bem, em âmbito nacional, uniformizarem-se essas investigações, buscando, assim, disciplinar a instauração e tramitação dos procedimentos investigatórios criminais. Teve como desiderato primordial evitarem-se os questionamentos sobre a falta de disciplina das investigações, as quais, em alguns casos, não no Estado de Minas Gerais, eram taxadas de abusivas e temerárias, o que levava às acusações de fragilidade da prova coletada no bojo dos procedimentos.

Tanto que o STJ (BRASIL, 2004d), em decisão recente, a qual deve servir de parâmetro para nossas investigações, por meio de seu pleno, embora de forma apertada (nove votos a favor e sete contra), entendeu em arquivá-la, sob o argumento de que inquérito policial não pode ser instaurado com base em carta anônima, porquanto “[...] é injustificável, nestes autos, o procedimento do Ministério Público, ao qual a Constituição incumbiu, entre outras coisas, a defesa da ordem jurídica, ordem que, entre nós, repele o anonimato [...]”.

Em outro julgamento feito pela Corte Especial (BRASIL, 2004e), concluiu-se que “[...] o Superior Tribunal de Justiça não pode ordenar a instauração de inquérito policial a respeito de autoridades sujeitas à sua jurisdição penal, com base em carta anônima [...]”, existindo, por outro lado, outra decisão no mesmo sentido, bastando consultar (BRASIL, 2004f).

Diante desse quadro, os Ministérios Públicos estaduais resolveram uniformizá-las, tendo o Procurador-Geral de Justiça Nedens Ulisses Freire Vieira e o Corregedor-Geral Antônio de Padova Marchi Júnior editado a Resolução Conjunta nº 2, de 14 de setembro de 2004, cujo conteúdo veio disciplinar, na seara do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, as instaurações e tramitações desses procedimentos investigatórios criminais.

5. Conclusão

Por estar na área há mais de quatro anos, verifico que estamos longe de ser um grupo, pois nos falta união de esforços para um objetivo em comum, não sei se por falta de habilidade ou de incompatibilidade. Talvez seja um vício trazido das atuações em outras

Promotorias, onde vigora o individualismo sob o manto da autonomia funcional, esquecendo-se do princípio primordial gerenciador do Ministério Público que é o da unidade. Ainda mais se considerarmos nossa atuação delegada pelo Procurador-Geral, falando em nome dele.

De forma indubitável, deve, na criação de grupos dessa espécie, ser o Coordenador designado em virtude de seu perfil para a área, devendo ele, e não outros, indicar os membros que o auxiliariam, pois é muito importante esse pressuposto, sob pena de não funcionarem de forma adequada e não desenvolverem um trabalho coeso.

Cabe ao coordenador buscar as pessoas adequadas para trabalharem em grupo, municiando-o com todas as condições materiais e humanas possíveis. É muito importante a manutenção dessa forma de atuação, sob pena da mesma ficar dispersa e despersonalizada, facilitando a proliferação dos crimes praticados pelos prefeitos, principalmente por aqueles que dilapidam o patrimônio público municipal.

Mais do que necessário é ser mantido o direito nosso de procedermos, juntamente com a Polícia Judiciária, à investigação desses crimes e de outros que a sociedade exigir. São muitas as batalhas a serem vencidas, não podemos é desanimar, muito menos sermos omissos.

6. Referências Bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 13029. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 18 de setembro de 2003c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 495928. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 4 de dezembro de 2003a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81326-7/DF. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 1º de agosto de 2003b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Notícia-Crime nº 317. Relator: Min. Álvaro Peçanha Martins. Brasília, 16 de junho de 2004e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Inquérito nº 355. Relator: Min. Ari Parguendler. Brasília, 17 de março de 2004d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícia-Crime nº 280/TO. Relator: Nilson Naves. Brasília, 18 de agosto de 2004c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 573583. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 16 de setembro de 2004b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 15469/PR. Relator: Min. Felix Fisher. Brasília, 8 de junho de 2004a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 233072/RJ. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 18 de maio de 1999.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários da Lei Orgânica nacional do Ministério Público*. São Paulo: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1996.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Administração e responsabilidade dos prefeitos e dos vereadores*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1974.

PAÇO, André Medeiros do. *Foro por prerrogativa de função: prefeitos municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Crimes funcionais de prefeitos*: Decreto-Lei 201/67. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

RONDINO, Elba. *Resposta constitucional aos questionamentos acerca da legitimidade do MP para investigar ilícitos penais*. Disponível em: www.sindimp.com.br. Acesso em: 4 out. 2005.

STASIAK, Vladimir. Princípio do promotor natural e sua relevância na administração da Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, n. 771, jan. 2001.

A HIPERTROFIA DA FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES (EC 45/04)¹

ROGÉRIO SANCHES CUNHA

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

Professor – Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes – IELF – São Paulo e JUSPODIM
– Salvador

THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Membro da CONAMP

Professor – FADOM – Divinópolis/MG e Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes
– IELF – São Paulo

SUMÁRIO. 1. A Hipertrofia da Federalização dos Crimes: causas. 2. Conclusão. 3. Proposições da Tese. 4. Bibliografia.

1. A Hipertrofia da Federalização dos Crimes: causas

O destaque apresentado pelo Senador Demóstenes Torres referente à federalização dos crimes contra os direitos humanos foi, lamentavelmente, rejeitado pelo Plenário, permanecendo o texto do relator que foi à promulgação com a seguinte redação:

Art. 109.....
§ 5º. Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Os requisitos explícitos para *federalização dos crimes*, conforme novo comando constitucional, são:

1. Incidência: grave violação dos direitos humanos – *grave* no sentido de massificação, de repercussão no âmbito coletivo. Sobre este primeiro requisito existem duas correntes: para a primeira, o instituto pode incidir tanto na esfera criminal, quanto na cível (ilícitos de maneira geral que importam em violação de direitos humanos); para a segunda, o

¹ Tese aprovada por unanimidade no Congresso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em Ouro Preto (março de 2005); aprovada por unanimidade e aclamação no Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo (agosto de 2005); aprovada por unanimidade no Congresso Nacional do Ministério Público em Belo Horizonte (novembro de 2005). Em todos os congressos supramencionados, foram aprovadas moções para juntada da tese na ADI 3486 e ADI 3493 do Supremo Tribunal Federal.

instituto somente pode incidir na esfera criminal;

2. finalidade: assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos. É necessário recordar o papel dúplice da União que representa uma parte do Estado federal, mas também o representa, pois quem celebra contratos é a União. Aqui existe um argumento sofista: existe uma obrigação assumida pelo ente federal e a União será responsabilizada se não tomar providência. Será? Não, pois o Tribunal Penal Internacional – TPI somente pode atuar nos crimes tipificados e em jurisdição complementar;

3. oportunidade: em qualquer fase do processo ou inquérito (a lei não fala em Inquérito Policial - IP, podendo para alguns ser Inquérito Civil);

4. legitimidade: Procurador-Geral da República apenas. Neste ponto, sustentam os adeptos do instituto que algo muito mais sério do que o Incidente de Deslocamento de Competência – IDC, que é a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN, interventiva que atinge o cerne do pacto federativo, que é a intervenção federal, é feita pelo Procurador-Geral da República, desde a CF/34, com mais força com a CF/1946, permitindo que este entre no STF quando houver violação dos princípios sensíveis;

5. competência: do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Por que o STJ e não o Supremo Tribunal Federal – STF, já que envolve questão de natureza federativa? Porque ele é responsável por dirimir os conflitos de competência. Contudo, isso não inibe o uso de recurso extraordinário ao STF, o que pode provocar prescrição do crime ou causa em que se discute a federalização, pois que somente se o STF exigir *repercussão geral* (EC 45/04) do recurso extraordinário é que poder-se-á inibir o Recurso Extraordinário, lembrando que o mecanismo de repercussão geral não é auto-aplicável, depende de uma regulamentação dos casos em que objetivamente deve ser exigido tal instituto. Cumpre ressaltar que o artigo 34, VII, “b” já permite o Procurador-Geral da República pleitear no STF a intervenção federal no caso de violação de direitos da pessoa humana. E, de forma implícita, a construção do Direito internacional e do Direito constitucional de alguns países;

6. princípio da subsidiariedade – somente ocorre a *federalização* se houver uma omissão grave do Estado membro ou fundado receio de impunidade. Esse requisito leva à conclusão de que tal instituto fica similar com a intervenção federal, sendo uma forma de *intervenção federal branca* como forma de burlar uma intervenção no Estado que impede o processamento de emendas constitucionais pelo Legislativo.

Desta forma, o princípio da subsidiariedade esbarra na chamada *jurisdição complementar*, ou seja, somente se atua no caso de omissão grave do Estado ou receio de impunidade. Sabemos que o TPI também é forma de jurisdição complementar no Processo Penal, logo, somente atua nos casos de omissão do Estado nacional e somente nos crimes previstos no Estatuto de Roma (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra

e agressão).

Então, qual a diferença entre intervenção federal (critérios objetivos – por exemplo, o Procurador-Geral da República no caso de violação de direitos da pessoa humana – artigo 34, VII, “b” da CF/88) de federalização dos crimes (critério subjetivo)? A federalização dos crimes mostra-se como uma oportunidade de evitar uma intervenção nos Estados membros, porém, feita por critérios subjetivos do Procurador-Geral da República, em que pese a intervenção do STJ.

A mudança recém-aprovada da federalização dos crimes configura perigosa válvula de escape para o deslocamento das grandes causas da esfera estadual para a federal. Poder-se-ia neste País, como exemplos, federalizar o importante caso *Celso Daniel, exploração sexual na cidade de Porto Ferreira, massacre do Carandiru, abuso policial na Favela Naval, crimes do Maníaco do Parque, massacre do Carajás, morte da missionária Dorothy Stang* e tantos outros, bastando uma análise perfunctória e subjetiva de nexo de violação de tratados internacionais, aos quais o próprio STF sempre conferiu natureza jurídica de lei ordinária (famoso tratado da Costa Rica – Pacto San José da Costa Rica ou Convenção Interamericana de Direitos) e que mesmo com a Reforma do Judiciário permaneceu com essa mesma natureza, salvo se aprovado no Congresso pelo mesmo processo de emenda constitucional (artigo 5º, § 3º da CF/88 com a redação da EC 45/04).

De início, o artigo 109, § 5º, (que deve ser combinado com o artigo 109, V-A da Carta Magna) mostra-se inconstitucional, pois viola o pacto federativo entre o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados. Uma ilustração: o que ocorre quando houver conflito de atribuição entre um membro do Ministério Público Federal e outro do Ministério Público estadual?

No conflito entre Ministério Público estadual e federal, a competência para dirimir o conflito é polêmica. Divide-se entre: 1. STF; 2. STJ; 3. Procurador-Geral da República. Nenhum destes é aceito pelo STF ou STJ. O Procurador-Geral da República não é chefe do Ministério Público estadual, logo, não tem ingerência sobre o Procurador-Geral de Justiça.

O Ministério Público é uno, porém, em cada unidade estadual e federal, ou em razão do pacto federativo. O Promotor de Justiça Thales Tácito desenvolveu, em sala de aula, uma nova teoria sobre o caso: O correto será imaginar a necessidade de um ato complexo entre o Procurador-Geral da República (e não a Câmara de Coordenação e Revisão, por questões técnicas e práticas) e o Procurador-Geral de Justiça (do Estado envolvido, porque não existe hierarquia entre eles).

Não havendo consenso, deve-se provocar um conflito de competência (a ser resolvido no STJ), caso os juízes mantenham as respectivas posições dos membros do Ministério Público. Essa mesma solução (ato complexo) deve ser imaginada para a situação de conflito de atribuições entre membros do Ministério Público de dois Estados distintos (no

caso, os Procuradores-Gerais de Justiça de cada Ministério Público estadual resolvem o conflito e, não resolvendo, passa para os Juízes).

Todavia, para surpresa de todos, no 21º Concurso do Ministério Público da União, em agosto de 2004, questão 116: Por entender que carece de titularidade para o exame de quadro investigatório que lhe chegou por *delatio criminis*, o Procurador-Geral da República envia os autos respectivos ao Procurador-Geral de Justiça de determinado Estado-membro. O Procurador-Geral de Justiça, ao discordar da orientação do Procurador-Geral da República, há de propor as seguintes alternativas possíveis: a) conflito de jurisdição a ser decidido pelo STF; b) conflito de jurisdição a ser decidido pelo STJ, pela incidência do artigo 105, I, g, da CF/88; c) conflito de atribuições a ser decidido pelo próprio Procurador-Geral da República; d) conflito de atribuições a ser decidido pelo STF. A resposta correta apontava como o Procurador-Geral da República a solução do conflito, o que não é correto, pois não pode obrigar o Procurador-Geral de Justiça a denunciar e tampouco iniciar abertura de IP.

Os atos que desprestigiam o Judiciário estadual e os Ministérios Públicos dos Estados, agora reforçados com a Reforma do Judiciário, demonstram-se verdadeiros sofismas, pois o Ministério Público Federal e a Justiça Federal, ao contrário do alegado pelo Senador Aluísio Mercadante, não é superior às Justiças Estaduais, conforme muito bem destacado pelo Senador Demóstenes Torres e, sim, a questão é de mera distribuição de competência, em respeito ao juiz natural. Assim se pronunciou a Juíza de Direito Karam (2002), quando ainda se cogitava na *federalização dos crimes*:

Esta excepcional modificação da competência territorial, consubstanciada no desaforamento, poderia solucionar outros casos, não necessariamente limitados a processos de competência do júri, em que igualmente comprometido o bom funcionamento da máquina judiciária, especialmente pela ocorrência de pressões que possam afetar a imparcialidade do julgador, casos que ensejaram a apresentação de proposta de emenda constitucional, enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo (PEC 368/96), em que, mediante o acréscimo de dois incisos ao artigo 109 da Carta de 88, visa-se estabelecer a competência da Justiça Federal, para o conhecimento de causas em que deduzidas pretensões punitivas fundadas em alegada prática de, no dizer da regra que se propõe constitua o inciso XII do artigo 109, ‘crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos’. Com esta pretendida (in)definição, estar-se-ia pretendendo indicar o interesse da União, autorizador da intervenção dos órgãos jurisdicionais integrantes da Justiça Federal comum.

Quais seriam, no entanto, estes bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos? Pense-se no maior de todos os bens – a vida. Será que a vida só estaria sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos, quando fosse atingida coletivamente, como em episódios como o ocorrido em Eldorado dos Carajás, que parecem motivar esta e outras propostas de atribuição de competência à Justiça Federal para o conhecimento de causas que se dizem concernentes aos direitos humanos? Uma vida individual não estaria sob aquela tutela? Mas, mais grave do que a indefinição proposta no pretendido inciso XII, é a regra

que se propõe venha no sugerido inciso XIII. Com esta, pretende-se estabelecer que sejam da competência da Justiça Federal ‘as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse’, pretendendo-se dar, assim, a órgão do Poder Executivo ou ao Procurador-Geral da República o poder de definir a competência da Justiça Federal, em detrimento da Justiça local, ao sabor de interesse só por estes mesmos identificado, permitindo-se que órgão do Poder Executivo interessado, ou, pior, que o Chefe do Ministério Público – isto é, alguém que, no processo penal, está identificado, na unidade de que se reveste o Ministério Público, como uma das partes – escolha o órgão jurisdicional perante quem deverá se desenvolver o processo, o que, decerto, não se compatibiliza com o conteúdo garantidor de que se reveste o princípio do juiz natural, a concretização de uma tal regra, decerto, configurando hipótese de emenda constitucional que estaria a incidir em violação à Constituição originária.

Ao invés de uma artificial competência, que se pretende atribuir à Justiça Federal – e, caberia indagar por que razão se deveria supor que os órgãos dela integrantes deveriam ser mais imparciais do que os órgãos integrantes das Justiças estaduais, nas eventuais hipóteses de concreto comprometimento da imparcialidade dos juízes atuantes na localidade onde teria ocorrido a alegada infração penal ‘afetadora dos direitos humanos’, o desaforamento sim se mostraria a medida mais apropriada para, respeitada a devida e inafastável observância das regras concretizadoras do princípio do juiz natural, restabelecer a viabilidade de um julgamento imparcial. Não bastasse, importa indisfarçável intervenção no estado federado, só admissível nos casos restritos do artigo 34 da Lei Maior, observadas as exigências do artigo 36, sob pena de grave ofensa ao sistema federativo, que não pode sofrer redução ou limitação por meio de emenda constitucional.

O Ministério Público da União não tem a estrutura toda que alega, pois existem Procuradorias da República pendentes de investimentos e, do ponto de vista de elemento humano, não têm condições de resolver todos os grandes problemas nacionais, bastando o exemplo de drogas nas fronteiras do País e a delegação de atribuições da seara eleitoral aos Promotores de Justiça. A presente figura, que não é *declinatio fore*, não é advocatória (pois não se trata de um mero ato unilateral do Procurador-Geral da República, já que tem a interferência do STJ, tem rótulo mais bonito – suscitar), não é desaforamento (como ocorre no Júri) e sim lembra *incidente de deslocamento de competência*.

Sendo o Promotor mineiro Thales Tácito membro da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e visitando com o Promotor paulista Rogério Sanches todas as lideranças do Senado, percebemos, nos bastidores, que o objetivo da *federalização dos crimes* não é dar uma resposta à comunidade internacional dos graves fatos ocorridos no País e sim, um sofisma levado inclusive na TV Senado de que “[...] a Justiça Federal é superior à Justiça Estadual”, ou seja, desconhecem muitas regras de competência. Por isto, sabendo disto, a Magistratura estadual e o Ministério Público estadual estão se unindo, pois o que está por detrás disto é algo, no mínimo, assustador, já que a resposta para a comunidade internacional foi dada com a ratificação no Tratado de Roma do Tribunal Penal Internacional, consagrado pelo Brasil na Reforma do Judiciário com a EC 45/04

(artigo 5º, § 4º da CF/88). Outro sofisma é acreditar que a cláusula aberta *grave violação de direitos humanos* está por consagrar a competência geral da Justiça comum estadual e somente *num caso concreto* o Procurador-Geral da República analisaria o deslocamento.

O critério do instituto, a cargo de exclusividade do Procurador-Geral da República é *subjetivo* e fere os princípios do promotor natural (artigo 5º, LII, primeira parte, da CF/88) e juiz natural (artigo 5º, LII, segunda parte e LIV da CF/88), pois o Ministro Celso de Melo (BRASIL, 1992) já dizia que “[...] não viola o juiz natural quando o deslocamento não é arbitrário, fundado em critérios subjetivos”.

Assim, o critério do deslocamento é eminentemente subjetivo, pois permite a um único membro (Procurador-Geral da República) a análise da cláusula aberta. Sabemos que o chefe do Ministério Público da União (Procurador-Geral da República), atualmente, sequer é escolhido em lista tripla (o que está sendo discutido na Reforma do Judiciário, em retorno à Câmara Federal), e sim, pelo Presidente da República, destituído pelo Senado e, ainda, antes de 1988, era a única pessoa que podia ajuizar ADIN, sendo que a CF/88 ampliou o rol. Desta forma, como conciliar o poder nas mãos de um único agente político, se a própria CF/88 não consagrou esse poder na ADIN, como era antes desta época ?

Cumpra registrar ainda que a nova redação não tratou de recurso do deslocamento da competência. Evidente que por ferir matéria constitucional (juiz natural, promotor natural), cabe Recurso Extraordinário no STF, o que pode ensejar uma delonga na definição da competência, gerando prescrição em alguns casos ou incertezas jurídicas em outros, o que contradiz a própria Reforma do Judiciário, que no seu artigo 5º, LXXVIII, expressa:

[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004).

Por outro lado, contrariando o Pacto Federativo, não permite o contraditório, ou seja, o Procurador-Geral de Justiça (que será futuramente denominado de Promotor-Geral de Justiça), não pode sustentar junto ao STJ que o processo de um de seus membros deve permanecer na instituição, por não ofender a comunidade internacional de direitos humanos, o que somente reforça a tese absurda de que o Procurador-Geral da República é chefe institucional dos Promotores-Gerais de Justiça.

Aliás, neste aspecto, o nome *federalização* é equivocado, pois federalizar permite participação dos Estados, enquanto o instituto busca, ao contrário, a unificação do processo para União, retirando o mesmo do promotor e juiz naturais da causa, gerando perplexidade e criando um aparente Tribunal de Exceção (artigo 5, XXXVII, da CF/88), já que não foi lastreado em regras prévias e objetivas de julgamento.

Por outro lado, outro sofisma é acreditar que o excelente trabalho da Polícia Federal no País tem relação com o Ministério Público da União e a distribuição de competência entre

Justiça Federal e Estadual, já que os casos de corrupção no País, como também se noticia, são localizáveis em todas as instituições, pois isso depende do homem que se esconde atrás da Instituição, bastando, nesse caso, a intervenção da Corregedoria e do Conselho Nacional da Magistratura e do MP. A atividade policial já está autorizada no sentido de *federalizar investigação*, o que é completamente diferente de violar regras de atribuições do *Parquet* ou do juiz natural (competência).

2. Conclusão

A presente tese não é fruto de corporativismo, leia-se, uma luta do Ministério Público dos Estados contra o Ministério Público da União e sim uma tentativa de integrá-los, este é o tema, e não a superfetação ou hipertrofia do Ministério Público da União sobre os Ministérios Públicos dos Estados ou da Justiça Federal sobre a Justiça dos Estados. É necessário um respeito ao juiz natural e aos Ministérios Públicos dos Estados que, num país democrático, é a sobrevivência das independências institucionais.

Outras situações de total desrespeito às instituições estaduais poderiam ser ventiladas, como, por exemplo, Procuradores da República investigando Procuradores-Gerais de Justiça; Ministério Público do Trabalho investigando contratações irregulares pelos Municípios, etc.), porém, em vez de lamentar, preferimos solicitar a união de esforços a lamentar, criando-se comissão ministerial estadual para reverter esse quadro, que muito desanima aqueles que ingressaram numa carreira que aos poucos se desmorona, beirando à terceira classe.

Some-se a isso a composição do Conselho Nacional do Ministério Público, que resultou em 4 membros do Ministério Público da União e 3 do Ministério Público dos Estados membros, novamente quebrando o Pacto Federativo, pois os Ministérios Públicos dos Estados encontram-se em todos os Estados membros e em número superior aos membros do Ministério Público da União.

Para piorar o contexto, surge uma grande dúvida, mais absurda ainda: a Federalização, em nenhuma hipótese fala de *crimes*, ou seja, o artigo 109, V-A e o § 5º não falam de crime, no máximo em Inquérito (podendo ser Inquérito administrativo ou cível). Cabe então *federalização de causas cíveis* que violam os direitos humanos, já que, repito, a CF não cuida de crimes e há quem sustente que o caso é de *federalização de causas e não de crime*? Se a resposta for positiva, poderemos nos deparar com a seguinte situação: federalização do meio ambiente, do consumidor, do eleitoral, da Infância e Juventude, do patrimônio histórico e cultural (mesmo que de um município), improbidade administrativa etc. Seria realmente um grande retrocesso histórico, rasgar por completo o princípio do juiz natural.

Qual o verdadeiro propósito do Legislativo em criar este instituto? Primeiro, criam o foro pela prerrogativa de função vitalícia (Lei nº 10.628/02), depois de uma tentativa frustrada de criar o elefante-branco do *senador-vitalício*. Em seguida, pensam como poderia dar

esse mesmo foro para determinados tipos de pessoas, através de medida provisória, como no cargo de Presidente do Banco Central. Em seguida, com diversas operações da Polícia Federal, tentam iludir que a *federalização da atribuição e competência é importante*, com argumentos sofisticas.

Então, depois de enfraquecer os Ministérios Públicos dos Estados e de uma tentativa frustrada de *amordaçá-lo*, tentam investir no Conselho Federal de Jornalismo, como forma de evitar que o Ministério Público dos Estados e a sociedade sejam *fontes* da imprensa, que não é obrigada a revelá-los. Depois, aguardam a decisão do STF sobre o poder de investigação do Ministério Público, para, em caso de derrota jurídica, buscarem, quem sabe, uma Emenda Constitucional ou lei infra constitucional para passar por cima do próprio STF, fazendo do Legislativo uma espécie de *supertribunal de exceção*, como já vimos na questão da anistia eleitoral, da tentativa de emenda contra a verticalização das coligações etc. Criam, ainda, uma quarentena de início para dificultar o acesso de jovens ao Ministério Público, quebrando a ideologia inicial na carreira e, no final da carreira, aprovam anterior emenda criando a aposentadoria com teto do Regime Geral de Previdência Social em vez de teto dos últimos vencimentos.

Por fim, sem a força dos Ministérios Públicos dos Estados, sem imprensa livre e forte, sem Judiciário realmente reformado, resta perguntar de qual reforma estamos falando e qual futuro estamos esperando. A resposta da inaceitável *federalização de crimes ou causas* encontra-se, sem dúvida, em interesses obnubilantes, em prejuízo da sociedade, além de servir como uma *intervenção branca nos Estados*, já que a intervenção federal paralisa no Legislativo o processo de emenda constitucional.

Não justifica mencionado instituto, pois o sistema jurídico pátrio conta com a *federalização das investigações pela Polícia Federal*, no Júri, o *desaforamento* e ainda a *intervenção federal nos Estados membros* (em especial o artigo 34, VII, “b” da CF/88, em situação até mais favorável – “[...] basta para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana”, sem a necessidade de “[...] grave violação de direitos humanos”).

Aos olhares do povo, sem conhecimento jurídico, cria-se a falsa sensação de que os Ministérios Públicos dos Estados e o Poder Judiciário dos Estados são ineficientes e inoperosos; cria-se a sensação de uma produção *hollywoodyana*, em que uma única pessoa, leia-se, o Procurador-Geral da República pode afastar, com auxílio de uma Turma do STJ (e não o plenário), a jurisdição do Estado e a atribuição do Ministério Público estadual.

Ao contrário do que se alegou para justificar tal instituto, a influência política do Poder Central sobre a esfera federal é muito maior do que nos Estados membros, o que não pode, também, levar a um sofisma neste particular. A Justiça Federal foi criada no período de exceção (ditadura) e neste início já sofria a influência do poder moderador. Deslocar a competência hoje para esfera federal, quando existem institutos próprios e autônomos é retrocesso histórico, é possibilitar (não que seja realmente efetivo, mas simples potencial)

a ingerência do poder central (Presidente da República) sobre o Procurador-Geral da República, que ele escolhe, sem lista tríplice.

Esse instituto está sendo apelidado de *instituto da operadora*, ou seja, o Presidente da República, em caso de interesse político, pega o telefone, usa a operadora de sua preferência e contata com o Procurador-Geral da República para *federalizar tal crime ou tal causa*, o que contamina todas as instituições sérias do País, caso o Procurador-Geral da República realmente não seja totalmente isento de ingerências políticas, como se espera num Estado democrático de direito, o que reforça o perigo em deixar nas mãos de um único ser humano, falfvel e sujeito a pressões, o subjetivismo na escolha desse instituto. A banalização do instituto não demorou a chegar:

OAB-SP quer federalizar crimes contra advogados (2005)

A Seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP) pretende iniciar um debate sobre a federalização dos crimes cometidos contra advogados, quando vinculado à atividade profissional, e o aumento da pena para esses crimes. A comissão especial de acompanhamento de inquéritos de advogados vítimas de homicídio da OAB-SP já elaborou um anteprojeto de lei que acrescenta um parágrafo único ao artigo 71 do Estatuto da Advocacia, fixando a competência Justiça Federal para julgar crimes desta natureza.

De acordo com o presidente da OAB-SP, Luiz Flávio Borges D'Urso, a proposta será ainda submetida à apreciação da seccional. Se aprovada, a medida será encaminhada ao Conselho Federal da OAB. No ano passado, nove advogados associados à seccional paulista foram mortos a tiro no Estado de São Paulo. Por este motivo, a OAB-SP criou a comissão especial, composta por especialistas em áreas vitais da investigação criminal, para auxiliar nos trabalhos da polícia. Segundo D'Urso, todos os casos trazem características de execução.

3. Proposições da Tese

A federalização dos crimes (ou das causas) é inconstitucional por ferir cláusula pétrea do promotor e juiz natural (artigo 5º, LIII e LIV, da CF/88), e por ser estabelecida por critério subjetivo (conceito de violação de direitos humanos). Pode-se, também, considerá-la inconstitucional por ferir *cláusula pétrea* do Pacto Federativo, pois trata-se de uma *intervenção federal nos Estados de forma branca*, já que a verdadeira intervenção federal (artigo 36 da CF/88) impede votação de emenda constitucional. Desconsidera, ainda, os Governadores e Procuradores-Gerais de Justiça, tornando-os *rainha da Inglaterra*, quando o artigo 128 da CF/88 deu autonomia e independência aos Ministérios Públicos dos Estados, vedando a antiga advocatória e ação penal pública subsidiária da pública (artigo 2º, § 2º do DL 201/67). Além disso, a federalização dos crimes (ou das causas) é inconstitucional por criar uma espécie oblíqua de *Chefia ou Corregedoria do Procurador-Geral da República sobre os Procuradores-Gerais de Justiça*, lembrando que a figura é o retorno aprimorado, com outro rótulo, da antiga advocatória² (em que pese o controle

² Na antiga advocatória, havia uma discricionariedade, era uma instância administrativa quem a fa-

pelo STJ, porém, por uma Turma em vez de pelo Plenário) e da antiga ação penal pública subsidiária da pública (artigo 2º, § 2º do DL 201/67), abolida pela legislação, sendo que consagra o *Estado unitário* ao invés do *Estado Federado* (aliás, o próprio nome do instituto já mostra o equívoco do assunto), já que não se está *federalizando* (leia-se, não se está criando uma força-tarefa ou litisconsórcio entre MPU e MPE perante a Justiça Estadual competente) e sim unificando todo o feito para União (leia-se, retirando o feito do Estado membro), adotando como modelo o sistema de Confederação norte-americano, totalmente divorciado da Cláusula pétrea da Federação brasileira. Um outro aspecto é que a federalização dos crimes (ou das causas) gera *discriminação odiosa*, pois desconfia de instituições do Estado membro (MPE e Justiça Estadual), quando o critério é meramente de competência (delimitação da jurisdição pela Carta Magna), sendo figura totalmente desnecessária no Estado democrático de direito. Existem instrumentos já consagrados e que não afetam o promotor e juiz natural, como: a federalização (leia-se - unificação) das investigações (a Polícia Federal pelo artigo 144, § 1º, da CF/88 com regulamentação da Lei 10.446/02, artigo 1, III, já consagra a atuação da milícia federal em casos de violação de direitos humanos); o estado de defesa e estado de sítio (arts. 136/141 da CF/88); a Lei do abate de aviões clandestinos (Lei 9.614, de 05.03.98³, regulamentada somente pelo Presidente Lula com o Decreto nº 5.144, de 16.07.2004, que cuidou dos procedimentos que deverão *ser* seguidos pelos pilotos da FAB, em relação às “[...] aeronaves suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins”. (Decreto entrou em vigor no dia 18 de outubro de 2004); o emprego das Forças Armadas na Política Nacional de Segurança Pública (LC 117/2004), na conhecida Doutrina do 3PR (BARROS, 2005) – Planejamento, Preparação, Prevenção e Repressão – sendo que as Forças Armadas atuam nas duas primeiras fases (planejamento e preparação), enquanto que os demais órgãos de segurança pública previstos no artigo 144, I a V, da CF/88 atuam nas outras fases (prevenção e repressão).

Cumpra registrar que as ações advindas do emprego e preparo das Forças Armadas com os demais órgãos públicos de segurança pública ou de interesses afins que integrarão as operações (por exemplo, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Militar, Polícia Civil, IBAMA, FUNAI, Receita Federal e outros), serão comandadas por um Oficial-General de qualquer das Forças Armadas envolvidas, por ativação do Presidente da República.

zia. O rótulo mudou, pois, apesar de ser atualmente uma provocação do STJ, que dirá se há ou não necessidade de deslocamento, não deixa de ser uma advocatória com rótulo distinto, pois não existe critério objetivo para o deslocamento, além de burlar, em casos realmente graves, a intervenção federal nos Estados membros e criar um perigoso precedente político de ingerência do poder central no Judiciário. Na maioria dos casos de grave repercussão sendo da competência do Júri, não existe *povo federal* ou *povo estadual*, pois quem julga é este, e não juiz federal, de forma que se mostram os verdadeiros bastidores do instituto: buscar a federalização de outras causas cíveis.

³ A destruição de aeronaves suspeitas de estarem transportando drogas, no espaço aéreo brasileiro, para muitos, introduziu, na prática, a pena de morte no Brasil, sendo inconstitucional porque a Carta Magna proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII). Para outros juristas, essa Lei instituiu a *execução extrajudicial*, permitindo a condenação e a execução sumária de

A LC 117/2004 é tão austera, que previu como consequência jurídica que o emprego e preparo das Forças Armadas para garantir a lei e a ordem são considerados atividade militar para fins de aplicação do artigo 9º, inciso II, alínea “c” do Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar. Isso significa que tanto os militares integrantes dos órgãos operacionais das Forças Armadas quanto os civis pertencentes ao efetivo dos órgãos de segurança pública ou com interesses afins sob o controle operacional da autoridade encarregada das operações, estarão desempenhando função de natureza militar (atividade militar⁴), nos termos do artigo 9º, II, “c” do COM, sendo, assim, classificado como crime militar o ilícito penal praticado por civil contra militar no exercício dessa atividade, cabendo assim à Justiça Militar processar e julgar os crimes advindos do emprego e do preparo das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

Outro exemplo de instrumento que não afeta o promotor e juiz natural é o desaforamento no rito do Júri, com jurados suspeitos ou comprometidos (artigo 424 do Código de Processo Penal) ou na Justiça Castrense (artigo 109 do Código de Processo Penal Militar). Neste contexto, o caso *Dorothy*⁵, missionária assassinada no Pará, demonstra que a maioria dos casos sujeitos à federalização é de crimes dolosos contra a vida, como tantos outros delitos que ofendem tratados e, nestes casos, quem julga são membros do povo, seja no Tribunal do Júri estadual ou federal, o que prova a inconstitucionalidade da norma por retirar do Tribunal do Júri local o princípio da imediatidade e identidade física, por critério subjetivo, além de ofender a própria ampla defesa (artigo 5º, LV), pois, com o sensacionalismo da mídia, muitos casos podem levar ao pré-julgamento. Não existe *povo estadual* ou *povo federal* nos crimes dolosos contra a vida, o que demonstra que o

todos os passageiros dos pequenos aviões civis, sem o devido processo legal, pela simples suspeita do tráfico de drogas.

⁴ Lobão (1999, p. 122) entende que atividade militar “[...] é o conjunto de atribuições conferidas, por disposição legal ou por determinação de autoridade competente, ao militar federal ou ao militar estadual, na condição de integrante de corporação militarizada”, abrangendo a atividade principal (defesa da Pátria e garantia dos poderes constitucionais) e a secundária (garantia da lei e da ordem). Assim, para Barros (2005), em sua impecável Doutrina do 3PR, a atividade militar “[...] no desempenho da garantia e da ordem pode ser exercida tanto por militares quanto por civis” e, por este motivo, a CF (art.142, *caput*) e a LC 97/99(artigo 15, §7º) a classifica como *função de natureza militar*, sendo como consequência crime militar o praticado por civil contra militar no exercício dessa atividade, da competência da Justiça Militar.

⁵ Houve um relatório feito pela Polícia Federal, Ministério Público da União e Ministério do Trabalho em agosto de 2003 relatando os desmandos no Pará e o domínio do que se chama de *terra do meio* pelo crime organizado, em relação de grilagem de terra, questão ambiental e especificamente da exploração do mogno. Em abril de 2004, o Ministério Público da União fez uma recomendação ao Secretário de Estado da Defesa Social e no mês seguinte pediu proteção. O Procurador-Geral da República encaminhou para o Ministério da Justiça e para Polícia Federal todos esses fatos. Dizia que a irmã Dorothy estava sendo processada pela Justiça do Estado por fornecer alimentação aos acampamentos dos sem-terra. O juiz estadual preocupado, em outubro de 2004, ao fazer o interrogatório da irmã, oficiou a Polícia Militar e Civil do Estado para que dessem garantia de proteção à sua integridade. Discute-se, assim, que houve uma omissão tanto da União quanto do Estado do Pará, pois não houve resposta aos ofícios, segundo comentam a imprensa e juristas.

deslocamento de competência para a Justiça Federal em tais situações é inaceitável, pois a norma consagra a competência do juiz federal (artigo 109, V-A) para o julgamento da federalização, ofendendo a cláusula pétrea da competência do Tribunal do Júri (artigo 5º, XXXVIII, “d”, da CF/88). Ainda que por *interpretação sistemática* se desloque o julgamento para o Tribunal do Júri federal, a norma viola o princípio da imediatidade e identidade física, além de violar a rápida solução do feito (artigo 5º, LXXVIII) e ampla defesa novamente (artigo 5º, LV), na medida em que a Justiça comum federal não se encontra totalmente alocada no interior dos Estados membros, gerando a necessidade de precatórias ao distrito da culpa e impossibilitando a condução coercitiva de testemunhas para depoimento em plenário, diante do fato de a legislação processual penal proibir tal situação.

Um último instrumento que não afeta promotor e o juiz natural é a Intervenção federal no Estado membro, quando a gravidade do assunto comprometer todas autoridades locais/estadual na omissão de violação de tratados internacionais (artigo 36 da CF/88). Neste aspecto, o STF em uma ação interventiva no Estado do Pará (artigo 34, VII, “b” – descumprimento dos direitos da pessoa humana), ajuizada pelo Dr. Aristides Junqueira de Alvarenga, ex-Procurador-Geral da República, negou a intervenção por motivos jurídicos.

Na cidade de Matupá, a intervenção nº 114 foi pedida porque a população, revoltada com a impunidade, pegou 3 réus e os queimou. O STF negou a intervenção também. Nesta ocasião, se realmente houvesse a intervenção, teria ocorrido o massacre de Eldorado de Carajás? Teria ocorrido justiça com as próprias mãos que provocou a morte de réus queimados vivos? Teria ocorrido a morte da missionária?

Todas essas indagações demonstram que o foco dos problemas sociais do Governo, da ausência de Reforma Agrária no Estado do Pará, dos constantes conflitos de terras, na ausência de estrutura policial adequada e investimentos sociais serão todos justificados num instituto que em nada contribuirá para as constantes omissões no Estado do Pará e em outros Estados da Federação, sendo mais um caso de *pão e circo*.

Se existe federalização das investigações, emprego das Forças Armadas na Política Nacional de Segurança Pública, lei do abate, estado de defesa e de sítio, desaforamento no Júri e intervenção federal nos Estados, qual o papel da federalização dos crimes? Qual hipótese realmente poderia justificar uma violação do promotor e juiz natural, da ampla defesa, da razoável duração do processo, da imediatidade e identidade física, fora os casos já previstos por critério subjetivo e artificial?

A federalização dos crimes (ou das causas) é inconstitucional por violar a ampla defesa. A mídia, com a federalização, pode provocar o *pré-julgamento* do caso (ainda mais no caso de deslocar crimes dolosos contra a vida para o Tribunal do Júri federal, onde leigos julgam), o que demonstra um aparente *Tribunal de Exceção*, já que o juiz natural encontra-se completamente comprometido com um critério subjetivo feito por apenas uma única

pessoa. Cumpre ressaltar que a inconstitucionalidade da federalização dos crimes dá-se também pela ausência de contraditório com o Procurador-Geral de Justiça do Estado, que sequer será respeitado como chefe do Ministério Público estadual, uma vez que basta o Procurador-Geral da República, que não é chefe do Ministério Público estadual, desejar a suscitação e o STJ concordar que tudo estará comprometido, inclusive *causas cíveis*, eis que a EC 45/04 não fala de *causas criminais*, de sorte que pode haver comprometimento político com a medida em total desrespeito a regras objetivas e prévias de competência para evitar Tribunal de Exceção. A unidade do MP do artigo 128 da CF/88 resulta em cada ente da Federação, pois a instituição está toda disciplinada no Estado Federal, de forma que não pode o Procurador-Geral da República agir como Chefe oblíquo ou Corregedor paralelo dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados membros.

Outro aspecto acerca de a federalização dos crimes ser inconstitucional é que esta resulta na quebra da razoável duração do processo (nova redação do artigo 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação). Quando cabendo Recurso Extraordinário da federalização dos crimes pelos advogados do réu ou mesmo pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado questionado, o processo demorará até julgamento no órgão competente, podendo, em crimes de penas relativamente médias, ensejar prescrição. Desta forma, todos os réus poderão postular conflito de competência visando chegar o STJ a decidir com Recurso Extraordinário no STF, para *ganhar tempo* e ou *prescrição*. Ressalto que Recurso Especial para o STJ não tem *mecanismo de repercussão geral*, somente o Recurso Extraordinário. Mesmo assim, este não é auto-aplicável, depende de regulamentação, e, até lá, muitos serão beneficiados com a impunidade dos recursos protelatórios, seja nas causas penais ou cíveis.

O argumento da federalização dos crimes para evitar a jurisdição do TPI é completamente falso, pois a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil é signatário no Tratado de Roma, é complementar, ou seja, o TPI somente atua no caso de falha da Justiça nacional, em razão do princípio da soberania dos Estados adeptos, e somente atua nos crimes tipificados expressamente no mencionado tratado, como crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio e atentado, leia-se, todos objetivamente previstos e realmente de grave violação do Direito Público Internacional (MAZZUOLLI, 2005a e 2005b).

Neste particular não procede a federalização do crime de homicídio da missionária Dorothy Stang, Pará, que jamais o TPI poderá receber a jurisdição complementar deste feito, por ausência completa de tipificação, ou seja, o critério para o TPI não é mera repercussão nacional do delito e sim critério objetivo dos crimes ali previstos, pois do contrário um furto na carteira do Presidente da República iria para o TPI; e porque não existe falha da Justiça brasileira (do Pará) na condução da *persecutio criminis* no caso do Pará, o que justificou uma moção da CONAMP em apoio ao excelente trabalho dos Promotores e Juizes do Pará, além de repúdio à federalização nesse crime. A federalização dos crimes é, sem dúvida, o desvio de atenção de problemas sociais e ainda uma forma de burlar a

necessária intervenção federal nos Estados membros ou responsabilizar a União por sua omissão. Sabemos que o *manto de virgindade* não casa bem com nenhuma instituição, pois o ser humano é dotado do livre-arbítrio (*free will*). Por isso, o que se deve buscar são regras de competência objetiva e previamente estabelecidas, evitando *panis et circense* para fugir dos verdadeiros problemas sociais.

O Governo federal busca tangenciar o problema social, em especial do Pará, colocando a Justiça estadual e o Ministério Público estadual como *cobaias ou bodes expiatórios* da incompetência de políticas sociais que resolvam as questões sérias que o País enfrenta. Ora, o STF não resolveu até hoje a competência de pessoas com foro pela prerrogativa de função e o caso do Juiz Nicolau dos Santos Neto (escândalo do TRT de SP, com eventual conexão com o ex-Senador Luiz Estevão). Da mesma forma, o STJ não consegue resolver com agilidade os processos. Então, em vez de se fazer uma reforma agrária no Pará, evitar a grilagem de terra e evitar o conflito armado, busca-se a solução do papel: finge que federalizar o crime resolverá a questão social do País. Em muitos casos (crimes dolosos contra a vida) quem julgará será o povo, que não é federal e estadual. Ora, o caso não seria de federalizar o Pará em vez de federalizar o crime da Missionária, leia-se, o caso de ausência de políticas sociais da União não seria de intervenção federal? Restará à CONAMP, por seus cultos patronos, restabelecer o equilíbrio federativo e a constitucionalidade dos institutos afetos ao Estado democrático de direito, em necessária ADIN, para que o País não assista, com o passar do tempo, incrédulo, Justiça *de todos iguais, todos iguais, mas uns mais iguais que os outros*.

4. Bibliografia

BARROS, Miguel Daladier. Emprego das Forças Armadas na política nacional de segurança pública: LC 117/2004, Doutrina do 3PR. *Consulex*, ano IX, n. 196, p. 46-49, mar. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus nº 67759/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 6 de agosto de 1992.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MAZZUOLLI, Valério. *Direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a.

MAZZUOLLI, Valério. *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Premier, 2005b.

OAB-SP quer federalizar crimes contra advogados. Disponível em: <www.juristas.com.br>. Acesso em: 28 mar. 2005.

2. JURISPRUDÊNCIAS

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – ÂMBITO DE INCIDÊNCIA, AÇÃO PENAL EXCLUSIVAMENTE PRIVADA, INSTITUTOS DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E DA TRANSAÇÃO PROCESSUAL

EMENTA: CRIMINAL. RHC. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. INOBSERVÂNCIA DO RITO DO CPP. FALTA DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. DELITO QUE NÃO DEIXA VESTÍGIOS. LEGITIMIDADE DA QUERELANTE. INTERESSE NO DIREITO DE AÇÃO DEVIDAMENTE COMPROVADO, EM PRINCÍPIO. DEMAIS AVALIAÇÕES DEVEM SER FEITAS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. APLICABILIDADE AOS CRIMES SUJEITOS A PROCEDIMENTOS ESPECIAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. A exigência de exame pericial, nos crimes contra a propriedade imaterial, só se justifica quando se tratar de delitos que deixam vestígios, que não é o caso dos autos, pois o paciente responde pela suposta prática de concorrência desleal, configurada no desvio de clientela. II. Evidenciado, em princípio, que a querelante teria efetivamente suportado prejuízos com a conduta imputada ao paciente, motivo pelo qual teria interesse na apuração dos fatos e perseguição do ofensor. III. Maiores incursões sobre a legitimidade da querelante para o oferecimento da queixa-crime devem ser resolvidas no decorrer da instrução criminal. IV. A Lei dos Juizados Especiais incide nos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais exclusivamente privadas. V. Ressalva de que, com o advento da Lei 10.259/01 – que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal –, foi fixada nova definição de delitos de menor potencial ofensivo, cujo rol foi ampliado, devido à alteração para dois anos do limite de pena máxima. VI. Por aplicação do princípio constitucional da isonomia, houve derrogação tácita do art. 61 da Lei 9.099/95. VII. Se a nova lei que não fez qualquer ressalva acerca dos crimes submetidos a procedimentos especiais, todas as infrações cuja pena máxima não exceda a dois anos, inclusive as de rito especial, passaram a integrar o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, cuja competência é dos Juizados Especiais. VIII. Deve ser acolhida, em parte, a argumentação do recurso ordinário, para anular o processo criminal n.º 050.02.019665-2, a fim de que sejam observados os dispositivos da Lei n.º 9.099/95. IX. Recurso parcialmente provido, nos termos do voto do Relator.

DECISÃO: por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso para anular o processo criminal n.º 050.02.019665-2, a fim de que sejam observados os dispositivos da Lei n.º 9.099/95.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 13800/SP. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 28 de outubro de 2003).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JURISDICIONAL

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Bacharel em Direito

1. Súmula 701

STF 701. No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu em litisconsorte passivo.

2. Razões

Essa súmula apresenta interessantes aspectos de natureza procedimental, sobretudo porque, de certa forma, dispõe sobre uma nova hipótese de litisconsórcio não contemplado no nosso Código de Processo Civil, e consagra uma relevante posição que foi construída gradativamente ao longo dos tempos no que diz respeito à possibilidade de impetrar mandado de segurança em face de atos jurisdicionais.

Por fim, a escolha desse enunciado também se justifica pelo fato de ratificar a legitimidade de ativa do órgão ministerial para a sua impetração, especialmente no âmbito do processo penal. Assim, o nosso objetivo aqui é o de tão-somente procedermos a uma breve apresentação particularizada do instituto, notadamente valendo-nos das lições já consagradas pela doutrina clássica, e ainda trazermos alguns apontamentos de juristas da atualidade a respeito do tema.

Para tanto, daremos preferência ao uso de uma linguagem simples e direta, enfocando a matéria de forma pontual, sem a pretensão de esgotar o tema; todavia, iremos procurar, mesmo que superficialmente, destacar os principais pontos revelados por essa súmula para, ao final, termos conseguido visualizar o instituto do mandado de segurança em face de atos jurisdicionais sob uma perspectiva crítica e aberta.

3. Comentário

3.1. Evolução Histórica

O uso do mandado de segurança contra atos do Poder Judiciário já foi tema bastante controverso e que despertou fortes debates na doutrina e jurisprudência no passado. Como bem lembra Barbi (2000, p. 85), uma das maiores autoridades sobre o assunto no País, em sua origem histórica, “[...] o mandado de segurança não se destinava à proteção contra atos do Poder Judiciário, mesmo porque os reclamos gerais eram então contra o Poder

Executivo. Por isso, os projetos inicialmente formulados referiam-se, geralmente, a atos do Executivo”.

Gostaríamos de registrar a nossa preferência ao uso da expressão *atos jurisdicionais* no lugar de *atos judiciais*, por se tratar de orientação mais técnica e de acordo com a melhor doutrina (BUZAID, 1989, p. 136). A respeito da sua origem e evolução histórica no ordenamento jurídico pátrio, Passos (1996) sintetiza com maestria que houve *três fases* bem delineadas quanto à propositura do mandado de segurança em face de atos jurisdicionais.

A *primeira fase* caracteriza-se pela completa ausência de texto legislativo que expressamente autorizasse ou dispusesse contrariamente ao cabimento de mandado de segurança para atacar ato jurisdicional. Essa fase compreende o período que vai da promulgação da Constituição Federal de 1934 até o advento da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, muito embora Barbi (2000, p. 85-86) registre que “[...] por ocasião dos trabalhos legislativos que culminaram na publicação da Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, o Professor Augusto Meira fez-se percussor da extensão do mandado de segurança àqueles atos”. O insigne professor Barbi (2000) cita, ainda, “[...] no famoso caso da penhora de rendas do Estado de Minas Gerais, determinada pelo juiz federal, o Supremo Tribunal Federal, apesar de afirmarem vários dos votos vencedores o não-cabimento, em tese, do mandado, o concedeu, tendo em vista a relevância e a gravidade do dano”.

A *segunda fase* inicia-se com a vigência dessa lei e se encerra com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE nº 76.909/RS, quando ocorreu uma mudança de postura daquela Corte sobre a matéria. O art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51 trouxe a hipótese de inadmissibilidade de mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial quando haja recurso previsto em leis processuais ou quando possa ser modificado por via de correição. Logo, *a contrario sensu*, consignava a possibilidade de impetrar mandado de segurança contra atos jurisdicionais nos demais casos. Esse entendimento passou a vigorar nos Tribunais de todo o País, tanto que o STF editou a súmula nº 267: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

A *terceira fase*, segundo Passos (1996, p. 95-96) caracteriza-se pelo abandono, de parte do STF (RTJ 72/743) da posição restritiva, ampliando-se as hipóteses de admissibilidade do mandado de segurança, de sorte a passar a firmar o entendimento de que o mandado de segurança seria adequado para atacar atos jurisdicionais quando o recurso previsto for desprovido de efeito suspensivo ou se a correição cabível for incapaz de evitar a ilegalidade, gerando com isso, dano efetivo e objetivamente irreparável como consequência da ilegalidade manifesta do ato jurisdicional atacado. E assim, conclui o jurista:

A avaliação crítica dessa evolução de nosso pensamento jurídico revela, sem dúvida, que avançamos em termos de aceitação do *writ* contra ato jurisdicional. O que nos falta é certa disciplina teórica para definir, no caso concreto, sua admissibilidade, eliminando-se da prática judiciária, a praga dos casuísmos e dos oportunismos, ambos

perigosos pelo que trazem em si, de subjetivo e arbitrário, os primeiros, de imoral e condenável, os segundos. (PASSOS, 1996, p. 96).

Quanto a essa posição, arremata Bulos (2002, p. 315):

O mandado de segurança não é o meio mais apropriado para combater atos jurisdicionais, pois não nasceu, especificamente, para lograr tal intento.

[...]

O relacionamento entre ato jurisdicional e mandado de segurança tem sido, no decorrer dos tempos, assunto controvertido. Aliás, mesmo antes da promulgação da Lei n. 1.533/51, a polêmica existia. Ainda hoje, a doutrina e jurisprudência não chegaram a um consenso a seu respeito.

Contudo, é inegável que o mandado de segurança tem sido impetrado largamente contra ato jurisdicional.

3.2 Da Posição Atual sobre o Cabimento de Mandado de Segurança em face de Atos Jurisdicionais e das suas Justificativas

Embora a Súmula nº 267 do Supremo tribunal Federal não tenha sido expressamente revogada, é pacífico que ela já se encontra superada pelo próprio Pretório Excelso com o julgamento do citado RE nº 76.909/RS, em 05.12.1973. Segundo aponta Barbi (2000, p. 92), esse julgamento “[...] constitui verdadeiro *leading case* e fixou a nova orientação da Suprema Corte, a qual vem se mantendo inalterável desde então. Aquele notável julgado merece aplausos gerais pelo seu acerto”, sendo digno de destaque a excelência do voto condutor da lavra do então Ministro Xavier de Albuquerque.

Atualmente, essa nova posição é confirmada mais uma vez com a edição da Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal, objeto desses nossos comentários, a qual, em outros termos, determina-se a citação do réu para participar como litisconsorte passivo necessário, é porque cabe mandado de segurança contra ato jurisdicional.

Essa ampliação quanto ao objeto do mandado de segurança, segundo a lição de Almeida (2003, p. 275), é plenamente justificável por se tratar o mandado de segurança de uma ação de dignidade constitucional consagrada como garantia constitucional fundamental (CF/88, art.5ª, LXIX) e, nesse caso, “[...] não é compatível interpretação restritiva quanto ao seu campo de aplicabilidade. *Direitos e garantias constitucionais fundamentais*, diferentemente de simples regras constitucionais, não são interpretadas restritivamente”. Após rever o seu posicionamento, Buzaid (1989, p. 139) deixa-nos a seguinte lição:

De algum tempo a esta parte tem sido admitido, pacificamente, o mandado de segurança contra decisão judicial, seja de jurisdição contenciosa, seja de jurisdição voluntária. O trato com a experiência viva e cotidiana nos tribunais convenceu-nos da virtude do mandado de segurança como remédio jurídico contra decisões não transitadas em julgado e impugnadas pelo recurso próprio, para por cobro a ilegalidades

e abuso de poder. Julgamos de bom aviso, portanto, mudar de opinião, aderindo à orientação da doutrina e da jurisprudência.

3.3 Opção do Supremo Tribunal Federal em Sumular Matéria de Natureza Infraconstitucional (Litisconsórcio)

Curiosa questão envolvendo essa súmula é o fato de ela dispor, basicamente, sobre a formação de litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica de direito público na qual pertence a autoridade coatora, no caso o juiz no processo penal, e o réu. Nessa ordem de idéias, indaga-se: qual a razão de o Supremo Tribunal Federal sumular matéria que prevalentemente é regulada por legislação infraconstitucional, notadamente encontrada no Código de Processo Civil? Não haveria uma usurpação de competência constitucionalmente fixada em relação ao Superior Tribunal de Justiça?

Entendemos, contudo, que não. É que, no processo penal, a preocupação com a correta observância do devido processo legal, aí englobando-se o contraditório e a ampla defesa, é muito mais evidenciada que no processo civil, haja vista que está em jogo a liberdade do réu, o que é sobremaneira mais importante que eventuais questões envolvendo por exemplo direitos patrimoniais disponíveis. As decisões em sede do processo penal são potencialmente capazes de trazer graves restrições ao réu, daí a necessidade de sempre oportunizar-se a ele reais possibilidades de participar, em todo o curso do processo, dos atos que lhe poderão ser desfavoráveis. Assim, considerando que essa súmula regula matéria cujas conseqüências estão intimamente ligadas ao contraditório e à ampla defesa, portanto valores constitucionais, parece-nos correta e legítima a postura do Supremo Tribunal Federal quanto à edição desse enunciado.

E não é só isso. O mandado de segurança constitui uma garantia constitucional arrolada no art. 5º da Constituição Federal de 1988 e sua natureza jurídica, segundo Bulos (2002, p. 301) é reflexo de dúplice aspecto: o *writ* é, a um só tempo, garantia constitucional e instrumento processual. Então, sob essa perspectiva, também não existiria óbice ao Supremo Tribunal Federal sumular a matéria até mesmo porque possui, como objeto principal, uma garantia constitucional.

3.4 Da Criação de Nova Hipótese de Litisconsórcio Passivo Necessário, com o advento da Súmula 701, do Supremo Tribunal Federal

A súmula 701 manda citar obrigatoriamente o réu como litisconsorte passivo no caso de mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida no processo penal. Prevalece na doutrina e jurisprudência majoritárias “[...] a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora” (BARBI, 2000, p. 125).

Figueiredo (1996, p. 129) anota os ensinamentos do Professor Tucci, no sentido de que “[...] no mandado de segurança, a autoridade coatora faria o mesmo papel que o Ministé-

rio Público na ação penal. Seria *parte processual*, mas *não* parte no *sentido material*, porque no sentido material, o sujeito passivo do mandado de segurança é a pessoa jurídica; a autoridade coatora seria, portanto, parte processual”. No mesmo sentido, Bulos (2002, p. 303) lembra que o “[...] sujeito passivo no mandado de segurança é quem irá suportar os ônus, os incômodos decorrentes da concessão da ordem. A autoridade coatora não. Ela é mera informante”.

O litisconsórcio, fenômeno de pluralidade de partes, pode ser estudado sob dois diferentes prismas: o de sua classificação e o da sua dinâmica. Em relação ao primeiro, “[...] classifica-se quanto à posição, quanto ao poder aglutinador das razões que conduzem à sua formação, quanto ao regime de tratamento dos litisconsortes e quanto ao momento de sua formação” (CÂMARA, 2005, p. 167). Interessa-nos o estudo do litisconsórcio levando-se em conta o poder aglutinador na formação e, nesse particular, o *litisconsórcio necessário* (CPC, 47) mencionado na súmula.

De acordo com o CPC, 47, duas são as hipóteses em que haverá a formação de litisconsórcio necessário: por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica. No que toca à primeira hipótese, a despeito da Lei nº 1.533/51, em seu art. 19, mandar aplicar ao mandado de segurança as disposições do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio, este é apenas um comando de caráter geral, dependendo de verificação, no caso concreto, das circunstâncias autorizadoras de formação dessa figura. Sidou (2000, p. 162-163) pondera que:

[...] a lei não fala expressamente em litisconsórcio necessário em mandado de segurança, mas, pelo vigente Código de Processo civil (art. 47), é atribuído ao juiz um vasto grau de discricção no que se relaciona com essa subfigura litisconsorcial. Sempre que a relação jurídica o impuser, o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários quanto tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes.

Já em relação à segunda hipótese, chamada pela doutrina de relação jurídica incindível, trata-se de formação de litisconsórcio necessário em razão de ser a *res in iudicium deducta* indivisível, ou seja, “[...] aquelas relações jurídicas em que eventuais decisões judiciais que a seu respeito sejam proferidas deverão produzir efeitos sobre todos os seus sujeitos, o que torna indispensável a presença de todos eles no processo” (CÂMARA, 2005, p. 169). O autor chega a afirmar que, nesses casos, a figura litisconsorcial é necessária em razão da natureza da relação jurídica assumida, pouco importando a existência de norma dispondo sobre essa necessidade. Assim, ainda que tal norma existisse – o que seria redundante –, mesmo que ela fosse revogada, persistiria a necessidade do litisconsórcio.

Ocorre que, também nesse caso, não nos é possível vislumbrar a existência de alguma relação intrínseca de incindibilidade entre o Estado-juiz (e não o magistrado, já que esse é apenas a autoridade coatora, o agente) e o réu no processo penal, já que não se impõe ao Tribunal competente julgar a lide de modo uniforme entre essas duas pessoas. Segundo

aponta Grinover (1996, p. 20), “[...] para o mandado de segurança em geral, afirma a melhor doutrina que haverá litisconsórcio necessário toda vez que a concessão do *mandamus* puder importar em modificação da posição jurídica de outras pessoas”.

Tomemos o seguinte exemplo: suponha-se que o órgão ministerial tenha requerido, com base no CPP, 220, que o juiz fosse até determinado hospital ouvir uma testemunha ocular da realização de um homicídio e que a referida testemunha estivesse em iminente perigo de morrer em virtude de alguma enfermidade. O juiz defere o pedido, mas promove sucessivos adiamentos da realização da diligência. Logo, o promotor de justiça impetra mandado de segurança no tribunal apontando como autoridade coatora o magistrado negligente. Embora reconheçamos que o exemplo seja um pouco inusitado, há que reconhecer, contudo, que não há qualquer impossibilidade jurídica para a sua configuração. Aliás, cremos ser possível a impetração do *mandamus* até mesmo para se fazer cumprir a garantia constitucional fundamental da duração razoável do processo e a celeridade de sua tramitação, nos termos do inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF/88, incluído com o advento da EC 45/2004.

De qualquer sorte, assim, vê-se que, independentemente da decisão do Tribunal, a posição do réu dentro da relação jurídica material apontada neste caso dentro do processo penal – qual seja, o fato de ter matado alguém – não será forçosamente modificada e nem tampouco atingida. Ele não deixará de ser réu, nesse primeiro momento, se o mandado for provido ou não: a sua posição jurídica permanecerá inalterada. Podem, até, ocorrer situações inusitadas: o Tribunal concede o *mandamus*, ouve-se a testemunha, mas o denunciado é absolvido; ou, então, não se concede a segurança, mas consegue-se provar a ocorrência do crime por outro meio.

Quem será atingido pela decisão da segurança é o próprio Estado-juiz, o qual será obrigado ou desobrigado da realização de determinada ação, inclusive arcando com eventual responsabilidade na área penal e administrativa do seu agente apontado como autoridade coatora. O fato é que o réu não deixará de ser réu, a testemunha não deixará de ser testemunha e o juiz não deixará de ser juiz não importa a conclusão que se chegue a respeito da segurança requerida. Somente a oitiva ou não da testemunha é que será apreciada e, mesmo assim, a sua realização é ato exclusivo do juízo, de acordo com o sistema presidencialista de inquirição de testemunha vigente no nosso processo penal por força do CPP, 212.

Por isso, parece-nos apropriado concluir que a relação jurídica substancial discutida entre MP x acusado (ação penal pública) não se une à relação jurídica versando sobre o MP x Estado-Juiz (mandado de segurança). Em outras palavras, duas são as relações jurídicas discutidas no exemplo acima, de modo que elas não são incidíveis, inseparáveis; são, sim, autônomas, independentes, relativas, cada qual podendo ter desfechos diversos sem que isso comprometa a eficácia das decisões tomadas em ambos os casos. Então, por qual razão o réu deverá integrar a lide na condição de litisconsorte passivo necessário, se não se trata de uma exigência legal ou em razão da incidibilidade da relação jurídica material?

Acontece que é claro que uma decisão como esta acaba por influenciar indireta e reflexamente nos rumos que o processo poderá tomar e, muitas vezes, o próprio denunciado poderá ter interesse que o ato impugnado seja mantido ou não, como forma de preservar os seus próprios interesses, haja vista que ninguém, em sã consciência, estando prestes a ser inquestionavelmente apontado como autor de determinado delito, ficará inerte enquanto todas as suas provas são produzidas bem a sua frente. Não se trata, aqui, de afronta aos princípios da lealdade processual – até bem porque a sua participação no pólo passivo do mandado de segurança não constitui nenhum ilícito processual – ou à falta de ética no processo; trata-se, na verdade, de instinto genuinamente humano consistente na sua auto-proteção, pois, conforme a consagrada expressão, *ninguém é obrigado a produzir contra si mesmo*.

Dessa forma, acreditamos, portanto, que a súmula nº 701 do Supremo Tribunal Federal traz em si nova hipótese de litisconsórcio necessário passivo, não elencado no CPC, 47: quando o acusado no processo penal puder ser apenas indireta ou reflexamente atingido pela decisão que julgar a segurança, mesmo que não haja unidade entre as relações jurídicas discutidas ou imediata modificação de sua posição jurídica no seio do processo penal em questão. Assim, a justificativa à formação do litisconsórcio necessário no caso dessa súmula tem abrigo não na legislação processual infraconstitucional, mas em referência ao que foi dito no tópico 2.3 desses comentários, em respeito às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

4. Conclusão

A impetração de mandado de segurança em face de atos jurisdicionais (expressão mais técnica que atos judiciais) passou por três grandes momentos ou fases no ordenamento jurídico brasileiro até ser definitivamente consagrada na doutrina e jurisprudência do País.

A *primeira fase* coincide com o início da constitucionalização do mandado de segurança, em 1934 e vai até a edição da Lei nº 1.533/51. Nessa fase, é marcante a completa ausência de aparato legislativo sobre a matéria.

A *segunda fase* tem início com essa lei que passou a admitir, *a contrario sensu*, a sua possibilidade (art. 5, II) e se encerra com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE nº 76.909/RS. Nessa fase, passou-se admitir, de forma restrita, a impetração de mandado de segurança quando o ato jurisdicional impugnado não fosse passível de recurso ou correção.

A *terceira e última fase* é concebida a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE nº 76.909/RS e marca o abandono por aquela Corte da antiga postura restritiva, possibilitando-se a segurança quando o recurso previsto for desprovido de efeito suspensivo ou se a correção cabível for incapaz de evitar a ilegalidade, gerando com isso dano efetivo e objetivamente irreparável como consequência da ilegalidade manifesta do ato jurisdicional atacado.

Embora a Súmula nº 701 do Supremo Tribunal federal trate de litisconsórcio – matéria regulada por lei infraconstitucional – a sua edição por esse Sodalício justifica-se por estarem em jogo valores constitucionais como o ampla defesa e o contraditório. Nessa figura, não se trata de litisconsórcio necessário por imposição legal ou em razão da incindibilidade da relação jurídica material (ambas previstas no CPC, 47), mas de hipótese na qual quando o acusado no processo penal puder ser apenas indireta ou reflexamente atingido pela decisão que julgar a segurança, mesmo que não haja unidade entre as relações jurídicas discutidas ou imediata modificação de sua posição jurídica no seio do processo penal em questão.

5 Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. rev. e atual. por Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito processual civil*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. 1.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A autoridade coatora e o sujeito passivo no mandado de segurança*. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. (Coord.). *Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. (Coord.). *Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

PASSOS, J. J. Calmon de. *O mandado de segurança contra atos jurisdicionais*. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. (Coord.). *Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

4. TÉCNICAS

RESPONSABILIDADE PENAL DE PESSOA JURÍDICA

FERNANDO ANTÔNIO NOGUEIRA GALVÃO DA ROCHA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais

MEDIDA CAUTELAR

Considerando que a responsabilidade penal da pessoa jurídica desafia os operadores do Direito a oferecerem respostas efetivas aos diversos problemas que se apresentam nos casos concretos, é oportuno publicar o pedido de suspensão preventiva das atividades da pessoa jurídica, em tese, responsável por crime ambiental. O parecer foi efetivamente oferecido no processo criminal instaurado contra a Rede XXX de postos de gasolina e pode oferecer subsídios para pedidos de mesma natureza.

MODELO DE MEDIDA CAUTELAR

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE XXXX, pelos Promotores de Justiça signatários, nos autos do processo nº XXX, vem, em conformidade com o art. 3º do Código de Processo Penal e art. 22, inciso I, da Lei 9.605/98, requerer a **SUSPENSÃO TOTAL DAS ATIVIDADES DE PESSOAS JURÍDICAS PREVENTIVAMENTE**, pelos fatos e fundamentos que a seguir passa a expor:

1. Dos Fatos

Todas as pessoas físicas denunciadas, em cooperação, associaram-se, nesta cidade de XXX, a partir de 1995, e passaram a cometer crimes contra o meio ambiente, concorrendo para a poluição atmosférica que produz danos diretos ao meio ambiente e à saúde humana, ao comercializarem gasolina adulterada (com adição de solvente) que, adquirida pelos consumidores e utilizada em seus veículos, produziu grande formação de resíduo carbonoso e fuligem, gerando maior quantidade de particulados lançados na atmosfera.

Segundo constatou o procedimento administrativo que serve de lastro à denúncia, a poluição é causada pela emissão dos particulados na atmosfera, com a queima do combustível líquido carburante produzido, distribuído e revendido, em desacordo com a regulamentação pertinente – Portaria nº 197/99, modificada pela Portaria nº 204/00, todas da Agência Nacional do Petróleo – ANP, pelos denunciados. O laudo pericial de fls. XXX informa que a emissão de particulados na atmosfera causa danos diretos ao meio ambiente e à saúde humana:

De acordo com Derísio (1992), a emissão atmosférica de material particulado na atmosfera afeta os aspectos estéticos, pois tais partículas reduzem a visibilidade e

causam corrosão e sujeira em superfícies. Os dois últimos efeitos ocorrem, em geral, na vizinhança das fontes emissoras, e devem-se à sedimentação das partículas nas árvores, praças, residências, instalações, vias e empreendimentos em seu entorno.

Nas plantas, o material particulado deposita-se nas folhas, formando uma camada contínua que reduz a respiração e a fotossíntese, por aumentar a reflexão da radiação solar. Esse processo resulta em clorose das folhas (amarelamento devido à deficiência na produção de clorofila). A interação das partículas sedimentadas a outros gases, como o SO₂, causa aumento na queda das folhas e/ou redução do crescimento da vegetação. (Ward *et al* 1998).

Em relação à fauna, os danos causados relacionam-se à ingestão de folhas cobertas pelas partículas e danos relativos à respiração desse material.

Os efeitos sobre a saúde humana estão associados ao tamanho das partículas: as mais grossas podem atingir os alvéolos pulmonares, e as mais finas aumentam os efeitos dos gases presentes no ar. Ao adentrarem profundamente nos pulmões e sedimentarem-se nas vias respiratórias, as partículas em suspensão provocam irritação crônica nas mucosas.

As partículas podem, ao mesmo tempo, conduzir ao pulmão outros gases tóxicos adsorvidos à suas superfícies, como o SO₂. Explica-se assim a razão de uma série de substâncias tóxicas terem uma ação mais intensa em atmosfera contendo grandes quantidades de partículas de poeira em suspensão.

Estudos realizados nos Estados Unidos (Ward *et al* 1998) demonstraram haver correlação positiva entre o aumento da concentração de material particulado na atmosfera e o número de atendimentos e internações hospitalares por enfermidades como asma, pneumonia, bronquite, enfisema e doenças cardíacas.

As pessoas físicas denunciadas, em cooperação, produziram, processaram, tinham em depósito e comercializaram a substância tóxica e nociva à saúde e ao meio ambiente (gasolina), em desacordo com a regulamentação pertinente – Portaria nº 197/99, modificada pela Portaria nº 204/00, todas da ANP. Conforme já descrito na peça inicial, as pessoas jurídicas denunciadas (XXX) foram constituídas e utilizadas, preponderantemente, para o fim de permitir, facilitar e ocultar a prática de crime ambiental, previsto na lei 9.605/98. Tal fato impõe, segundo o art. 24 da referida lei, a decretação da liquidação forçada das pessoas morais, sendo o respectivo patrimônio considerado instrumento do crime e, como tal, perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional – FPN.

No entanto, as graves atividades delitivas desenvolvidas por meio das pessoas jurídicas não são interrompidas com o oferecimento da denúncia e seu aditamento. Os crimes ambientais continuam ocorrendo em prejuízo de toda a população e do meio ambiente. A Constituição Federal assegurou que: “Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” Sendo imperiosa a tomada de medidas enérgicas

que possam resguardar a saúde da população e o meio ambiente, o Ministério Público requer a presente medida cautelar.

2. Do Direito

O artigo 3º do Código de Processo Penal – CPP dispõe que “[...] a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Isso significa que o Código de Processo Civil – CPC tem aplicação subsidiária no Processo Penal para equacionar questões não resolvidas expressamente no estatuto processual penal e alerta o aplicador do direito que a ordem jurídica deve ser compreendida sempre como um sistema. Nesse sentido, vale lembrar a lição de Marques:

As regras ou normas do processo civil aplicam-se subsidiariamente ao processo penal. No art. 1º do Cód. de Proc. Penal português, o princípio vem exposto, com a declaração de que, nos casos omissos, quando as disposições do Código não possam aplicar-se por analogia, observar-se-ão as regras do processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta delas, aplicar-se-ão os princípios gerais do processo penal. No projeto VICENTE RÁO, preceito análogo existia *in verbis*: Art. 10. Nos casos omissos, não sendo possível a aplicação por analogia das próprias regras do processo penal, observar-se-ão as regras do processo civil adaptáveis, e, na falta destas, os princípios gerais sobre a matéria.

Essa orientação sobre interpretação encontra acolhida na lei processual vigente, em face do que dispõe o art. 3º, quando admite os suplementos dos princípios gerais do direito. É claro que dentre esses princípios, devem ocupar o primeiro lugar os de Direito Processual, que, por ser unitário (*retro*, n.º 5), está formado por normas e regras contidas em ambos os seus ramos; e como o processo civil é a parte tecnicamente mais aperfeiçoada do Direito Processual, dêle é que são extraídos, em sua maioria, esses princípios gerais.

Ao demais, havendo em um e outro ramo do direito processual institutos e conceitos idênticos, como, *verbi gratia*, as exceções, a sentença, os recursos, etc., até por analogia pode-se fazer a aplicação do processo civil nos casos omissos do processo penal. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 41, v. 1.).

No caso em exame, que exige a pronta intervenção do Poder Judiciário para interromper a continuidade delitiva da organização criminosa denominada XXX, tem inteira aplicação o PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. No processo penal, as medidas cautelares previstas expressamente no código dizem respeito à privação da liberdade individual (em suas várias modalidades de prisão cautelar), o seqüestro e a hipoteca de bens do indiciado (medidas assecuratórias). Mas isso não significa que o juiz esteja impedido de determinar outras medidas cautelares que o caso concreto venha a exigir. Na aplicação subsidiária do art. 798 do CPC, pode o juiz criminal aplicar a medida cautelar adequada ao caso concreto, embora tal medida não esteja prevista expressamente no estatuto processual. Reza

o dispositivo que:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Com efeito, a organização criminosa tem no funcionamento das pessoas jurídicas a mola mestra para a prática dos crimes ambientais especificados no aditamento formulado à denúncia. A continuidade delitiva depende do desenvolvimento das atividades ilícitas de produção e comercialização de combustível adulterado pelas pessoas jurídicas. De maneira clara, o CPC autoriza que o juiz defira medida cautelar que determine a suspensão de atividades ilícitas, conforme expresso no art. 799: “No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”.

No entanto, é necessário notar que a suspensão de atividades da pessoa jurídica é pena a ela aplicável, conforme dispõe o art. 21 da Lei 9.605/98. O CPP prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, conforme seu art. 311 e seguintes. Tal medida é verdadeiramente imposição de pena privativa de liberdade, antes da condenação, e se justifica para “[...] garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

Mas a prisão preventiva somente pode ser aplicada à pessoa física. Com a recente opção política (acolhida em sede constitucional) de instrumentalizar a repressão penal para enfrentar a criminalidade organizada que se utiliza da pessoa jurídica, tornou-se necessário apurar no sistema jurídico as adaptações que possam tornar efetiva a nova orientação política. Dessa forma, é forçoso reconhecer que, se o juiz pode decretar a prisão preventiva do acusado, pessoa física, (que é medida de grave repercussão em seu direito de liberdade), também pode decretar a suspensão total das atividades da pessoa jurídica (que é medida menos grave e repercute efeitos meramente patrimoniais). A privação da liberdade é pena aplicável à pessoa física (art. 32, I, do CP) e a suspensão total das atividades é pena aplicável à pessoa jurídica (art. 21, I, Lei 9.605/98).

No caso em exame, estão cabalmente satisfeitos os requisitos estabelecidos pelo art. 312 do CPP para a imposição da medida preventiva. O desenvolvimento das atividades das pessoas jurídicas denunciadas é ilícito, produz graves danos ambientais, o que afeta diretamente a ordem pública. A interrupção das atividades ilícitas desenvolvidas pelas pessoas jurídicas assegura a observância da norma jurídico penal proibitiva (art. 54 e 56 da Lei 9.605/98). As peças de informação que conferem lastro à denúncia e ao aditamento que lhe foi formulado carregam provas cabais sobre a ocorrência dos crimes ambientais e que os acusados, agindo em nome e benefício das pessoas jurídicas, são seus autores.

3. Do Pedido

Assim sendo, presentes os requisitos legais para a concessão de medida cautelar, o Ministério Público requer seja decretada a suspensão total das atividades das pessoas jurídicas responsáveis pelos crimes ambientais praticados com a produção, distribuição e comercialização de combustível adulterado, fazendo, assim, cessar a continuidade delitiva perpetrada pela organização criminosa XXX.

Nesses termos, pede deferimento.
Belo Horizonte, 3 de abril de 2002.

DENÚNCIA EM FACE DE PESSOA JURÍDICA

A possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais está expressa no art. 225, § 3º, da Constituição Federal e no art. 3º da Lei 9.605/98. Em ambos os dispositivos a pessoa jurídica é considerada responsável pela conduta danosa ao meio ambiente, mas isso não significa que seja autora de crime ambiental. Conforme ressaltado no comentário ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça que julgou o Recurso Especial nº 564.960/SC (2003/0107368-4), somente a pessoa física pode ser considerada autora da conduta descrita em tipo penal previsto na Lei de Crimes Ambientais. A pessoa jurídica pode ser responsabilizada porque o art. 3º da Lei 9.605/98 possibilita, atendidos os seus requisitos específicos, a extensão da responsabilidade que se origina na conduta da pessoa física.

Para viabilizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, torna-se necessário proceder a mudança de paradigma metodológico, na medida em que não se pode descrever na petição inicial da ação penal acusatória (denúncia) conduta ou atividade que seja própria à pessoa jurídica. Somente é possível descrever a conduta da pessoa física, já que os tipos penais da Lei de Crimes Ambientais são todos referidos à conduta da pessoa natural. Uma narrativa que descreva conduta ou atividade de pessoa jurídica importaria, inevitavelmente, na inépcia da denúncia. Afinal, a pessoa jurídica não desenvolve conduta (que são manifestações exclusivas da pessoa natural) e não há previsão típica para *atividades* lesivas ao meio ambiente nos tipos penais da Lei nº 9.605/98. Assim, importa narrar na denúncia a conduta da pessoa física que se subsume ao tipo incriminador e, posteriormente, relacionar essa conduta aos requisitos de responsabilidade da pessoa jurídica.

O processo penal contra pessoa jurídica apresenta a dificuldade prática de saber como se dará o interrogatório. Para realizar o interrogatório da pessoa jurídica, que é ato processual em favor dos interesses da acusada, deve o magistrado extrair a solução para o problema do sistema normativo. No art. 12, inciso VI, do Código de Processo Civil há previsão para que a pessoa jurídica seja representada em juízo “[...] por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores”. Na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 843, há a previsão para que o empregador “[...] possa fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato”. Tais dispositivos legais podem ser utilizados, por analogia, para resolver o problema do interrogatório da pessoa jurídica. Não se pode esquecer que o art. 3º do CPP determina que “[...] a lei

processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como os princípios gerais do Direito”. Contudo, vale observar que, na ausência de disposição legal expressa, deve-se utilizar a solução mais favorável ao réu. Assim, se a substituição do diretor por um preposto é facultada no processo trabalhista, com muito mais razão também o deve ser no processo penal. Se entendermos que o interrogatório é prevalentemente um ato de defesa (embora também possa ser considerado um meio de prova), não se poderá impedir o direito de escolher a pessoa que melhor possa dirigir-se ao juiz e sustentar a defesa da pessoa jurídica acusada. Impor que o diretor seja ouvido constitui ato que impede a ampla defesa da pessoa jurídica, pois nos quadros da empresa outra pessoa física pode conhecer melhor os detalhes do empreendimento por ela desenvolvido e, por isso, esteja melhor habilitado a fazer a defesa da empresa. Note-se que, se o diretor também for acusado, será interrogado como pessoa física, nos moldes tradicionais. A dificuldade somente se apresenta quando pensarmos em interrogar a pessoa jurídica.

Na denúncia, é possível que o Promotor de Justiça indique ao juiz a solução encontrada por analogia para resolver o problema do interrogatório. Mas, isso não é um requisito de validade da denúncia. Para exemplificar uma denúncia oferecida em face de pessoa jurídica, apresenta-se o seguinte modelo:

MODELO DE DENÚNCIA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA XXX VARA CRIMINAL DA COMARCA DE XXX.

Inquérito Policial nº 0000000/00

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE XXX, pelos Promotores de Justiça especializados na defesa do meio ambiente, vem, em conformidade com a legislação processual penal vigente e lastreado pelo inquérito policial incluso, oferecer a presente DENÚNCIA em face de TÍCIO DE SOUZA, brasileiro, casado, empresário, CPF nº 111.111.111-11, residente e domiciliado nesta capital à Rua dos Capuchinhos, nº 15, apto. 203, Bairro Bom Moço, nesta cidade; MÉVIA DIAS, engenheira, com Registro no CREA 99.999/00, residente nesta capital à Rua Carlos José, nº 36, Bairro Bom Moço, nesta cidade; e TERRAPLANAGEM IDEAL LTDA., pessoa jurídica com CGC de nº 01.000.000/0000.00, situada à Av. José João da Rocha, nº 99, nesta cidade, pelo cometimento dos seguintes fatos delituosos:

No dia 21 de abril de 2000, na quadra 91, lote 01, CP 225-7-M, localizada a Rua Mário Coutinho, Bairro Bom Moço, nesta cidade, as duas pessoas físicas denunciadas, mediante ações livres, voluntárias e conscientes, em cooperação, realizaram obra, potencialmente poluidora, com a execução de atividade de terraplanagem, que resultou na retirada de toda a cobertura vegetal que se apresentava na área, sem licença do órgão ambiental competente.

Na mesma ocasião e local, as duas pessoas físicas denunciadas, mediante ações livres, voluntárias e conscientes, danificaram floresta considerada de preservação permanente

por estar a menos de 50 metros de proximidade de nascente (art. 2º, alínea “c”, da Lei nº 4.771/65), sendo que a floresta ainda estava em formação, sem licença do órgão ambiental competente. O primeiro denunciado contribuiu para os resultados lesivos ao meio ambiente, na condição de proprietário do imóvel em que se deu a terraplanagem, determinando a realização da obra pela pessoa jurídica também denunciada. A segunda denunciada contribuiu para os resultados lesivos ao meio ambiente, na condição de diretora da pessoa jurídica e responsável técnica pela intervenção na área em questão, determinando a execução dos trabalhos e fiscalizando-os.

A empresa Terraplanagem Ideal Ltda., pessoa jurídica também denunciada, embora não possa ser considerada autora de crime, deve ser responsabilizada pelo crime praticado pelas pessoas físicas, que atuavam em seu nome e benefício, nos termos do art. 3º da Lei Federal 9.605/98.

No caso em exame, os autores do crime são as pessoas físicas denunciadas. Mas, como a conduta das pessoas físicas se dá em nome e no benefício da pessoa jurídica Terraplanagem Ideal Ltda., que recebeu pagamento pelo serviço realizado, é a pessoa jurídica que deve ser considerada responsável pelos danos ambientais produzidos, recebendo pena proporcional à que for aplicada às pessoas físicas que atuaram em seu nome. Dessa forma, encontram-se as pessoas físicas denunciadas incursas nas sanções previstas no art. 38 e 60, ambos da Lei 9.605/98, e a pessoa jurídica nas penas cominadas no art. 21 também da Lei 9.605/98.

Diante do exposto, requer esta Promotoria de Justiça a citação dos denunciados para interrogatório (art. 185 do CPP e 843 da CLT c/c art. 3º do CPP) e acompanhamento dos termos da presente ação penal, que espera seja julgada procedente com a condenação dos mesmos nos parâmetros legais, bem como a oitiva das testemunhas a seguir arroladas:

- MAURÍCIO DE TAL, Rua Doutor João, nº 141, Bairro Ideal, nesta cidade.
- MÁRCIA MINERVINA, funcionária pública, agente fiscal da Regional Oeste, Rua Caramuru, nº 999 – 9º andar, Bairro Ideal, nesta cidade.
- MARIA NAZARETH FILOMENA, Rua Mário Antonio, nº 330, Bairro Ideal, nesta cidade.

Nesses termos, pede deferimento.
Belo Horizonte, 12 de agosto de 2005.

XXXXXX
Promotor de Justiça

SEÇÃO III – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL**SUBSEÇÃO I – DIREITO CIVIL****1. ARTIGOS****A INTERVENÇÃO POLICIAL EM QUESTÕES POSSESSÓRIAS¹**

AFONSO HENRIQUE DE MIRANDA TEIXEIRA
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

Não, não é o trabalho policial que ficou mais difícil com a nova Constituição. Difícil mesmo para algumas pessoas é tratar da mesma forma o apartamento de luxo e o barraco, é considerar que ambos são, igualmente, o asilo inviolável do indivíduo. (BATISTA, 1990).

O processo histórico brasileiro proporcionou uma excessiva concentração da propriedade da terra nas mãos de poucos, o que se fez desde a instituição das capitanias hereditárias, passando pelas sesmarias, pela grilagem e vexamosas e seletivas transferências de terras públicas a particulares.

Inegavelmente, a esdrúxula estrutura fundiária tem levado ao inchamento das grandes cidades, retirando o homem do campo, expulsando-o para os centros urbanos, onde, à procura de sua subsistência, passa a se estabelecer em aglomerados periféricos e guetos, vivendo em habitações precárias, sem saneamento básico, acesso à saúde, à educação, segurança, trabalho digno, dentre outras diversas privações.

Paralelamente, a especulação imobiliária, aliada a programas governamentais que, além de financiamentos vultosos para *produtores rurais*, destinam habitações para os já privilegiados, vulnerabilizam, ainda mais, os desfavorecidos, desassistidos por completo, neste sistema em que só os poderosos detêm os direitos e o exercício das garantias individuais.

Como forma de sustentar esse sistema, manifesta-se o poder organizado, seja o Judiciário, a Polícia e o próprio Ministério Público, os quais, por ação ou omissão, contribuem para o acirramento das desigualdades e a perpetuação das injustiças sociais. Sob esse aspecto é que se faz necessário estabelecer um critério técnico e científico, no sentido de se pautar a atuação do poder público no tocante aos conflitos possessórios, notadamente nas questões de intervenção policial em caso de ocupação de terras, por saber-se que a atuação do

¹ Artigo originalmente publicado em 1993 na Revista Jurídica do Ministério Público – *JUS*. Republicado com alterações decorrentes da indispensável atualização.

aparelho policial tem sido determinante para desequilibrar a disputa pela posse de áreas, especialmente, as rurais, em favor dos poderosos.

Primeiramente, há que ser ressaltado que a estipulação de parâmetro técnico-jurídico para a verificação da legitimidade da intervenção policial em questão possessória pressupõe uma ação policial oficial, ou seja, quando os agentes policiais atuam como autoridades públicas e não como pistoleiros ou jagunços contratados, caso em que as ilegalidades são mais flagrantes. O que se deseja é extrair da sistematização jurídica critérios objetivos, no sentido de se aferir a legitimidade da intervenção policial, quando a mesma se desempenhar de forma oficial, com o intuito de moldar a atuação do Ministério Público no sentido de se consecutar as apurações e buscar as respectivas responsabilidades.

A seara possessória é uma das mais ricas do mundo do Direito, no tocante aos acirrados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito de seus institutos. As escolas de Savigny e Jhering, desde o século passado, procuraram conceituar a posse clássica em um dos mais empolgantes embates doutrinários do direito, traduzidos, obrigatoriamente, em todas as faculdades deste País. No Poder Judiciário, os feitos se avolumam diante da delicada formulação da decisão judicial quanto à determinação do real possuidor. Porém, as questões possessórias, de intrincadas soluções, assim não se apresentam na visão e atuação do aparelho policial. Sobrepujando qualquer análise jurídica que, como se disse, demonstra-se de difícil solução, o corpo policial tem agido, de forma freqüente, na expulsão de posseiros em áreas urbanas e rurais. Passando por cima do Poder Judiciário e ridicularizando os interditos possessórios, a polícia tem sido efetiva na perpetuação do sistema, agindo como verdadeira garantidora de interesses nitidamente privados e muitas vezes escusos. Daí a necessidade do estabelecimento de critério técnico-jurídico no sentido de verificação da legalidade da intervenção policial.

A questão da ocupação de áreas encontra-se, basicamente, instituída em dois ramos do direito, ou seja, no direito privado (civil) e no direito público (penal e processual civil). No direito privado, a matéria é tratada no âmbito da proteção possessória, quando do estabelecimento do desforço imediato, previsto no art. 1210, § 1º, do Código Civil de 2002. No direito público (penal), recebe o tratamento de crime (art. 161, § 1º, do Código Penal), em uma rigorosa política criminal de defesa do patrimônio, o que vem sendo categoricamente afastada pelos Tribunais, até mesmo Superiores, como veremos adiante. E, ainda, no direito processual civil, quando do estabelecimento dos interditos possessórios (art. 920 e segs. do CPC).

Sem dúvida, do estudo dos institutos civis e penais é que iremos traçar um critério científico para a verificação da atuação policial. Preceitua o art. 1210, § 1º, do Código Civil: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse”. O dispositivo acima trata do princípio da autodefesa, também denominado de desforço *in continenti*. Segundo Pereira (1995, p. 48), “[...] fora da ação judicial ou antes dela, o possuidor tem a faculdade de repelir o

atentado à posse, mantendo-a ou nela reintegrando pela própria força”.

Tratando-se, portanto, de uma faculdade concedida ao possuidor de defender a sua posse, é que toma relevo a análise que ora se faz, de vez que poderia ensejar o chamamento e intervenção do aparelho policial, no sentido de se expulsar o suposto invasor. Da análise da citada norma, vê-se, entretanto, a impossibilidade da intervenção policial, quando da ocorrência de *esbulho possessório* de conotação estritamente civil, pois, conforme estatui o citado artigo, o possuidor deve agir “[...] por própria força, e com isso a Lei quer dizer sem apelar para a autoridade, para a Polícia ou para a Justiça”, nos ensinamentos de Fulgêncio (1995, p. 46).

Diante de sutileza e intrincamento das questões possessórias, a polícia não está calcada em formação suficiente para *decidir* sobre a solução a ser dada com a sua intervenção, podendo, com isso, possibilitar situações nitidamente contrárias ao direito, quando, por exemplo, retirasse o real possuidor, deixando no local o real *esbulhador*: se as questões possessórias nos tribunais, onde se estabelece o contraditório com a produção de provas testemunhais, documentais e periciais, encontram difícil solução, imagine-se diante de um simples *juízo de prelibação* por policiais. Há que ser registrado ainda que nem mesmo a exibição do título de propriedade é suficiente para embasar uma cognição correta da autoridade policial, tendo em vista que, mesmo nas ações possessórias, que se desenvolvem perante o Poder Judiciário, não é permitida a exceção de domínio, ou seja, a prova de propriedade, como fator determinante da definição possessória, como estabelece o art. 923 do Código de Processo Civil. Tal cognição sumária apresenta-se, atualmente, ainda mais complexa, diante da inarredável conclusão de que somente se confere proteção possessória à propriedade urbana (art. 182, § 2º, da Constituição Federal) ou rural (art. 186 da CF) que cumpra a função social (art. 5º, XXIII, da CF).

Há no art. 1210, § 1º, do Código Civil, o estabelecimento de critérios para a legitimação do desforço, que dificilmente poderiam ser analisados pelo corpo policial, como é o caso da verificação do imediatismo da ação, havido como elemento necessário na ação de desforço ou de legítima defesa da posse. Como salienta Pereira (1995):

[...] o desforço tem de obedecer a certos requisitos, sem os quais a autodefesa se converte, a seu turno, em comportamento antijurídico: a) em primeiro plano, o seu imediatismo, isto é, a repulsa à violência sem retardamento, sem permitir que flua tempo após o seu início, antes que o invasor ou turbador consolide a posição *non ex intervallo sed ex continenti*; [...].

Sob este prisma e discorrendo sobre o princípio da autodefesa, acrescenta o autor “O direito moderno o reconhece para repelir a agressão, cabendo em qualquer caso de inquietação (ainda que já consumada), como ainda para a recuperação da posse, neste último caso não tem cabida se a perda já se consumou”. Desta forma, tratando-se exclusivamente de suposto ilícito civil, incabível se manifesta a intervenção policial, vedado ao poder público a administração de interesses nitidamente privados. Na esfera penal, a matéria

teria recebido o tratamento de esbulho possessório no Título que trata dos crimes contra o patrimônio, prescrevendo o art. 161, § 1º, II:

Art. 161.....
§ 1º Na mesma pena incorre quem:

.....
II - invade, com violência à pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

Insta acentuar que, conforme o ensinamento de Delmanto (1988, p.321), “[...] o conceito penal de esbulho possessório é diverso e mais restrito do que o civil. Para que haja esbulho possessório, no campo penal, é necessário que a invasão tenha por fim o esbulho, e seja praticada, em terreno ou imóvel alheio, com violência à pessoa ou grave ameaça, ou, ainda, em concurso de pessoas”.

Entretanto, para a sua configuração, exige-se o elemento subjetivo do injusto, ou o chamado dolo específico, no caso, consistente na vontade de apropriar-se de coisa imóvel alheia. Considerando que, atualmente, as imputações de esbulho possessório resultam de ocupações coletivas de imóveis rurais, em sua grande maioria, improdutivos, importante se faz ressaltar a legitimidade constitucional da atuação dos movimentos sociais agrários: “Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República” (BRASIL, 1997). Do brilhante voto do Ministro Cernicchiaro (BRASIL, 1997), extraímos:

A Constituição da República dedica o Capítulo III, do Título VII, à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária. Configura, portanto, obrigação do Estado. Correspondentemente, direito público, subjetivo de exigência de sua concretização.

Na ampla arca dos Direitos de Cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais.

A Carta Política não é mero conjunto de intenções. De um lado, expressa o perfil político da sociedade, de outro gera direitos.

É, pois, direito reclamar a implantação da reforma agrária. Legítima a pressão aos órgãos competentes para que aconteça, manifeste-se historicamente.

Reivindicar, por reivindicar, insista-se é direito. O Estado não pode impedi-lo. O *modus faciendi*, sem dúvida, também é relevante. Urge, contudo, não olvidar o princípio da proporcionalidade tão ao gosto dos doutrinadores alemães.

A postulação da reforma agrária, manifestei, em Habeas Corpus anterior, não pode ser confundida, identificada com o esbulho possessório, ou a alteração de limites. Não se volta para insurpar a propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao Direito. Sabido, dispensa prova, por notório, o Estado há anos vem remetendo a implantação da reforma agrária.

Os conflitos resultantes, evidente, precisam ser dimensionados na devida expressão. Insista-se. Não se está diante de crimes contra o patrimônio. Indispensável a sensibilidade do Magistrado para não colocar, no mesmo diapasão, situações jurídicas distintas.

O Ministro Cernicchiaro já manifestara entendimento no mesmo sentido, como se vê de excerto de seu voto:

O r. despacho de prisão preventiva, com fundamentação alentada, projeta uma realidade social. Divisou, na conduta da paciente a insubordinação às regras jurídicas. Do ponto de vista formal, isto acontece. Não entretanto a configuração do esbulho possessório, ou de alteração de limites. O fato precisa ser analisado em seu contexto, coordenado à sua motivação. Aceito as considerações do MM. Juiz de Direito, encampadas pelo v. acórdão. Todavia, com o devido respeito, confiro-lhes configuração jurídica diferente. Invoque-se a Constituição da República, especificamente o Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – cujo Capítulo II registra como programa a ser cumprido a Reforma Agrária (art. 184 usque 191).

Evidente, essa norma tem destinatário. E como destinatário, titular do direito (pelo menos – interesse) à concretização da mencionada reforma. A demora (justificada, ou injustificada) da implantação gera reações, nem sempre cativas à extensão da norma jurídica.

A conduta do agente do esbulho possessório é substancialmente distinta da conduta da pessoa com interesse na reforma agrária.

Atualmente, a culpabilidade é cada vez mais invocada na Teoria Geral do Delito. A sua intensidade pode, inclusive, impedir a caracterização da infração penal.

No esbulho possessório, o agente dolosamente, investe contra a propriedade alheia, a fim de usufruir um de seus atributos (uso) ou alterar os limites do domínio para enriquecimento sem justa causa. No caso dos autos, ao contrário, diviso pressão social para concretização de um direito (pelo menos – interesse).

No primeiro caso, contraste de legalidade compreende aspectos material e formal.

No segundo, substancialmente, não há ilícito algum. Formalmente, e é só nesse nível, poder-se-á debater o *modus faciendi*. Esse debate tem seu foro próprio no julgamento do mérito da causa.

Aqui, e por ora, incumbe analisar o direito reclamado, qual seja de os Pacientes continuarem em liberdade.

A ordem pública precisa ser recebida no contexto histórico. E também assim o modo de atuação das pessoas.

É certo, evidente, se a lei (formalmente) é igual para todos, nem todos são iguais perante as leis.

Sabe-se, as chamadas classes sociais menos favorecidas não têm acesso político ao governo, a fim de conseguir preferência na implantação de programa posto na Constituição da República.

Quadrilha ou bando, a teor do disposto no art. 288 Código Penal é delito que visa a prática de crimes.

Ordem pública, clamor público precisam ser recebidos com cautela. Podem ser gerados artificialmente, para dar a idéia de inquietação na sociedade.

Clamor público, ademais, não se confunde com reações (às vezes organizadas) de proprietários de áreas que possam vir a ser desapropriadas pela reforma agrária.

[...].

Vejo a necessidade de reforma no referido despacho. Não vislumbro, substancialmente – não obstante o aspecto formal do respeitável despacho de prisão preventiva –, no caso concreto, demonstração de existência de crime de quadrilha ou bando, ou seja, infração penal em que se reúnem três ou mais pessoas com a finalidade de cometer crimes. Pode haver, do ponto de vista formal, diante do direito posto, insubordinação materialmente, entretanto, a ideologia da conduta não se dirige a perturbar, por perturbar a propriedade. Há sentido, finalidade diferente. Revela sentido amplo, socialmente de maior grandeza, qual seja a implantação da reforma agrária. Infelizmente, presos aos limites processuais – volto a dizer – sinto-me jungido, exclusivamente, a apreciar a negativa de liminar. (BRASIL, 1996).

Ainda que subsista a tipificação, a análise que ora se faz, quanto à intervenção policial em conflitos possessórios, no âmbito penal do esbulho, há que ser efetuada, inegavelmente, na esfera da verificação da menor potencialidade do delito (Leis 9.099/95 e 10.259/01) e a inviabilidade da prisão em flagrante. Tratamos a presente temática (do esbulho) sob o aspecto da retirada dos supostos esbulhadores da área invadida, o que não poderia ocorrer após a consumação efetiva. Consumado o delito, à autoridade policial caberá lavrar o Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO, com as conseqüentes medidas de praxe. Sob este prisma, imperativa se perfaz a classificação do citado delito no tocante a seu momento consumativo, ou seja, se se trata de crime instantâneo ou permanente. Segundo a doutrina,

[...] crimes instantâneos são os que se completam num só momento. A consumação se dá num determinado instante, sem continuidade temporal. Crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo. O momento consumativo se protraí no tempo. (JESUS, 1988, p.170-171).

Delmanto (1988) classifica o crime de esbulho possessório como “[...] instantâneo e, às vezes, permanente”. Fragoso (1986, p.329) afirma que “[...] o crime de esbulho possessório é formal e se consuma com a simples invasão, ainda que o esbulho não se verifique”. Da análise do tipo, entretanto, chega-se à nítida conclusão de que se trata de crime instantâneo, o que para nossa análise é fundamental, na medida em que a atuação policial só

poderá ocorrer no momento em que se perpetra a ação lesiva do agente, ao contrário do que ocorreria se fosse havido como crime permanente, na medida em que, nesta classe de delito, a intervenção policial poderia ocorrer em qualquer momento, visto que a sua consumação se protrairia no tempo, como no caso de seqüestro ou cárcere privado.

Previsto no título que trata dos crimes contra o patrimônio, o esbulho possessório é crime instantâneo, tal qual o furto e o roubo, cujas objetividades jurídicas guardam enormes similitudes. Perpetrada a conduta esbulhadora, o delito se perfaz por inteiro, atingindo de maneira absoluta o bem juridicamente tutelado, havendo-se por consumado. O fato de o agente permanecer na posse do bem esbulhado não conduz à conclusão de ser o delito permanente. Quando muito, poder-se-ia ser considerado como crime instantâneo de efeitos permanentes, os quais, na lição de Jesus (1988), são crimes instantâneos que se caracterizam pela índole duradoura de suas consequências, tal qual é o furto e a bigamia.

Desta forma, por ser delito instantâneo, a atuação policial, recolocando a coisa no *status quo ante* (com a retirada dos *invasores* da área), só poderá efetivar-se no momento da perpetração da conduta, sendo permitido ao aparelho policial, após a concretização delitosa, somente proceder à elaboração do boletim de ocorrência, para a posterior lavratura do TCO. Abordando a temática, ainda que sob o ângulo civil, pronunciou-se o Des. Fernandes (PERNAMBUCO, 2001): “O desforço deverá ser incontinenti, ou seja, imediato. Encontrando-se, todavia, caracterizado o esbulho ou a turbacão, cabe ao possuidor buscar a proteção possessória através da reintegração ou manutenção de posse, não sendo mais cabível a autodefesa da posse”.

Vê-se, portanto, pelas análises das questões, tanto na esfera civil como na penal, que a intervenção policial, como forma de recompor a situação anterior, retirando-se os supostos invasores, demonstra-se totalmente incabível, sendo adequada a lavratura do boletim de ocorrência e posterior TCO. Fora desse contexto, ilegais e abusivas manifestam-se as intervenções policiais, devendo ser apuradas as responsabilidades de tais condutas contrárias ao direito, as quais, certamente, irão desaguar, no mínimo, no estatuído pela Lei nº 4.898/65. É com uma atuação firme e tecnicamente lastreada que o Ministério Público, mais uma vez, será o instrumento de reversão deste quadro perverso e o agente democratizante do aparelho estatal, completamente arcaico e comprometido com as elites detentoras da riqueza nacional.

Esta atuação, no sentido de se coibir as arbitrariedades e violências policiais, por sua vez, deve ser correspondida pelo Poder Judiciário, o qual urge em ser democratizado, a fim de que se aproxime da nossa realidade e cumpra a sua relevantíssima função de transformação social.

Bibliografia

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 5574/SP. Relator: Min. Willian Patterson. Brasília, 8 de abril de 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 4399/SP. Relator: Min. Willian Patterson. Brasília, 12 de março de 1996.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v.1.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, v.1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 108267. Relator: Des. José Fernandes. Recife, 19 de outubro de 2001.

A PROPRIEDADE APARENTE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

NELSON ROSENVALD

Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. A Fragmentação do Direito de Propriedade. 2. A Propriedade Aparente. 3. Quatro Aplicações da Aparência no Direito de Propriedade. 4. Bibliografia.

1. A Fragmentação do Direito de Propriedade

O pós-modernismo representa uma ruptura radical com o modernismo. O mais espantoso é a sua total aceitação do efêmero, do fragmentário, do descontínuo e do caótico. Foucault (apud HARVEY, 2003, p. 49) nos ensina a desenvolver a ação e os pensamentos através da proliferação e da disjunção e a preferir o que é múltiplo: a diferença à uniformidade; os fluxos às unidades. A atomização da rede social em diversos códigos incide no direito civil e, especificamente, no direito de propriedade. A dispersão das formas de titularidade não pode mais ser narrada pela linguagem monopolista do codificador. De fato, o conceito constitucional de propriedade (art. 5, XXII) é bem mais elástico do que aquele timidamente apresentado pelo Código Civil. Se a relativização da noção de propriedade é uma das facetas do atual enfoque deste direito subjetivo, a outra necessariamente se encontra no reconhecimento da multiplicidade de propriedades, rompendo-se definitivamente com o modelo unitário que nos foi legado do Código Napoleônico.

O vocábulo propriedade hoje designa figuras tão diversas, cada qual com o seu complexo normativo e perfil jurídico peculiar, que já não pode mais ser utilizado com a acepção conferida pelos códigos da modernidade. A destinação econômica e social dos bens, as suas características físicas e a própria condição de seus titulares, são fatores que propiciam a evolução da propriedade em várias direções. A propriedade do Código Civil está localizada no Livro do Direito das Coisas. O termo *coisa* aplica-se a qualquer objeto material que apresenta valor econômico. Assim, o Código Civil vislumbra a propriedade restrita a bens corpóreos e tangíveis, sendo a materialidade um traço indispensável. Daí o costume de associarmos imediatamente a propriedade a bens móveis e imóveis e sempre refletirmos o princípio da função social com exemplos ligados à regular utilização de prédios urbanos e rurais.

Nada obstante, o quadro é severamente alterado quando a Constituição Federal garante o direito de propriedade com função social. Aqui a propriedade se identifica com a noção de *bem*, não de coisa. Bem é o gênero, coisa é uma de suas espécies. Bem é qualquer objeto que compõe um patrimônio, seja ele corpóreo ou incorpóreo. A propriedade constitucional é sinônimo de qualquer crédito que se encontre em um patrimônio, seja ele materializado ou uma simples abstração que detenha valor econômico.¹ Nas palavras de Larenz

¹ Neste ponto, o grande Radbruch (1934, p. 257) já enfatizava que “[...] a propriedade degenera, ao transformar-se no conceito de patrimônio ou de riqueza. É evidente que as coisas, o dinheiro e os créditos, passaram a

(1997, p. 317), na Lei Fundamental a propriedade é “[...] toda posição jurídica de valor patrimonial que serve de base ao modo pessoal de vida ou à atuação econômica”.

Esta passagem da propriedade civilista liberal para a propriedade constitucional do Estado democrático de direito é reflexo da própria reestruturação da formatação capitalista. No século XIX, até meados do século XX, os meios de apropriação patrimonial e poder econômico concentravam-se na grande propriedade e, no Brasil, especialmente o latifúndio. Hoje a propriedade deslocou-se da posse para o crédito, pois a riqueza concentra-se na propriedade intelectual e científica, nas patentes, biotecnologia, *software* e direitos autorais. As maiores fortunas da atualidade são encontradas entre titulares de domínios da *web*. Enormes quantias cruzam fronteiras de nações em um simples toque ao computador. Como bem situa Guimarães (2003, p. 245), “[...] hodiernamente, a preocupação é com ações em bolsa de valores, inclusive de empresas virtuais que sequer têm bens imóveis, funcionando às vezes em pequenas salas alugadas ou em quartos de adolescentes”.

Chalhub (2000, p. 24) refere-se à sociedade industrial, como aquela que substitui o regime de posse pelo regime de valores, transformando coisas em mercadorias, para que sejam convertidas em dinheiro (não como coisa, mas como instrumento para obter outras coisas), em que “[...] passa a prevalecer o interesse em realizar as coisas, donde o valor da propriedade está associado à liquidez que o mercado lhe atribui”. A elite global contemporânea domina sem estar presente fisicamente. As utilidades que atraem são as que propiciam leveza e portabilidade, não há mais interesse na confiabilidade e solidez nos bens de raiz. Fixar-se ao solo não é importante, se ele pode ser alcançado e abandonado quando surgem oportunidades financeiras em outros lugares e atividades. A lógica da durabilidade é substituída pela circulação de ativos e substituição de bens. Paradoxalmente, as classes dominantes preferem a transitoriedade e fluidez, enquanto as camadas menos favorecidas ainda lutam ardentemente pela conquista de suas pequenas posses físicas.²

É triste constatar que o capital jamais foi atingido pela função social, mantendo-se idêntico ao do século XIX. O burguês insaciável, proprietário absoluto de terras, converteu-se no titular do capital financeiro, impermeável a qualquer tipo de controle ou limite. Se este vier, quiçá, novas formas de apropriação serão criadas pela ilimitada engenhosidade humana, de modo a manter a elite imune à solidariedade e à alteridade. O capital não se compromete, ele é escorregadio. Há um gravame em comparação aos tempos passados. Naquela época, podíamos identificar a titularidade, hoje prevalece o anonimato. Vivenciamos uma evidente *obrigacionalização* da propriedade, que vem assumindo o perfil de crédito e patrimônio. Esmaecidas se tornam as fronteiras entre os direitos reais e as

constituir na atual organização econômica uma nova unidade conceitual que está longe de coincidir, hoje, com o antigo conceito de propriedade, apenas cruzando-se com ela”.

² Bauman (1998, p. 18) é incisivo ao expor que “[...] em contraste com os ausentes proprietários fundiários do início dos tempos modernos, os capitalistas e corretores imobiliários da era moderna, graças à mobilidade de seus recursos agora líquidos, não enfrentam limites reais o bastante – sólidos, firmes, resistentes – que obriguem ao respeito, os únicos limites que se poderiam fazer respeitar seriam aqueles impostos administrativamente sobre o livre movimento do capital e do dinheiro. Tais limites são, no entanto, poucos e distantes uns dos outros”.

obrigações. Essa aproximação é muito nítida no mercado financeiro, em que a celeridade demanda extrema simplificação na circulação de riquezas. Nos fundos de investimento imobiliários, chegamos ao estágio de adquirir imóveis sem nos submetemos aos modos tradicionais de aquisição da propriedade imobiliária. Imagine o sacrifício de se registrar no ofício imobiliário cada aquisição de títulos ou operação em bolsa de valores!

Por isso, concordamos com Loureiro (2003, p. 101), quando entende que a melhor forma de conciliação da garantia do direito de propriedade do art. 5º, inc. XXII, com aquela que se inscreve no capítulo da ordem econômica (art. 170, CF), seria reservar a primeira para as situações em que a titularidade se prende a uma função de garantia fundamental da pessoa humana, na tutela de seus direitos da personalidade, que se denomina propriedade pessoal. As demais categorias de propriedades, não-essenciais ao preenchimento de necessidades ligadas a direitos fundamentais, colocam-se sob a disciplina da ordem econômica.

Ora, se no estágio fluido da pós-modernidade, a propriedade é ampliada em diversas propriedades, a função social também se avoluma, ultrapassando o estágio primário do direito das coisas, incidindo atualmente em toda e qualquer relação jurídica patrimonial. Como sustenta Perlingieri (1999, p. 220), “[...] o mínimo denominador comum entre as diversas figuras de propriedade privada é tão tênue que ao intérprete interessará evidenciar mais as diferenças que as afinidades”. Para cada tipo de bem há um regime específico de atuação da função social da propriedade, pois vários são os modos de circulação de riqueza. Certamente, o princípio constitucional será mais intenso nos bens de produção do que nos de mera fruição ou consumo. Da mesma maneira, a balança deverá pender de modo mais acentuado para a tutela dos não proprietários nas questões que envolvam meio ambiente, saúde e controle sobre investimentos industriais.

Em qualquer caso, a função social é um conceito relativo e maleável que será interpretado pelo magistrado com base na concretude do caso, com arrimo em precedentes, sempre se preservando o chamado conteúdo essencial mínimo da propriedade. Isto é, exceto nas hipóteses radicais de desapropriação, jamais se confundirá a função social da propriedade com socialização da propriedade, pois será respeitado um círculo mínimo de exclusividade dos poderes dominiais ao proprietário, imune à ação de terceiros, dentro do qual poderá preservar a intimidade e os direitos da personalidade da entidade familiar.

Socorremo-nos de Rodotà (1986, p. 51-55), ao insinuar que a existência de uma pluralidade de propriedades específicas pressupõe um direito comum de propriedade, como categoria genérica. Este núcleo de características comuns que liga as diversas formas de propriedade seria uma espécie de *núcleo duro*, do direito de propriedade, consistente na apropriação de bens primários capazes de assegurar a cada ser humano um mínimo essencial, preservando-se em última instância o princípio da dignidade da pessoa humana. A multiplicidade de propriedades não pode apenas ser encarada pelo ângulo objetivo, com base em características do bem apropriado (móvel, imóvel, urbano, produção), mas principalmente pelo viés subjetivo de quem exerce a titularidade. Essa é a melhor forma

de repersonalização do direito de propriedade.

O direito de família contemporâneo é pródigo no desfile de hipóteses em que a entidade familiar se abre a novos protagonistas. O casamento perdeu o papel universalista, pois convive com outros atores, como a união estável, famílias monoparentais e relações homoafetivas. A mesma abertura sistemática se dá no mundo dos direitos reais solidários. Urge desviar o foco do proprietário burguês e criar um novo olhar, dirigido ao outro, à alteridade. Para além do latifundiário e do empresário, temos a titularidade do pequeno proprietário e de qualquer ser humano que exerça direito de moradia, ou mesmo em favor daquele que aspira um dia alcançá-lo, compondo o patrimônio mínimo, núcleo inafastável e irredutível da dignidade humana. Devemos reconstruir o direito à propriedade, provocando a sua reconciliação com a lógica dos direitos da personalidade, como tanto sonhou o inocente revolucionário francês.³

2. A Propriedade Aparente

O enfoque na tutela da propriedade aparente é justamente uma das formas de demonstração da repersonalização do direito de propriedade sob o ângulo de sua titularidade. Há uma tendência de dispersão de titularidades no sistema jurídico. O proprietário resolúvel, o proprietário fiduciário, o proprietário superficiário, enfim, convivemos com vários proprietários que não seriam bem recepcionados pelo ordenamento jurídico revogado. Nesta senda, o direito deve dirigir os seus holofotes para a proteção daqueles que adquirem patrimônio com base em uma titularidade e legitimação para dispor aparentes, mesmo que isso represente o sacrifício econômico do verdadeiro titular.

Vasto e instigante é o território da aparência no direito civil. Como fato social, muitas vezes o direito protegerá aquelas situações que se apresentam ao senso comum como uma realidade jurídica. Farias (2004, p. 2) arremata: “[...] há, pois, íntima interação entre o fenômeno jurídico e o fenômeno social, estando de tal modo atrelados, que é impossível assimilar um sem o outro”. De forma pioneira, Gomes (2004, p. 275) aconselha a validação dos atos praticados por pessoas que verdadeiramente não possuem o direito de realizá-los, mas “[...] apresentam-se, aos olhos de todos, como se fossem os autênticos titulares desse direito”.

A importância da aparência é vital no estudo da posse e no entendimento da usucapião como modo aquisitivo de propriedade. Aliás, a aparência extravasa o universo do direito de propriedade, ingressando na teoria da representação, no processo civil e, significativamente, nos domínios dos direitos da personalidade, ao determinar que a filiação socioafetiva possa muitas vezes prevalecer sobre o vínculo biológico. Landim Filho (2001, p. 423) salienta que a propriedade aparente é instituto jurídico que compõe o quadro pluralista da propriedade moderna como categoria jurídica autônoma, cujo elemento contingente, que lhe é peculiar, é justamente a aparência de propriedade. Para o grande estudioso da Universidade Federal do Piauí:

³ No Brasil, Fachin (2001) realizou primoroso trabalho.

[...] assim o exige o princípio da confiança, que, derivado diretamente da regra geral do Estado de Direito, bifurca-se, na sua vocação protetiva, em duas vertentes, uma delas voltada para a proteção do tráfico jurídico, e a outra, ainda dentro do comércio honesto, para a tutela do terceiro adquirente de boa-fé. Esta última direção, desdobra-se no princípio da aparência jurídica, e, na primeira delas, no princípio da proteção do comércio, que se constituem nas duas razões invocadas para justificar, numa aquisição *a non domino*, a perda da propriedade pelo verdadeiro dono do imóvel, em favor do terceiro adquirente de boa-fé.

O princípio básico dos direitos reais é a proteção da aparência. Em verdade, a propriedade é somente uma aparência convertida em realidade, em virtude do anseio social por segurança jurídica. Daí a propriedade estar indissolúvelmente ligada à sua prova, consubstanciada em investigação da titularidade formal.

Todavia, uma situação de fato que manifesta como verdadeira uma situação jurídica inexistente pode gerar efeitos jurídicos em favor de quem confiou no estado de aparência. Essa situação é fruto da conduta de alguém que, mediante erro escusável e incidindo em boa-fé, tomou o fenômeno real como reflexo de uma situação jurídica. Para não haver prejuízo a quem praticou um negócio jurídico de boa-fé, a aparência prevalecerá sobre a realidade. A teoria da aparência aplica-se ao direito de propriedade. Razões sociais e econômicas justificam o reconhecimento da eficácia de atos praticados por pessoa que se apresente como proprietária de um bem sem que o seja de verdade, por aparentar a titularidade do direito subjetivo. Tem em vista a proteção de interesses de terceiros que travaram relações jurídicas com o proprietário aparente. Em algumas situações, no conflito entre o titular aparente e o titular real, sacrifica-se o segundo.⁴

Na propriedade aparente a titularidade é aparente, visto ser proveniente de uma aquisição *a non domino*. Na vasta categoria de aquisições *a non domino* temos modelos jurídicos que exprimem a impossibilidade jurídica da aquisição do direito, quando ele deriva de quem não é o seu titular. Daí a regra do art. 1.268, § 2, do Código Civil, “[...] não transfere a propriedade a tradição quando tiver por título um negócio jurídico nulo”. Aplica-se aqui, com toda a intensidade, o princípio *nemo plus iuris*, significando que ninguém pode transferir mais direitos do que possa dispor. Em sentido técnico, a aquisição *a non domino* é aquela feita pelo terceiro adquirente de boa-fé ao titular aparente da propriedade. O adquirente se investe na titularidade do direito real, concedendo-se publicidade e oponibilidade *erga omnes* com o ato do registro. Enquanto não for desconstituída, a situação de aparência produz eficácia como modo aquisitivo, pois a propriedade é imediatamente transferida.

Diferencia-se, portanto, a aquisição *a non domino*, da venda *a non domino*. Aqui há um negócio jurídico inexistente em face do verdadeiro proprietário, que não deu o seu con-

⁴ A respeito da material, recomendamos a excelente monografia de Francisco Paes Landim Filho, intitulada *A Propriedade Imóvel na Teoria da Aparência*, que supre uma lacuna na literatura brasileira sobre a questão das aquisições *a non domino*.

sentimento, haja vista que o alienante não era o verdadeiro titular do direito subjetivo. Excetuando-se a possibilidade da usucapião, os sucessivos adquirentes de boa-fé não serão tutelados pelo direito em razão do vício originário, consistente na inexistência da declaração de vontade do real proprietário. Inclusive o adquirente poderá demandar o falso proprietário pela evicção, nos termos do art. 447 do Código Civil. Já na aquisição *a non domino*, encontramos a propriedade aparente em sua essência. Terceiros adquirentes de boa-fé confiam em uma situação aparente de propriedade e com base nesta confiança se investem em uma titularidade que, dentro do comércio jurídico, qualquer um julgaria real e, portanto, tutelada pelo ordenamento jurídico.

3. Quatro Aplicações da Aparência no Direito de Propriedade

Podemos verificar quatro interessantes situações de concretização da aparência no direito de propriedade. Em comum a elas, o fato de alguém ter adquirido o direito de propriedade imobiliária pela via do registro (art. 1.245, do CC) e, não ser submetido a sua perda, mesmo sendo cediço que no direito brasileiro a presunção de propriedade é meramente relativa. Vale dizer, apesar de determinada pessoa comprovar a sua titularidade real sobre a coisa, não poderá reivindicá-la contra o terceiro de boa-fé que se amparou em erro invencível para realizar uma aquisição a título oneroso.⁵

Enfim, torna-se inócuo o preceito exposto no parágrafo único do art. 1.245 do Código Civil, já que a aparência suprime o poder de seqüela do proprietário originário. Apenas sobrarão ao verdadeiro proprietário a pretensão indenizatória em face do proprietário aparente que alienou a coisa ao terceiro adquirente.

Começamos pelo adquirente de bem alienado onerosamente pelo *herdeiro aparente* (art. 1.817 do CC). O aludido dispositivo acautela terceiros de boa-fé que adquirem bens de herdeiro aparente, prevalecendo os atos dispositivos por ele praticados em favor do adquirente de boa-fé, mesmo que em detrimento do verdadeiro herdeiro. Na ampla categoria de herdeiro aparente, tanto podemos incluir aquele que posteriormente é excluído por indignidade; privado da herança em razão da invalidação do testamento; afastado da sucessão em razão do aparecimento de herdeiro mais próximo ao falecido.

Ou seja, em razão de direito sucessório alguém se investe na qualidade de herdeiro aparente, recolhendo a titularidade dos bens em propriedade e posse. Explica-se a expressão *herdeiro aparente*, pelo fato de, posteriormente ao ato da alienação, o sucessor alienante ser excluído da sucessão pelo aparecimento de herdeiro mais próximo na ordem de vocação, ou a sentença declarar o herdeiro alienante indigno ou mesmo anular o testamento que lhe concedia a suposta condição de herdeiro. Em qualquer dos casos, fundamental é a impossibilidade de o adquirente ter conhecimento da existência do real herdeiro, a quem deveria ter sido destinado o patrimônio do *de cujus*.

⁵ Por isso que no sistema alemão da presunção absoluta de propriedade não há espaço ou interesse para a introdução da teoria da aparência.

Vê-se que a lei abriu uma exceção à regra *nemo plus iuris* com o propósito de evitar prejuízo injusto ao adquirente de boa-fé. Rodrigues (2003, p. 75) ressalva a aquisição a título gratuito, caso em que a devolução da coisa pelo adquirente só o privará de um ganho, sem lhe impor qualquer prejuízo. Mas, na teoria da aparência, tendo o legislador de optar entre os interesses de quem procura evitar um prejuízo e os interesses de quem busca obter um lucro, prefere preservar os do primeiro, solução que parece a mais justa. Em caráter inovador, demonstrando a relevância da aparência em nossa ordem jurídica, o Código Civil de 2002 dispõe no parágrafo único do art. 1.827 que “[...] são eficazes as alienações feitas a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé”. Quer dizer, só caberá ação de petição de herança, com a conseqüente restituição de bens, contra o terceiro que não esteja protegido pela boa-fé e estado de aparência.⁶

Exemplificando, *A*, na condição de sobrinho de *B*, recolhe a sua herança, pelo fato de não existir parente mais próximo ao *de cujus*. *A* aliena um dos imóveis herdados a *C* e, tempos depois, *D* ajuíza ação de investigação de paternidade com pedido sucessivo de petição de herança. Confirmada a aquisição do direito da personalidade e, conseqüentemente, o acesso ao acervo patrimonial de *B*, o seu filho *D* não poderá alcançar o imóvel alienado a *C*, em homenagem à consolidação da propriedade aparente aquele que confiou na veracidade da condição de herdeiro do sobrinho *A*.

Para haver propriedade aparente, é preciso que o suposto proprietário esteja convencido de que o bem realmente lhe pertença (*boa-fé*) e que o seu comportamento seja de tal ordem, que qualquer pessoa se enganaria na mesma situação; vale dizer, seja o *erro comum* e *invenível*. Nas hipóteses de aquisição *a non domino*, teremos exceções a regra do *nemo plus iuris*, pois os adquirentes de boa-fé não serão sancionados pela perda da propriedade, homenageando-se a teoria da aparência. Ou seja, na colisão de princípios, o direito de propriedade do verdadeiro titular será sacrificado para que seja tutelada a situação jurídica da aparência do terceiro de boa-fé. Além do episódio do adquirente de bens provenientes do herdeiro aparente (art. 1.817, CC), podemos citar outras três hipóteses marcantes em que a aparência será fonte criadora de direitos, por ser tutelada pelo ordenamento jurídico. As três situações encontram-se limitadas aos casos expressos em lei.

No pagamento indevido (art. 879, CC), determinada pessoa recebe prestação a que não tem direito. Aquele que efetuou o pagamento é o *solvens*. Em contrapartida, quem recebeu o pagamento será o *accipiens*. Caso o pagamento tenha sido a entrega de bem imóvel e o *accipiens* aliene a coisa onerosamente a terceiro de boa-fé, não será o terceiro adquirente posteriormente sancionado com a perda do bem em face do que pagou por erro, pois a aparência do direito adquirido será tutelada pelo sistema. O *solvens* terá de se contentar em obter a devolução da quantia recebida, eventualmente acrescida de perdas e danos, exceto se restar provado que o *accipiens* recebeu o pagamento indevido de má-fé (pará-

⁶ Neste sentido o Código Civil de Portugal, que no n° 2 do art. 2.076, observa, ao se referir à ação de petição de herança que “[...] a ação não procede, porém, contra terceiro que haja adquirido do herdeiro aparente, por título oneroso e de boa-fé, bens determinados ou quaisquer direitos sobre eles”.

grafo único, art. 879, do CC). Vê-se que o *accipiens* alienou coisa que não lhe pertencia. Assim, se fosse obedecida a regra geral da seqüela, o *solvens* poderia reivindicar a coisa do terceiro adquirente. Porém, o legislador quis proteger a estabilidade das relações jurídicas e atendeu ao princípio da aparência, pois o terceiro adquirente em nada colaborou para o erro do *solvens*, não tendo ocorrido, igualmente, má-fé do *accipiens* (VENOSA, 2003, p. 232).

Na fraude contra credores, o art. 161 do Código Civil aduz que a ação pauliana só poderá ser ajuizada pelo credor contra o devedor insolvente e a pessoa com quem ele celebrou o negócio jurídico fraudulento, sem a possibilidade de alcançar o subadquirente de boa-fé. Ou seja, há um litisconsórcio necessário entre o devedor alienante e o terceiro adquirente (art. 47, do CPC), porém a sentença não atingirá a eficácia do negócio jurídico em face do subadquirente que não teve conhecimento da insolvência do primitivo alienante (devedor fraudulento). Pelo fato de o devedor ser proprietário do bem, aquele que em um primeiro estágio o adquire, possibilita o ingresso do credor em seu patrimônio. Mas o terceiro que desconhece a fraude não será atingido pela ação revocatória, preservando-se a sua propriedade aparente em face dos credores do devedor. Eles serão sancionados pela norma, pela sua omissão, no sentido de não diligenciar rapidamente na proteção de seus créditos, permitindo que qualquer um adquirisse o bem sem o conhecimento da sua origem.⁷

Adiante, outro episódio de aplicação da aparência é visível no negócio jurídico simulado. Na simulação, duas pessoas de comum acordo praticam um negócio jurídico cuja aparência não corresponde à verdade. Há uma declaração intencionalmente forjada para iludir terceiros (art. 167, CC). O negócio jurídico aparente muitas vezes nasce para camuflar o negócio jurídico real e desejado pelos contratantes (dissimulação – simulação relativa), ou também o negócio jurídico nada encobre, pois as partes não tencionavam realizar nenhuma contratação (simulação absoluta). Em ambos os casos, se o falso adquirente aliena o imóvel a terceiro de boa-fé, não será este prejudicado por futura e eventual ação de nulidade do negócio jurídico (art. 167, § 2º, do CC).

Exemplificando, sob o manto de uma suposta compra e venda, *A* aliena gratuitamente a sua concubina *B* um imóvel, na constância de seu casamento com *C*. Posteriormente, termina o concubinato e *A* ajuíza ação de nulidade do negócio jurídico pleiteando a restituição do imóvel a seu patrimônio em razão da dissimulação. Porém, ao tempo da ação reivindicatória o imóvel já havia sido vendido por *B* a *D*, que nada sabia a respeito da ilegitimidade de *B* para adquirir a propriedade. Não se mostra justo que aquele que volun-

⁷ Neste sentido, assim se manifestou o Superior tribunal de Justiça: “Ação pauliana. Fraude contra credores. Adquirente imediato de má-fé. Sub-adquirente de boa-fé. Indenização pelo equivalente. Inviabilizado o restabelecimento do *status quo ante*, pela transferência a terceiro de boa-fé, que não pode ser atingido pela sentença de procedência da ação pauliana, entende-se que o pedido compreendia implicitamente a substituição do bem pelo seu equivalente em moeda, a cargo do adquirente imediato, cuja má-fé ficou demonstrada nos autos. Limitada a procedência da ação apenas quanto aos que agiram com má-fé, em se tratando de aquisições a título oneroso, impende tornar efetivo o reconhecimento da malícia do adquirente imediato, atribuindo-lhe o dever de contribuir para o restabelecimento, pelo equivalente, do patrimônio do devedor” (BRASIL, 1994).

tariamente oculta um negócio jurídico possa posteriormente opô-lo a quem não tinha condições de conhecê-lo. Destarte, a finalidade da feliz inovação do Código Civil é dúplice: a) proteger os que são iludidos pela aparência criada pelos simuladores; b) sancionar os beneficiários do ato secreto, de forma a impedir que possam invocar em face de terceiros os direitos que eles dissimularam anteriormente. A boa-fé do terceiro consiste em desconhecer a simulação, pois se dela tivesse ciência, fatalmente seria atingido pela nulidade do negócio jurídico originário. Para ele, o negócio aparente, mesmo nulo, conserva-se eficaz. Nas palavras de Theodoro Júnior (2003, p. 503):

[...] a proteção ao terceiro de boa-fé é, enfim, uma exigência da vida moderna, sempre ávida de certeza e segurança nas relações econômicas. A teoria da confiança, por isso, superou a primitiva teoria da vontade. Esta foi concebida à luz das teorias individualistas, enquanto aquela procura corresponder à tendência social do Estado contemporâneo. Neste, busca-se dar prevalência às necessidades sociais, ainda que à custa do sacrifício de certos interesses singulares.

Em comum a todas as quatro situações acima examinadas, percebe-se que a propriedade aparente só pode ser adquirida a título oneroso e por terceiros de boa-fé (pessoas completamente estranhas ao fato aquisitivo da propriedade), sempre com a participação ou omissão do verdadeiro proprietário no sentido de reforçar a convicção do terceiro de boa-fé acerca da legitimidade de sua conduta, mantendo-o em estado de aparência. Tudo isso propicia a imediata aquisição de propriedade, pelo modo derivado, com base no registro. Fora das quatro situações expressamente previstas no Código Civil, qualquer forma de aquisição *a non domino* (ou de venda *a non domino*) apenas será tutelada de forma mediata, pela usucapião.

Enfim, a aparência jurídica é tutelada pelo princípio da confiança, que no Código Civil é, por excelência, a forma de interpretação dos negócios jurídicos. A diretriz da eticidade revela-se, dentre outras maneiras, pela proteção da boa-fé daquele que extraiu um certo significado de uma declaração, que seria o comum dentro do tráfego jurídico. Para que se possa atender a um ideal de segurança dinâmica nas relações negociais, há a necessidade de se preservar os comportamentos honestos e leais dos que se conduzem com diligência e se investem na titularidade formal de bens.

Comparato ([s.d.], p. 1) nos ensina que “[...] a propriedade privada foi concebida, desde a fundação do constitucionalismo moderno, como um direito humano, cuja função consiste em garantir a subsistência e a liberdade individual contra as intrusões do poder público. Sob esse aspecto, reconheceu-se que ao lado do direito de propriedade havia também um direito à propriedade”. Acreditamos que a tutela da aparência jurídica na propriedade não pode ficar no plano do ilusório, cabendo ao ordenamento aperfeiçoar os meios de prevalência do direito à propriedade, mesmo que isso implique relativização do direito de propriedade.

4. Bibliografia

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 28.521-9/RJ. Relator: Min. Ruy Rosado.

CHALHUB, Melhim Namen. *Propriedade imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder.(s.d.) *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Disponível em: <www.cjf.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualização Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Direito de superfície e o instituto da enfiteuse na transição legislativa civil brasileira. In: _____. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CURY, Afifi Habib. (Org.). *Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 12. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

LANDIM FILHO, Francisco Antônio Paes. *A propriedade imóvel: na teoria da aparência*. São Paulo: Editora CD, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução Cabral de Moncada. Coimbra: Coimbra, 1934.

RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Madri:

Civitas, 1986.

RODRIGUES, Sílvia. *Direito das sucessões*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvia de Salvo. *Teoria geral das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

2. JURISPRUDÊNCIAS

2.1 OBRIGAÇÃO DE AVERBAR RESERVA FLORESTAL

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. AVERBAÇÃO DE RESERVA FLORESTAL. EXIGÊNCIA. CÓDIGO FLORESTAL. INTERPRETAÇÃO. 1. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito que a Constituição assegura a todos (art. 225 da CF), tendo em consideração as gerações presentes e futuras. Nesse sentido, desobrigar os proprietários rurais da averbação da reserva florestal prevista no art. 16 do Código Florestal é o mesmo que esvaziar essa lei de seu conteúdo. 2. Desborda do mencionado regramento constitucional portaria administrativa que dispensa novos adquirentes de propriedades rurais da respectiva averbação de reserva florestal na matrícula do imóvel. 3. Recurso ordinário provido.

DECISÃO: por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18301/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 24 de agosto de 2005).

2.2 MINISTÉRIO PÚBLICO – FUNDAÇÕES PRIVADAS, AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE CURADOR

EMENTA: FUNDAÇÃO. CURADORES. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. O MP tem legitimidade para propor ação de destituição de **curador** de **fundação**, no desempenho do seu dever de velar pelas **fundações**. O art. 26 do Código Civil não foi revogado pelo CPC de 1939 e está em vigor. A destituição, porém, não pode ser em caráter “definitivo”, como pena perpétua do exercício de direito civil. Cerceamento de defesa inexistente. Recurso conhecido em parte, e nessa parte provido.

DECISÃO: Por unanimidade, rejeitar a questão de ordem suscitada pelo Ministério Público Federal. No mérito, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 162114/SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 6 de agosto de 1998).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

DIÁLOGO DAS FONTES

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Bacharel em Direito

1. Súmula 194

STJ 194. Prescreve em vinte anos a ação para obter do construtor indenização por defeitos da obra.

2. Razões

A escolha da presente súmula deu-se em razão de tratar o tema de uma importante vertente doutrinária denominada *diálogo das fontes*, entre nós brilhantemente difundida a partir dos estudos da Professora Doutora Cláudia Lima Marques, uma das mais destacadas juristas da atualidade no País.

Em um Direito cada vez mais marcado pela pluralidade de fontes legislativas – muitas delas inexoravelmente convergentes – visamos, ao final e em breve linhas, demonstrar o quanto é importante que o jurista do *pluralismo pós-moderno* saiba proceder a uma interpretação coordenada, como exigência para um sistema jurídico justo e eficiente.

3. Aspectos Variados da Fundamentação

3.1 Aspectos Introdutórios Gerais e Apresentação da Problemática Sugerida

A Súmula nº 194 do Superior Tribunal de Justiça foi editada sob a égide do revogado Código Civil – CC de 1916, com apoio no seu art. 177.

Como destacado acima, esse enunciado prevê o prazo prescricional de vinte anos para obter do construtor indenização por defeitos da obra. Importa dizer que, com o advento da nova codificação civilista, a Súmula continua a ser aplicada, embora o prazo a que faz menção tenha sido reduzido para dez anos (CC/2002, art. 205).

Desde já convém ressaltar que esse prazo não se confunde com o prazo previsto no art. 618 CC/2002 (CC/1916, art. 1245):

Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de 5 (cinco) anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do

solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser ação contra o empreiteiro, nos 180 (cento e oitenta) dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

Acerca desse dispositivo, Nery Junior e Nery (2005, p. 456) trazem o entendimento exarado na Jornada III STJ 181: “O prazo referido no CC 618 par. ún., refere-se unicamente à garantia prevista no caput, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos”. Em seguida, colacionam a ementa do Recurso Especial nº 215832, julgado em 6 de março de 2003, nos seguintes termos:

Prazo de garantia. I – Na linha de jurisprudência sumulada (STJ 194), fundada no CC/1916, ‘prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra’. II – O prazo de cinco (5) anos do CC/1916 1245 (CC/618), relativo à responsabilidade do construtor pela solidez e segurança da obra efetuada, é de garantia e não de prescrição ou decadência. Apresentados aqueles defeitos no referido período, o construtor poderá ser acionado no prazo prescricional de vinte (20) anos.

Denari (2004, p. 224) aduz a esse respeito:

Nos melhores do Direito, o prazo de cinco anos previsto no art. 618 do Código Civil é cláusula de garantia, vale dizer, de adequação do produto, com vista à solidez e segurança, e isto significa que, escoado o referido prazo – contado da concessão do “habite-se” – a construtora não mais responde pela solidez e segurança da obra. Implica dizer que, surgindo defeito estrutural *na constância da cláusula de garantia*, o dono da obra dispõe do prazo de 180 dias para propor a ação indenizatória, sob pena de decadência. (grifo do autor).

Entretanto, não é essa a problemática que se pretende analisar. Deveras, é o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor – CDC que merece nossa atenção pelo fato de dispor de prazo prescricional diferente do previsto na referida súmula, embora para o exercício da mesma pretensão reparatória de danos. Vejamos: “Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

Como se vê, enquanto a súmula disciplina o prazo de vinte anos, o CDC é mais restritivo, determinando a prescrição no lapso temporal de cinco anos. Desse modo, é inegável o campo material compartilhado e divergente entre essas duas disposições. Eis, então, a problemática proposta.

Assim, essa premissa deve ser estudada à luz do chamado *diálogo das fontes*, fenômeno do pós-modernismo jurídico que é experimentado em nossa sociedade, fenômeno típico dos ordenamentos jurídicos atuais disciplinadores de conflitos massificados e de inces-

sante produção legislativa.

Para adicionar apenas mais um ingrediente nessa aparente celeuma, menciona-se, por fim, a referência legal contida no art. 206, § 3º, V, do CC/2002, que indica a pretensão de reparação civil prescreve em três anos. Mas essa disposição legal é de plano afastada em sede desses comentários, pois, como elucidam Nery Junior e Nery (2005, p. 292) por se tratar de norma geral, e, portanto, subsidiária, somente é aplicável outro prazo de prescrição para o exercício da pretensão reparatória, o que, indubitavelmente, e, de certo modo, *duplamente*, ocorre no presente caso.

3.2 O Pluralismo Normativo como Fenômeno Jurídico e a Superação dos Antigos Métodos de Compatibilização do Sistema. O *Diálogo Das Fontes* como Resposta Adequada para a Harmonização e Efetividade do Ordenamento Jurídico

A multiplicação de legislações esparsas em um mesmo sistema jurídico é fenômeno que não deve ser desprezado ou mesmo encarado por meio de regras rígidas e incapazes de solucionar os problemas surgidos. Filomeno (2004, p. 70) expressa bem essa intensa atividade de legislar. Segundo o autor, antes da edição do CDC, havia um verdadeiro “[...] cipoal de normas esparsas e sem qualquer sistematização”. Essas normas, desprovidas de qualquer disciplina metodológica, cuidavam direta ou indiretamente dessa, ou daquela faceta de proteção ao consumidor. Tanto isso por certo que Luiz Amaral (1983), compilou quase *quatrocentos diplomas legais* a respeito e em nada menos que *quatro volumes*.

Efetivamente, cada vez mais são elaboradas leis cujo campo de aplicação material é convergente quanto à matéria, mas divergente quanto à disciplina a ser seguida. Assim, esse é o grande desafio do intérprete do novo século: procurar a harmonia e a coordenação do ordenamento jurídico concebido como um sistema, embora coeso, mas plural e dinâmico, pois plural e dinâmicas são as relações que ele visa disciplinar.

Segundo Marques (2003, p. 72), os antigos critérios usados para resolver conflitos de leis no tempo – anterioridade, especialidade e hierarquia (esta última devendo ser priorizada) conduzem a uma solução afastada das necessidades sociais, em que a coordenação deve ser preferida à exclusão, pois a solução alcançada na era do pós-modernismo jurídico deve ser mais fluida e flexível, sendo o abandono dos paradigmas substituído pela convivência dos paradigmas.

Surge, então, o *diálogo das fontes*, uma coordenação flexível e útil das normas em conflito a fim de restabelecer o sistema com a sua antiga e desejada coerência. Uma determinada situação, tendo em vista as suas peculiaridades, pode exigir uma solução mais complexa e elaborada do sistema jurídico como, por exemplo, no campo dos direitos difusos e coletivos, notadamente marcados pela alta conflituosidade decorrente das escolhas políticas que singularizam os referidos interesses, como bem lembra Lenza (2005, p. 91).

Logo, no lugar de se anular a aplicabilidade de uma das normas no sistema – o que conduz

a uma monossolução, em que só uma norma é capaz de atingir a solução justa – torna-se necessária a aplicação coordenada das fontes através da aplicação plural entre elas.

Assim, Marques (2003, p. 75) explica que o *diálogo das fontes*, expressão tão bem cunhada pelo jurista alemão Erik Jaime, é diálogo que permite a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas. E arremata a jurista gaúcha:

‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’, porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitido a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matérias de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

E é justamente esse o propósito almejado pela súmula ora comentada: favorecer o consumidor com a norma de campo de aplicação material mais benéfico, através de um autêntico *diálogo das fontes*, nesse caso, entre o CC/2002 (como assim já o era no CC/1916) e o CDC.

3.3 Do *Diálogo* entre o CDC e o CC/2002 Promovido pela Súmula Nº 194 do Superior Tribunal de Justiça

Com apoio nas lições de seu dileto mestre Erik Jaime, Marques (2003, p. 75) explica que vários são os *diálogos* possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor, como lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional (ADCT, 48), concebida como direito fundamental (CF/88, 5ª, XXXII) e o novo Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, como lei posterior, geral e hierarquicamente inferior, mas trazendo algumas normas de ordem pública de imposição imperativa.

O próprio CDC abre em seu art. 7º a possibilidade ao *diálogo das fontes*, o que nos permite dizer que mesmo que a matéria seja afeta ao seu campo de aplicação subjetivo – relações de consumo – nada impede que sejam aplicadas disposições de outros diplomas legais mais favoráveis à tutela consumerista. Nery Junior e Nery (2005, p. 960) aduzem a esse respeito:

Diálogo das fontes. O CC aplica-se às relações de consumo, naquilo em que suas normas não conflituarem com as do CDC. É possível, por exemplo, aplicarem-se às relações de consumo as cláusulas gerais, notadamente as contidas no CC 421 (função social do contrato), no CC 422 (boa-fé objetiva), no CC 187 (abuso de direito) etc. *Quanto à prescrição, nada obstante clara a regra clara do CDC 27 sobre a prescrição quinquenal, o STJ têm aplicado o prazo geral do CC (CC 205- dez anos; CC/1916 177 vinte anos) à relação jurídica de consumo, nas situações que especifica.* (grifo nosso).

Marques (2003, p. 81) também sustenta que a aplicação subsidiária de uma lei nem sempre é invocada segundo critérios de tempo e ordem, haja vista que a finalidade ou função das normas no sistema também pode ser decisiva. Para a autora, não haveria qualquer óbice que as normas do CC superassem as normas do próprio CDC se dessa adoção resultasse em uma posição mais favorável ao consumidor. Pela lucidez de suas palavras, transcrevemos sua lição (2003, p. 81):

Observando-se o texto do art. 7º do CDC conclui-se que representa uma cláusula de abertura uma *interface* com o sistema maior: os direitos dos consumidores podem estar em outras leis que e não só no CDC. *Funcionalmente, ou pela teleologia do próprio CDC e da Constituição Federal há que se utilizar a norma mais favorável aos direitos do consumidor.* Sendo assim, parece-me que o NCC/2002 trará também novos direitos aos consumidores. Também suas cláusulas gerais, de responsabilidade sem culpa pela atividade do risco (art. 927, par. ún.), responsabilidade sem culpa das empresas empresários individuais pelo fato do produto (art. 931), da redução da prestação ou alteração da forma de execução do contrato de mútuo por onerosidade excessiva (art. 480), de redução da cláusula penal (art. 413) *poderão complementar a aplicação do CDC ou mesmo superá-la se forem mais favoráveis aos consumidores (imagino, por exemplo, o caso de prescrição da ação ou de excludente específica do CDC, que não esteja presente no sistema geral do NCC/2002 e uso, pois do NCC/2002 como lei mais favorável.* (grifo nosso).

Como se vê, a Súmula nº 194 do Superior Tribunal de Justiça, com base na orientação da primeira parte do art. 177 do CC/1916, adotou o prazo prescricional de vinte anos para pretensão da ação reparatória de danos causados em claro e legítimo abandono ao art. 27 do CDC que prescreve a prescrição em apenas cinco anos, já que essa última posição é flagrantemente mais desfavorável ao consumidor. Nítido *diálogo das fontes*, portanto. A propósito, não é outra a conclusão de Marques (2003, p. 96-97):

Em matéria prescricional, o CDC é quase sempre usado ao lado de outras leis gerais ou especiais, em diálogo de aplicação simultânea. Também a jurisprudência costuma utilizar, ao lado dos prazos no CDC, prazos prescricionais do sistema geral, se mais favoráveis ao consumidor ou se previstos por norma específica para determinados contratos, como o de seguros, em um diálogo de complementação e subsidiariedade.

A razão disso tudo é que o micro-sistema do Código de Defesa do Consumidor é informado por um espírito protetivo de ordem principiológica que acaba por criar um verdadeiro sistema de auto-proteção contra as suas próprias disposições, sempre que houver disposições outras mais benéficas àquilo que ele mesmo pretende resguardar: o consumidor.

Nos dizeres de Nery Junior e Nery (2005, p. 949), o micro-sistema do CDC é lei de natureza principiológica, não sendo nem lei geral e nem lei específica. Assim, ela estabelece os fundamentos sobre os quais se erige a relação jurídica de consumo, de modo que toda e qualquer relação de consumo deve submeter-se à principiológica fundamental do CDC.

Assim, é em virtude dessa principiologia, calcada na ordem pública e no interesse social (CDC, art. 1º) é que o próprio CDC permite ao aplicador do direito a coordenação de suas fontes com as plúrimas fontes que compõem igualmente o sistema com o objetivo superior e finalidade precípua não outra senão a de se potencializar a efetivação do Estado democrático de direito nas sociedades de massa.

Por essa razão, concordamos com Marques (2003, pp. 98-97) quando afirma que o *diálogo* entre o CC/2002 e o CDC é *diálogo de duas vias*, onde a transposição entre si das conquistas que um e outro diploma alcançaram no sistema só faz fortalecer a finalidade para a qual o micro-sistema foi concebido. É necessária a preservação de ambas as leis, respeitar a hierarquia dos valores constitucionais e sobretudo coordenar e adaptar o sistema para uma convivência coerente. E assim, conclui a jurista (2003, pp. 99):

A convergência de princípios e cláusulas gerais entre o CDC e o NCC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1988 garantem que haverá um diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos nas relações contratuais. O desafio é grande, mas o juristas brasileiro está preparado.

4. Conclusão

Em face do atual *pluralismo pós-moderno*, o Direito é concebido a partir da criação de fontes plúrimas no mesmo ordenamento, muitas delas convergentes entre si quanto ao objeto mas divergentes quanto à disciplina oferecida. A pluralidade de leis é o primeiro grande desafio do aplicador do direito dos tempos modernos, por isso, a doutrina especializada tem dedicado especial atenção ao chamado *diálogo das fontes*, por meio do qual o jurista contemporâneo deve procurar uma perfeita harmonia e coordenação das plúrimas fontes legislativas que informam a unidade do sistema.

Assim, no lugar da simples retirada de uma das leis conflitantes dentro do ordenamento jurídico, o que conduz à monossolução do litígio, a superação dos paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas. O CDC permite a abertura a um verdadeiro *diálogo das fontes* em seu art. 7º, sobretudo para que sejam aplicadas as disposições de outros diplomas legais do sistema às relações consumeiristas, sempre que guardarem compatibilidade com o espírito protetivo e com a ordem principiológica desse micro-sistema.

Por isso é que se afigura correta e legítima a Súmula nº do 194 do Superior Tribunal de Justiça, que, embora disponha de prazo prescricional mais alargado do que foi previsto no próprio CDC, não há óbice que a lei geral e subsidiária dessa matéria, no caso o CC (CC/1916, art. 177; CC/2002, 205), seja preferencialmente aplicado no lugar do CDC, o que confirma, inclusive, a existência de um *diálogo* entre essas duas fontes legislativas.

5. Bibliografia

DENARI, Zelmo et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FILOMENO, José Geraldo de Brito Filomeno. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, jan./mar. 2003.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL CIVIL**1. ARTIGOS****O MINISTÉRIO PÚBLICO NA NOVA LEI DE FALÊNCIA – VISÃO CRÍTICA****JOSÉ RENATO RODRIGUES BUENO**Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Assessor da Corregedoria-Geral do Ministério Público

SUMÁRIO. 1. Aspectos Introdutórios. 2. Da presença do interesse social que justifica a intervenção do Ministério Público no processo falimentar. 3. Da necessidade de intervenção do Ministério Público na fase pré-falimentar. 4. Da irrelevância do veto presidencial ao art. 4º da nova lei falimentar e da necessidade de intervenção do Ministério Público em todas as fases dos procedimentos previstos na Lei nº 11.101/05. 5. Da problemática sobre a necessidade de intervenção do Ministério Público em ações em que seja parte devedor empresário em recuperação judicial ou extrajudicial. 6. Do Ministério Público como órgão agente perante a nova lei falimentar (alguns aspectos). 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. Aspectos introdutórios

Com o advento da Lei nº 11.101/05, em vigor desde 9 de fevereiro de 2005, variadas discussões sobre os novos institutos criados têm sido travadas entre os operadores do direito. Dentre elas, destaca-se, nesta oportunidade, a intervenção do Ministério Público nos procedimentos traçados pela lei falitária, em razão do interesse público abarcado pela matéria. Como premissa maior, há que se indagar, ainda sob a égide da lei revogada, da razão justificadora da intervenção do Ministério Público nos procedimentos falimentares.

É cediço que, por corolário do artigo 82, III, do Código de Processo Civil – CPC, o Ministério Público deverá estar presente nas causas em que o interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, estiver presente. Tal norma, como reconhecida pela doutrina, tem incidência nas hipóteses em que a intervenção do *Parquet* não se encontra prévia e expressamente contemplada pela lei. Contudo, parte da doutrina interna e atual do Ministério Público vem propondo a revisitação do art. 82, III, do CPC, a fim de que o interesse público represente a necessidade da presença do interesse social, cuja defesa incumbe ao Ministério Público por determinação constitucional.

2. Da Presença do Interesse Social que Justifica a Intervenção do Ministério Público no Processo Falimentar.

A tutela ao crédito em circulação, matéria de interesse transnacional, aliada, até mesmo à

proteção da economia popular, por força do disposto no artigo 34 da Lei nº 6.024/76 (Lei de intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras), evidencia o *interesse social* que gravita em torno do processo falimentar e seus procedimentos incidentais.

Mesmo após o decreto da quebra, no decorrer do procedimento falimentar, vislumbram-se outras tutelas não menos relevantes tais como o resguardo ao princípio da *par conditio creditorum* que confere tratamento igualitário ao concurso de credores, obedecidas as respectivas classes de crédito, tendo em vista a universalidade do juízo universal da falência que centraliza o conhecimento dos créditos e sua liquidação, garantindo ao Ministério Público impugnar relações de credores ou mesmo créditos habilitados indevidamente por sua ilegitimidade, importância ou errônea classificação; apuração da prática de crimes falimentares e crimes comuns conexos com aqueles, além de outras tantas faculdades previstas em lei.

A existência de fraudes comerciais, como bem sabemos, com nefastos reflexos sociais, muitas vezes inimagináveis, exige, igualmente, a intervenção do Ministério Público nos procedimentos falimentares. Por isso, de forma simplista, não há que se cogitar da não intervenção do *Parquet* ante a inexistência de bens da massa falida, uma vez que a repercussão econômica da falência jamais poderá abalizar a dispensa da intervenção do Ministério Público nos procedimentos falimentares, porquanto a instituição não se faz presente para resguardar os interesses de quaisquer credores sujeitos aos efeitos da quebra, ainda que de natureza fiscal.

3. Da Necessidade de Intervenção do Ministério Público na Fase Pré-Falimentar

Na fase pré-falimentar, no mesmo diapasão, a intervenção do Ministério Público se faz imperiosa, malgrado sobreviva, ainda, entendimento contrário que, a rigor, afasta-se por completo da tutela protetiva dos interesses sociais. É que, não obstante a novel lei de quebras, tal como ocorria com a lei falimentar revogada, não prever a intervenção do Ministério Público na fase preambular do pedido falitário, a presença do *Parquet*, nessa fase, mostra-se necessária diante da relevância social que envolve a decretação da falência com efeitos sociais multifacetados.

Aliás, o próprio artigo 82, III, do CPC prevê expressamente a intervenção do Ministério Público nas causas em que haja interesse público evidenciado pela natureza da lide, o que equivale, conforme melhor orientação doutrinária atual, à presença, repita-se, de interesse social. É notória, pois, a relevância social que sobressai da causa falimentar. Ora, seria total contra-senso imaginar-se que em ações falitárias não existisse interesse público, vislumbrado num momento crucial de análise de insolvência do devedor empresário. Cremos que o interesse público é cristalino. A matéria debatida entre credor e devedor, pelos efeitos jurídico-sociais advindos do acolhimento do pedido de falência, sobressalta qualquer interesse privado ou disponível em conflito.

A possibilidade das partes transacionarem sobre o pedido ou mesmo extinguirem a ação

sem julgamento de mérito por qualquer outro motivo legal não elimina a presença latente do interesse social que emerge da demanda que reclama, em última análise, um controle de legalidade por parte do Ministério Público. Assim, a aplicação do citado artigo legal se impõe para os casos de intervenção ministerial na fase primeira do procedimento falimentar, uma vez que, depois, com a quebra, a própria lei falitária prevê expressamente a intervenção do Ministério Público em várias hipóteses. Por óbvio, citados interesses permanecem no contexto da Lei nº 11.101/05 não havendo brusca modificação de orientação interventiva.

4. Da Irrelevância do Veto Presidencial ao Art. 4º da Nova Lei Falimentar e da Necessidade de Intervenção do Ministério Público em Todas as Fases do Procedimento do Processo Falimentar

Discute-se, com certa intensidade, o veto presidencial ao artigo 4º da nova lei, dispositivo similar ao artigo 210 do revogado Decreto-lei nº 7.661/45, que previa a intervenção ministerial em todos os processos de falência, recuperação judicial e feitos em que a massa falida fosse autora ou ré. Destaca-se, como razão do veto, a possibilidade de o Promotor de Justiça postular, por ocasião de sua intimação nos autos do procedimento falimentar ou do processamento da recuperação judicial, sua intimação para os demais atos processuais subsequentes caso vislumbre hipótese de interesse público no feito.

A argumentação é frágil e insustentável. Com efeito, vale repisar que a intervenção do Ministério Público nos procedimentos da lei falimentar é obrigatória por força de interpretação de preceitos constitucionais e normas infraconstitucionais como se viu alhures. Cabe ao Ministério Público a tutela do interesse público, abarcando o interesse social que permeia todo processo falimentar ou de recuperação.

Em matéria falimentar, o juízo da necessidade da intervenção ministerial coube ao legislador, que previu expressamente sua intervenção. Conceder ao órgão ministerial, de forma discricionária, a possibilidade de emitir juízo negativo de atuação, ditado por critérios que, a rigor, deverão ser desconsiderados no caso concreto, causará, inafastavelmente, sensível prejuízo aos interesses sociais. Como bem ensina Nery Júnior (2001, p. 502): “É sempre obrigatória, funcionado o MP como fiscal da lei (*custos legis*), em todos os casos do CPC 82”.

Motivos para justificar a recusa da intervenção, tais como a escassez de ativo da massa ou a qualidade de microempresa, com repercussão econômica diminuta, não servem para sustentar a exclusão do *Parquet*, pois, como visto, o interesse social extraído do processo falimentar suplanta critérios meramente econômicos. Ao Ministério Público cabe intervir obrigatoriamente, por interpretação sistemática do complexo de normas que regem a matéria, em todos os procedimentos previstos na Lei nº 11.101/05, ainda que não expressamente prevista sua intimação. Este, pois, o corolário da regra prevista no artigo 83, I e II, do CPC.

Por isso, poderá o Ministério Público, em qualquer procedimento previsto na lei, requerer provas e juntar documentos, além de diligências necessárias ao esclarecimento da verdade. Em decorrência da norma processual, infere-se que não se pode cogitar que a atuação do Ministério Público limite-se a uma posição de mero espectador do procedimento falimentar ou de recuperação, lembrado somente em momentos de intimação das decisões judiciais proferidas. A atuação como agente estatal fiscalizador há de ser resguardada de forma completa, absoluta, com intimações prévias e participação efetiva no desenvolvimento do processo, a exemplo do que ocorre em outros processos judiciais com atuação do *Parquet*.

Na lei anterior, a invocação do Ministério Público dava-se em quantidade superior ao dobro da atual lei que, como é sabido, prevê expressamente a intervenção em dezenove oportunidades. Cabe ao *Parquet* a fiscalização da correta aplicação da lei falimentar sendo, pois, despidianda a rigorosa previsão expressa pela lei da atuação da instituição nos múltiplos procedimentos previstos na nova ordem legal, porquanto a atuação do Ministério Público há de ser compreendida em todo e qualquer procedimento gizado pela lei.

O interesse social a ser resguardado encontra-se patente desde o pedido de decretação da quebra ou de recuperação do devedor empresário até o encerramento da falência ou da recuperação. A drástica redução das hipóteses legais de intervenção expressa do Ministério Público não poderá ser interpretada como uma diminuição da atuação da instituição, pois a presença ministerial no processo de quebra ou recuperação tem raiz no plano constitucional (artigo 127, CF/88) e na interpretação sistemática da lei falencial. O interesse público é imanente a toda causa falimentar. O artigo 82, III, parte final do CPC, na lição de Bedaque (2004, p.134) “[...] é norma de encerramento cujo objetivo é de abranger determinados casos não especificados em lei”.

Exemplo típico, vivenciado na Lei nº 11.101/05, consiste nos atos de arrecadação e leilão dos bens da falida, nos quais o acompanhamento ou mesmo a intimação do Ministério Público não foram expressamente previstos na lei, ao contrário do disposto no § 1º do artigo 70 e artigo 117, respectivamente, ambos do Decreto-Lei nº 7.661/45. Contudo, como sabemos, nota-se que a fiscalização do Ministério Público sobre o ato de arrecadação e de leilão do ativo da massa constitui-se em diligência relevante aos interesses sociais envolvidos no processo falimentar. Se o próprio falido poderá acompanhar a arrecadação dos bens, com maior razão o órgão ministerial, que tem o dever legal de fiscalizar o cumprimento da lei. Destaque-se que, para o acompanhamento do leilão judicial, há expressa previsão da intimação do órgão do Ministério Público (artigo 142, § 7º, da Lei nº 11.101/05).

5. Da Problemática sobre a Necessidade de Intervenção do Ministério Público em Ações Paralelas ao Juízo Falimentar

A intervenção do Ministério Público nos processos falimentares, bem como nos de recuperação judicial e extrajudicial é inequívoca ante as razões já invocadas. Como *custos*

legis, comungamos do entendimento de que a intervenção do *Parquet* torna-se desnecessária nas ações em que o devedor empresário, em regime de recuperação judicial ou extra-judicial, seja autor ou réu, haja vista que o beneficiário legal não perde a administração de seus bens, havendo, pois, plena disponibilidade dos direitos, salvo hipótese de alienação de filiais (artigo 166 da Lei 11.101/05). Contudo, o tema não é pacífico, havendo entendimento contrário, sobretudo na hipótese de ações em que uma das partes seja sociedade comercial ou empresário em regime de recuperação judicial.

Vigora, no seio do Ministério Público do Estado de Rio Grande do Sul, recomendação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral, insere no Aviso nº 12/2005/CGMP/RS, no sentido de intervir o órgão ministerial em ações assemelhadas, em que haja constatação de interesse público ou social identificado no caso concreto. Por outro lado, pensamos que, na hipótese de a massa falida ser autora ou ré, em ações tramitadas perante o juízo universal da quebra ou não, a intervenção ministerial mostra-se indispensável em razão do interesse público *ou social* que envolve a execução coletiva.

6. Do Ministério Público como Órgão Agente perante a Nova Lei Falimentar (Alguns Aspectos)

Como órgão agente, inovou o legislador ao outorgar ao Ministério Público a possibilidade de ajuizamento de ação revocatória (artigo 132), propiciando maior resguardo ao interesse social. No campo penal, sobressai a conveniência de que a atribuição de investigação e ajuizamento da ação penal recaia aos Promotores de Justiça com atuação no processo falimentar, em razão da especialidade da matéria. Vale dizer que a norma disciplinadora do tema, prevista no artigo 504 do Código de Processo Penal – CPP, foi revogada expressamente pelo artigo 200 da Lei nº 11.101/05, cabendo, assim, à Lei Orgânica dos Ministérios Públicos dos Estados disciplinarem a respeito das atribuições afetas à Promotoria de Falências.

De outro lado, restou abolida a instauração de inquérito judicial para a apuração de crimes falimentares e conexos, não tendo a lei, contudo, disciplinado adequadamente os casos de investigação criminal. A nova lei possibilita a requisição de inquérito policial por parte do Ministério Público, após ser cientificado da decretação da falência ou da concessão da recuperação judicial. Releva observar que, nesta fase inaugural do procedimento falimentar ou na de recuperação, será rara a oportunidade de se obterem indícios ou provas caracterizadores de ilícito falimentar. No decorrer do procedimento falimentar, poder-se-ão constatar outros fatos ou circunstâncias, com a análise de novas provas, tais como as periciais, capazes de configurar possíveis condutas delituosas.

Servir-se da polícia judiciária na elucidação de crimes falimentares será, a rigor, desconsiderar as especificidades ou particularidades que cercam tais delitos que vão de encontro com a realidade estrutural da polícia, fato que, inafastavelmente, causará sérios prejuízos à célere apuração dos crimes falimentares. Poderá o órgão ministerial, como alento às iniciativas de apuração de crimes, utilizar-se do procedimento de investigação criminal

disciplinada administrativamente no âmbito de cada Ministério Público, em suas unidades federativas. Em Minas Gerais, há a Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 02/2004.

A colaboração ou apoio de profissionais especializados na área de contabilidade empresarial, prestando auxílio ao Promotor de Justiça na árdua missão investigativa, será essencial para a elucidação das infrações penais. Caberá às administrações superiores do Ministério Público enfrentar o desafio e conferir ao Promotor de Justiça a estrutura técnica necessária para arrostar essa criminalidade, que muitas vezes conta com respaldo jurídico e financeiro de relevo.

7. Conclusão

O processo falimentar, por se tratar de processo de índole coletiva, é processo em que é nítida a presença do interesse social. Assim, com base no art. 82, III, do CPC e, especialmente, com fundamento no art. 127, *caput*, da CF/88, é obrigatória a intervenção do Ministério Público, sob pena de nulidade, em todas as fases procedimentais, pré-falimentar e falimentar, com o que estará melhor acautelada a tutela constitucional dos interesses sociais.

Na fase pré-falimentar vislumbra-se a presença de interesse social, ainda que às partes sejam conferidas hipóteses de terminação do litígio, sem julgamento de mérito, por ato de disposição de direitos disponíveis. O veto presidencial ao artigo 4º da Lei nº 11.101/05 não abala a forma de atuação do Ministério Público nos procedimentos falimentares, incluindo-se os relacionados com a recuperação judicial e extrajudicial da empresa, porquanto a regra geral de intervenção ministerial prevista no artigo 82 e 83 do Código de Processo Civil não restou repelida pelas disposições da nova Lei de Falências.

A intervenção do Ministério Público não é obrigatória nas ações em que o devedor empresário, em regime de recuperação judicial ou extrajudicial, figure como autor ou réu, haja vista que a concessão do benefício legal não torna indisponíveis os direitos e interesses do devedor. Suprimido instituto do inquérito judicial, para a apuração dos crimes falimentares ou dos crimes comuns conexos àqueles, poderá se valer o Ministério Público dos procedimentos de investigação criminal, presididos pelo Promotor de Justiça com atuação perante o juízo falimentar, ou requisitar a abertura de inquérito à autoridade policial competente, que é a opção de maior resistência prática diante das peculiaridades que envolvem a apuração dos delitos falimentares e a estrutura conferida à polícia judiciária.

As administrações superiores dos Ministérios Públicos deverão estar atentas para propiciar aos Promotores com atribuições falimentares condições técnicas de apoio investigativo de modo a coibir a criminalidade empresarial, em muitos casos detentora de poder econômico, e de assessoria jurídica e contábil persuasivas.

9. Bibliografia

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

2. JURISPRUDÊNCIAS

CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PROCEDIBILIDADE DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

EMENTA: ART. 526 - DESCUMPRIMENTO - AGRAVO INADMITIDO Nos termos do 526 do CPC, o agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso. Conforme dispõe o seu parágrafo único, com a redação que lhe foi dada pela lei 10.352, de 26-12-2001, não se admite o agravo de instrumento se o agravado assim o requerer e comprovar que não foi cumprido o determinado no 'caput' do referido artigo.

DECISÃO: À unanimidade de votos, em não conhecer do recurso.

(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0348.04.911791-7/001/Jacuí. Relator: Des^a. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte, 14 de junho de 2005).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – REGRA DE COMPETÊNCIA FUNCIONAL OU MERA RECOMENDAÇÃO LEGAL?

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 398.971 - GO (2001/0148310-0)

PRESIDENTE: Ministro Ari Pargendler

RELATOR : Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – 3ª Turma

EMENTA: Sentença. Princípio da identidade física do Juiz. Juízes substitutos. Art. 132 do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte. 1. Em muitos precedentes ficou assentado que havendo a produção de prova em audiência, *“o juiz que a presidiu fica vinculado, devendo sentenciar o feito, salvo nas hipóteses previstas no art. 132 do CPC. Cuida-se de competência funcional, de caráter absoluto”* (REsp nº 56.119/PE, DJ de 04/09/95, Relator para o Acórdão o Senhor Ministro Costa Leite; no mesmo sentido: REsp nº 58.274/MG, DJ de 10/04/95, Relator o Senhor Ministro Barros Monteiro; REsp nº 64.458/ES, DJ de 11/09/95, Relator o Senhor Ministro Nilson Naves). 2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Os Srs. Ministros Castro Filho e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Antônio de Pádua Ribeiro.

Data do julgamento: 27 de junho de 2002.

2. Razões

Na decisão que se comenta, observa-se que a Terceira Turma do STJ, ao julgar o RESP 398971/GO, entendeu que o art. 132 do CPC consagra o princípio da identidade física do juiz, na qualidade de regra de competência funcional, portanto, absoluta, de forma que, havendo a produção de prova, o juiz que presidiu e concluiu a audiência de instrução fica vinculado ao processo, salvo exceções constantes do referido artigo 132 do CPC, devendo sentenciar o feito, sob pena de sanção de nulidade absoluta da decisão proferida

por outro juiz.

3. Justificativa

Escolheu-se para comentar decisão sobre o *princípio da identidade física do juiz* porque se trata de tema hoje polêmico no cenário da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Por outro lado, trata-se de tema de interesse teórico e de extrema importância prática, já que muitas decisões judiciais poderão ser invalidadas ou não (art. 113 do CPC), bem como será ou não admissível ação rescisória (art. 485, inciso II, do CPC), conforme se entenda que: a) o art. 132 do CPC, consagra regra de competência funcional, salvo exceções nele previstas; ou que b) o art. 132 do CPC, consagra mera recomendação, não se tratando de regra de caráter absoluto.

Por fim, escolheu-se comentar acórdão do STJ sobre a matéria, primeiro, porque a questão sob análise é polêmica dentro do próprio STJ; depois, porque o STJ é hoje órgão de *superposição* quanto à *interpretação do direito nacional infraconstitucional comum*.

4. Finalidade

A finalidade do presente comentário é demonstrar para a comunidade jurídica interessada que o art. 132 do CPC não mais consagra o *princípio da identidade física do juiz*. Trata-se de mera recomendação legal, cujo desrespeito não gera qualquer tipo de irregularidade ou vício processual passível de sanção. Visa também demonstrar que, diante da exigência constitucional de *motivação das decisões judiciais*, todas decisões judiciais deverão estar fundamentadas em provas colhidas e nos elementos colhidos nos autos, sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX, da CF), de sorte que não mais se justifica a adoção do *princípio da identidade física do juiz* como regra de competência absoluta, já que as impressões pessoais do juiz deverão se basear nas provas colhidas, não admitindo a Constituição decisão que se fundamente em impressões pessoais do juiz que não encontre respaldo em elementos colhidos nos autos.

Portanto, qualquer impressão pessoal que o juiz tenha da prova colhida deverá constar expressamente no termo da audiência para o devido controle pela parte interessada, sendo inadmissível que essa impressão somente venha a constar da decisão final, dificultando o exercício do contraditório e da ampla defesa pela parte interessada.

5. Comentário

5.1. Ementa conclusiva do comentário

Art. 132 do CPC. Mera recomendação legal. Desrespeito: inexistência de irregularidade ou vício processual passível de qualquer sanção. Não mais subsiste no sistema do direito processual brasileiro o princípio da identidade física do juiz. A Constituição Federal de

1988, art. 93, IX, ao exigir, expressamente, que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade, não recepcionou o princípio da identidade física do juiz como regra de competência funcional, portanto, absoluta. Em interpretação conforme a Constituição, verifica-se que o art. 132 do CPC é mera recomendação legal, pois não mais subsiste qualquer razão jurídica em vincular o juiz que presidiu a audiência e colheu a prova ao desfecho do processo. Impressões pessoais do juiz deverão constar expressamente dos autos e até mesmo do termo da audiência. Não pode a parte interessada se ver surpreendida por uma decisão final proferida com base em impressões pessoais do juiz sobre a prova colhida que não constem de elementos dos autos. A mera subjetividade do julgador, por não fazer parte do devido processo legal, é incompatível com os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e com o princípio da motivação das decisões judiciais. Com efeito, o art. 132 do CPC, por se tratar de mera recomendação legal, não pode ser incluído como desmembramento do princípio do juiz natural consagrado constitucionalmente (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF).

5. 2. Aspectos Introdutórios

O *princípio da identidade física do juiz* se desenvolveu a partir do momento em que a doutrina, especialmente a partir do início do século passado, começou a dar ênfase à oralidade no processo. Pela obra de Chiovenda, ficou assentado que a oralidade é composta de um conjunto de princípios que, apesar de distintos, estão intimamente associados entre si¹. Nesse contexto, citando os ensinamentos de Chiovenda, aduziu o jurista mineiro Barbi (1999) que seria possível falar que uma legislação adotou o processo oral, quando nela estejam consagrados os seguintes princípios: prevalência da palavra falada sobre a escrita; imediação entre o juiz e as pessoas cujas declarações ele deva apreciar; identidade da pessoa física do juiz, isto é, o juiz que colher a prova é que deve julgar a causa; concentração dos trabalhos de colheita da prova, discussão da causa e seu julgamento em uma só audiência, ou em poucas audiências próximas no tempo, para que as impressões do julgador se mantenham frescas; inapelabilidade das interlocutórias para não suspender o curso da causa. Concluiu ainda Barbi (1999, p. 403):

Todos esses princípios visam a que a causa seja julgada pelo juiz que colheu as provas produzidas oralmente, de modo que tenha podido apreciar melhor a credibilidade dos depoimentos; e a decisão deve ser dada enquanto essas impressões ainda estão vivas no espírito do julgador.

A eles se acrescenta o princípio da livre apreciação da prova, examinado nos comentários ao art. 131, porque de nada valeriam os outros se o juiz estiver rigidamente limitado pela prévia fixação do valor de cada prova pela lei.

Na esteira desses ensinamentos da doutrina estrangeira e nacional, o CPC de 1939 adotou de forma bem rígida o princípio da identidade física do juiz. O art. 120 do CPC de 1939 estabelecia que o juiz substituto que iniciasse a audiência de instrução e julgamento de-

¹ Nesse sentido, Barbi (1999, p. 402).

veria julgar a demanda, mesmo que o titular reassumisse o cargo. Não fosse isso, estabelecia também referido dispositivo, com claro exagero, que o dever de julgar permanecia até mesmo quando o juiz que iniciasse a audiência de instrução tivesse sido transferido, promovido ou aposentado ².

A crítica doutrinária era forte, especialmente em relação à vinculação ao processo do juiz aposentado que tivesse iniciado a audiência de instrução, já que, não mais investido de jurisdição, não mais seria razoável que ele ainda tivesse competência para julgar. Com efeito, esclarece ainda Barbi (1999, p. 403) que a jurisprudência não forçou o cumprimento das disposições do art. 120 do CPC/39, que se transformaram em letra morta. Já o CPC/73, seguindo a orientação dos Tribunais pátrios, alterou o sistema, passando a admitir o afastamento do processo do juiz, titular ou substituto, que tenha iniciado a audiência nos casos de *transferência, promoção ou aposentadoria*. Constava da redação original do CPC/73, art. 132: “O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-lo, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já colhidas”.

Todavia, tendo em vista que as disposições do art. 132 do CPC não abrangiam as hipóteses de convocação, licença ou outras hipóteses de afastamento, o legislador, pressionado pelas orientações da jurisprudência, acabou por alterar a redação do art. 132 do CPC, flexibilizando-a pela edição da Lei nº 8.637, de 31 de março de 1993. Assim, consta da nova redação do art. 132 do CPC, conferida pela Lei n. 8.637/93:

O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Com a nova redação, observa-se que o rol das hipóteses de afastamento do juiz, para fins de sua desvinculação do processo, é meramente exemplificativo.

5.3. Da Polêmica Surgida em torno da Nova Redação do Art. 132 do CPC

A primeira questão que surge é a seguinte: o juiz que concluiu a audiência está, salvo exceções previstas no art. 132 do CPC, vinculado ao processo, sendo absolutamente competente para o seu desfecho? E se não houve na audiência concluída a colheita de prova oral? Com base na própria lógica decorrente da oralidade do processo, conclui-se que a vinculação (para nós, mera recomendação) não se aplica quando não haja na audiência a colheita de prova oral. Na esteira desse raciocínio, são os ensinamentos de Nery Junior e de Nery (2003, p. 533):

² Tal disposição foi criticada por Barbi (1999, p. 403): “Nessa parte, o excesso era evidente; em Estados de grande extensão territorial era inexequível o preceito, porque o juiz não podia voltar à comarca anterior, para completar instrução de causas, ou para julgá-las”.

Identidade física do juiz. O subprincípio da identidade física do juiz consiste no dever que tem o magistrado que concluiu a audiência de instrução e julgamento de proferir a sentença de mérito no processo civil. O magistrado que iniciou a audiência e a suspendeu para que continue em outra oportunidade, fica desobrigado de julgar a lide. A norma estipula a vinculação do juiz que concluiu a audiência, obrigando-o a julgar a lide. A incidência do princípio se dá pela fato de o juiz colher prova oral em audiência. *Caso não haja essa colheita de prova oral, não há a vinculação do juiz para proferir sentença*³ (grifo do autor).

Portanto, a vinculação (para nós, repita-se, mera recomendação legal) somente ocorre em relação *ao juiz que concluiu a audiência de instrução em que se colheu prova oral*, mesmo assim desde que não tenha sido ele convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado. A segunda questão que surge é a seguinte: por força da redação do parágrafo único do art. 132, que dispõe “[...] em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já colhidas”, tornou a identidade física mera recomendação legal, já que o julgador, qualquer que seja, que vier a proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas orais colhidas?

A doutrina, em sua maioria, tem se inclinado no sentido de que o princípio ou subprincípio da identidade física do juiz, na qualidade de manifestação do princípio maior da oralidade do processo, ainda se trata, mesmo diante das atenuações que sofreu e vem sofrendo, de regra de competência funcional, portanto, absoluta, que deve ser obedecida, salvo as exceções previstas no art. 132 do CPC, sob pena de invalidade da decisão que o desrespeite. (ALVIM, 2003, p. 476). Contudo, em sede de jurisprudência a questão é tormentosa e está longe de se pacificar. No sentido de que o art. 132 do CPC, salvo as exceções nele previstas, é regra de competência absoluta, além do acórdão cuja transcrição acima se fez, existem outras decisões do STJ e de outros tribunais pátrios. (NERY JUNIOR e NERY, 2003, p. 533). Nesse contexto, de que o art. 132 do CPC traz regra de competência funcional, surgem outras questões polêmicas em jurisprudência.

Observa-se que tem entendimento no sentido de que o juiz que colheu a prova oral e concluiu a audiência não se desvincula do processo mesmo em férias⁴. Contudo, há também decisões em sentido contrário. Outras polêmicas jurisprudenciais existem relacionadas com designação de juízes auxiliares, substitutos ou cooperadores, bem como no que tange a remoções dentro da mesma comarca⁵. Todavia, há entendimento em sentido contrário, no sentido de que o desrespeito ao art. 132 do CPC é mera irregularidade, não tendo o condão de gerar a invalidade do processo. A respeito, o próprio STJ, por intermédio de sua Quarta Turma, já decidiu:

³ Veja-se o TACivRJ, que fixou a Súmula 5: “Não há vinculação do juiz que iniciou a audiência mas não colheu qualquer”. No mesmo contexto é teor da Súmula 262 do extinto TFR: “Não se vincula ao processo o juiz que não colheu prova em audiência”.

⁴ Nesse sentido: TACivSP 111/199; RESp 256198/MG; dentre outras decisões.

⁵ Cf. também essas polêmicas em Nery Junior e Nery (2003, p. 533).

Ementa: PROCESSO CIVIL E RESPONSABILIDADE CIVIL. ROUBO EM AGÊNCIA BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE DO BANCO. CASO FORTUITO OU FORMA MAIOR. INOCORRÊNCIA. Princípio da identidade física do juiz. CPC, art. 132. EXIGESE. PRECEENTES. DOCTRINA. APELO ESPECIAL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO. I. Nos termos da nova redação dada ao art. 132, CPC, que veio a ratificar anterior inclinação da jurisprudência, o afastamento do juiz que colheu a prova oral não impede que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz [...]. (BRASIL, 2001).

Diante dessas polêmicas, a *questão que se indaga é a seguinte*: será que subsiste a obrigatoriedade da vinculação do juiz ao processo pela colheita da prova oral e conclusão da audiência se o que justificava a adoção do princípio da identidade física do juiz eram as impressões pessoais daquele que colheu a prova oral e concluiu a audiência, hoje inadmissíveis, sem que constem dos autos, das provas colhidas ou, pelo menos, do termo de audiência, pela incidência do princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da CF) e do princípio da livre persuasão racional motivada (art. 131 do CPC), além de outros princípios constitucionais?

5.4. A Identidade Física do Juiz que Colheu a Prova Oral e Concluiu a Audiência como Mera Recomendação Legal do Art. 132 do CPC

Acredita-se que não mais subsiste no sistema do direito processual brasileiro o princípio da identidade física do juiz. A Constituição Federal de 1988, art. 93, IX, ao exigir, expressamente, que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade, não recepcionou o princípio da identidade física do juiz como regra de competência funcional, portanto, absoluta. Por força de uma interpretação conforme a Constituição, conclui-se que o art. 132 do CPC é mera recomendação legal, pois não mais subsiste qualquer razão jurídica em vincular o juiz que presidiu a audiência e colheu a prova ao desfecho do processo, pois as impressões pessoais do juiz deverão constar expressamente dos autos ou, pelo menos, do termo da audiência em que foi colhida a prova oral.

Não pode a parte interessada se ver surpreendida por uma decisão final proferida com base em impressões pessoais do juiz sobre a prova colhida que não constem de elementos dos autos. A mera subjetividade do julgador, por não fazer parte do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), como garantia constitucional estrutural de eficácia vinculante, é incompatível com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), além de contrariar o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. Com isso, observa-se também que o art. 132 do CPC, por se tratar de mera recomendação legal, não pode ser incluído como desmembramento do princípio do juiz natural consagrado constitucionalmente (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF).

Por fim, ressalta-se que são tantas as hipóteses em que a lei dispensa a identidade física do juiz (carta precatória, carta de ordem, carta rogatória, competência horizontal ou recursal,

aposentadoria, licença, afastamento por qualquer natureza ou promoção do juiz etc.), que não é lógico e nem razoável ainda insistir na tese de que, perante o sistema do direito processual brasileiro, a identidade física do juiz ainda possua a natureza de princípio ou de regra de competência absoluta.

6. Conclusão

O art. 132 do CPC é hoje mera recomendação legal, não mais consagrando o sistema processual brasileiro, na condição de regra de competência absoluta, o princípio da identidade física do juiz. O desrespeito ao disposto no art. 132 do CPC não gera irregularidade ou sequer invalidade do processo ou da decisão proferida.

Recursos com fundamento em violação ao disposto no art. 132 do CPC não merecem provimento, bem como não é cabível ação rescisória com o mesmo fundamento, já que o art. 132 do CPC não se trata de regra de competência funcional. Qualquer impressão pessoal que o juiz tenha da prova colhida deverá constar expressamente no termo da audiência para o devido controle pela parte interessada, sendo inadmissível que essa impressão somente venha a constar da decisão final, dificultando o exercício do contraditório e da ampla defesa pela parte interessada. Com isso, não se concorda com o teor da decisão comentada.

7. Bibliografia

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo, RT, 2003, v. 2.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 227364/AL. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 11 de junho de 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 406517/MG. Relator: Min. Edson Vidigal. Brasília, 29 de abril de 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

4. TÉCNICAS

AÇÃO RETIFICADORA DE REGISTRO CIVIL

CARLOS ALBERTO DOZZA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

KELLY FLAVIANE NUNES GONÇALVES DE MESQUITA

Estagiária do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Acadêmica em Direito

RECURSO DE APELAÇÃO

Em linhas gerais, toda decisão que põe termo ao processo desafia apelação. Tal ato decisório se dá por meio de sentença definitiva (que julga o mérito) ou terminativa (que extingue o processo sem julgamento do mérito). A legitimidade para apelar pressupõe interesse nos efeitos da sentença. Portanto, são legitimados para interpor o recurso aqueles que de alguma forma haverão de suportar prejuízos decorrentes da decisão prolatada. Quanto ao *Parquet*, sua legitimidade decorre também da necessidade de sua intervenção no processo, seja pela qualidade da parte, seja pela natureza da lide.

Sob o aspecto formal, o contexto da apelação exige, além das razões expostas em petição apartada, uma cota dirigida ao juízo de primeiro grau, na qual o apelante manifesta o seu recurso e, dentre outros, cita o dispositivo legal em que se fundamenta. Ressalte-se também que é nessa sucinta peça que o juiz despacha acerca do recebimento do recurso e em que efeito ele é recebido. As razões de apelação podem fundar-se num pedido de reforma parcial ou total da sentença, ou mesmo na sua invalidação, quando o apelante reputar que ela está eivada de nulidade. Assim, pode-se inferir que, materialmente, a apelação é composta dos motivos do inconformismo do recorrente. E, para tanto, deve ele se utilizar das fontes do direito mais adequadas ao caso que, basicamente, são a doutrina, a jurisprudência e a fonte maior: a lei.

Entretanto, no presente recurso, tendo em vista a situação atípica que o permeia, a doutrina, a jurisprudência e mesmo a lei, se interpretada literalmente, foram tidas como fontes secundárias, uma vez que a fonte primária de que socorreu o apelante foram os princípios do direito pátrio, mais precisamente aqueles primados resultantes de anseios contemporâneos universais, os quais se resumem na pacificação com justiça e ética.

Assim, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na qualidade de *custos legis* e, especificamente, a 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Alfenas, na titularidade da Curadoria dos Registros Públicos da Comarca, atravessou apelação em face de sentença definitiva que julgou procedente pedido de retificação de registro civil para mudança de prenome e de sexo. No direito objetivo, o Ministério Público estruturou-se nos comandos

do art. 58 da Lei nº 6.015/73 e, como defensor, nos primados inerentes ao Estado de direito, a Promotoria de Justiça, atuando, como sempre, *in pro societates*, busca resguardar terceiros que podem incorrer em erro diante dos efeitos da retificação.

Dentre doutrinas e artigos utilizados para a redação do recurso, utilizamos todas as matérias que norteiam o ordenamento jurídico, por envolver um fato jurídico de vanguarda. Assim, buscou-se a integração entre as diretrizes da Lei dos Registros Públicos, passando pelos tópicos inerentes ao direito civil, no que tange aos direitos de personalidade e ao direito de família, culminando na pesquisa da bibliografia do direito constitucional em todos os subtemas relacionados ao indivíduo enquanto ente social.

Portanto, o Ministério Público elaborou a presente peça calcado nos princípios ordenadores do direito objetivo pátrio e consoante o que dispõe a sistemática processual acerca do recurso de apelação.

MODELO DE APELAÇÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por intermédio de seu Promotor de Justiça que abaixo subscreve, vem, tempestivamente, com o devido respeito perante Vossa Excelência, recorrer da decisão proferida às fls. 95/105, que houve por bem deferir o pedido do requerente, quer da mesma recorrer, como de fato recorre ao Egrégio Tribunal de Justiça, com fundamento nos artigos 129, II, da Constituição Federal; 82 e 513 do Código de Processo Civil, interpor recurso de APELAÇÃO.

Requer ainda que, após o recebimento, seja determinada vista ao recorrente para apresentar razões de recurso.

Requer, finalmente, seja o presente recurso devidamente processado e encaminhado à Superior Instância para a apreciação.

Nesses termos, pede deferimento.

COLEND A CÂMARA
NOBRES JULGADORES
DOUTO PROCURADOR DE JUSTIÇA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por seu Promotor de Justiça que esta subscreve, vem, mui respeitosamente, perante Vossas Excelências, apresentar as razões da apelação, pelos motivos que passa a expor:

XXX propôs Ação de Retificação de Registro Civil visando à mudança do seu prenome para XXX, bem como do seu sexo para o feminino, sob o argumento de ser transexual e já ter se submetido à cirurgia plástica conhecida como neovagina, para retirada do órgão genital masculino.

Às fls. 45/48, foi acostado parecer ministerial, em que o representante do Ministério Público opinou pelo indeferimento do pedido constante na inicial, com base na afirmativa de que não há erro que enseje retificação do registro da requerente, ou seja, não é pelo fato de ter sido feita a cirurgia de extirpação do órgão genital que o requerente deixou de ser, para o mundo jurídico, uma pessoa do sexo masculino.

Às fls. 50/54 foi juntado o relatório da Assistente Social Judicial e às fls. 55/63 o Laudo Psicológico.

Às fls. 80 *usque* 84 foram juntados termo de audiência, com os respectivos depoimentos das testemunhas arroladas pelo autor.

Às fls. 86/93, foram feitas as alegações finais do autor e do Ministério Público.

Às fls. 95/105 foi proferida decisão pelo Douto Juiz *a quo*.

É o relatório.

O que ocorre no caso em comento é que o requerente pede que seja feita retificação de seu nome e seu sexo, com o argumento de ser transexual e ter se submetido a uma cirurgia de transgenitalização, com retirada de seu órgão masculino e formação de um órgão genital feminino.

Uma vez feita essa cirurgia, ele, requerente, já tinha consciência de que o ordenamento jurídico não permite mudanças de nome corriqueiramente, à mercê da vontade do interessado; quiçá a mudança de sexo. Como bem nos esclarece o doutrinador Fiúza:

Publicidade do estado das pessoas: Com o escopo de assegurar direitos de terceiros, o legislador, a fim de obter a publicidade do estado das pessoas, exige inscrição em registro público de determinados atos, e certidão extraída dos livros cartorários fará prova plena e segura do estado das pessoas físicas. (FIÚZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18).

Conforme dispõe o artigo 16 do Código Civil, “[...] toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome” e, no caso em tela, o nome do requerente é XXX, e esse nome integra a sua personalidade, por ser o sinal exterior pelo qual ele se designa, ele se individualiza e é reconhecido como pessoa no seio da sociedade. Assim, não há motivo capaz de se fazer superior às condições de fato, visto que o requerente tem esse nome desde que nasceu e, além do direito, por não ser caso de mutabilidade de seu prenome.

Portanto, a afirmação do Excelentíssimo Juiz, em decidir pela retificação de nome, com base no artigo 55 da Lei dos Registros Públicos, não prospera, uma vez que não é caso, pois não há erro por parte dos oficiais do Registro Civil, que o registraram com o pedido

dos pais de XXX. Além disso, esse prenome não é passível de exposição ao ridículo e, caso o fosse, o oficial certamente agiria com moderação, mas teria de respeitar as convicções dos pais, e não lhes tolher a escolha, a não ser que fosse uma aberração da realidade. Não é o que ocorre com o registro do requerente, pois ele, sendo do sexo masculino, nada mais normal que tenha o nome de XXX.

A alteração do sexo masculino para o feminino não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico, uma vez que os próprios fiscais e operadores do direito estariam induzindo a erro as outras pessoas, que achariam estar frente a uma mulher, com todos os direitos garantidos pela lei, mas que, na verdade, é um homem, com todas as características morfológicas e psicológicas de um homem como a força, a habilidade, o jeito e principalmente as características psicológicas, que não foram extirpadas, como seu órgão sexual masculino o foi. É o que se pode inferir do próprio relato do requerente:

[...] o constrangimento, a angústia e o sofrimento que senti quando assumi que era mulher, ao começar tomar hormônio, e que haviam desaparecido com a realização da cirurgia, voltaram a me atormentar, neste momento causando-me muita solidão e sofrimento [...] (fl. 97).

Por ser homem e querer se ver como mulher (por causa de uma genitália feminina), aumentaram as complicações de sua vida, como se nota no relato. Assim, mostra-se claramente que sua angústia será interminável, pois não há o que mudar com a retificação de seu nome, tendo em vista que em seu íntimo ele, requerente, tem a convicção de seu sexo: masculino, *que em seu interior nunca irá mudar*, como é claro em seu depoimento acima transcrito. Ele anseia a mudança de seu nome, achando que essa será a solução para seus conflitos íntimos quanto a seu sexo, o que não é verdade, pois os operadores do direito não têm esse poder de transformar o sexo do ser humano; eles servem a humanidade fazendo e aplicando as leis. É o que fielmente traduz a decisão dos tribunais, conforme citação de Ceneviva:

É impossível retificar assento de nascimento para o fim de ficar constando mudança de sexo decorrente de ato cirúrgico errado, quicá até criminoso, para atribuir ao interessado sexo que na realidade não tinha, nem poderá jamais ter. Cuidou de pessoa registrada, ao nascer, como do sexo masculino. Todavia, os órgãos genitais caracterizadores de tal sexo ficaram atrofiados. Passou a ter mamas salientes e outros sinais femininos. Submetido a exames e a tratamento psicoterápico, mais tarde, veio a ser operado, quando lhe foram tirados aqueles órgãos, abrindo-lhe espécie de vagina, embora não tivesse útero nem ovários. O processo decorreu de seu pedido de retificação do registro, a fim de ficar constando que seu sexo era feminino.

Concluiu o acórdão ser lamentável a situação criada pela operação, mas afirmou não ser possível dar-lhe sexo que não tem e que poderá levar pessoas a se unirem, em matrimônio, ao apelante, quando um dos fins do enlace (a procriação) jamais poderá ser atingido.

[...]

Aliás, tivesse o apelado tratamento adequado, em tempo mais remoto, e poderia, tudo faz crer, ter chegado a ser um homem praticamente normal. (Ac. Unânime da 1ª Câmara Civil do TJSP, AC 247.425, rel. Des. Coelho de Paula, RT,493:61). (CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 210-211). (grifo nosso).

A Lei é clara: “A determinação do sexo deve ser feita no momento do nascimento, por meio do registro público, o qual tem fé pública, e o qual encerra direitos e deveres, para o indivíduo e para com terceiros. Nele há a publicidade e garantia de autenticidade” (CENEVIVA, 2001, p. 211). É essencial ressaltar a análise do Des. Audebert Delage, em seu voto: “[...] A falta de lei que disponha sobre a pleiteada ficção jurídica da identidade biológica impede ao juiz alterar o estado individual, que é imutável, inalienável e imprescritível. O pedido é juridicamente impossível”.

Se os julgadores concederem a mudança de nome e de sexo para o requerente, estariam por satisfazer a vontade de uma pessoa através desse julgamento e contrariariam a lei, os legisladores; como também levariam milhares de pessoas a incorrerem em atos falsos. A família, instituição tão preservada em nosso direito, cairia por terra, *pois não há autorização da lei para casamento entre pessoas de mesmo sexo*. Essa decisão não iludiria somente XXX, que teria o anseio de um dia poder se casar, mas envolveria Direitos de toda uma sociedade. Os próprios defensores da lei estariam desprestigiando-a, e não a valorando, se agissem contra a *mem legis*. Estariam colocando a vontade de uma pessoa em primeiro lugar, esquecendo-se de todos os princípios que norteiam as leis, bem como de todo o trabalho dos legisladores, que fazem as leis de acordo com os anseios da sociedade.

É necessário trazer à tona o Código Civil, que é claro em seu art. 1514: “[...] o casamento se realiza no momento em que *o homem e a mulher* manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Dessa forma, a alteração do nome e do sexo do requerente poderá eventualmente viabilizar um casamento inexistente, se o autor contrair núpcias com um homem, já que, por enquanto, o ordenamento jurídico só reconhece o casamento de pessoas de sexos diferentes. Se adotar, no entanto, como critério distintivo dos sexos, o psicológico, aí o casamento existiria, como bem definem as testemunhas (depoimentos transcritos na decisão de fls. 98/100), mas se o cônjuge ignorar o fato da transexualidade, quando de sua celebração, poderá ser anulado em virtude de erro essencial. (Código Civil, arts. 218 e 219, I).

Não podemos deixar de ressaltar a Carta Magna de 88, que preceitua: “Todos são iguais perante a lei [...] homens e mulheres são iguais em direitos e iguais em obrigações [...]” (estatuídos em seu art. 5º, caput e inciso I), e mais expressamente, no art. 226, § 5º, que diz: “Os direitos referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Mesmo com a cirurgia de transgenitalização, que possibilita esculpir uma vagina para torná-lo mulher, o requerente não poderia afrontar a Constituição de 1988, visto que ele é igual perante a lei, e tem que obedecer-lhe como todo cidadão.

O Deputado José Coimbra, proponente do projeto de lei número 70/95, assim expõe com perfeição: “[...] o operando, ou o operado, pode continuar sofrendo, em seu íntimo, o mesmo conflito que o afligia antes da cirurgia. O indivíduo sabe que ele continua pertencendo ao sexo original, de nascimento”. No mesmo sentido, os nossos Tribunais:

REGISTRO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. NOME E SEXO. TRANSEXUALISMO. SENTENÇA INDEFERITÓRIA DO PEDIDO. Embora para mudança de suas características sexuais, com a extirpação dos órgãos genitais masculinos, biológicos e somaticamente continua sendo do sexo masculino. Inviabilidade da alteração, face a inexistência de qualquer erro ou falsidade no registro e porque não se pode cogitar dessa retificação para solucionar eventual conflito psíquico com o somático.

CIVIL. SEXO. ESTADO INDIVIDUAL. IMUTABILIDADE. O sexo, como estado individual da pessoa, é informado pelo gênero biológico. A redefinição do sexo, da qual derivam direitos e obrigações, procede do direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acautele e discipline. Rejeitam-se os embargos infringentes. (TJMG-040739).

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, espera o Ministério Público a improcedência do pedido constante da inicial e que os julgadores modifiquem a sentença proferida e primem pela mais ínfima JUSTIÇA.

SEÇÃO IV – DIREITO COLETIVO E PROCESSUAL COLETIVO**SUBSEÇÃO I – DIREITO COLETIVO****1. ARTIGOS****CRITÉRIO CENSITÁRIO PARA ACESSO A DIREITOS HUMANOS – O ACESSO À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

FERNANDO CÉZAR CARRUSCA VIEIRA

Bacharel em Direito

“Ainda é possível existir e viver. Ainda é possível contrapor um dique à corrente, inverter-lhe o curso. Com a condição de manter os olhos abertos. De ficar de pé. De defender cada parcela de vida.” (GARAUDY).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito à Saúde. 3. Sistema Único de Saúde. 4. Assistência Farmacêutica. 5. Relação de Julgados. 6. Reflexão Inicial. 7. Estudo de Jurisprudência e Alerta. 8. Das Decisões Jurídicas. 9. Conclusão. 10. Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho baseia-se na Ação Civil Pública nº 024031632409, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face do Estado de Minas Gerais, em que o autor tem a pretensão de obter tutela jurisdicional no sentido de condenar o réu à obrigação de fazer consistente no fornecimento de medicamentos excepcionais para os usuários do Sistema Único de Saúde – SUS em Minas Gerais, presentes e futuros, portadores de asma grave, quando houver prescrição médica indicando a utilização de tais fármacos, prosseguindo-se o fornecimento enquanto ela perdurar.

Apreciado o pedido antecipatório articulado pelo autor, o Juízo *a quo* deferiu a tutela, determinando ao Estado o fornecimento, de imediato, aos usuários do SUS portadores de Asma Grave, dos medicamentos Beclometasona, Budesonida, Fenoterol, Formoterol, Salbutamol e Salmeterol, sob pena de multa diária de mil reais por dia de atraso no fornecimento em relação a cada usuário. Diante de tal decisão, o Estado interpôs agravo de instrumento pleiteando a sua reforma e o recebimento do recurso com efeito suspensivo.

Em decisão monocrática, o Desembargador relator suspendeu parcialmente os efeitos da liminar, para que abrangesse apenas os medicamentos selecionados pelo agravante, a saber, Budesonida, Formoterol e Salbutamol, sob o argumento de que o fornecimento deles bastava para atender às necessidades dos usuários do SUS. Determinou, ainda, que o

fornecimento fosse restrito aos pacientes que comprovassem rendimento inferior a quinze salários mínimos mensais cumulativamente com a apresentação de receituário de médico que prestasse serviços ao SUS.

A decisão acima faz parte de um conjunto de recentes decisões dos tribunais brasileiros acerca da assistência farmacêutica prestada no âmbito do SUS, que têm despertado reflexões, referentes ao atual estágio da evolução dos direitos humanos, e sinais de alerta referentes às consequências e aos rumos que essa evolução pode tomar em face da proliferação de julgados que, dialogando com doutrinas jurídicas autoritárias e cientificamente superadas e em nome da proteção ao direito à saúde, vêm negando sua vigência e têm, sob o pretexto de gerar inclusão social e justiça distributiva, colocado o atual estágio da evolução dos direitos humanos em grande encruzilhada. A análise do substrato teórico de tais decisões e das consequências advindas de tal posicionamento constituem os objetivos do presente trabalho.

No entanto, inicialmente, apresentaremos noções relativas ao SUS, à assistência farmacêutica integral e ao direito à saúde a fim de facilitar a abordagem do tema. Posteriormente, passaremos ao estudo da jurisprudência recente acerca do direito à saúde, buscando atingir os objetivos propostos.

2. Direito à Saúde

O direito à saúde, gerado na redefinição dos direitos fundamentais operada pelo constitucionalismo social é, hoje, previsto no rol dos direitos fundamentais da pessoa humana em todas as nações ocidentais que se pretendem civilizadas. Ele representa a busca pela preservação de um dos valores mais extraordinariamente relevantes para a vida humana. São nos agravos da saúde que os seres humanos demonstram suas fragilidades e necessidades de amparo, de forma que, quando faltam ajuda e amparo, há, até mesmo, risco real de morte, o que, em última instância, pode configurar terrível crime de omissão.

A saúde é, pois, valor que exerce influência direta em uma necessidade fundamental do homem contemporâneo – a *autonomia* (GUSTIN, 1999, p. 31) (condição básica cujo conceito evolui e transformou-se ao longo da história). Então, deve ser protegida a fim de que o indivíduo possa, com um universo maior de possibilidades, desenvolver sua personalidade, suas potencialidades.

Assim, pode-se concluir que a promoção do efetivo acesso à saúde é medida indispensável para salvaguardar, devidamente, o direito à vida, pressuposto para o gozo e exercício dos demais direitos fundamentais. No contexto do Estado democrático de direito, garantir o direito à vida não se restringe a exigir do Estado uma postura passiva, que não atente contra o direito maior do ser humano. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CR/88), o direito à vida consiste em viabilizar a todos condições de vida dignas, passando, pois, pelo acesso universal e integral à saúde.

A preservação e busca das melhores qualidades nos campos físico, mental e espiritual da pessoa constituem condições, antes de fundamentos, para promoção de nosso desenvolvimento como seres humanos. Nesse diapasão, cumpre ressaltar que o conceito de saúde construído pela Organização Mundial de Saúde – OMS vai além da perspectiva de ausência de enfermidades, orientando-se pela necessidade de se garantir ao indivíduo o efetivo estado de bem-estar físico, mental e social.

Diante do exposto, não por acaso, a idéia de direito humano relacionou-se com a de saúde e foi incluído no rol dos direitos fundamentais (art. 6º da CF/88), sendo que, como tal, é devido a todo ser humano em razão de ser homem, como veremos, pois, desde o século XVIII, a idéia de humanidade passa a ser descrita em seu sentido qualitativo, abrangendo, assim, todas as pessoas desconsiderando, entre outros fatores, as diferenças de classe econômica. Como consequência disso, goza de exigibilidade imediata, a teor do que prescreve o art. 5º, § 1º, da CF/88.¹

3. Sistema Único de Saúde

A tutela da saúde no Brasil foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1934 – o atendimento limitou-se apenas ao mercado formal de trabalho urbano, sendo que, em 1946, iniciou-se o cuidado com a assistência ao trabalhador rural (SANTOS, 2002, p. 17).

Em 1975, através da Lei 6.229, a União criou o Sistema Nacional de Saúde. A competência para execução das ações e serviços era dividida entre os Ministérios da Saúde e da Previdência Social, da Educação e do Trabalho. (SANTOS, 2002). Procurou-se consolidar o processo de expansão da cobertura assistencial iniciado na metade dos anos 70, em atendimento às proposições formuladas pela OMS, que preconizava saúde para todos, através da atenção básica à saúde (SANTOS, 2002). Iniciou-se então um movimento de reforma sanitária brasileira. As propostas buscavam uma nova política de saúde: democrática, descentralizada, universal e unificada.

No início da década de 80, o movimento sanitário já contava com o apoio e reconhecimento da população. Os discursos pela implantação do SUS começaram a fluir. Com o país registrando grave crise financeira da Previdência Social e com o processo de redemocratização, foi instalada a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada de 17 a 21 de março de 1986, sendo considerada a pré-constituente do SUS.

¹ Nada obstante, como direito social que é, o acesso à saúde depende de prestações positivas do Estado e, por consequência, da respectiva alocação de recursos orçamentários pelas três esferas da federação, que constitui competência material comum.

Atenta a tal circunstância, a Constituição assegurou a devida fonte de recursos para a sua promoção, através do investimento de percentuais mínimos de recursos orçamentários da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para o custeio das ações e serviços públicos de saúde (art. 198) e impôs que o acesso à saúde fosse garantido, inclusive, por meio de políticas econômicas (art. 197). Assim, a garantia do acesso à saúde foi tratada pela Constituição como prioridade, não se subordinando à discricionariedade do administrador.

Em 1987, então, foi implementado o Sistema Unificado e Descentralizado da saúde – SUDS, que foi a primeira aproximação estratégica para o SUS, passando a serem adotados princípios da universalidade, equidade no acesso à saúde, integralidade dos cuidados, desenvolvimento das instituições colegiadas e dos recursos humanos.

Com a Constituição de 1988, o direito à saúde foi, finalmente, declarado direito fundamental (art. 6º CF/88). Orientada pelas propostas do movimento de reforma sanitária, a Constituição criou o SUS, com o escopo de organizar a atuação dos entes federados na promoção das ações e serviços públicos de saúde². O que levou a essa transformação foi o consenso quanto à total inadequação do sistema anterior, caracterizado pela completa irracionalidade e desintegração das unidades de saúde, com baixa cobertura assistencial da população, com segmentos populacionais excluídos do atendimento. Antes, a legislação infraconstitucional poderia até permitir a separação entre o sistema de saúde dos segurados da previdência social, integrantes do mercado formal de trabalho.

SUS é, pois, uma nova formulação política e organizacional para o reordenamento dos serviços e ações de saúde. O SUS é um novo sistema de saúde que está em construção. Ele segue a mesma doutrina e os mesmos princípios organizativos em todo o território nacional, sob a responsabilidade das três esferas autônomas de governo: Federal, Estadual e Municipal. Dessa forma, a Constituição estrutura, através de regras e princípios, as formas de proteção e garantia da saúde pública. E o SUS foi instituído, justamente, para cumprir missão constitucional de promover o acesso à saúde, tornando-se o plano de saúde de todos os brasileiros (SANTOS, 2002, p. 17). E dentre os princípios constitucionais que informam as ações e serviços públicos de saúde no Brasil, temos, entre outros:

1. *princípio da universalidade* (art. 194, I; art. 196, *caput*): como direito de todos, a saúde não requer nenhum requisito para sua fruição, devendo ser universal e igualitário o acesso às ações e serviços de saúde, em todos os níveis de assistência (inclusive a farmacêutica). Não há espaço para preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

2. *princípio da isonomia*: todos os brasileiros são iguais perante o SUS, não existe, por exemplo, divisão em categorias de plano. A única diferenciação admissível se dá no que se refere às necessidades de cada atendimento, a ser aferida por critério médico;

3. *princípio democrático*: o controle social é importantíssimo nas políticas referentes à saúde pública, afinal, no paradigma do Estado democrático de direito, as políticas públicas devem ser implementadas em conjunto com a sociedade e não apesar da sociedade. Nesse sentido, a Lei 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do

² Importante ressaltar que a Constituição, nos arts. 23, II, e 24, XII, estabeleceu que a promoção e proteção da saúde constitui competência material comum e competência legislativa concorrente entre os entes da federação, sendo o SUS orientado pela diretriz da descentralização, com direção única em cada esfera de governo (art. 198, I, da CF/88). Na verdade, pode-se afirmar, com segurança, que o arcabouço normativo que organiza o SUS encontra-se em perfeita consonância com o princípio federativo (art. 1º, *caput*, da CF/88), na medida em que atribui a cada esfera de governo sua parcela de responsabilidade dentro do Sistema.

SUS, instituindo os conselhos de saúde como órgãos deliberativos de participação da sociedade civil no Sistema;

4. *princípio da integralidade* (art. 198, II): o atendimento deve ser integral, deve-se considerar o homem como uma totalidade, e é na abrangência desta totalidade, que o atendimento do SUS deve ser prestado. Também o SUS deve ser considerado um todo indivisível com capacidade de prestar assistência integral (inclusive farmacêutica – art. 6º, I, d, da Lei nº 8.080/90). Disso resulta que o SUS abrange o acesso a ações de promoção (eliminar ou controlar causas das doenças e agravos), de proteção (prevenção de riscos e exposições a doenças), e de recuperação (buscam evitar a morte de pessoas doentes, e seqüelas, atuando sobre os danos);

5. *princípio da resolutividade*: quando demandado, o serviço de saúde deve estar capacitado para enfrentar qualquer problema de saúde que o indivíduo ou a comunidade enfrente, até o nível da sua competência (SANTOS, 2002, p. 24) porque, garantir tratamento ineficaz, ou meio-tratamento, equivale, rigorosamente, a assegurar tratamento nenhum.

O arcabouço jurídico do SUS, mesmo que ainda em formação, já prevê, pelo que vemos, uma série de comandos direcionados ao fomento à saúde, a políticas de materialização desse direito fundamental. Avanços importantes podem, então, ser percebidos no que se refere à saúde pública no Brasil, pois se antes vivemos trágicos episódios como a Revolta da Vacina³, hoje se tem o direito à saúde incluído no rol dos direitos fundamentais e há também uma crescente tendência à universalização e descentralização do SUS. Além disso, busca-se uma maior inclusão social no âmbito da saúde. No entanto, devemos estar atentos frente aos novos modos de exclusão que essa inclusão gera como, por exemplo, o sucateamento de muitos hospitais da rede pública, a falta de responsabilidade estatal na assistência farmacêutica, entre outros.

4. Assistência Farmacêutica

Antes de propriamente elaborarmos nosso estudo jurisprudencial, cabe ainda, preliminar-

³ Em 1904, enquanto Oswaldo Cruz combatia febre amarela, os casos de varíola começaram a crescer assustadoramente na capital. Em meados do ano, o número de internações no Hospital de Isolamento São Sebastião chegava a 1.761. Para enfrentar a epidemia, em 29 de junho de 1904, a Comissão de Saúde Pública do Senado apresentou ao Congresso projeto de lei reinstaurando a obrigatoriedade da vacinação, o único meio profilático real contra a varíola, em todo o território nacional. Figuravam no projeto cláusulas draconianas que incluíam multas aos refratários e a exigência do atestado de vacinação para matrículas nas escolas, empregos públicos, casamentos, viagens etc. [...] A lei que tornava obrigatória a vacinação anti-variolica, logo batizada de Código de Torturas, foi aprovada em 31 de outubro e regulamentada nove dias depois, abrindo caminho para a chamada Revolta da Vacina. Durante uma semana, milhares de pessoas saíram às ruas para protestar, enfrentando forças da polícia e do exército. A revolta foi violentamente reprimida e o saldo da refrega, segundo os jornais da época, foi de 23 mortos, dezenas de feridos e quase mil presos. [...] Rodrigues Alves logo reassumiu o controle da situação, mantendo-se na Presidência. Recusou-se a demitir Oswaldo Cruz, alvo de manifestações de violenta hostilidade, mas teve que capitular em relação à obrigatoriedade da vacinação, que foi imediatamente suspensa. Em 1908, um novo surto de varíola acometeria mais de nove mil pessoas na cidade.

mente, esclarecer alguns pontos sobre a assistência farmacêutica integral, a fim de que melhor possamos prosseguir o estudo. Relevante é ressaltar que, além de todos os princípios constitucionais sobre a saúde (artigos 196 e seguintes e, especificamente o art. 198, II, estabelecendo como diretriz o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais), existe dispositivo legal que estabelece, especificamente, o direito à assistência farmacêutica integral.

De fato, o art. 6º, I, *d*, constante do capítulo Dos Objetivos e Atribuições do SUS - Lei nº 8.080/90, estabelece que a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, está incluída no campo de atuação do SUS. Assim, é que, por onde se analisa a questão, o direito dos usuários e pacientes do SUS de receberem medicamentos que lhes forem regularmente prescritos é inafastável. Deriva de preceito constitucional, que não pode ser condicionado a protocolos, que servem para melhor estruturar o sistema, mas não cercear direitos e refutar o ato médico de prescrição do medicamento.

A assistência farmacêutica contida expressamente na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) é tratada pelo Ministério da Saúde na Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, que define publicamente os programas, orientações, formulações políticas e administrativas acerca da estratégia geral, bem como aponta as competências para atuação nos três níveis de governo. É sabido que a política nacional de medicamentos é parte essencial da política nacional de saúde, garantindo a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população (NEGRI, 2002, p. 9).

A assistência farmacêutica no SUS envolve as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, adoção da Relação de Medicamentos Essenciais – RENAME, regulamentação sanitária de medicamentos, reorientação da assistência farmacêutica, desenvolvimento científico e tecnológico, promoção da produção de medicamentos, desenvolvimento e capacitação de recursos humanos, controle da qualidade e utilização – compreendida a prescrição e a dispensação – o que deverá favorecer a permanente disponibilidade dos produtos selecionados com base em critérios epidemiológicos (NEGRI, 2002).

Cumpra esclarecer que, orientada pelo princípio federativo, a Política Nacional de Medicamentos distribui a responsabilidade pela assistência farmacêutica entre os gestores do Sistema (federal, estadual e municipal), impedindo a sobrecarga de alguma das esferas em proveito das demais, bem como sua onerosidade excessiva e a pluralidade de programas. Caberá ao gestor estadual, entre outras responsabilidades, coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu âmbito, como definido pela Portaria MS nº 1318/02. Os medicamentos elencados na Portaria são conhecidos como excepcionais, isto é, de alto valor unitário ou que, por cronicidade do tratamento, tornam-se excessivamente caros para serem suportados pelos usuários. Utilizados no nível ambulatorial, a maioria deles é de uso crônico e parte deles integra tratamentos por toda a vida (SOUZA, 2002, p. 11).

O Programa de Medicamentos Excepcionais existe desde 1993, mas, a partir de 1997, houve incremento da lista, embora sua dispensação persistia irregular e inconstante nas Secretarias Estaduais de Saúde. Todavia, a partir de 2002, o Programa de Medicamentos Excepcionais foi remodelado pelo Ministério da Saúde e recebeu o aporte de R\$ 483 milhões e, neste ano de 2004, a previsão orçamentária supera o valor de R\$ 590 milhões (SOUZA, 2002). Em termos operacionais, os recursos financeiros para a aquisição dos medicamentos excepcionais são transferidos pelo Ministério da Saúde aos Estados todos os meses e de forma antecipada. Os Estados planejam a aquisição a partir das necessidades, adquirem e controlam a distribuição e os estoques (SOUZA, 2002).

Finalmente, destaque-se que, após três anos de preparo, de forma valiosa e audaciosa, do ponto de vista técnico, o Ministério da Saúde lançou a obra *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas* para os medicamentos excepcionais, um manual colocado à disposição dos gestores do SUS e profissionais relacionados à saúde que traçam o planejamento desde o diagnóstico até o tratamento das doenças, passando por conceitos, aspectos epidemiológicos, potenciais complicações e morbi-mortalidade associada à doença, detalhando todo o tratamento (SOUZA, 2002). *In casu*, a patologia é tratada pela Portaria SAS/Ministério da Saúde nº 12, de 12 de novembro de 2002, que contemplou o *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas* para o tratamento da asma grave. Tal protocolo evidencia a necessidade do uso dos medicamentos, os riscos, os critérios de inclusão e exclusão nos tratamentos.

5. Relação de Julgados

Em decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento nº 1.0024.03.163240-9/00/MG, que inspirou a realização deste trabalho, o relator do recurso determinou a restrição da eficácia da liminar, deferida em 1ª instância, para o fornecimento de medicamentos, ao limitar o rol de fornecimento aos fármacos selecionados pelo agravante, e ao estabelecer a posse de receituário de médico vinculado ao SUS e renda inferior a 15 salários mínimos como requisitos cumulativos para o acesso gratuito aos medicamentos devidos. Na oportunidade, o magistrado salientou que:

[...] o fornecimento de medicamentos gratuitamente para quem o pode pagar, constitui evidente desperdício de recursos públicos, imprescindíveis para a realização do direito à saúde das pessoas carentes [...]. Por último, convém que se atendam gratuitamente apenas os pacientes portadores de receituários fornecidos por médicos vinculados ao SUS. A hipossuficiência deverá ser caracterizada mediante comprovação de rendimentos inferiores a 15 (quinze) salários mínimos, levando em conta que se tratam de medicamentos de alto custo.

A fundamentação acima encontra respaldo em outras manifestações do Poder Judiciário como no julgamento do Mandado de Segurança nº 000.314.450-8/00/MG, em que se decidiu que é inafastável o dever do poder público de fornecer, às suas expensas, a pessoas carentes e portadoras de moléstia grave, medicamentos destinados a assegurar-lhes a continuidade da vida e a preservação da saúde. No julgamento do Mandado de Segurança

nº 296.243–9/MG, o Desembargador relatou que:

Meu posicionamento, em casos semelhantes, tem sido no sentido de que não se pode fazer todo o tipo de exigência ao Estado, no que tange ao custeio de remédios e tratamentos médicos caros e complicados. A teoria constitucional é louvável [...]. De fato, é sabido que o Estado nem de longe possui recursos necessários para proporcionar, a cada um que dele necessita, o devido tratamento médico, e não se pode tentar a fórceps retirar esses recursos de um combalido e extremamente deficitário sistema público de saúde.

Na ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 000.288.512-7/00/MG, a magistratura pronunciou-se no sentido de que: “Cabe ao Poder Público fornecer às pessoas necessitadas, gratuitamente, medicamentos necessários para o tratamento de doença crônica de alto custo, a encargo do SUS”. Na decisão acerca do Mandado de Segurança nº 1.000.03.401299–7/000/MG, o magistrado sentenciou que:

Não é razoável que um médico particular eleito pelo impetrante, estranho ao sistema público de saúde possa ter tal poder de ingerência, praticamente administrando o setor público de saúde. Do contrário, as consequências poderão ser graves, com a instalação de uma anarquia no SUS que inviabiliza o controle estatal sobre os seus recursos.

Outros tribunais do país também são seduzidos pelo argumento de que o acesso à saúde deve ser garantido para pessoas *hipossuficientes*. Veja-se, por exemplo, a seguinte ementa de acórdão proferido pelo TJGO que, embora deferindo a tutela, argumentou com base na hipossuficiência da parte:

Duplo grau de jurisdição. Mandado de segurança. Fornecimento de medicação prescrita. Direito à saúde - dever do estado. A saúde é direito constitucionalmente garantido. Tendo sido prescrito pelo médico a terapia medicamentosa a paciente e sendo esta pessoa *hipossuficiente* para tal tratamento, caberá ao Estado atender as necessidades essenciais ao tratamento específico ao cidadão. Direito líquido e certo configurado. Remessa conhecida e improvida. (Duplo grau de jurisdição obrigatório nº 9263-0/195).

Em outro aresto, o Tribunal goiano manteve a mesma orientação:

Mandado de segurança. Pretendente hipossuficiente. Continuidade na entrega de medicamento. Dever inarredável do estado. A saúde é direito primário do ser humano, constituindo dever inarredável do Estado promover as medidas indispensáveis ao seu pleno e efetivo exercício, sendo imperativo a administração pública assegurar o fornecimento do medicamento, ate a recuperação do paciente carente conforme preconizado nos artigos 6 e 196 da Constituição Federal. Segurança concedida. (Mandado de Segurança nº 11206-9/101).

Até mesmo o Superior Tribunal de Justiça – STJ já se enveredou por tal caminho em

caso em que cuidava de saúde da criança e do adolescente: “É dever do Poder Público, *em face da impossibilidade de a família arcar com tais gastos*, com absoluta prioridade, assegurar à criança e ao adolescente o direito à saúde, competindo-lhe respeitar e cumprir os preceitos legais que regem a matéria.” (BRASIL, 2001). No caso acima, constata-se, implicitamente, como condição para o acesso ao serviço público de saúde, a impossibilidade de custear tratamento.

6. Reflexão Inicial

A história dos direitos humanos pode ser descrita como a história dos modos através dos quais a sociedade moderna pretendeu centralizar no sistema jurídico as formas de inclusão e exclusão social do homem (MAGALHÃES, 2003, p. 15). Após as revoluções burguesas, o conceito de humanidade, cuja tendência à generalização acentuou-se ao longo do século XVIII passou a significar, através de uma perspectiva predominantemente quantitativa, tão-somente a totalidade aritmética dos homens (ocultando as diferenças qualitativas que subsistiam), e assim, a igualdade do estado de natureza, declarada, torna-se a igualdade do estado civil: igualdade que não precisa da lei para realizar-se, mas que se transforma em *igualdade perante a lei* (MAGALHÃES, 2003, p. 210). A semântica dos direitos humanos, neste contexto:

[...] ofereceu, então, uma grande prestação para a sociedade moderna: a possibilidade de se explicar, ainda através da noção de direito anterior a toda forma de direito positivo e, portanto, de um princípio unívoco, a contingência social que permitia a superação da estratificação e, ao mesmo tempo, o prosseguir da diferenciação social. (MAGALHÃES, 2003, p. 211).

Consistiu, pois, numa resposta da sociedade moderna à diferenciação funcional, em que se pretendeu atribuir ao direito a tarefa de realizar a integração social como agente capaz de corrigir os desvios do processo civilizatório (MAGALHÃES, 2003). Assim, os titulares dos direitos humanos são as pessoas naturais, enquanto tais, independentemente de suas qualidades pessoais: estéticas, econômicas, religiosas, entre outras. Essa evolução é fruto de um processo tremendamente complexo no qual se rompeu a sociedade estratificada e nasceu uma sociedade complexa, que:

[...] requereu a afirmação, a um só tempo, paradoxal e estruturalmente móvel, do reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos os seus membros, ou seja, tornou plausível e exigiu a idéia de que somos, pela primeira vez na história, uma sociedade na qual nos reconhecemos como pessoas iguais, porque ao mesmo tempo livres. Livres para sermos diferentes, uma vez que somos diferentes, plurais em dotes e potencialidades desde o nascimento e nos reconhecemos o direito de sermos diferentes e de exercermos as nossas diferenças, ou seja, de sermos livres e de exercermos nossas liberdades. (CARVALHO NETO, 2001, p. 143).

Nesse contexto cabe ainda dizer que, na modernidade, a vida (com seus fenômenos próprios na ordem do saber e do poder) entra na história, de forma que o homem moderno

é agora um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão, diferente do homem aristotélico: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política. (FOUCAULT, 2001, p. 131). E no desenvolvimento deste bio-poder, cuja tarefa principal é regular a vida, afinal o poder político assume a tarefa de gerir a vida, surge a necessidade de um sistema normativo mais direcionado à regulação da vida (FOUCAULT, 2001), à normalização na sociedade, ao investimento sobre a vida e menos relacionado ao poder de matar⁴.

Assim, com a substituição do velho direito de causar a morte ou deixar viver pelo poder de causar a vida ou devolver a morte (FOUCAULT, 2001) ocasionada pelo desenvolvimento do bio-poder, podemos claramente perceber como o sentido quantitativo da idéia de humano começa a sobressair em razão do sentido qualitativo. Os titulares dos direitos humanos não mais serão os nobres de sangue azul, ou os soberanos, ou os membros de determinada casta ou estrato social, mas a totalidade dos homens.

A própria pretensão de validade das normas jurídicas universais, segundo o princípio democrático que surge, estará vinculada ao consentimento, ou melhor, à participação de todos os cidadãos em um processo discursivo de legislação que, por sua vez, foi constituído legalmente, conforme Habermas, citado por Galuppo (2003, p.231). O cruzamento da noção de direito com a semântica atual da idéia de humano representam, então, o que é devido ao homem enquanto ser vivo da espécie humana, que é composta, segundo o ideário iluminista, por seres livres, iguais e com direito a um próprio projeto de felicidade.

Neste sentido, se o projeto das sociedades civilizadas contemporâneas é a construção de uma sociedade de consenso e livre, através de uma constituição democrática, a declaração dos direitos fundamentais é a parte central desta constituição, pois é através da efetivação destes direitos (*ratio essendi* do Estado de Direito) que o Direito realiza a liberdade e outros direitos nele reconhecidos (SALGADO, 2001, p. 246). São eles (sempre neste contexto) os direitos considerados essenciais que se criaram e se desenvolveram na cultura ocidental por meio dos quais a idéia de liberdade, de projeto de felicidade e outras subjacentes recebem concretude. E, de forma mais genérica, se considerarmos que o direito moderno só existe na tensão entre faticidade e validade, podemos dizer que os direitos fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático (GALUPPO, 2003, 236).

7. Estudo de Jurisprudência e Alerta

Neste diapasão de idéias, essas decisões judiciais constituem graves distorções da atu-

⁴ O suicídio, de crime (punível enquanto pára na tentativa), passa a ser objeto de estudo de várias ciências como a psicologia, a sociologia. Afinal, a tentativa de suicídio já não é mais um crime que se comete contra o poder que o soberano dispôs sobre a sua vida, mas algo que deva ser estudo dentro do ideário de normalização da vida – é a morte devolvida (FOUCAULT, 2001, p. 131).

al semântica dos direitos fundamentais. Observando, num primeiro momento, a limitação do acesso ao fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais, somente aos que comprovarem rendimentos mensais inferiores a 15 salários mínimos, temos que, a pretexto de promover a inclusão social (no âmbito da saúde pública) das pessoas detentoras de baixa renda produzindo justiça distributiva, o que o magistrado fez foi *criar um critério censitário*⁵ *para o acesso aos direitos fundamentais, o que, por sua vez, é capaz de gerar uma exclusão infinitamente superior.* Ora, o direito à saúde é direito humano, é devido a todos sem discriminações – sobretudo os de classe econômica, *de forma que a introdução de um critério censitário para o acesso aos direitos fundamentais é, antes de definir quem é o usuário do SUS, uma forma de definir o que é o ser humano no Brasil a partir de sua renda mensal.*

Isso representa um retrocesso inadmissível sob todos os pontos de vista, pois o que devemos buscar é justamente a globalização dos direitos humanos, da solidariedade e da tolerância. E isso, não se faz sem que estendamos pontes sobre os obstáculos que nos separam de nossos semelhantes. O momento é de contestação às invasões no Iraque, aos atentados terroristas e à *Doutrina Bush*, que tenta, nos típicos moldes da sociedade estratificada, recolocar o sistema do direito a serviço do sistema da moral, de forma que o direito agora estabilize determinadas expectativas morais e as imponha a todos com a intenção clara de legitimar o completo sacrifício dos direitos humanos sob o pretexto de resguardá-los. Dessa maneira, entendemos que:

É sob a base de uma argumentação moral que identifica a marcha pelos direitos humanos como sinônimo de ‘processo civilizatório’, que se justificam as bárbaras violações dos direitos humanos a que assistimos no Oriente Médio, e não apenas da parte de quem exerce despoticamente o poder naquelas regiões menos favorecidas pela noção ocidental de democracia, mas também pelos próprios paladinos da democracia e dos direitos humanos no Ocidente. Nessa hipótese, os direitos humanos são assumidos como valores morais, e não como normas jurídicas, o que significa que, para o sistema jurídico, eles representam uma dimensão simbólica e, como se sabe, os símbolos tanto revelam quanto ocultam algo sobre aquilo que simbolizam. (MAGALHÃES, 2003, p. 269).

Também as demais ofensas aos direitos humanos devem ser combatidas, pois o tempo não é de retorno aos injustificados privilégios de classe (a sociedade do século XVIII já reconhecia os absurdos dos privilégios de classe), mas de busca de formas de efetivação dos direitos declarados nos séculos anteriores. Aliás, entre nós brasileiros, devemos ressaltar, já há algum tempo, tivemos a oportunidade de superar um critério censitário, o voto censitário (a partir da renda mensal, este critério estabelecia os mecanismos de inclusão e exclusão para participação das importantes decisões políticas da sociedade), que foi estabelecido na Constituição de 1824 – *a Constituição da Mandioca* – que dispunha:

⁵ Que ou aquele que pagava censo – pensão anual que o enfiteuta pagava ao senhorio pela posse de uma terra ou em razão de um contrato (FERREIRA, 2001, p. 140).

Art. 92. São excluídos de votar nas assembléias paroquiais:

1º) Os menores de 25 anos, nos quais se não compreendem os casados e oficiais militares que forem maiores de 21 anos, os bacharéis formados e clérigos de ordens sacras.

2º) Os filhos-famílias que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem ofícios públicos.

3º) Os criados de servir, em cuja classe não entram os guarda-livros e primeiros caixeiros das casas de comércio, os criados da casa de comércio, os criados da casa imperial que não forem de galão branco e os administradores das fazendas rurais e fábricas.

4º) Os religiosos e quaisquer que vivam em comunidade claustral.

5º) Os que não tiverem renda líquida anual de 100.000 por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos.

Art. 93. Os que não podem votar nas assembléias primárias de paróquias não podem ser membros nem votar na nomeação de alguma autoridade efetiva nacional ou local.

Art. 94. Podem ser eleitores e votar na eleição dos deputados, senadores e membros dos conselhos de província, todos os que podem votar na assembléia paroquial. Excetua-se:

1º) Os que não tiverem renda líquida anual de 200.000 por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego.

2º) Os libertos.

3º) Os criminosos pronunciados em querela ou devassa.

Art. 95. Todos os que podem ser eleitores são hábeis para serem nomeados deputados. Excetua-se:

1º) Os que não tiverem 400 000 de renda, líquida, na forma dos artigos 92 e 94.

2º) Os estrangeiros naturalizados.

3º) Os que não professarem a religião do Estado.

Assim, não se pode, depois de já superada a autoritária, aristocrática e antidemocrática restrição ao acesso aos direitos políticos, instituir-se, em pleno século XXI, um critério censitário para acesso a direitos fundamentais (entre eles, claro, o direito à saúde). Os preceitos do Estado democrático de direito, os ideais de isonomia, de dignidade da pessoa humana não permitem a instituição de tal critério em hipótese nenhuma. Os direitos fundamentais são inatos à pessoa humana por sua simples pertinência à espécie humana, são inalienáveis, imediatos e constituem cláusula pétrea na Constituição de 1988⁶.

A Constituição da República de 1988 está imersa no paradigma constitucional do Estado democrático de direito, em que os direitos fundamentais, muito mais que previstos, devem ser concretizados, exercidos pela totalidade dos brasileiros. Perpassa assim, sobretudo, a idéia de inclusão, de acesso universal. Todos nós, independentemente de nossas castas, de nossas preferências filosóficas, clubísticas ou políticas, somos humanos, temos, a partir disto, pleno e imediato direito ao que nos é devido para o implemento das míni-

⁶ Exatamente por isso, a Constituição estabeleceu, como princípio orientador do SUS, a universalidade do acesso às suas ações e serviços.

mas condições de preservação de nossas vidas.

O operador do direito não pode, então, equivocar-se a respeito de qual o direito vigente e, muito menos, a respeito de qual o direito em vigor. A Constituição de 1988 refundou a ordem jurídica repudiando todo o ideário com ela incompatível, de forma que interpretações das normas constitucionais que retrocedem a paradigmas de Estado excludentes, como o que alicerçava a *Constituição da Mandioca*, não se legitimam no contexto do Estado democrático de direito, organizado pela atual ordem constitucional.

São inconstitucionais, portanto, decisões jurídicas que, em pleno século XXI, baseiam-se ou se fundamentam em substrato jurídico excludente e autoritário, como na época da *Constituição da Mandioca*. E também dicotomizar a sociedade entre pobres e ricos atribuindo, respectivamente, o sentido de *bem* e *mal* a pretexto de promover justiça distributiva, revela-se uma postura tipicamente maniqueísta cujo efeito é nefasto ao gerar *injustiça distributiva*, tratamento desigual aos desiguais, mas tratamento que não corresponde aos anseios de nenhum dos desiguais. Afinal, esta segmentação da sociedade em pólos opostos e de forma estanque dificulta justamente a inclusão social e se afasta dos objetivos propostos pela Constituição, na medida em que ela propõe a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Também a limitação do fornecimento dos medicamentos aos pacientes que possuem receituários de médicos vinculados ao SUS não deve prevalecer. Em primeiro lugar, porque essa condição encerra em seu bojo uma contradição insuperável quando associada à condição anterior (fato de auferir mensalmente menos de 15 salários mínimos). Ao limitar o fornecimento gratuito de medicamentos aos possuidores de menor renda mensal, com certeza absoluta, o magistrado pressupõe que as pessoas possuidoras de maior renda mensal podem dispor de serviços de saúde, no mínimo, de igual qualidade aos prestados pelo Estado, o que gera a faculdade de dispensar os serviços do SUS. De outra forma não haveria como o magistrado pretender excluir da identidade de usuário do SUS as pessoas detentoras de renda mensal acima de 15 salários mínimos.

Devemos lembrar que, se as pessoas detentoras de renda mensal acima de 15 salários mínimos não frequentam os serviços do SUS, elas frequentam os serviços de saúde privada e esses serviços são administrados e exercidos justamente pelos médicos não vinculados aos SUS. Logo, a contradição está em excluir, num primeiro momento, determinado grupo de pessoas dos serviços do SUS sob o fundamento de que os serviços privados podem suprir as necessidades dos pacientes – que podem pagar – com qualidade, e num segundo momento, novamente excluir determinado grupo de pessoas dos serviços do SUS, afirmando que os receituários e prescrições dos médicos dos serviços privados não devem ter valor perante o SUS, agora, sob o fundamento de que podem levar o SUS à anarquia e falta de conhecimento em saúde. Não há como fundamentar essa suspeita sobre os médicos, se antes consideramos que os bons serviços que eles prestam justificam até excluir cidadãos que possuem renda superior a quinze salários mínimos da qualidade de usuários do SUS.

Em segundo lugar, num sistema jurídico, a má-fé não é presumida, é provada, pois, de fato, a maioria dos deveres é cumprida espontaneamente, sem a necessidade de medidas coercitivas. Se dependêssemos somente (ou mesmo em larga escala) delas, de nada valeria ou nada significaria o direito. Afinal, direito não se define pela força, pela sanção ou pelo dever, mas, pelo contrário, o ordenamento jurídico e as normas jurídicas são, sobretudo, instrumentos de atribuição de direitos, de estabilização de expectativas. As presunções no Direito baseiam-se no que geralmente ocorre, o que as torna inaplicáveis *in casu*. Partir do pressuposto de que o outro atua de má-fé é atentar contra a dignidade humana ao transformar a exceção em regra e ao inverter valores. É buscar legitimidade para ofensas injustificáveis a direitos fundamentais e colocar a má-fé na essência do que é a humanidade, uma vez que a presunção de má-fé pode, como visto no caso em comento, até servir de fundamento para sacrifício de direitos humanos. Além do mais, a terapêutica adequada para cada caso concreto deve ser indicada pelo profissional de referência, graduado e legalmente habilitado para tanto, o qual tem o dever, ainda, de pesar os benefícios e prejuízos de determinado tratamento que prescreve. Aliás, saliente-se que são eles que respondem seja civil, seja penalmente, pelas consequências danosas advindas da prescrição de tratamento indevido.

Em terceiro lugar, exigir receituário do SUS, discussão já superada no âmbito do Ministério da Saúde, levaria os pacientes a procurarem os médicos da rede pública, apesar de já terem se consultado em outros serviços, apenas com o intuito de receber uma receita, o que traria um ônus dispensável ao sistema e geraria riscos desnecessários à saúde dos pacientes. Enfim, a exigência ora em comento, representa exclusão muito maior que a inclusão que pretende⁷.

Deve haver cautela na interpretação das leis em atenção à isonomia, pois instituir um critério censitário para regular o acesso a direito fundamental não é compatível com nenhum princípio constitucional. Essa discriminação não é desejável pela Constituição e nem pela conjugação harmônica das normas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro. É, pois, intolerável, injurídica e inconstitucional qualquer desequiparação que se pretenda fazer. Afinal, qualquer interpretação da norma que extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita, ofende o preceito constitucional da isonomia (MELLO, 2002, p. 47-48). No que se refere à interpretação dos direitos fundamentais, (SALGADO, 2001, p. 255) afirma que [...] “a realização da liberdade através da realização dos direitos fundamentais é princípio diretor de toda hermenêutica de uma constituição democrática, cuja razão de ser é a própria declaração de direitos”.

⁷ Neste ponto, urge trazer à colação julgado do TJMG, cujo teor se aplica à hipótese: “O Estado-Administração não pode erguer barreiras burocráticas ensejando obstaculizar ou mesmo impedir o tratamento adequado ao cidadão carente, notadamente na hipótese destes autos, em que o requerente é portador de moléstia gravíssima, e sem o uso do medicamento indicado por seu médico vê-se acometido de crises graves e frequentes.” (MINAS GERAIS, 2003).

8. Das Decisões Jurídicas

A partir da segunda metade do século XVIII, com a série de declarações sobre os direitos do homem, incomensuravelmente maior do que a soma das normas de direito universais até então conhecidas, ocorreu o advento da chamada Era dos Direitos marcada pela crença de que mediante o estabelecimento de normas gerais e abstratas resolvia-se o problema do controle social, garantia-se a civilidade, o fim dos odiosos privilégios de nascimento, o respeito ao outro e a efetividade desse antigo sonho da realização da justiça (CARVALHO NETO, 2003, p. 158).

A aplicação das leis, naquele contexto, acreditava-se, deveria ser cega às especificidades das sempre distintas situações de aplicação, de forma que, dada a capacidade de racionalmente, por intermédio da fórmula da lei, regularmos a vida moral, ética e jurídica, ficaríamos livres de problemas no campo da aplicação normativa (CARVALHO NETO, 2003, p. 157). E a despeito da Era dos Direitos, nunca tantos direitos foram lesados em nome dos próprios direitos humanos.

Afinal, um dos grandes entraves à efetivação dos direitos humanos deveu-se ao fato de que o discurso de aplicação dos direitos foi confundido com o da sua elaboração, e, além disso, houve pouca conscientização acerca do fato de que mesmo tendo acesso às normas jurídicas mediante textos discursivamente construídos e reconstruídos – caráter textual do direito moderno –, isso não coloca os textos como os sujeitos da atividade de interpretação (CARVALHO NETO, 2000, p. 475).

Não podemos pretender que com a racionalização, em termos de estabelecimento de uma legislação abstrata (*pena mágica do legislador*) tenhamos resolvido os problemas da vida concreta, pois, pelo contrário, a normatividade tem limites, e o Direito Moderno não regula nem a si mesmo, visto que se dá a conhecer por textos que, por definição, são manipuláveis (CARVALHO NETO, 2003, p. 159).

A situação do aplicador do direito transcende a qualquer tentativa de reduzi-lo a um mero expectador (*bouche de la loi*) do processo decisório (CARVALHO NETO, 2000, p. 479) e envolve mais que silogística formal do pensamento lógico em sua abstração – é mais que mero ato de conhecimento formal do mundo (BITTAR, 2004, p. 167). Nossa situação no mundo é uma situação hermenêutica, de forma que não interpretamos só o texto, atribuímos sentido, interpretamos o tempo inteiro e as nossas interpretações dependem de uma série de não ditos, de supostos (CARVALHO NETO, 2003, p. 158-159). A legislação abstrata, nesse sentido, é um instrumento do trabalho de aplicação.

Somente as “[...] normas gerais isoladas não esgotam a complexidade da vida” (CARVALHO NETO, 2003, p. 157), então, o Direito, inicialmente conjunto de sentidos e princípios forjados pela sociedade, sob seus padrões de cultura, é, a seguir, também produto do homem, positivado no ordenamento e nas normas jurídicas (GRAU, 1988, p. 21), de forma que no momento seguinte: “[...] produto (reproduto) do homem, permanece a ser

sob cada decisão na qual se dê sua aplicação a casos concretos. Insista-se: também há produção (reprodução) do Direito na sua aplicação a cada caso concreto” (GRAU, 1988, p. 21), o que se revela não uma ciência, mas uma prudência (GRAU, 1988, p. 22) que se exerce na concretude e singularidade dos casos concretos, levando-se a sério, não só os direitos, mas a proporcionalidade, a razoabilidade e os mecanismos de inclusão e exclusão que operam por trás deles; e que deve satisfazer os requisitos mínimos de aceitabilidade (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 97), dentro de um senso de adequabilidade, conforme Günther, citado por Carvalho Neto (2003). Reconhece-se assim que a tarefa que cabe aos aplicadores do direito, sobretudo os magistrados, não é simples. E como já advertia o sociólogo português Santos (2001, p.180):

[...] As novas gerações de juízes e magistrados deverão ser equipadas com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular. Esses conhecimentos têm de ser tornados disponíveis e, sobretudo no que respeita aos conhecimentos sobre administração da justiça no nosso país, esses conhecimentos têm ainda de ser criados [...]. É necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida. Por um lado, ela reivindicará o aumento de poderes decisórios [...]. Por outro lado, ele tenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a ideais sociais e políticos disponíveis na sociedade.

Então, se por um lado o papel do aplicador do direito não é atuar segundo uma lógica meramente formal, não é também, diante de um caso concreto, definir qual valor envolvido – seja a saúde, seja a economia – é mais importante, pois, em primeiro lugar, essa ponderação de valores não faz parte do código do sistema do direito, e, em segundo lugar, ao agir dessa forma, o aplicador entra no campo da conveniência. E, de fato, o direito:

Não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos [...]. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada. (DWORKIN, 2002, p. 60).

Assim, não é no âmbito da ponderação de direitos como valores (a conveniência do juiz não é mais importante que a do legislador) ou na aplicação do raciocínio meramente lógico-formal que o aplicador deve formular suas decisões. É no exame do caso concreto com todas as suas singularidades, que o tornam irrepetível, que o aplicador, sobretudo o juiz, pode, ao encontrar a norma adequada (e não o maior valor) para aquele caso específico, garantir a aceitabilidade das decisões de direito, convencendo racionalmente os afetados da decisão acerca de sua consistência, de forma que nem a justiça, nem a segurança jurídica e demais instituições sejam lesadas.

A imparcialidade, neste contexto, é garantida justamente quando o aplicador entra na perspectiva de cada um dos envolvidos no caso a fim de que, através das características

singulares do *hard case*, ele encontre a norma aplicável, segundo o senso de adequabilidade. Isso é de extrema importância porque:

É sob a base de uma argumentação moral que identifica a marcha pelos direitos humanos como sinônimo de ‘processo civilizatório’, que se justificam as bárbaras violações dos direitos humanos a que assistimos no Oriente Médio, e não apenas da parte de quem exerce despoticamente o poder naquelas regiões menos favorecidas pela noção ocidental de democracia, mas também pelos próprios paladinos da democracia e dos direitos humanos no Ocidente. Nessa hipótese, os direitos humanos são assumidos como valores morais, e não como normas jurídicas, o que significa que, para o sistema jurídico, eles representam uma dimensão simbólica e, como se sabe, os símbolos tanto revelam quanto ocultam algo sobre aquilo que simbolizam. (MAGALHÃES, 2003, p. 269).

9. Conclusão

A semântica dos direitos humanos encontra-se em evolução constante, o próprio direito à saúde se encontra em evolução, até porque, de maneira alguma, acreditamos que o atual estágio de evolução é capaz de atender aos anseios da humanidade. Os próprios fatos falam por si, e o continente africano por todos. De fato, a expressão direitos humanos encobriu uma dualidade: a latente diferença entre inclusão e exclusão que, anteriormente, manifestava-se de maneira mais evidente como a diferença entre gregos e bárbaros, senhor e escravo, cristãos e pagãos, fiéis e infiéis, homens e mulheres, é supostamente abolida sob o manto universalizante da noção de humanidade e direitos humanos, de forma que já não há mais uma referência única que permita referir-se ao homem como excluído ou não, participante ou não da comunicação social (MAGALHÃES, 2003, p. 211).

E à medida que se diferenciam sistemas sociais voltados para solução de específicos problemas sociais, os mecanismos de inclusão e exclusão também se especificam e, com isso, a idéia original de que, em função dos direitos humanos, todos os homens fossem incluídos na sociedade se dá no exato momento em que a diferenciação funcional torna cada um dos sistemas sociais soberano para criar e realizar suas próprias formas de inclusão social (MAGALHÃES, 2003). Neste ponto, a inclusão universal dos homens na sociedade traduz-se, nessa medida, como também a exclusão universal dos homens porque todos os sistemas realizam, hoje, operações de inclusão e exclusão, conforme De Giorgi⁸, citado por Magalhães (2003).

Na sociedade, então: “[...] toda exclusão é o outro lado de uma inclusão; toda e qualquer inclusão gera exclusão. E toda e qualquer inclusão, praticada por cada um dos sistemas globais, é uma forma globalizada de exclusão” (MAGALHÃES, 2003, p. 266). Neste passo, conforme Corsi, citado por Magalhães (2003), a questão da exclusão social então

⁸ “Esta sociedade pratica a inclusão universal de todos dentro das operações dos sistemas sociais. Mas a inclusão é somente uma face de uma distinção que em outra face produz exclusão. A distinção fundamental, com base na qual esta sociedade opera, de fato é a distinção exclusão-inclusão”.

não é só uma questão política: não depende simplesmente das relações de poder; não é uma questão só econômica: não se pode eliminar com uma diferente distribuição de recursos; e nem é só uma questão jurídica: não são os vínculos normativos os que podem produzir todas as transformações.

O direito, como a política, não é um sistema que representa a sociedade na sociedade, de tal sorte que: “[...] as teorias dos direitos humanos por si só não estão em grau de oferecerem garantias quanto à humanidade de sua utilização” (MAGALHÃES, 2003, p. 267). Dessa maneira, como a toda inclusão corresponde uma exclusão, vemos que é patente o sucateamento da rede hospitalar pública, vemos a EC 42, de forma inconstitucional, permitir o deslocamento de recursos destinados à seguridade social para o pagamento da dívida pública. Presenciamos ainda a inércia generalizada em relação ao processo de envelhecimento pelo qual passa a população brasileira, o qual requisita imediatas e contundentes reformulações no modelo de saúde pública – modelos comunitários centrados na prevenção, na reabilitação, no saneamento básico e na regularidade e universalidade dos serviços e ações de saúde e à precariedade (existem exceções) do atendimento prestado no âmbito do SUS: as filas imensas, a curta duração das consultas, a péssima remuneração dos profissionais, a carência do sistema preventivo, entre outros dramas.

O cenário não é para desespero, mas para conscientização de que o ponto máximo que podemos alcançar é um maior controle de riscos porque não há teoria ou discurso capaz de congelar a dinâmica da vida. Mecanismos de inclusão social diversos podem ficar defasados em pouquíssimo tempo diante da força atribuidora de sentido da gramática das práticas sociais em permanente transformação. Paradoxalmente, só podemos enfrentar de fato os riscos que demandam criação de mecanismos de inclusão social, quando desistimos de exorcizá-los e tentamos controlá-los (CARVALHO NETO, 2001). Diante disso temos que evoluir e exercer uma práxis transformadora na experiência diária da democracia a fim de concretizarmos tantos direitos declarados. Por sua vez, a declaração do direito à saúde como um direito de todos, certamente tem inúmeros pontos positivos. A análise do círculo normativo revela, entre outros pontos, que existe um aumento no processo de busca da afirmação de dignidade por meio da preservação do direito à saúde. Observa-se ainda que há uma participação cada vez maior (ainda pequena) dos destinatários das ações e serviços de saúde na sua formulação, aplicação e avaliação.

Além disso, a atuação do Ministério Público, ajuizando ações coletivas diante da inércia ou incompetência do Estado, tem se mostrado fundamental para a construção do SUS e proporcionar o acesso à saúde que seja efetivo e de qualidade. Importante é percebermos, de forma clara, os riscos e os interesses inconfessáveis e privados existentes na ideia de sacrificar, violar direitos humanos na defesa de direitos humanos, pois foi como gestores da vida e da sobrevivência dos corpos e da raça que tantos regimes puderam travar tantas guerras, causando a morte de tantos homens (FOUCAULT, 2001, p. 131).

Uma decisão judicial é muito mais que um ato final, em que uma possibilidade é escolhida, rejeitando-se outras. É muito mais que uma construção silogística, é uma opção

pela alternativa que satisfaz os requisitos mínimos de aceitabilidade (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 97) e não de conveniência, no contexto de uma lógica jurídica não reduzida à lógica formal, mas identificada com a lógica do razoável, conforme Alves, citado por Bittar (2004).

O magistrado deve atentar para o fato de que o fenômeno jurídico é pluridimensional dotado de conteúdo empírico, axiológico e constitui verdadeira prudência. Um “[...] produto cultural – na medida em que é uma invenção do homem – urdido a partir do confronto das forças sociais e também expressão ideológica, há que tomá-lo, o jurista, como objeto de indagação desde a perspectiva teleológica” (GRAU, 1988, p.36). E considerando ainda que toda aplicação do direito produzido é uma (re) produção do próprio direito, o magistrado, e todos nós, demais aplicadores do direito, devemos ser prudentes no direito que (re) produzimos, para que, parafraseando Magalhães (2003), a luta pelos direitos humanos não seja um motivo para retorno à barbárie.

10. Bibliografia

A Revolta da Vacina. Disponível em: <www2.prossiga.br/Ocruz/trajetoria/diretoriageral/31campanhas/revoltadavacina.htm>. Acesso em: 23 jun. 2005.

BITTAR, E. Lógica. In: BITTAR, E.; SOARES, F. M. (Org.). *Temas de filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. Protocolos Clínicos e diretrizes terapêuticas: medicamentos excepcionais. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 5.986/RS. Relator Min. Laurita Vaz. Brasília, 9 de outubro de 2001.

CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio L. (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 2000.

_____. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 1, p.11-20, mar. 2001.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário básico da língua portuguesa*. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2001.

FOUCAULT, M. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 14. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

GALUPPO, M. C. O que são direitos fundamentais In: SAMPAIO, J. A. *A jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GUSTIN, M. B. *Das necessidades humanas aos direitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Estrutura e semântica dos direitos humanos*. 2003. 283 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Università degli Studi di Lecce, Roma, 2004.

MELLO, C. A. Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 314454-0. Relator: Des. Walter Marotta. Belo Horizonte, 18 de junho de 2003.

NEGRI, Barjas. A política nacional de medicamentos. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: medicamentos excepcionais*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

SALGADO, J. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 39, p. 245-267, jan./jun. 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Dilma Jane Couto Carneiro et al. (Org.). *Manual do curador da saúde*. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2002.

2. JURISPRUDÊNCIAS

2.1 IMPRESCRITIBILIDADE DAS OBRIGAÇÕES EM DIREITO DO AMBIENTE DECORRENTES DA RECUPERAÇÃO DA VEGETAÇÃO DE ÁREA DEVASTADA

EMENTA: DIREITO AMBIENTAL. CONSTITUIÇÃO DE RESERVA LEGAL. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. IMPOSIÇÃO EM TODA E QUALQUER PROPRIEDADE RURAL INDEPENDENTE DE EXISTÊNCIA DE FLORESTA OU VEGETAÇÃO NATIVA. NECESSIDADE DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEVASTADA. INTERPRETAÇÃO QUE SE AMOLDA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL QUE ASSEGURA A TODOS, INCLUSIVE ÀS FUTURAS GERAÇÕES, O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. A proteção ao meio ambiente, por se tratar de um direito fundamental para preservação do planeta, pertencente à humanidade e às gerações futuras, constitui matéria imprescritível. O art. 225, da CF, impõe ao poder público o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, incumbindo-lhe, para tanto, definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos e, também, proteger a fauna e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica (CF, art. 225, § 1º, III e VII). (ADInMC 1.952-DF, rel. Min. Moreira Alves, 12.8.99). Ante o contexto constitucional, não há dúvida de que a averbação de área de reserva legal deve ocorrer ainda que no terreno inexistia área de floresta. Se não foi possível preservar a vegetação nativa, é necessário restaurá-la, recuperá-la e reabilitá-la, de forma a assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e, principalmente, para as futuras gerações. Afinal, como bem adverte Dalai Lama, “podemos perdoar a destruição do passado causada pela ignorância. Hoje, no entanto, somos responsáveis por preservar o meio ambiente para as gerações futuras.” Por outro lado, ante a imensa devastação do meio ambiente, entender que a reserva legal se limita apenas às propriedades rurais que tenham vegetação nativa, é esvaziar por completo a finalidade da reserva legal, e mais, é consagrar uma interpretação que desprestigia o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O importante é impor a reserva legal a toda e qualquer propriedade rural, ainda que inexistia vegetação nativa, já que é dever do proprietário promover a recuperação da área devastada. “A aquisição da propriedade sem a delimitação da reserva legal não exime o adquirente da obrigação de recompor tal reserva. Isso mais se enfatiza diante do comando contido no art. 99 da Lei n. 8.171/99, que confere, objetivamente, a obrigação de o proprietário rural arborizar, ao longo dos anos, a faixa destinada à reserva legal em suas terras. Não há, portanto, por que se falar em ilegitimidade passiva ad causam do adquirente do imóvel para responder a ação civil pública mediante a qual se busca proteger a área de reserva florestal legal no domínio privado, uma vez que é sua a responsabilidade pela ocorrência de danos ambientais. Em outras palavras, é o proprietário, ao tempo da exigência do cumprimento da obrigação de reparação ambiental, que deve responder por ela, visto que adquiriu a propriedade na vigência da legislação impositiva de restrição ao seu uso, além de que,

se assim não fosse, jamais as reservas legais no domínio privado seriam recompostas, o que abalaria o objetivo da legislação de assegurar a preservação e equilíbrio ambientais.” (Resp 195.274 - PR, relator Ministro João Otávio de Noronha).

DECISÃO: À unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo retido e ao recurso principal e dar provimento ao recurso adesivo.

(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0035.04.032284-0/001/Araguari. Relator: Desª. Maria Elza. Belo Horizonte, 15 de setembro de 2005).

2.2 INTERESSE SUPRA-INDIVIDUAL – INTERESSE INDISPONÍVEL, LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

EMENTA. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 7.347/85. LEI 8.625/93. DEFESA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. USUÁRIOS. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MORTES DE NEONATOS POR SEPTICEMIA. 1. É cediço na Corte que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante (Precedentes). 2. *In casu*, o Ministério Público do Estado de Roraima propôs ação civil pública contra o Estado de Roraima para condená-lo a indenizar os usuários do serviço público de saúde prestado pelo Hospital-Materno Infantil Nossa Senhora de Nazaré desde o ano de 1994, pelos prejuízos de cunho material, consistentes nos danos emergentes e lucros cessantes, e pelos danos morais, na conformidade daquilo que cada um deles, individual e posteriormente, vier a demonstrar em decorrência de que muitos usuários, dentre eles vários nascituros, faleceram por deficiência de assepsia material e/ou humana no referido hospital. 3. Isto por que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos. 5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. 6. Em consequência, legitima-se o *Parquet* a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 8. Precedentes do STJ: AARESP 229226 / RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239 / PR; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491/SC; Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000. 9. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos,

esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 10. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada *in utilibus* poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria. 11. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. 12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido

DECISÃO: por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 637.332/RR. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 24 de novembro de 2004).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL – COMENTÁRIOS A UM ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ROBSON RENAULT GODINHO

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Mestre em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 714.256 - RS (2005/0002315-0)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON

RECORRENTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR : JOSÉ GUILHERME KLIEMANN E OUTROS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA: PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Na ação civil pública, atua o *Parquet* como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Estado de terem assistência médico-hospitalar. 2. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas um menor para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual. 3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.” Os Srs. Ministros Franciulli Netto e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins.

MINISTRA ELIANA CALMON

Relatora

Data do julgamento: 22 de março de 2005.

RECURSO ESPECIAL Nº 714.256 - RS (2005/0002315-0)

RELATÓRIO: A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com fundamento nos incisos “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. CRIANÇA E ADOLESCENTE. DEVER DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. I - Afastada a

preliminar de falta de interesse de agir, eis que a atuação ministerial *in casu* é assegurada constitucional e infraconstitucionalmente, mostrando-se a via eleita adequada, diante da comprovada necessidade e urgência de tutela em favor do demandante. II - Aos entes da federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados, inteligência dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. A observância das normas constitucionais garantidoras do direito fundamental à saúde corresponde ao verdadeiro alcance do conteúdo político das disposições constitucionais, bem como à efetivação do Estado Democrático de Direito, descabendo desconsiderá-las a título de meros programas de atuação. A Lei Estadual 9.908, de 16.06.1993, ao dispor sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes, conforme determinado no artigo 82, IV, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, estabeleceu que “o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.” (artigo 1º), e considerou como medicamentos excepcionais “aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente” (artigo 1º, parágrafo único). O direito à saúde é assegurado com prioridade absoluta em favor das crianças e adolescentes, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, bem como arts. 4º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Descabe a pretensão do apelante de louvar-se da alegação de falta de previsão orçamentária, dado que a própria Carta Constitucional lhe determina reserva de verba pública para atendimento às demandas referentes à saúde pública. (Fl. 143). Alega o recorrente ofensa aos arts. 6º do CPC, 1º da Lei 7.347/85 e 201, V, da Lei 8.069/90, bem como dissídio jurisprudencial, aduzindo que o Ministério Público não possui interesse de agir, por tratar a demanda de tutela de interesse individual, pelo que deve ser anulado o processo *ab initio*. Com as contra-razões, subiram os autos. É o relatório.

VOTO: A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relator): Está claro que, na demanda, o Ministério Público defende direito individual do menor W.D.P., o que lhe está vedado por via de ação civil pública. Tenha-se presente que na ação civil pública atua o *parquet* como substituto processual da sociedade, que exige o cumprimento da lei: no caso, o direito de todas as crianças no Estado do Rio Grande do Sul, da faixa etária de W., de terem garantida assistência médico-hospitalar. Por via da ação civil pública, está o MP legitimado a defender os interesses transindividuais, sem vinculação a qualquer das partes, diferentemente do que ocorre quando intervém em razão de interesse público ligado a condições especiais de uma pessoa, como por exemplo, um incapaz determinado, um acidentado do trabalho, uma pessoa portadora de deficiência etc.

O MP pode, efetivamente, agir como representante ou substituto processual de pessoa determinada, mas é necessário, na hipótese, saber o porquê da representação ou da substituição, pois os pais representam o menor e só em casos específicos é que o MP age em favor deste, como bem exposto por Hugo Nigro Mazilli: A possibilidade de o Ministério Público agir como autor no processo civil supõe autorização taxativa na lei, salvo as hipóteses de legitimação genérica nas ações civis públicas em defesa de interesses transindividuais. (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 16ª ed., pág. 90). Assim compreendendo a

questão, dou provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão

realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.”

Os Srs. Ministros Franciulli Netto e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins.

Brasília, 22 de março de 2005.

2. Razões

A atuação do Ministério Público como parte autora sempre esteve relacionada com o processo penal e só em período mais recente, especialmente após a promulgação da atual Constituição, sua atividade como autor no campo cível passou a merecer maior atenção, sendo que, mesmo legitimado para o exercício de diversas ações que tutelam direitos individuais, o Ministério Público passou a ser conhecido como o legitimado por excelência para a tutela de direitos transindividuais. Moreira (1997, p. 73) chegou a afirmar que o silêncio da Instituição no processo civil teria sido interrompido exatamente em razão do processo coletivo, que ensejou a “[...] revitalização do Ministério Público, arrancado à relativa quietude em que usualmente o mantinham, no tocante ao processo civil, as atribuições tradicionais”.

É interessante observar, entretanto, que, muito antes da atual Constituição, já cabia ao Ministério Público o ajuizamento de ações que visavam à tutela de direitos individuais¹, como a anulação de casamento, a anulação de atos simulados, declaração de ausência, prestação de contas, ação civil *ex delicto*² etc. Leis posteriores à Constituição continuaram a prever legitimidade para o Ministério Público ajuizar ações individuais, como o

¹ Diversos exemplos de ações individuais que podem ser ajuizadas pelo Ministério Público são fornecidos por Mazzilli (2002) e Nery Junior e Nery (2004).

² Pacificou-se na jurisprudência o entendimento de que o Ministério Público possui legitimidade subsidiária para a ação civil *ex delicto*. “RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL EX DELICTO - AJUIZAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - ALEGADA REVOGAÇÃO DO ART. 68 DO CPP PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR A AÇÃO - MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Quanto ao alegado dissídio jurisprudencial, denota-se que o precedente colacionado, julgado pela egrégia Primeira Turma deste Tribunal, à evidência diverge do entendimento esposado no v. decisum recorrido. Com efeito, enquanto a Corte de origem entendeu que o artigo 68 do CPP não foi revogado pela Constituição Federal, o julgado apontado como paradigma concluiu pela revogação. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 01.07.2003, pacificou o entendimento segundo o qual, “apesar da Constituição Federal de 1988 ter afastado, dentre as atribuições funcionais do Ministério Público, a defesa dos hipossuficientes, incumbindo-a às Defensorias Públicas (art. 134), o Supremo Tribunal Federal consignou pela

Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, mas nota-se que a ênfase da atuação da instituição está mesmo no processo coletivo.

Embora haja diversas possibilidades de ajuizamento de ações para a tutela de direitos individuais, o certo é que o Ministério Público nunca se destacou por esse tipo de iniciativa. Não há dúvidas de que o Ministério Público possui vocação para a tutela de direitos sociais e o ajuizamento de ações coletivas é o instrumento natural para a tutela jurisdicional de tais direitos, mas queremos estabelecer que também a tutela de direitos individuais indisponíveis é compatível com o perfil constitucional da Instituição, além de também contribuir para, em um sentido amplo, uma atuação social do Ministério Público. Ou seja: a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos individuais não pode ser ignorada, nem considerada ultrapassada, mas, sim, deve ser adequada à realidade social e ao perfil constitucional da Instituição.

Esperamos que a outorga de ampla legitimação para a tutela de direitos transindividuais, ao revelar sua vocação para a realização de direitos, desperte a Instituição para a antiga legitimidade para a tutela de direitos individuais indisponíveis, a fim de que se realize uma tutela de direitos mais completa e, conseqüentemente, mais efetiva. Nosso propósito nestes singelos comentários, portanto, será demonstrar a compatibilidade da tutela de direitos individuais com o perfil constitucional do Ministério Público e a relevância que o ajuizamento de ações individuais pela Instituição pode assumir na efetivação de direitos. Optamos por comentar um acórdão do Superior Tribunal de Justiça que contraria nosso pensamento exatamente para tentar demonstrar o equívoco da tese restritiva.

Para o estudo que empreenderemos, partiremos das seguintes premissas básicas: 1) a legitimidade para agir é uma questão constitucional³; 2) a legitimidade do Ministério Público decorre dos arts. 127 e 129, IX, da Constituição; 3) a outorga de legitimidade ao Ministério Público dá efetividade ao direito constitucional de acesso à tutela jurisdicional adequada; 4) o Ministério Público é um canal legitimado constitucionalmente de acesso à justiça.

3. Legitimidade para Agir: breves considerações

A tutela jurisdicional é buscada por meio de uma demanda instrumentalizada em uma petição inicial e o sistema processual possibilita que o juiz, em uma análise preliminar

inconstitucionalidade progressiva do CPP, art. 68, concluindo que ‘enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista’ (RE nº 135.328-7/SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01/08/94)” (EREsp n. 232.279/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 04.08.2003). Dessa forma, como não foi implementada Defensoria Pública no Estado de São Paulo, o Ministério Público tem legitimidade para, naquela Unidade da Federação, promover ação civil por danos decorrentes de crime, como substituto processual dos necessitados. Recurso especial não provido” (STJ - RESP 475010 / SP – Rel. Min. Franciulli Netto).

³ Como afirma Campos (1996, p. 21), “[...] *la cuestión procesal que se suscita con la legitimación recae siempre, de un modo o de otro, en el ámbito del derecho constitucional*”.

sobre o conteúdo da pretensão do autor, examine se estão presentes condições necessárias para o legítimo exercício do direito de ação⁴. Na síntese formulada por Bedaque (1995, p. 73):

[...] exercida a garantia constitucional de ação, o juiz sairá de sua inércia e verificará, à luz daquela situação de direito material deduzida pelo autor na petição inicial, se existe possibilidade, em tese, de o interessado ser efetivamente titular de uma situação amparada por regras de direito material (ou se o autor pode exercer em juízo aquele direito, por autorização expressa do legislador) e se efetivamente necessita da intervenção estatal. Caso tal não ocorra, de nada adiantará o prosseguimento do processo, pois já se sabe, de antemão, que a tutela buscada é evidentemente inviável.

A garantia constitucional do acesso à justiça não é incompatível com a existência das denominadas condições da ação, já que, se é verdade que todos podem requerer a tutela jurisdicional, mesmo que dela não sejam merecedores, não é menos verdade que o processo é o instrumento para a satisfação daqueles que mereçam a tutela jurisdicional, isto é, que efetivamente sejam titulares da situação material afirmada. Ou seja: a ação *concretamente exercida* é passível de controle de admissibilidade por meio da implementação de condições impostas pelo ordenamento.

Em nosso sistema processual, o mérito do processo só será examinado se as condições para o legítimo exercício do direito de ação estiverem satisfeitas⁵. Isso, no entanto, não significa que o acesso à justiça possa ser obstado pela imposição de condições de admissibilidade desarrazoadas, ou seja, dissociadas da realidade de direito material, sob pena de se vedar indevidamente o acesso à justiça⁶. Nessa linha, Bedaque (1995) afirma com precisão que não pode o legislador infraconstitucional impedir ou apresentar óbice injus-

⁴ Não obstante o Código de Processo Civil haver consagrado a categoria das condições da ação como requisito de admissibilidade do processo, as divergências doutrinárias são constantes. Como referências às polêmicas existentes, confirmam-se, exemplificativamente, os seguintes trabalhos: Fabricio (2003); Aragão (2002); Didier Junior (2005, p. 184), em que afirma que “[...] o mais correto seria proscrever as condições da ação da dogmática jurídica e, por tabela, do sistema jurídico, pois, ou compõem o próprio mérito da causa, ou podem ser enquadradas na categoria dos ‘pressupostos processuais’ ou dos requisitos de admissibilidade do processo”.

⁵ Não raramente torna-se bastante difícil distinguir as condições da ação do mérito, o que faz com que boa parte da doutrina critique duramente a opção do legislador pátrio. Realmente, em diversas situações, sob o pretexto de examinar as condições da ação, o mérito acaba sendo examinado, embora a sentença seja de carência e, em princípio, não tenha aptidão para formar coisa julgada material (art. 268, CPC). Segundo vem se entendendo, o disposto no art. 268 do CPC não significa que a repositura da ação possa ser automática, já que o requisito faltante deve ser implementado (NERY JUNIOR e NERY, 2004). Entretanto, caso se modifique o requisito faltante, tratar-se-á de *outra* demanda, de modo que nem mesmo a coisa julgada material impediria a propositura da ação.

⁶ Nesse sentido, vale transcrever a seguinte decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, que bem demonstra que as condições são legítimas desde que não embarquem desarrazoadamente o acesso à tutela jurisdicional: “Es consolidada doctrina de este Tribunal que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) no conlleva el reconocimiento de un derecho a que los órganos judiciales se pronuncien sobre el fondo de la cuestión planteada ante ellos, resultando aquél satisfecho con una decisión de inadmisión siempre y cuando la misma sea consecuencia de la aplicación razonada de una causa legal. Ahora bien, si cuando esa decisión de inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos el juicio de constitucionalidad ha de ceñirse a los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad, cuando del acceso

tificável ao exame de pretensões pelo Judiciário.⁷ O certo é que nosso sistema processual trabalha com condições de admissibilidade da demanda e uma dessas condições é exatamente a legitimidade para agir. Segundo Armelin (1979, p. 59):

[...] a legitimidade para agir é de ser conceituada como uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação, se presentes as demais condições da ação e pressupostos processuais, com o pronunciamento judicial sobre o mérito do processo.

Mais recentemente, Armelin (2003, p. 115) afirmou que a “[...] legitimidade como pressuposto de eficácia do ato jurídico pode derivar de uma afirmação do autor, no processo, quanto à titularidade do direito objeto da ação, ou decorrer da situação de titular do pólo passivo da relação processual, embora rejeitando a situação de vinculação ao direito afirmado”.

A legitimidade é de ser verificada, pois, a partir da situação jurídica afirmada no processo (*in statu assertionis*), sendo irrelevante perquirir-se a efetiva existência do direito alegado⁸. Ou seja, a legitimidade é aferida pelo exame da situação legitimante à luz do que é

a la jurisdicción se trata, como aquí ocurre, el principio hermenéutico pro actione opera con especial intensidad, de manera que si bien el mismo no obliga 'la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles', si proscribire aquellas decisiones de inadmisión que 'por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican (PÉREZ, 2001, p. 74).

⁷ Como afirma corretamente Campos (1996, p. 17), “[...] actualmente, el problema de la legitimación no puede recluirse en el derecho procesal como cuestión a resolver exclusivamente por sus normas. El cordón umbilical que anuda lo procesal con lo constitucional no tolera cortarse porque, de ocurrir tal cosa, se puede frustrar el sistema de derechos y el sistema garantista. Basta una pregunta para esclarecer la afirmación: ¿de qué vale y de qué sirve que un sistema de derechos resulte todo lo completo que es posible, y que lo auxilie la cobertura de un sistema garantista idóneo, si el justiciable que postula el acceso a un proceso ve rechazada o denegada su legitimación? [...] Cada día más nos convencemos de que toda la doctrina y la praxis de la tutela judicial efectiva se desvanecen en su esfuerzo cuando procesalmente se estrangula la legitimación”. Pensamos que o que ocorreu com o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública foi exatamente a oposição de um obstáculo injustificável, razão pela qual, dentre outros motivos que oportunamente serão declinados, consideramos tal dispositivo flagrantemente inconstitucional.

⁸ Adere-se aqui claramente à teoria da asserção, que, embora conte com a adesão de boa parte da doutrina, foi fortemente combatida por Dinamarco (2004), que, entretanto, ao tratar do que denominou de “falsas carências de ação”, acaba por fornecer exemplos que são resolvidos satisfatoriamente pela teoria por ele repudiada. Na realidade, a teoria da asserção não é incompatível com a perda superveniente de uma condição da ação, até porque o exame das condições pode ser realizado de ofício e em qualquer fase procedimental (sobre a eficácia preclusiva da decisão de admissibilidade do processo. (DIDIER JUNIOR, p. 72). Além de seu significado técnico, a teoria da asserção possui inegável importância prática, já que mostra compromisso com o resultado do processo, na medida em que incentiva o exame do mérito, e procura evitar que haja uma sentença de carência de ação após longos anos de relação processual, como bem demonstrado por Salles (1992, p. 110). Registre-se que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça deu aplicação peculiar à teoria da asserção. Confira-se a seguinte ementa: “Processual Civil. Ação Civil Pública. Legitimidade Ativa. Ministério Público. Taxa de Água e Esgoto. Direito de Contribuintes. 1. A MP 2.180-35 introduziu o parágrafo único no art. 1º, da Lei da Ação Civil Pública, vedando a veiculação da *actio civilis* para a discussão de matéria tributária. 2. A MP 2.180-35 deve ser aplicada a partir de sua edição (24/08/2001), vedada a sua retroatividade que alcance as ações civis públicas promovidas antes de sua vigência. 3. *Legitimatio activa ad causam*. A legitimidade, como uma das condições da ação, rege-se

exposto na inicial, como se o juiz raciocinasse da seguinte forma: “[...] admitida a veracidade dos fatos alegados pelas partes, é a elas que a lei dá legitimidade, respectivamente, para propor ou contestar a ação?” (TORNAGHI, 1974, p. 91). Na síntese de Moreira (1971, p. 91), “[...] denomina-se legitimação a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da formulação perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende se atribuir”. Quando a titularidade da ação coincide com a titularidade do direito postulado na demanda, a legitimidade é ordinária; no caso de a ação ser utilizada por outrem que não aquele que se aponta como titular do direito material, a legitimidade passa a ser extraordinária.

As regras de legitimação referentes ao Ministério Público merecem especial exame, já que, salvo quando defende prerrogativas institucionais, os membros da Instituição não possuem titularidade sobre os bens e direitos em defesa dos quais atua, ou seja, não estão ligados à relação de direito material. A legitimidade extraordinária do Ministério Público, portanto, decorrerá da presença de determinados interesses no processo, de modo que “[...] a qualificação desse interesse, de forma a emprestar reconhecimento à legitimidade da atuação processual do Ministério Público, corresponde à operação da verificação das situações legitimantes” (SALLES, 1997, p. 240).

Como este trabalho é dedicado ao estudo da atuação do Ministério Público na defesa de direitos individuais, evidentemente trabalharemos com a legitimidade extraordinária, mais especificamente com a espécie *substituição processual*, sobre a qual trataremos com mais vagar no item seguinte. Antes, porém, vale consignar uma vez mais que o Ministério Público não possui vocação para a defesa de direitos individuais disponíveis, de modo que toda e qualquer legitimidade que lhe for conferida necessariamente deve ser compatível com o disposto nos arts. 127 e 129, IX, da Constituição, o que significa dizer que sua legitimidade se resume à tutela de direitos individuais indisponíveis e de interesses sociais.

4. Legitimação Extraordinária e Substituição Processual: generalidades

A partir da relação estabelecida entre o sujeito legitimado e o objeto litigioso (situação

pela Lei vigente à data da propositura da ação. 4. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui interesse transindividual, que por sua dimensão coletiva torna-se público e indisponível, apto a legitimar o *Parquet* a velá-la em juízo. Aliás, em muitas decisões o Superior Tribunal de Justiça vinha sufragando o entendimento de que a Ação Civil Pública voltada contra a ilegalidade dos tributos não implicava em via oblíqua de controle concentrado de constitucionalidade. Deveras, o Ministério Público, por força do art. 129, III, da Constituição Federal é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos contribuintes de Taxa de Esgoto, ainda que por Ação Civil Pública. 5. Recurso Especial do Ministério Público provido”. (RESP 530808 / MG – Rel. Min. Luiz Fux). O Supremo Tribunal Federal, conforme noticiado no informativo nº 356, entendeu que a “[...] aferição da legitimidade deve ser feita no momento da propositura da ação e que a perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional não o desqualifica como legitimado ativo para a ação direta de inconstitucionalidade. Vencidos o Min. Carlos Velloso, relator, e Celso de Mello, que consideravam que a perda da representação implicava a perda da capacidade postulatória.” (ADI 2159 AgR/DF).

legitimante), classifica-se a legitimidade para agir em ordinária e extraordinária⁹. Foi visto que o legitimado ordinário é aquele que comparece em juízo para defender direito próprio, coincidindo a titularidade da relação processual com a relação material. Já o legitimado extraordinário, embora autorizado pelo sistema normativo a ingressar no processo e conduzi-lo validamente, não é o titular do direito litigioso, não havendo coincidência entre a situação legitimante e a situação deduzida em juízo. Enquanto o legitimado ordinário encontra na sentença o regramento de sua própria situação, o legitimado extraordinário se depara com a disciplina de situação alheia, que até pode repercutir na sua, como assinala Moreira (2000). Tecnicamente não há exata coincidência entre as expressões *legitimação extraordinária* e *substituição processual*¹⁰, já que esta é menos ampla que aquela, de modo que se entende por substituição processual a legitimidade decorrente do sistema normativo que autoriza determinado sujeito a atuar em juízo, como parte principal, defendendo direito alheio (art. 6º do Código de Processo Civil)¹¹.

De acordo com a célebre classificação proposta por Moreira (2000), a legitimação extraordinária pode ser dividida em autônoma e subordinada. Há legitimação extraordinária *autônoma* quando o processo pode ser validamente instaurado sem a presença do titular do direito, ou seja, quando o legitimado extraordinário pode figurar no processo com total independência daquele que seria o legitimado extraordinário. A legitimidade extraordinária autônoma apresenta, em apertada síntese, as seguintes subdivisões: 1) *legitimação extraordinária exclusiva*: apenas o legitimado extraordinário pode ser a parte principal do processo, como ocorre na hipótese prevista no art. 68, § 3º, da Lei 6.404/76¹²; 2) *legitimação extraordinária concorrente*: trata-se de co-legitimação e a regularidade da relação processual independe da instauração da demanda por todos os legitimados. A legiti-

⁹ Anote-se que para Alvim (1996, p. 79) a legitimidade extraordinária é pressuposto processual e não condição da ação.

¹⁰ A polêmica sobre a terminologia adequada do instituto chegou a gerar sugestões para a adoção das expressões *equiparação processual*, *equivalência processual* e *equipolência processual* (OLIVEIRA JUNIOR, 1971, p. 87) e (ARRUDA ALVIM, 1990, p. 517). É certo que o rigor terminológico é importante em qualquer ciência, mas nos parece que, a partir do momento em que se estabelece com precisão o que se entende por determinada expressão, passa a ser irrelevante qualquer batalha terminológica, mormente quando a tradição consagra determinado uso. Moreira (1971, p. 62), por exemplo, no clássico ensaio que dedicou ao tema, afirma que a substituição processual se refere à legitimação extraordinária autônoma, mas observa que, no rigor da lógica, a denominação seria unicamente adequada aos casos de legitimação extraordinária autônoma *exclusiva*, sendo que a legitimidade extraordinária exclusiva é de constitucionalidade discutível, como anota Alvim (1996, p. 92). Já Campos Júnior (1985) entende que ocorre verdadeira substituição processual no caso de legitimidade concorrente, desde que o titular do direito material mantenha-se inerte. De todo modo, existe a distinção técnica entre legitimação extraordinária e substituição processual e isso precisa ficar registrado. Entretanto, para os fins deste trabalho, a modalidade de legitimação extraordinária que nos interessa é a substituição processual.

¹¹ Campos Júnior (1985, p. 24) apresenta um conceito mais restritivo, excluindo a participação do titular do direito material na relação processual: “[...] ocorre substituição processual quando alguém, devidamente autorizado por lei, pleiteia como autor ou réu, em nome próprio, direito (pretensão) alheio, estando o titular deste direito ausente da ação, como parte”.

¹² A constitucionalidade da completa vedação do acesso à justiça pelo titular do direito é no mínimo discutível, como já foi mencionado anteriormente. Por esse motivo, deve ser permitido ao titular do direito o ingresso no processo, ao menos na condição de assistente litisconsorcial. Vale, também conferir o trabalho de Assis (2003, p. 14).

dade concorrente pode ser *primária* (ou seja, independentemente do comportamento do legitimado ordinário¹³) ou *subsidiária* (isto é, somente em razão da inércia do legitimado ordinário). Anote-se, ainda, que pode haver legitimidade concorrente envolvendo apenas legitimados extraordinários, como acontece nas hipóteses de ações coletivas – para quem entende que a legitimidade para essas ações é extraordinária – e na ação de anulação de casamento (terceiro interessado e o Ministério Público, art. 1.549 do CC/2002), hipóteses em que haveria legitimação extraordinária exclusiva e concorrente. No que se refere à legitimação extraordinária *subordinada*, tal se dá quando a presença do titular da relação jurídica controvertida é essencial para a regularidade da relação processual, reservando-se ao legitimado extraordinário a possibilidade de coadjuvar o legitimado ordinário, possuindo, assim, eficácia menos ampla que a autônoma, somente podendo ocorrer incidentalmente e com a necessária presença do legitimado ordinário na relação processual.

É importante salientar algumas características básicas da substituição processual: a) a substituição processual é excepcional¹⁴ e depende de autorização normativa (art. 6º do Código de Processo Civil); b) o substituto processual atua no processo na qualidade de parte, e não de representante; c) em relação ao substituto examinam-se os requisitos processuais subjetivos. A imparcialidade do magistrado, contudo, pode ser averiguada em relação a ambos, substituto ou substituído; d) salvo disposição legal em sentido contrário (p. ex., art. 274 do CC/2002, e art. 103 do CDC), a coisa julgada material estende seus efeitos ao substituído. Com efeito, é corrente na doutrina que, do ponto de vista processual, “[...] a consequência mais importante da substituição processual consiste precisamente em que a sentença proferida, no processo, produz efeitos, revestidos da autoridade da coisa julgada, para quem não foi parte processual, pois atinge alguém que ficou estranho ao processo” (CAMPOS JÚNIOR, 1985, p. 78), alargando-se os limites subjetivos da coisa julgada e especificando¹⁵ o disposto no art. 472 do Código de Processo Civil. Essa afirmação pode ser considerada tranqüila quando se tem em vista as raríssimas hipóteses de substituição processual exclusiva, mas se torna altamente controvertida diante de casos de legitimação concorrente, que é a mais comum forma dos casos de substituição processual.¹⁶ A maioria da doutrina entende que, em qualquer hipótese de substituição processual, há extensão subjetiva da coisa julgada material e assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao menos em uma ocasião¹⁷. Em sentido contrário, ou seja, de que não haveria extensão da coisa julgada aos demais legitimados, temos a conhecida teoria

¹³ Como na possibilidade de anulação do casamento pelo Ministério Público ou interessados (art. 1.549 do CC/2002).

¹⁴ No que se refere ao processo individual, evidentemente. Para aqueles que entendem que a legitimação coletiva também é extraordinária, essa modalidade passou a ser a regra (ALVIM, 2002).

¹⁵ Termo utilizado por Dinamarco (2004, p. 321), para quem não se trata de exceção ao disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, mas de *especificação*.

¹⁶ A polêmica também existe em casos de litisconsórcio unitário (MOREIRA, 1972, p. 150). Aliás, Moreira enuncia a seguinte regra: “[...] todo litisconsórcio entre co-legitimados extraordinários é unitário”.

¹⁷ “Processo civil. Ação proposta por netos visando ao reconhecimento da invalidade de venda realizada pelo avô (falecido) a tio, por meio de interpоста pessoa. Improcedência. Trânsito em julgado. Novas ações promovidas por outros descendentes do autor da herança buscando, da mesma forma e com base em idêntica “causa petendi”, o retorno do bem ao acervo hereditário, extensão subjetiva da “res iudicata” estabelecida

de Liebman (1984, p. 97) acerca da coisa julgada em casos de litisconsórcio facultativo unitário, em que defende a idéia de que a sentença somente atingirá a todos os legitimados se for para beneficiá-los. Aragão (1992, p. 301), a seu turno, examina expressamente a hipótese de substituição processual e conclui que “[...] ou é assegurada a participação no processo, mediante convocação oportuna de todos os que devem ficar futuramente sujeitos à autoridade da coisa julgada que dela emanará, ou esta não os vinculará”. Mais recentemente, Talamini (2004) defende a idéia de que o substituído seria atingido pela coisa julgada em três situações: a) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez; b) se o sujeito tinha (ou deveria ter) ciência do processo em que ocorria a substituição; c) se houver a possibilidade de o substituído participar, caso queira, do processo. Parece-nos que ao menos uma dessas situações sempre estará presente em casos de substituição, de modo que acaba por não haver rigorosa exceção à regra em sua teoria. Interessante observar que Talamini (2004) considera como exemplo de situação em que *não haveria* formação de coisa julgada para o substituído o julgamento de improcedência de pedido de investigação de paternidade em ação ajuizada pelo Ministério Público (Lei nº 8.560/92), sem, contudo, justificar sua posição, já que não demonstra como as situações antes referidas não seriam atendidas. Não nos parece que o ajuizamento de ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público escape ao enquadramento de ao menos uma das situações formuladas por Talamini (2004) que ensejam a extensão subjetiva da coisa julgada. No mínimo haverá prévia audiência com o representante do menor, sob pena de se inviabilizar o ajuizamento da ação por absoluta ausência de informação sobre os fatos relevantes do caso. Normalmente o Promotor de Justiça instaura um procedimento em que, além de ser tentado o reconhecimento voluntário da paternidade, são chamados os interessados e, após todos os esclarecimentos, são buscados os subsídios mínimos que viabilizem uma ação judicial. Em suma: sem a participação dos interessados a ação simplesmente não será proposta. Não vemos, portanto, como o substituído não ser atingido pela coisa julgada material, ainda mais que, nas ações de investigação de paternidade ajuizadas pelo Ministério Público¹⁸ a participação do titular do direito material

na primitiva causa. Substituição processual. Legitimação concorrente. Arts. 6º. e 472, CPC, e 1.132 e 1.580, parágrafo único, CC. Recurso desacolhido.

I - Os descendentes co-herdeiros que, com base no disposto no parágrafo único do art. 1.580, CC, demandam em prol da herança, como na ação em que postulam o reconhecimento da invalidade de venda realizada pelo seu autor com afronta ao art. 1.132, CC, agem como mandatários tácitos dos demais co-herdeiros aos quais aproveita o eventual reingresso do bem na “*universitas rerum*”, em defesa também dos direitos destes.

II - Atuam, destarte, na qualidade de substitutos processuais dos co-herdeiros prejudicados que, embora legitimados, não integrem a relação processual como litisconsortes ou assistentes litisconsorciais, impondo-se a estes, substituídos, sujeição a “*autoritas rei iudicatae*””. (RESP 44925 / GO – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

¹⁸ Sobre a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações que versem sobre paternidade, vale conferir a ementa de recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, que bem esclarece a questão: “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade e ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei,

é importante inclusive para a instrução da causa, especialmente em razão da colheita de material genético para a realização de prova pericial¹⁹.

Entendemos que negar que a coisa julgada material atinja o substituído que não tenha integrado o processo é negar a natureza do próprio instituto da substituição processual. Se aquele que foi substituído e se manteve fora do processo ficar imune ao resultado desse mesmo processo, não estaremos diante de substituição processual, mas, sim, de legitimação ordinária, já que o substituto na realidade não estará regulando situação alheia. O fundamento e a importância prática da substituição processual consistem exatamente na disciplina processual de direito alheio. Negando esse efeito, mutila-se o instituto, tornando-o imprestável para sua finalidade principal²⁰. Acrescente-se que, como bem observado por Didier Júnior, a extensão subjetiva da coisa julgada é imposição do princípio da igualdade:

A submissão do substituído à força da coisa julgada é imposição do princípio da igualdade. Se assim não fosse, o réu da demanda proposta pelo substituto processual litigaria em processo que jamais poderia vencer, pois, mesmo se derrotasse o substituto, a decisão não seria oponível ao substituído, que poderia propor novamente a mesma demanda. Seria processo em que apenas uma das partes poderia ganhar. A atribuição da legitimação extraordinária implica o reconhecimento de que um determinado sujeito pode defender, de maneira eficaz, os interesses de outrem. Assim, a

desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao *Parquet*, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o *jus postulandi* a outras pessoas. A substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei nº 8.560/92, artigo 2º, § 4º) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 248869/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa).

¹⁹ No que se refere às ações de paternidade, ainda merece ser mencionada a recente discussão acerca do que vem se denominando de *relativização da coisa julgada material*, cuja abordagem crítica, no entanto, não encontra espaço neste trabalho.

²⁰ Evidentemente, o próprio sistema que autorizou a legitimidade extraordinária pode restringir os limites subjetivos da coisa julgada, mas, exatamente em razão da natureza e da função da substituição processual, tal fato é excepcional e deve ser expresso (p. ex: arts. 274 e 1647, II, do Código Civil e arts. 10 e 952 do Código de Processo Civil).

extensão da coisa julgada ao substituído é disso consequência inexorável.

A extensão subjetiva da coisa julgada ao substituído é simples consequência inarredável da autorização normativa para a defesa de direito material alheio por outrem, já que o titular do direito material necessariamente tem que sofrer os efeitos da regulação de sua situação jurídica. Concluímos, portanto, que a coisa julgada material atinge o substituído que não tenha participado do processo.

5. O Ministério Público como Substituto Processual: comentários específicos ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça

Nas noções gerais expostas no primeiro item, foi visto que não é nenhuma novidade outorgar ao Ministério Público a condição de substituto processual, mas ainda assim há certo desconforto na doutrina e na jurisprudência quando se deparam com ações ajuizadas pelo Ministério Público para a defesa de direitos individuais. Em recente estudo sobre a substituição processual, Assis (2003, p. 18), ao discorrer sobre a necessidade de autorização legislativa para que haja substituição processual, ilustra bem essa dificuldade ao afirmar que “[...] o Ministério Público não se legitima a pleitear determinada prestação positiva do Estado, na área de saúde, em favor de pessoa doente. [...] A jurisprudência do STJ nega, pelo motivo exposto [ausência de autorização legislativa], legitimidade para defender direito de incapaz sob poder dos pais e propor ação de alimentos”.²¹ Em nossa opinião, o tema não foi bem compreendido pelo ilustre processualista e por parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como tentaremos demonstrar. É certo que a substituição processual necessariamente deve ser precedida de autorização do sistema normativo²², mas no caso do Ministério Público, ao contrário do afirmado por Assis (2003), existe uma autorização constitucional genérica de substituição processual para a tutela de direitos indisponíveis (art. 127 da Constituição).

Como já afirmamos, em nosso atual sistema normativo toda a legitimidade do Ministério Público decorre diretamente da Constituição, inclusive a substituição processual, de modo que nos parece um desvio de perspectiva negar a possibilidade de o Ministério Público ajuizar uma ação para a garantia de um direito indisponível (direito à saúde, por exemplo) sob o argumento de inexistir lei ordinária autorizativa. A partir do momento em que a Constituição confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, é evidente que se trata de hipótese de substituição processual decorrente de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata²³. Em suma: o Ministério Público é autorizado pela Constituição para atuar como substituto processual na defesa dos direitos indisponíveis, não havendo necessidade de previsão em lei ordinária.

²¹ O esclarecimento entre colchetes é nosso.

²² O que não significa que necessariamente seja autorização *legal*.

²³ As normas constitucionais sobre competência – e sobre atribuição, evidentemente – são classicamente consideradas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (SILVA, 1998, p. 89).

No acórdão sob comentário, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça reformou indevidamente uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e negou legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ação que visava ao fornecimento de medicamento para adolescente determinado, sob os seguintes argumentos: 1) a ação civil pública não se presta para a defesa de direitos individuais; 2) os pais representam os filhos; 3) o Ministério Público só pode defender direito de pessoa determinada em casos específicos, taxativamente previstos em lei.

Não concordamos com esta recente decisão do Superior Tribunal de Justiça pelas seguintes razões: 1) a legitimidade para a defesa de direitos individuais indisponíveis pelo Ministério Público decorre do artigo 127 da Constituição; 2) o Estatuto da Criança e do Adolescente reforça essa legitimidade e deveria ter sido aplicado no caso concreto. Realmente, a Lei 8.069/90, de maneira até mesmo didática, expressamente prevê que o Ministério Público atuará como substituto processual de criança ou adolescente em situação de risco, na defesa de seus direitos indisponíveis, (art. 201, III, IV, VIII e IX), de modo que nos parece injustificável a limitação imposta pelo acórdão ora comentado; 3) o fornecimento de medicamentos relaciona-se com o direito à vida e, portanto, pode ser buscado pelo Ministério Público ante a evidente indisponibilidade do direito; 4) o Ministério Público não possui legitimidade ativa apenas para causas coletivas; 5) o acórdão inexplicavelmente confunde representação com substituição processual; 6) o fato de uma ação ser rotulada de *ação civil pública* não interfere em nada com a questão de legitimidade, especialmente porque o direito de ação prescinde de pia batismal²⁴.

Também não convence o argumento de que se a criança ou o adolescente estiver sob o poder familiar o Ministério Público careceria de legitimidade. Ora, a legitimidade do Ministério Público não está condicionada a nenhum fator externo que não seja a indisponibilidade do direito. O fato de o menor estar sob o poder familiar se mostra irrelevante no particular, especialmente porque, se os pais são omissos, é necessária a atuação de um terceiro – no caso, o Ministério Público – para que o direito seja adequadamente tutelado. Se os pais não agem, resta o Ministério Público para servir de meio adequado para a tutela de direitos, inclusive com a tomada de medidas que podem atingir a relação decorrente do poder familiar (procedimento administrativo ou ação que vise à suspensão ou destituição do poder familiar). Não é por outro motivo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 98, II, considera que a situação de risco ensejadora de medidas protetivas pode ser caracterizada pela omissão dos pais.

O Superior Tribunal de Justiça também vem negando legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação de alimentos em favor de crianças e adolescentes que estejam sob o poder familiar. Como exemplo, confira-se a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE ALIMENTOS – MINIS-

²⁴ Essa é uma noção processual mezinha, mas vale fazer referência a um excelente estudo sobre uma temática complexa que é a tipicidade das ações (YARSHELL, 1999).

TÉRIO PÚBLICO REPRESENTANDO MENOR DE IDADE SOB O “PÁTRIO PODER” DA GENITORA - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - ART. 201, III, DA LEI Nº 8.069/90 - INAPLICABILIDADE. 1- Esta Corte Superior de Uniformização já firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor, como substituto processual, ação de alimentos em benefício de menor de idade sob o “pátrio poder” da genitora. Ademais, o art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 só é aplicado nas hipóteses em que há falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, de acordo com o art. 98, II, do mesmo diploma legal. 2 - Precedentes (REsp nºs 89.661/MG, 127.725/MG e 102.039/MG). 3 - Recurso não conhecido”. (BRASIL, 2005a).

Esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça é lamentável e igualmente decorre de uma interpretação totalmente equivocada do Estatuto da Criança e do Adolescente, já que a legitimação do Ministério Público, como vimos, independe de prévia suspensão ou perda do poder familiar, mas, sim, da existência de uma situação de risco em que se encontre a criança ou o adolescente e a omissão dos pais ou responsáveis caracteriza essa situação de risco. Ademais, a partir do momento em que o direito a alimentos repercute diretamente no direito à vida, o Ministério Público está autorizado constitucionalmente a agir na defesa de um direito individual indisponível. Se um Promotor de Justiça chega ao ponto de ajuizar uma ação de alimentos em favor de uma criança ou adolescente é porque apurou uma peculiar situação de risco e concluiu que deveria agir para suprir uma omissão do responsável, certamente com outras medidas, como procedimentos administrativos. No julgamento do Recurso Especial nº 120118/PR, houve o voto vencido do Min. Ruy Rosado, em que a matéria foi analisada com perfeição e que merece transcrição parcial:

[...] penso que está sendo feita indevida limitação à atuação do Ministério Público no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não é apenas nos casos de abandono, perda ou suspensão do pátrio poder que a lei atribui ao Ministério Público promover em juízo a defesa dos interesses difusos, coletivos ou mesmo individuais de crianças e adolescentes. A sua competência é ampla, pois a proteção do Estatuto se estende a todos os casos de ameaça ou violação aos direitos dos menores (art. 98), e para lutar por eles a lei após o Ministério Público, dando-lhe as atribuições elencadas no artigo 201. A carência de alimentação de uma criança decorre de falta dos pais ou responsáveis, e a hipótese se enquadra na situação prevista no art. 98, inc. II, onde o direito é ameaçado ou violado por falta dos pais. Para esse caso, o art. 201, inc. III, do ECA, dispõe: compete ao Ministério Público promover e acompanhar as ações de alimentos. Somente descumprindo a lei é que se pode retirar essa competência do Ministério Público, diminuindo o campo de sua atuação e causando grave prejuízo aos menores necessitados, pois a experiência do Foro demonstra que, muitas vezes, especialmente nas pequenas comarcas, é o Ministério Público a única instituição capaz de zelar pelos desassistidos. Sendo assim, reconheço no Ministério Público legitimidade para promover a ação de alimentos, ainda que as crianças estejam sob pátrio poder da mãe. Pergunto-me: quem proporá a ação em favor dessas duas pobres crianças? (grifo nosso).

Mesmo sem responder à instigante e desconcertante indagação do Min. Ruy Rosado – se não for o Ministério Público, quem proporá a ação em favor das crianças e adolescentes,

já que o responsável é omissor? – o Superior Tribunal de Justiça tem mantido seu restritivo entendimento, o que demonstra uma insistente interpretação equivocada da lei e um assustador desconhecimento da realidade social. Não deixa de ser interessante observar que o Superior Tribunal de Justiça admite que o Ministério Público ajuíze ação de investigação de paternidade cumulada com ação de alimentos em favor de menor, estendendo a legitimidade à fase executiva²⁵, sem, contudo, mencionar a questão do poder familiar, que obviamente se faz presente, demonstrando uma incongruência jurisprudencial.

Outro dado curioso do acórdão objeto destes breves comentários é a doutrina em que se baseia a Ministra Relatora, já que, sabidamente, Mazzilli dedica a maior parte de sua produção científica ao estudo do Ministério Público e, como profundo conhecedor da matéria, não defenderia, ao arripio da Constituição, uma atuação tão tímida da Instituição. A citação que fundamenta o acórdão está fora de contexto, bastando a leitura das páginas seguintes à mencionada no voto para comprovar a inconsistência do raciocínio artificialmente construído.

Não bastasse o Estatuto da Criança e do Adolescente autorizar expressamente a substituição processual na espécie, o artigo 127 da Constituição seria suficiente para legitimar a atuação do Ministério Público, de modo que o fundamento de autorização legal específica não subsiste a uma análise um pouco mais atenta. Evidentemente, como a legitimidade do Ministério Público decorre da Constituição, não há necessidade de todas as hipóteses de substituição processual estarem previstas em lei. Isso significa que, sempre que houver interesse social ou lesão ou ameaça de lesão a direito individual indisponível, o Ministério Público poderá agir como substituto processual. A previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de nos parecer um truismo, não foi suficiente para guiar a interpretação do Superior Tribunal de Justiça. Parece-nos que a interpretação a ser realizada pelo julgador deve ser sempre no sentido de, ao considerar as necessidades de tutela dos direitos, buscar a maior efetividade do processo, compatibilizando os institutos processuais de modo a possibilitar a satisfação do direito do jurisdicionado. No caso do Ministério Público atuando como substituto processual, a interpretação que se nos afigura mais adequada à realidade da tutela dos direitos é admiti-lo sempre que o interesse social ou direitos individuais indisponíveis estiverem em pauta.

Remarque-se que a legitimidade outorgada ao Ministério Público para a defesa de interesses sociais e direitos individuais indisponíveis, na medida em que amplia o acesso à justiça e possibilita maior êxito na tutela de direitos, é inequivocamente um meio de tornar o *processo socialmente efetivo*, que, segundo Moreira (2002, p. 181), é o “[...] processo apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar pela via judicial”. Mencione-se, nesse mesmo sentido, a oportuna afirmação

²⁵ “Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Execução. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.1. Ajuizada a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, julgada procedente, tem o Ministério Público, autor da ação, legitimidade para intentar a execução.” (RESP 208429/ MG – Rel: Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

de Shimura (2005, p. 50): “[...] limitar a legitimidade do Ministério Público é limitar o acesso da pessoa – pobre – à justiça. É ir contra toda a filosofia criada em favor da defesa dos cidadãos, fechando as portas do Judiciário na prestação da tutela jurisdicional”.

6. Conclusão

Negar legitimidade ao Ministério Público para a tutela dos direitos pode significar um evidente amesquinamento ou uma mutilação da garantia constitucional do acesso à justiça²⁶. Se é verdade que “[...] a igualdade perante a lei coexiste com uma grande desigualdade perante os tribunais” (SANTOS, 1996, p. 690), a correta percepção da legitimação constitucional do Ministério Público serve exatamente para amenizar essa desigualdade e possibilitar uma adequada tutela dos direitos.

O acórdão que comentamos não é isolado na jurisprudência²⁷, o que demonstra que ainda grassa uma incompreensão do perfil constitucional do Ministério Público, com graves consequências na realização da garantia do acesso à justiça. Espera-se que se evolua para uma interpretação constitucionalmente adequada da legitimação do Ministério Público para a tutela de direitos indisponíveis e que futuramente esse acórdão seja lembrado apenas como um equívoco definitivamente sepultado. A propósito, vale transcrever trechos de uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que nos aponta um tempo mais alvissareiro para a realização de direitos:

CONSTITUCIONAL. SAÚDE. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. TRATAMENTO MÉDICO. I. - O direito à saúde, consequência do direito à vida, constitui direito fundamental, direito individual indisponível (C.F., art. 196). Legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação em defesa desse direito (C.F., art. 127). II. - RE conhecido e provido. Assim equacionou a controvérsia o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto: “(...) o Ministério Público teve suas atribuições ampliadas pela Constituição Federal de 1988, alçando-se à categoria de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que, a partir de interpretação sistemática do ordenamento, outorga-lhe a legitimidade na defesa do direito fundamental à saúde, cuja inobservância, na espécie, reveste-se de maior gravidade, estando em causa a

²⁶ Deve ser evitado qualquer traço de ufanismo em relação ao Ministério Público, já que a consciência das limitações e das dificuldades é requisito imprescindível para o constante desenvolvimento institucional. A auto-suficiência é inimiga do aperfeiçoamento institucional. O otimismo exagerado revela prepotência e invariavelmente é um prenúncio de decepcionante desempenho. O desejo de onipotência só pode resultar em prejuízos para o Ministério Público e para a sociedade. É oportuna a transcrição do seguinte trecho de autoria de Moreira (1997, p. 21), “[...] o que não podemos é ser desmedidamente ambiciosos. Acalentar expectativas altas demais expõe-nos ao perigo de cair com facilidade em negativismo extremado. Nutre-se o pessimismo, com frequência, da amargura causada pela decepção: convencidos de ser inatingível o ideal, que ingenuamente supuseramos ao alcance da nossa mão, passamos a descrever da possibilidade de dar quaisquer passos, pequenos que sejam, na direção daquele. A ilusão da onipotência torna-se a véspera do cepticismo integral. Destarte, não poucas vezes, o talento do progressista desencantado acaba paradoxalmente posto a serviço do mais empedernido conservadorismo”.

proteção de um menor, acometido de graves problemas físicos, que impescindem da tutela requerida - ou seja, do tratamento domiciliar, cujo custeio, de forma ilegal, foi negado pela empresa seguradora. Assim, inserida no próprio conceito de dignidade da pessoa humana, a situação desafia a intervenção do *Parquet*, que detém legitimidade ativa para pugnar a reparação da lesão constitucional, levada a termo pela recorrida, conduzida, na espécie, por suas pretensões econômicas - estas sim disponíveis e diminutas em relação ao interesse público, consubstanciado no necessário controle estatal das ações e serviços de saúde. Entendendo de modo diverso, o acórdão negou força normativa aos arts. 127 e 129, do Texto Constitucional, devendo ser reformado nesta sede. “No julgamento do RE 271.286-Agr/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, decidiu o Supremo Tribunal Federal que “o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida” e que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.” Mais decidiu o Supremo Tribunal, no citado RE 271.286-Agr/RS, que “o direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.” (“DJ” de 24.11.2000) Diante dessa exemplar decisão do Supremo Tribunal Federal acórdão da lavra do eminente Ministro Celso de Mello é lícito concluir que o direito à saúde é direito individual indisponível. No caso, o acórdão recorrido, tendo decidido de forma contrária, é ofensivo ao dispositivo constitucional invocado, C.F., art. 127. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento. (BRASIL, 2005b).

Por fim, para demonstrar que o próprio Superior Tribunal de Justiça dá claros sinais evolutivos na matéria, terminamos nossos comentários com a transcrição de uma ementa que corrobora nossa tese:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. MENOR POBRE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.

1. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de menor pobre, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.
2. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de menor pobre. Precedentes: REsp 296905/PB e Resp 442693/RS.
3. O Estado, ao se negar a proteger o menor pobre nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.
4. Embargos de declaração conhecidos e providos para afastar a omissão e complementar, com maior precisão, a fundamentação que determinou o provimento do recurso para reconhecer a legitimidade do Ministério Público, determinando-se que a ação prossiga para, após instrução regular, ser o mérito julgado. (BRASIL, 2005c).

Espera-se que esses julgados formem nova tendência jurisprudencial e que se afastem as idéias veiculadas no acórdão que ora comentamos, a fim de que se realize a previsão constitucional de um Ministério Público otimizador do acesso efetivo a uma adequada tutela de direitos.

Bibliografia

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 108, out./dez. 2002.

ARRUDA ALVIM. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, abr./jun. 2002.

_____. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1990.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1979.

_____. Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT/APMP, 2003.

ASSIS, Araken de. Substituição processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 9, dez. 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT/APMP, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 120118/PR. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 1º de março de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 662033/RS. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 13 de junho de 2005c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 659498. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Brasília, 14 de fevereiro de 2005a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 394820/SP. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 27 de maio de 2005b.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMPOS, Germán J. Bidart. El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación. In: *La Legitimación: homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

CAMPOS JÚNIOR, Ephraim. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1985.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Um réquiem às condições da ação*: estudo analítico sobre a existência do instituto. Disponível em: <www.juspodivm.com.br/novo/>.

_____. *O juízo de admissibilidade do processo*: os pressupostos processuais e as condições da ação. Tese (Doutorado) – PUC/SP, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. (Ensaio e Pareceres).

_____. Legitimação passiva: critério de aferição. Mérito. *Direito Aplicado II*. (Pareceres). Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 105, p. 181-182, jan./mar. 2002.

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. (Primeira Série).

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997. (Sexta Série).

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil co-*

mentado. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971.

PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madri: Civitas, 2001.

SALLES, Carlos Alberto de. *A legitimação do Ministério Público para defesa de direitos e garantias constitucionais*. Dissertação (Mestrado) – USP, 1992.

_____. Legitimidade para agir: desenho processual da atuação do Ministério Público. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: IEDC/Atlas, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1996.

SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada: os limites subjetivos da coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdiccional*. São Paulo: Atlas, 1999.

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL COLETIVO**1. ARTIGOS****O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DOS DIREITOS DOS IDOSOS – ALGUMAS IMPRESSÕES****ROBSON RENAULT GODINHO**Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro
Mestre em Processo Civil – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Legitimidade do Ministério Público nas Ações Coletivas: doutrina e jurisprudência. 2.1. Panorama Doutrinário. 2.2. Panorama Jurisprudencial. 3. A Defesa Coletiva dos Direitos dos Idosos pelo Ministério Público. 3.1. A Questão Previdenciária. 4. Ministério Público e Sucumbência. 5. Atribuição e Competência. 6. Considerações Finais: o Ministério Público, a tutela coletiva de direitos e o acesso à Justiça. 7. Bibliografia.

1. Introdução

Ao concluir um de seus textos sobre a tutela jurisdicional coletiva, Moreira (1977, p. 220) notava a ausência de estudos sistemáticos acerca do tema e apontava a necessidade de uma maior preocupação teórica com o processo coletivo, ao afirmar que nessa matéria “[...] o legislador se antecipou às preocupações científicas”. Após a edição da Lei da Ação Civil Pública, o desenvolvimento do estudo da tutela jurisdicional coletiva, embora ainda possa ser considerado incipiente, já revela indiscutíveis progressos científicos, especialmente no Brasil¹. Vivemos um momento histórico, entretanto, em que não é exagerado afirmar que, caso não haja sérias reflexões acerca da tutela jurisdicional coletiva, boa parcela dos avanços conquistados até o momento sofrerá retrocesso legislativo, jurisprudencial e científico, acabando por confinar tão importantes institutos a reduzido espaço. Se observarmos bem, hoje a situação se inverteu e o legislador e a jurisprudência estão se antecipando às preocupações e avanços científicos, mas nem sempre com o objetivo de apresentar soluções úteis e eficazes para a realização dos direitos transindividuais, mas, sim, para provocar um indesejável retrocesso, subvertendo a lógica da afirmação de Moreira citada no início deste item.

A edição do Estatuto do Idoso, no que se refere ao processo coletivo, possui maior importância simbólica do que técnica, já que são poucas as inovações processuais

¹ Gidi (2003, p. 152) chega a afirmar que “[...] a Europa não pode ser ponto de referência para o Brasil em termos de processo coletivo. Ao contrário, somos nós, brasileiros, quem devemos dar essa lição para todo o mundo da civil law. Ao menos na área de direito processual coletivo, nós somos o ponto de referência para a doutrina e o legislador europeus”.

veiculadas, mas é imensa sua eficácia para a tutela dos direitos, seja para incrementar a atuação do Ministério Público, cuja legitimidade para a matéria decorre diretamente da Constituição, seja para conscientizar os idosos dos seus direitos e do papel do Ministério Público na sua tutela.

Nesse singelo trabalho, procuraremos contribuir, ainda que confinados em nossas limitações, para que o Ministério Público atue cada vez mais em benefício dos idosos, que ainda recebem uma inacreditável indiferença social, como se não nos déssemos conta de que só não envelhecerá aquele que morrer antes.

Aí está justamente porque escrevo este livro: para quebrar a conspiração do silêncio. A sociedade de consumo, observa Marcuse, substituiu a consciência infeliz por uma consciência feliz e reprova qualquer sentimento de culpa. É preciso perturbar sua tranquilidade. Com relação às pessoas idosas, essa sociedade não é apenas culpada, mas criminosa. Abrigada por trás dos mitos da expansão e da abundância, trata os velhos como párias. (BEAUVOIR, 1990, p. 9).

2. A Legitimidade do Ministério Público nas Ações Coletivas: doutrina e jurisprudência

Podemos dizer, sem exagero, que o exercício da tutela coletiva pelo Ministério Público é hoje a face mais visível de sua disciplina constitucional, tendo provocado uma verdadeira revitalização institucional. Ao lado desse incremento de atribuições, houve – e há – forte posicionamento que visa a limitar o amplo espectro de atuação do Ministério Público, especialmente no que se refere à tutela dos direitos individuais homogêneos, geralmente sob o argumento de que se pretende salvaguardar a sociedade da sanha abusiva de Promotores de Justiça e de que sua atuação em matéria de direitos individuais homogêneos é bastante restrita. A defesa dos direitos individuais homogêneos, pois, tornou-se campo próprio para a proliferação dessas idéias restritivas² e sobre esse tema nos dedicaremos com mais vagar.

² É oportuno mencionar uma nova objeção à atuação do Ministério Público na tutela de direitos transindividuais: atuando como parte em ação cível, o Ministério Público sempre deverá estar representado por advogado, em razão de a Constituição só haver-lhe conferido capacidade postulatória em matéria penal, vedando-lhe o exercício da advocacia. Falta ao Ministério Público, portanto, de acordo com o referido autor, capacidade postulatória para ajuizar qualquer ação coletiva, devendo contratar advogado, que teria a exclusividade absoluta sobre o *jus postulandi* (PAULA, 2001). Esse posicionamento é flagrantemente equivocado, parecendo até ser fruto de uma má-vontade com a atuação do Ministério Público, antes de se constituir em uma consistente posição acadêmica. Felizmente, não temos conhecimento de qualquer adesão a esse entendimento. Para afastar essa idéia da falta de capacidade postulatória, bastaria mencionar o disposto no art. 81 do CPC. Entretanto, a própria Constituição confere capacidade postulatória ao Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas no art. 127, ao incumbir-lhe a *defesa* dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estando incluída a possibilidade de ajuizamento de ações judiciais, e no art. 129, III, em que se lê que cabe ao Ministério Público *promover* a Ação Civil Pública, devendo ser notado que no inciso primeiro do mesmo artigo utiliza-se o mesmo verbo para a ação penal; a vedação constitucional ao exercício da advocacia evidentemente não significa que o membro do Ministério Público não possa ajuizar ações de sua atribuição, devendo haver compatibilização das normas constitucionais. A razão dessa vedação é histórica e nada tem a ver com a nova configuração da tutela jurisdicional coletiva. Espera-se que essa opinião doutrinária sobre a ausência de *jus postulandi* do Ministério Público permaneça isolada e mereça referência no futuro apenas como exemplo de idéia pitoresca.

2.1. Panorama Doutrinário

Iniciemos a exposição apresentando os argumentos que nos parecem mais restritivos³. Reale (1997) entende que os direitos coletivos e individuais homogêneos como definidos no Código de Defesa do Consumidor são categorias inconstitucionais (*sic*), “[...] tendo sido indevidamente acrescidas à dos difusos e indisponíveis, os únicos que a Carta Magna expressamente contempla”. Dallari (2001) também entende que a Constituição só autorizou o Ministério Público a defender direitos difusos e coletivos, sendo inconstitucional qualquer outro alargamento de sua “competência”. Do mesmo modo, Martins (1994) entende haver incompatibilidade constitucional com a defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público por meio de ação coletiva.

Parece-nos que a constitucionalidade da atuação do Ministério Público está no art. 127 da Constituição, na medida em que menciona a defesa dos interesses sociais, e no art. 129, IX, na parte em que autoriza o Ministério Público a exercer outras funções compatíveis com sua finalidade. A garantia do acesso à justiça também legitima a atuação do Ministério Público, já que existem lesões individuais que possuem relevância social e só receberam a tutela adequada por meio da ação coletiva. O fato de o texto constitucional não mencionar expressamente a categoria dos direitos individuais homogêneos não deve impressionar. O rótulo dado pelo legislador não pode mudar a natureza das coisas, e haverá direitos acidentalmente coletivos independentemente da denominação legislativa. A novidade é que agora temos um sistema processual integrado que possibilita sua tutela efetiva.⁴ O certo é que “[...] caso não houvesse disciplina legal, da mesma forma, três seriam as modalidades de interesses transindividuais: os interesses difusos, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos” (VIGLIAR, 2001, p. 67). Outra razão para a não inclusão dos direitos individuais homogêneos no art. 129, III, da Constituição, está no fato de que nem todas as situações individuais alcançam dimensão a justificar a atuação do Ministério Público, ao contrário do que ocorre com os interesses difusos e coletivos, que, pela própria natureza, têm afetação automática à coletividade e não apenas ao indivíduo. Na Constituição temos as diretrizes genéricas, havendo conformação legislativa posterior, que foi o que ocorreu com a disciplina dos direitos individuais homogêneos. Tucci (2002), embora não se refira expressamente à denominação *direitos individuais homogêneos*, acrescenta dois argumentos contrários à atuação do Ministério Público: a abusividade do ajuizamento de ações e o indevido exercício de funções próprias de advogados, já que seriam tutelados direitos individuais⁵.

³ Alguns dos mais importantes posicionamentos doutrinários mais restritivos encontram-se reunidos em interessante obra coletiva, uniformemente conservadora e coordenada por Wald (2003).

⁴ É interessante notar que somente agora venha sendo questionada essa categoria de direitos, se o legislador já trabalha com ela há anos. Basta lembrar que a Lei 6.024/74 legitima o Ministério Público a ajuizar ações em hipóteses de liquidação extrajudicial, caso evidente de direitos individuais homogêneos, sem falar no disposto na Lei 7.913/89 (MOREIRA, 2000, p. 39).

⁵ O interessante é que basicamente Tucci (2002), para embasar seu raciocínio, cita autores que possuem essencialmente posição diversa da sua, como Kazuo Watanabe e Hugo Nigro Mazzilli.

Dinamarco (2001), a seu turno, após afirmar que diversas ações coletivas são propostas indevidamente em razão do temor de o Promotor de Justiça ser punido administrativamente, conclui que está havendo um *inegável abuso* por parte do Ministério Público, o que acabaria por tornar ineficiente a tutela coletiva, afirmando, ainda, que é inconstitucional a defesa do Erário⁶. Em sua opinião, apenas quando o direito for simultaneamente indisponível e homogêneo é que haverá legitimidade do Ministério Público.

O argumento de que haveria indevido exercício de advocacia pelo Ministério Público nos casos de direitos individuais homogêneos não pode prosperar. Nunca estará o Ministério Público defendendo direitos individuais específicos, mas, sim, estará tutelando uma situação que, a partir de lesões individuais, assume dimensão social, transcendendo a posição individual de cada titular. A atuação do Ministério Público é impessoal e genérica, desvinculada da situação pessoal de cada titular. Tanto é assim que o pedido formulado na defesa dos direitos individuais homogêneos deve ser necessariamente genérico, havendo posterior habilitação individual dos eventuais titulares que desejarem. E essa habilitação forçosamente será por meio de advogados, cessando a legitimidade do Ministério Público. Note-se, portanto, que o tratamento coletivo dos direitos individuais não se confunde com a satisfação pessoal do crédito daí decorrente, este sim indiscutivelmente disponível e que deve ser buscado por meio de advogado.⁷

O argumento da abusividade é mais ideológico do que técnico, já que não se combate um instituto pelas suas eventuais deturpações práticas. O fato de haver o ajuizamento indevido de ações coletivas – que não se nega neste trabalho – não significa que se deva impedir o uso do instituto. Temos todo um aparato técnico para impedir o desenvolvimento de uma ação individual ou coletiva que seja inadequada. Se uma ação foi ajuizada por meio de uma inicial inepta, que se rejeite aquela petição específica; se houve má-fé, que se condene o litigante. Ou seja: pela técnica processual evita-se a utilização abusiva das ações coletivas, seja pelo ajuizamento correto de ações, seja pelo controle de admissibilidade das demandas. O que não pode ocorrer é a criação de uma regra genérica que limite a atuação do Ministério Público, como, aliás, só ele fosse responsável por abusos forenses, quando na verdade sabemos que não é bem assim que as coisas se passam. Do modo como exposto pelos autores, parece que ao Ministério Público vale uma extravagante teoria concreta do direito de ação, sendo abusivo o ajuizamento de uma ação que veicule pedido julgado improcedente.

Afirmar que o Ministério Público ajuíza ações de modo leviano por receio de punições

⁶ Assim também pensa Dinamarco (2000, v. 13).

⁷ Essa questão foi bem abordada pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião em que se decidiu pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação coletiva em favor de estudantes que haviam sofrido abusivo aumento das mensalidades escolares. O Ministro Maurício Corrêa assim se manifestou na ocasião: “[...] tem-se que não é o Ministério Público que invade a área de atuação da reserva da clientela dos advogados, senão a própria natureza do bem protegido que o exige, e que se alça ao patamar daqueles impugnáveis por via de ação direta por certos entes, e com muito mais razão pelo Ministério Público, neste caso concreto investido da capacidade postulatória para a ação civil pública” (BRASIL, 2001, p. 55).

administrativas pessoais é desconhecer complementemente a realidade de uma Instituição, é não ter o trabalho de examinar os mapas estatísticos dos Ministérios Públicos que trazem o número de inquéritos civis arquivados. Não há punição para o correto exercício funcional e isso inclui o ajuizamento de ações nas hipóteses cabíveis e o não ajuizamento quando não houver justa causa. A idéia de que só em caso de direitos individuais homogêneos indisponíveis é que haveria legitimidade do Ministério Público também não merece prestígio, já que não se pode confundir patrimonialidade com disponibilidade (TEPEDINO, 2001). A partir do momento em que a lesão a direitos individuais homogêneos adquire dimensão social, supera-se a disponibilidade do direito numa óptica individualizada, em razão de um interesse maior da sociedade em ver essa lesão a direitos tutelada coletiva e genericamente. É como se houvesse uma suspensão da disponibilidade do direito durante a ação coletiva, voltando essa característica no momento da habilitação para a satisfação de um direito específico, a partir de uma condenação genérica.

Na realidade, a defesa dos direitos individuais homogêneos é compatível com a Constituição independentemente de previsão expressa. Além disso, devemos lembrar que temos um sistema integrado de tutela coletiva, não havendo sentido em criar artificialmente categorias de direitos estanques, confinadas nos limites de um diploma legislativo específico. Lembre-se ainda do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública e da expressa previsão genérica de defesa dos direitos individuais homogêneos pelas leis orgânicas do Ministério Público.

A partir do momento em que encaramos a defesa judicial dos direitos transindividuais como integrante do direito fundamental do acesso à justiça, verificamos que esse posicionamento restritivo não pode persistir, devendo ser lembrado que “[...] a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que melhor eficácia lhe dê” (CANOTILHO, 1993, p. 227). Qualquer limitação material posterior (como, p. ex., em matéria tributária e previdenciária) também é indevida, em razão do princípio da vedação do retrocesso⁸. Se a Constituição garante uma tutela jurisdicional adequada e prevê o sistema de tutela coletiva, não pode uma norma infraconstitucional frustrar esse compromisso constitucional com a efetividade. Lembre-se que o texto constitucional possui cláusula aberta quando se refere à tutela jurisdicional coletiva (art. 129, III e IX). Além disso, o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública também possui cláusula aberta para a tutela de quaisquer direitos transindividuais, concretizando-se, assim, o direito fundamental de acesso à adequada tutela jurisdicional, não podendo uma norma posterior retroceder tal garantia e proibir que determinados temas possam ser discutidos em processo coletivo.

O direito à tutela jurisdicional significa a possibilidade de formular qualquer tipo de pretensão, qualquer que seja seu fundamento e o objeto sobre o qual verse (GONZÁLES PÉREZ, 2001, p. 69). Quando se proíbe que determinados direitos sejam tutelados coletivamente, em uma espécie de *censura processual*, impede-se uma adequada tutela juris-

⁸ Na doutrina brasileira, sobre a vedação do retrocesso há excelentes trabalhos de Ingo Wolfgang Sarlet, com fartas indicações bibliográficas.

dicional, ofendendo-se um direito fundamental. Excluir do processo coletivo a tutela de determinados direitos é negar acesso à justiça e, nessa medida, o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública é inconstitucional. É verdade que cada titular poderá pleitear seus direitos em processos individuais, mas a Constituição prevê a tutela coletiva como meio mais amplo e eficaz de acesso à justiça, de modo que a vedação da tutela coletiva significa impedimento de prestar uma tutela jurisdicional mais adequada, o que fulmina de inconstitucionalidade a referida norma⁹. Os posicionamentos contrários à legitimação do Ministério Público, a nosso ver, prendem-se a uma visão pontual do fenômeno, como se o direito pudesse ser interpretado apenas parcialmente. Entretanto,

[...] não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. (GRAU, 2002, p. 34).

Passemos agora a descrever o panorama doutrinário mais consentâneo com nosso pensamento. Almeida (2003, p. 495) entende que sempre haverá interesse social na defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público:

[...] sempre que houver a afirmação de direito pertinente aos interesses ou direitos individuais homogêneos, o Ministério Público poderá atuar, com o ajuizamento da respectiva ação coletiva. O que ele defende não é o interesse de cada vítima ou de seus sucessores, mas o interesse globalmente considerado que, no caso, é o interesse social, justificado para evitar a proliferação de demandas individuais, a dispersão das vítimas titulares dos direitos e o desequilíbrio jurídico decorrente da possibilidade de decisões jurisdicionais contraditórias sobre o mesmo assunto.¹⁰

Zavaski (1994 e 1995), em dois importantes trabalhos sobre o tema, possui posição mais moderada, concluindo que há interesses individuais que, considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais, e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico, e tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais para cuja defesa se legitima o Ministério Público. Segundo o autor, a identificação desses interesses sociais compete tanto ao legislador como ao Ministério Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo do conceito de interesses sociais e empresta expressa adesão a este entendimento¹¹. Apesar de os autores

⁹ Como afirmou Bidart Campos (1996, p. 29), “[...] si haora suponemos la hipótesis extrema de una ley que expresamente niega una acción, o la legitimación procesal, y en un caso concreto judicialmente planteado el juez se da cuenta de que la ley prohibitiva aniquila el derecho de acceso a la justicia des justiciable pretensor, porque, conforme a las circunstancias de la causa, tales obstáculos le provocan un perjuicio irreparable, no vacilamos en afirmar que el juez debe declarar inconstitucional – en ese caso particular – la norma legal que abroquelaba la acción, la legitimación e y el proceso, y al no aplicarla ha de dar reconocimiento a la acción, a la legitimación y al proceso”.

¹⁰ Nery Júnior (2001, p. 572) e Pinho (2002, p. 213 e 233) acompanham seu entendimento.

¹¹ Em linhas gerais, aderem a este posicionamento, exemplificativamente, os seguintes autores: Rodrigues

que defendem a ampla legitimidade do Ministério Público basearem-se em consistentes argumentos e visualizarem corretamente o fenômeno da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, pensamos que o texto constitucional exige a nota do interesse social *ou* da indisponibilidade. Não nos parece que o interesse social seja intrínseco a qualquer demanda coletiva, de modo que deve ser demonstrada sua presença nas ações que veiculem pretensões decorrentes de direitos individuais homogêneos. Estamos, portanto, de pleno acordo com as considerações dos autores por último citados e também entendemos que a legitimidade do Ministério Público se verifica a partir do interesse social previsto no art. 127 da Constituição.

2.2. Panorama Jurisprudencial

No Superior Tribunal de Justiça, após um início alvissareiro¹², a tese de que o Ministério Público não estaria legitimado para defender direitos individuais homogêneos relacionados a contribuintes, basicamente porque não são consumidores, passou a preponderar (BRASIL, 1994 e 2004a)¹³.

O Superior Tribunal de Justiça, em outros julgamentos, não vem restringindo a defesa dos direitos individuais homogêneos apenas às relações de consumo. Na síntese realizada por Almeida (2002, p. 34-35), o Tribunal acolheu a tese de existência de relevância social nas seguintes hipóteses: taxa de iluminação pública, aumento abusivo de mensalidades escolares, reajuste de 147% para os aposentados, nulidade de cláusula abusiva, trabalhadores submetidos a condições insalubres em minas, decretação de nulidade de concurso público, planos de saúde, correção monetária de prestação para a aquisição de imóveis, proteção do direito ao salário mínimo para servidores municipais, entre outros. Não reconheceu relevância social nos seguintes temas: aquisição de lotes financiados pela Cohab, IPTU, vale-transporte, taxa de iluminação pública, entre outros.

(2002, p. 76-77); Câmara (2003, p. 1108); Gouvêa (2003); Bedaque (2003, p. 108); Watanabe; Mazzili (2002, p. 86-89); Mancuso (1999, p. 100-102); Barros (1999, p. 190-193). Parece ser este também o entendimento de Negrão (2004, p. 258), embora seu texto não seja muito claro neste ponto, ora inclinando-se para uma postura mais restritiva, ora aderindo à orientação aqui exposta. Marinoni e Arenhart (2001, p. 691), aderiram ao sétimo enunciado do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, cujo teor é o seguinte: sétimo enunciado do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, que possui a seguinte redação: “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária.”

¹² Limitaremos nossa análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em razão da preeminência de suas decisões. Os acórdãos mencionados foram retirados das páginas dos Tribunais na internet, a partir do critério de pesquisa *Ministério Público e direitos individuais homogêneos*.

¹³ Recentemente, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça modificou a orientação anterior e voltou a entender que o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública para a defesa dos direitos dos contribuintes, passando a abordar a matéria com propriedade e na linha teórica defendida neste trabalho, lamentando-se apenas a limitação temporal imposta nos julgamentos. Cf.: RESP 522827 / MT - DJ 19/12/2003, p. 352 Min. Luiz Fux.

A primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, apesar da diversidade de tendências encontrada durante os anos, parece definitivamente haver identificado a correta interpretação que se deve dar para o tema da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos (BRASIL, 2004b). Entretanto, ainda não se pode dizer que a jurisprudência de todo o Superior Tribunal de Justiça tenha uma tendência uniforme, permanecendo a posição restritiva em algumas questões, como em matéria previdenciária. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nas poucas vezes em que examinou a matéria, conferiu relevância social apenas ao tema de cobrança abusiva de mensalidades escolares – tanto que editou a súmula de sua jurisprudência dominante nº 643: “[...] o Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares”, não reconhecendo essa característica no exame de matéria tributária¹⁴.

Vê-se, portanto, que grassa certa confusão na jurisprudência, mormente no que se refere à limitação da ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos apenas se houver relação de consumo. Embora haja decisões favoráveis à ampla legitimidade do Ministério Público, predominam as decisões mais restritivas. O panorama jurisprudencial que se nos apresenta tende ao conservadorismo.

3. A Defesa Coletiva dos Direitos dos Idosos pelo Ministério Público

Mesmo que não houvesse o Estatuto do Idoso, o Ministério Público estaria legitimado para a tutela dos direitos metaindividuais e individuais indisponíveis dos idosos¹⁵. Entretanto, em razão da existência das interpretações restritivas que descrevemos em itens

¹⁴ Sobre o tema, merece destaque o voto do Min. Sepúlveda pertence no REExt. 195.056-1/PR. Após consignar que “[...] o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127 [CF], não é o de incumbir a instituição [do Ministério Público] a defesa dos interesses indisponíveis, mas, sim, a dos interesses sociais”, já que “a eventual disponibilidade pelo titular de seu direito individual, malgrado sua homogeneidade com o de outros sujeitos, não subtrai o interesse social acaso existente na sua defesa coletiva”, e, apontando para o critério do interesse social segundo a Constituição, ressalva que no caso concreto não vislumbrava esse interesse social, embora a matéria tributária por si só impeça o ajuizamento da ação coletiva pelo Ministério Público. Pensamos que as ponderações do Min. Sepúlveda Pertence bem demonstram a dimensão dos limites da atuação do Ministério Público. São irrelevantes, diante do sistema constitucional, os aparentes limites impostos pelo legislador infraconstitucional e a disponibilidade do direito individual. Lamenta-se apenas que, no caso sob julgamento, o ministro tenha entendido que questões tributárias não possuem interesse social e tenha negado legitimidade ao Ministério Público. Bedaque (2003) também critica a conclusão do Ministro, afirmando que, “[...] embora concorde integralmente com toda fundamentação desenvolvida, não se pode aceitar a conclusão de que, em caso de tributo, o interesse social reside na tributação e não na não-tributação. Parece-me que tal afirmação não está correta e aparentemente foi isso que ele disse: ‘Predomina o interesse social na cobrança de tributos’. Não predomina coisa nenhuma [...]”. Não me parece legítimo retirar do Ministério Público, que está defendendo a legítima cobrança de um imposto constitucional e a legítima exclusão de um imposto inconstitucional, para toda uma população, a possibilidade de levar ao Poder Judiciário esse interesse individual homogêneo dos contribuintes lesados. Eu vejo aí um interesse social, público, não pela quantidade de pessoas, é pela natureza da situação e evidentemente por alcançar toda uma coletividade. Aí, me parece que falhou o Min. Sepúlveda Pertence, com toda a sua autoridade e competência. Extraiu uma conclusão errada das premissas e dos fundamentos corretos que desenvolveu” (BEDAQUE, 2003, p. 109).

¹⁵ Não se quer dizer com isso que o Estatuto do Idoso não tenha importância normativa, já que, além de sua função simbólica, diversos direitos materiais foram agora reconhecidos. Nossa afirmação sobre a desnecessidade

anteriores, o art. 74, I, do Estatuto do Idoso assume particular importância, já que explicita, de maneira bastante didática, que o Ministério Público é legitimado para a defesa de direitos individuais homogêneos dos idosos, sendo que a redação do dispositivo foi feliz ao não vincular o conceito de direitos individuais homogêneos com a nota da indisponibilidade. Espera-se que, com a explícita consagração normativa, ao menos no que se refere aos idosos, a jurisprudência não amesquinhue a tutela dos direitos.¹⁶

Vejam agora algumas hipóteses em que se revela possível e necessária a atuação do Ministério Público na tutela coletiva dos direitos dos idosos. A omissão administrativa é campo fértil para as ações coletivas¹⁷ e o Ministério Público poderá ajuizar diversas ações que visem a obrigar a atuação do poder público em favor dos direitos dos idosos. Assim, poderá ser ajuizada ação coletiva para que sejam construídas entidades públicas de abrigo para idosos (RIO GRANDE DO SUL, 2004); ação coletiva visando a um adequado tratamento de doenças crônicas que atinjam idosos; ação coletiva para fornecimento de medicamentos; ação coletiva para efetivar o direito à educação do idoso; ação coletiva para garantir adequada locomoção para os idosos (acessibilidade) etc. O acesso ao lazer e à cultura também é tema que merece a atuação do Ministério Público, valendo lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade da instituição para o ajuizamento de ação coletiva visando a garantir o ingresso de aposentados gratuitamente em estádios de futebol, sob o fundamento de que o lazer dos idosos possui relevância social (BRASIL, 2000).

Outra área de atuação importante do Ministério Público para a tutela coletiva dos direitos dos idosos é a fiscalização de entidades de atendimento, asilos e abrigos para idosos. Constatando irregularidades, e não havendo meios de saná-las, deve o Ministério Público ajuizar ação coletiva para suspensão das atividades ou a dissolução da entidade, podendo inclusive pleitear reparação por danos morais para os idosos residentes. A prática vem demonstrando que diversos asilos não possuem condições mínimas para o acolhimento de idosos e a atuação do Ministério Público está sendo fundamental para o resguardo dos direitos dos abrigados. Note-se que as entidades de atendimento prestam serviços (art. 35 do Estatuto do Idoso) e, portanto, enquadram-se também nas regras do Código do Consumidor¹⁸, o que, entre outras consequências, pode ser interessante no caso de ser pleiteada alguma indenização e haver necessidade de desconsideração da personalidade jurídica.

do Estatuto limita-se à legitimidade ativa do Ministério Público, a partir da interpretação que fazemos do texto constitucional. De todo modo, em matéria de legitimidade do Ministério Público, o Estatuto do Idoso possui importante papel didático.

¹⁶ Ainda acerca da legitimidade do Ministério Público, é necessário lembrar que o Estatuto do Idoso, no art. 81, §1º, permite o litisconsórcio entre Ministérios Públicos, de modo que não incidirá aqui a mesma controvérsia que se deu em razão do veto ao parágrafo segundo do art. 82 do Código do Consumidor. Sobre a ineficácia de tal veto: (WATANABE, 2004, p. 831- 833).

¹⁷ O controle jurisdicional da administração pública é tema dos mais controvertidos. Ultimamente o assunto vem despertando a atenção dos estudiosos e, além das obras coletivas citadas ao longo deste trabalho, que sempre trazem artigos referentes ao tema, vale lembrar uma obra de referência: (GOUVEA, 2003).

¹⁸ Interessante registrar que, antes da vigência do Estatuto do Idoso, o Ministério Público, no esforço para tutelar os direitos dos idosos, fundamentava suas ações coletivas para o fechamento de entidades asilares quase que exclusivamente nos direitos do consumidor. Em determinada ocasião, o Ministério Público do Rio de Janeiro,

De todo modo, não obstante a prática comprovar que a atuação do Ministério Público na fiscalização das entidades de atendimento é fundamental, a medida do fechamento ou dissolução da entidade deve ser considerada excepcional, inclusive porque os idosos abrigados podem não ter outro local apto que os acolha imediatamente. A ponderação e a adequação à realidade de cada comarca se fazem mais presentes do que nunca em questões asilares. Outras peculiaridades referentes aos asilos, casas geriátricas e unidades de atendimentos e que, na medida do possível, merecem atenção no ajuizamento de ações coletivas são as seguintes: a) freqüentemente o asilo está instalado em casarões antigos que possuem valor histórico e, em razão disso, não podem receber todas as adaptações necessárias para a segurança e conforto dos idosos sem descaracterizações arquitetônicas. Note-se que estamos diante de conflitos entre direitos¹⁹ transindividuais que deverão ser compatibilizados de acordo com o caso concreto, sem que haja sacrifício exclusivo de um deles; b) dadas as especificidades dos estabelecimentos asilares, é de todo conveniente que as ações coletivas sejam instruídas com dados multidisciplinares, como laudos sanitários, estudos sociais etc., o que reforça a idéia de que os Ministérios Públicos devem cada vez mais se preocupar com a formação de quadros técnicos próprios para o suporte dos Promotores e Procuradores; c) deve haver uma atenção especial com o recebimento de pensões ou benefícios pecuniários pelos idosos abrigados, já que é comum que algum funcionário ou sócio da própria entidade possua procuração ou seja curador dos abrigados, de modo que pode haver interrupção dos pagamentos; d) pelo mesmo motivo da alínea anterior, deve ser incluído na ação coletiva pedido acerca de eventual apropriação indevida de bem móvel (o que inclui seus benefícios pecuniários) de idosos; e) como invariavelmente há tratamento inadequado aos idosos pelas entidades rés em ações coletivas, é viável a inclusão de pedido de dano moral coletivo; f) não raro as cidades do interior possuem apenas um estabelecimento asilar, normalmente privado, de modo que a atuação do Ministério Público deverá também se dar junto ao Poder Público, a fim de viabilizar a remoção dos idosos, caso tal medida seja necessária.

A tutela coletiva dos direitos dos idosos pelo Ministério Público também se mostra bastante efetiva nas relações de consumo, especialmente no que se refere aos contratos de prestação de serviços em entidades de atendimento e de planos de saúde, inclusive com

por meio do Promotor de Justiça Alexander Araújo de Souza, teve conhecimento de entidade asilar que deixava idosos doentes e sujeitos ao relento, que possuía todos os banheiros sem a mais elementar limpeza, que fornecia alimentos em estado de putrefação, entre outras barbaridades, valeu-se do Código do Consumidor para requerer a interrupção do funcionamento da entidade, além de pedir a condenação ao pagamento de danos materiais e morais, inclusive com a desconsideração da personalidade jurídica dos sócios (referida ação civil pública foi publicada, na íntegra, no órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro). O Estatuto do Idoso veio, portanto, robustecer a atuação do Ministério Público.

¹⁹ O conflito entre direitos fundamentais vem merecendo atentos estudos, cuja complexidade foge completamente aos limites deste estudo, já que, apenas para situar a discussão, seria necessário tratar das conquistas recentes da argumentação jurídica e da hermenêutica, além da teoria dos direitos fundamentais. Sobre o tema, é impossível não fazer referência aos estudos de Alexy (2001, p. 87-114). O princípio da proporcionalidade é fundamental para solucionar o conflito entre bens jurídicos e a doutrina brasileira vem se familiarizando com seu estudo. Sobre o princípio da proporcionalidade, recentemente foi editado um denso estudo: (PULIDO, 2003). Na doutrina brasileira há um livro que em poucas páginas faz uma resenha de todo o problema e ainda apresenta

pedido de reparação de dano moral coletivo (SCHMITT, 2004), dependendo da hipótese. Para a discussão das cláusulas contratuais de planos de saúde a legitimidade do Ministério Público é tranqüila, em razão do que já dispõe o Código do Consumidor, vindo o Estatuto do Idoso apenas incrementar essa atribuição. Para a garantia de transporte gratuito dos idosos, na forma do disposto no art. 230 da Constituição e dos arts. 39 e 40 do Estatuto do Idoso, a ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público tem se mostrado importante instrumento, embora o Superior Tribunal de Justiça venha sistematicamente negando esse direito, no que se refere ao transporte interestadual:

Suspensão de Segurança. Indeferimento. Agravo Regimental. Estatuto Do Idoso. Transporte Coletivo. Reserva De Vagas e Descontos. Lesão à Ordem Jurídica, Administrativa e Econômica. Interesse Público. Equilíbrio Financeiro-Econômico dos Contratos. 1. De lesão à ordem jurídica não se há falar na excepcional via da suspensão de liminar ou de segurança, cujo resguardo se acha assegurado na via recursal própria (Suspensões de Segurança nº 909, 917 e 924). 2. Ao estabelecer um serviço de transporte de natureza assistencial em favor dos idosos de baixa renda o legislador exigiu, como condição de eficácia do dispositivo, a edição de legislação específica para regulamentar sua execução na integralidade. Inexistente esta, não se fala em eficácia do dispositivo legal. 3. O serviço de transporte coletivo rodoviário se realiza por ações de empresas mediante contratos de concessão, permissão ou autorização firmados com o Poder Público. São portanto contratos administrativos nos quais, desde a celebração, deve estar prevista a forma de ressarcimento, pelo Estado, das despesas da empresa na execução do serviço público. 4. Agravo Regimental não provido. (BRASIL, 2004c).

3.1. A Questão Previdenciária

A legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações que cuidam de benefícios previdenciários sempre nos pareceu evidente, tendo em vista o inequívoco interesse social presente em tais situações, não só na importância de o beneficiário usufruir dignamente a contraprestação do sistema de custeio, mas também na própria subsistência do sistema previdenciário. O zelo pela estrutura mesma da previdência social, que é baseada nos princípios da solidariedade, da universalidade, da proteção contra os riscos sociais, na obrigatoriedade, no equilíbrio financeiro e atuarial e na irredutibilidade do valor dos benefícios²⁰, a fim de que se evitem fraudes e se resguardem direitos, possui inegável interesse social. Além disso, a intervenção do Ministério Público justifica-se em ações em que se discutam benefícios assistenciais de prestação continuada em razão da idade ou aposentadoria por idade, em razão do caráter alimentar do benefício, invariavelmente a única fonte de subsistência do idoso. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, modificando entendimento anterior (BRASIL, 2000b), passou a negar legitimidade ao Ministério Público sob o argumento de que se trata de ações para a defesa de direitos individuais homogêneos,

contribuições originais: ÁVILA (2003).

²⁰ Sobre todos esses princípios, bem como para um enfoque constitucional do direito previdenciário: (ROCHA, 2005).

sem que haja relação de consumo²¹, o que já demonstramos ser um lamentável desvio de perspectiva. Também é incorreta a generalização que faz o Superior Tribunal de Justiça, ao considerar que ações coletivas que cuidam de matéria previdenciária tutelam sempre – e apenas – direitos individuais homogêneos. A pretensão veiculada na ação é que revela qual o direito está sendo tutelado e não a matéria que é discutida. Um exemplo para ilustrar o afirmado: se a ação se limita a pleitear a revisão de benefícios previdenciários pelos índices legais, trata-se de direitos coletivos; caso haja pedido de restituição do que foi pago indevidamente por erro de cálculo, tratar-se-á de direitos individuais homogêneos. Ou seja: o simples fato de se tratar de matéria previdenciária não significa que estejamos diante de direitos individuais homogêneos.

O que importa para os fins da tutela jurisdicional é o que o autor da demanda coletiva traz para o processo. Vale dizer, o seu objeto litigioso. [...] É na transposição do conflito de interesses do plano extraprocessual para o processual e na formulação do pedido de provimento jurisdicional que são cometidos vários equívocos. A tutela de interesses ‘coletivos’ tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ou direitos ‘individuais homogêneos’, e a de interesses ou direitos ‘coletivos’, que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível. (WATANABE, 2004, p. 810).

De todo modo, mesmo errando ao desprezar o objeto litigioso na análise da natureza do direito tutelado, o Superior Tribunal de Justiça comete pior equívoco ao negar legitimidade ao Ministério Público, desconsiderando o disposto nos arts. 127 e 129, III e IX, da Constituição. Realmente, o interesse social está intrínseco nas questões previdenciárias²², o que faz com que haja uma legitimidade *in re ipsa* do Ministério Público para ajuizar ações coletivas em defesa dos direitos dos segurados.²³ Se já nos parecia plenamente possível o ajuizamento de ações coletivas pelo Ministério Público em questões previdenciárias, a edição do Estatuto do Idoso torna indiscutível a matéria, já que, além de prever uma série de direitos previdenciários, expressamente confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos dos idosos. Aliás, se a partir do Estatuto do Idoso o Superior Tribunal de Justiça continuar desprezando a Constituição e manter seu entendimento de que os direitos individuais homogêneos só podem ser

²¹ Tratando-se de previdência privada, o STJ, corretamente, reconheceu legitimidade ao Ministério Público em razão do interesse social (BRASIL, 2004d).

²² Lembre-se que, além de a previdência ser um direito social e os benefícios previdenciários constituírem na única fonte de renda de aproximadamente metade dos idosos, o impacto das oscilações dos benefícios atinge famílias inteiras que dependem exclusivamente da renda do segurado. Com razão aponta-se que “[...] o perfil do sistema previdenciário construído hoje influirá na distribuição futura da renda das famílias” (CAMARANO; KANSO; MELLO, 2004, p. 70). Na previdência rural, dois terços dos benefícios são pagos a idosos, sendo que 88% desse grupo tem o benefício previdenciário como meio de subsistência garantido para suprir as necessidades vitais dos idosos e de seus dependentes (DELGADO; CARDOSO JR., 2004, p. 295/296).

²³ Ressalve-se uma vez mais que a limitação constante no parágrafo único do artigo primeiro da Lei da Ação Civil Pública não pode ser considerado óbice para o ajuizamento de ações coletivas, em razão de sua flagrante inconstitucionalidade, já demonstrada em páginas anteriores.

tutelados quando houver lei expressa, será obrigado a excluir do âmbito de eficácia subjetiva da decisão coletiva todos os segurados da previdência que não forem idosos, o que configurará uma situação no mínimo desarrazoada, para não dizer esdrúxula.

Todos esses fatores demonstram que a questão deve ser resolvida com maior simplicidade: o Ministério Público possui legitimidade para o ajuizamento de ações que tutelem direitos previdenciários porque está constitucionalmente autorizado para tanto, seja porque se trata de direitos coletivos, seja em razão do inegável interesse social legitimador da tutela de direitos individuais homogêneos.²⁴

4. Ministério Público e Sucumbência

Segundo o art. 88, nas ações coletivas não haverá adiantamento de nenhuma despesa processual e seu parágrafo único dispõe que não se imporá sucumbência ao Ministério Público. Vê-se que não há exata correspondência entre o que prevê o Estatuto do Idoso e o que consta no art. 18 da Lei da Ação Civil Pública. Apesar das intensas controvérsias doutrinárias (MANCUSO, 2004, p. 499-516)²⁵, tende a se firmar, no que se refere à Lei da Ação Civil Pública, a aplicação uniforme do disposto no art. 18 a todos os legitimados, inclusive ao Ministério Público.²⁶

Pensamos ser possível compatibilizar o disposto no Estatuto do Idoso com as regras do sistema do processo coletivo. Não se justifica entender que somente o Ministério Público esteja isento da sucumbência e, o que é ainda pior, mesmo em caso de comprovada má-

²⁴ O Ministério Público Federal, em procedimento administrativo, que dezenas de idosos foram lesados por advogados que possuíam poderes para receber valores referentes a benefícios previdenciários. Diante desse quadro, além das medidas criminais, o Ministério Público Federal pleiteou que fossem excluídas de todas as procurações outorgadas por idosos aos tais advogados a expressão “poderes especiais para receber”, a fim de que somente os idosos pudessem levantar os alvarás com o numerário a que tinham direito, tendo sido ainda requerida a obrigação de que os réus apresentassem procurações atualizadas dos idosos, com o fim específico para levantamento de valores disponíveis em Juízo, inclusive especificando os valores que serão entregues ao idoso e os valores que serão recebidos a título de honorários, sempre quando do levantamento de alvarás (esta e outras ações de iniciativa do Ministério Público Federal em favor dos idosos podem ser consultadas no endereço eletrônico www.pgr.mpf.gov.br/pgr/pfdc/index.jsp - ícone “banco de dados”). Ainda em relação à questão previdenciária, vale lembrar a recente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em razão da suspensão do pagamento de benefícios previdenciários a beneficiários que possuíssem noventa anos de idade ou mais, visando ao ressarcimento dos danos materiais e à reparação dos danos morais individuais e coletivos sofridos pelos idosos (ARENHART, 2004, p. 325-340).

²⁵ Para exemplificar a controvérsia: Leonel (2002, p. 329-395) entende que o art. 18 se aplica às associações e apenas aos entes públicos despersonalizados, que teriam a finalidade específica de defender os direitos transindividuais; Rodrigues (2004, p. 302-305), por sua vez, entende que o dispositivo se aplica exclusivamente às associações, que seriam as únicas a ter a sucumbência como obstáculo ao acesso à justiça.

²⁶ No Superior Tribunal de Justiça, é pacífica a tese de que o Ministério Público está isento de sucumbência, salvo má-fé (BRASIL, 2003). Segundo Nery Junior (2004, p. 1031), “[...] todo e qualquer co-legitimado que tiver ajuizado a ação civil pública se sujeita ao dispositivo ora comentado”. No mesmo sentido, manifesta-se Watanabe (NERY JÚNIOR, 2004, p. 851). O anteprojeto de Código Modelo para a Ibero-América também consagra esta orientação: “[...] os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais” (art. 15, § 3º).

fê. Não se justificam a isenção da sucumbência a apenas um legitimado e a exclusão da responsabilidade em caso de má-fê. Parece-nos que, para não haver quebra do princípio da isonomia e violação do princípio da proporcionalidade, a interpretação deverá ser a mesma que vem sendo dada majoritariamente ao art. 18 da Lei da Ação Civil Pública: todo co-legitimado está isento da verba de sucumbência, salvo comprovada má-fê.

5. Atribuição e Competência

Estamos convictos de que a *especialização* é a melhor solução para que o Ministério Público atinja resultados mais satisfatórios na tutela dos direitos. Na pesquisa que realizamos, identificamos que os Estados comumente criam Promotorias especializadas para a defesa dos direitos dos idosos juntamente com a defesa dos direitos de pessoas portadoras de deficiência, como ocorre, por exemplo, em Minas Gerais, no Maranhão, no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, havendo inclusive uma Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID²⁷. Em São Paulo, há atribuição exclusiva para a defesa do idoso, sendo que desde 1997 há um Grupo de Atuação Especial de Proteção ao Idoso. Outro ponto importante é a necessidade de as Promotorias contarem com o auxílio técnico de profissionais de outras áreas, como médicos, engenheiros, assistentes sociais, psicólogos, sanitaristas, contadores etc., revelando que não é possível uma tutela adequada apenas com conhecimentos jurídicos. Evidentemente há restrições orçamentárias que impedem uma composição estrutural próxima ao ideal, mas isso não pode significar que tal realidade seja ignorada e não sejam tomadas as mínimas providências para adequar o Ministério Público a essa nova e irreversível realidade. Especialização e formação de grupo de apoio técnico a seus membros são componentes imprescindíveis para a otimização da tutela coletiva pelo Ministério Público.

No que se refere à competência, enquanto o Ministério Público vem se especializando cada vez mais na tutela coletiva, o Judiciário não parece se preocupar em criar varas especializadas em julgamentos de causas que envolvam direitos transindividuais. Parece-nos que, para uma maior efetividade da tutela dos direitos, também ao Judiciário caberia a especialização da competência. Entretanto, não temos notícia da criação de nenhuma vara com competência exclusiva para matéria referente aos idosos. A outra observação que deve ser feita é sobre o art. 80 do Estatuto do Idoso, que dispõe que o critério para fixação da competência para o julgamento das ações coletivas será o domicílio do idoso, sendo que a competência é absoluta. Tal regra discrepa do sistema processual coletivo, que prevê o local do dano como critério para a determinação da competência (art. 2º da Lei da Ação Civil Pública e art. 93 do Código do Consumidor). O local onde ocorreu (ou ocorreria) o dano foi o critério escolhido pelo sistema processual coletivo em razão das melhores condições para o julgamento da causa e acompanhamento pelo Ministério Público, inclusive facilitando a produção de provas. (PIZZOL, 2003, p. 573-574). Não desconhecemos que o critério do local do dano também enseja sérias controvérsias, como

²⁷ O endereço eletrônico da associação é www.ampid.org.br.

nas hipóteses de dano de alcance regional ou nacional, da ausência de seção de Justiça Federal no local do dano e de conexão, mas nos parece ainda ser a melhor regra.²⁸

6. Considerações Finais: o Ministério Público, a tutela coletiva de direitos e o acesso à Justiça

Em pesquisa realizada no programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Carneiro (1999) anotou que, ao se limitar indevidamente a legitimidade do Ministério Público, “[...] do ponto de vista prático, uma grande parte das pessoas do povo deixará de ter acesso à justiça, pois o Ministério Público é o legitimado que mais atua nesse campo, sendo que não foi constatado na pesquisa um único caso de defesa de direito individual homogêneo por associação”.²⁹

Negar legitimidade ao Ministério Público para a tutela coletiva dos direitos pode significar um amesquinamento ou uma mutilação da garantia constitucional do acesso à justiça³⁰. Se é verdade que “[...] a igualdade perante a lei coexiste com uma grande desigualdade perante os tribunais” (SANTOS, 1996, p. 690), as ações coletivas e a legitimação do Ministério Público servem exatamente para amenizar essa desigualdade e possibilitar uma adequada tutela dos direitos. Por fim, ilustramos a importância da tutela dos direitos dos idosos com mais uma passagem de Beauvoir (1990, p. 12):

Paremos de trapacear; o sentido de nossa via está em questão no futuro que nos espera; não sabemos quem somos, se ignorarmos quem seremos: aquele velho, aquela velha, reconheçamo-nos neles. Isso é necessário, se quisermos assumir em sua tota-

²⁸ Como bem observou Yarshell [S.d.], “[...] parece correto dizer que: a) nem sempre o domicílio do idoso será o valor mais relevante sob a ótica da ordem pública e b) nem sempre a imposição do foro do domicílio do idoso será a mais benéfica para ele próprio. [...] A interpretação que há de se ter do dispositivo legal, portanto, deve buscar a harmonia entre a) a preservação dos interesses do idoso, facilitando-lhe o acesso (e não o contrário!); b) o equilíbrio entre as partes no processo, não se podendo extrair da regra um tratamento discriminatório incompatível com a condição do idoso e c) a preservação de outros interesses relevantes para a ordem pública, que também sejam critérios determinantes da competência”.

²⁹ Com propriedade, anota Campilongo (2000, p. 109) que vem aumentando o fenômeno segundo o qual o judiciário vem deixando de enfrentar a matéria de mérito em questões complexas, invariavelmente envolvendo direitos fundamentais, julgando-se quase tudo com “[...] pretexto de natureza processual”, ensejando um “[...] perverso fenômeno de utilização do Direito para o descumprimento do Direito por meio de pretextos jurídicos”.

³⁰ Deve ser evitado qualquer traço de ufanismo em relação ao Ministério Público, já que a consciência das limitações e das dificuldades é requisito imprescindível para o constante desenvolvimento institucional. A auto-suficiência é inimiga do aperfeiçoamento institucional. O otimismo exagerado revela prepotência e invariavelmente é um prenúncio de decepcionante desempenho. O desejo de onipotência só pode resultar em prejuízos para o Ministério Público e para a sociedade. É oportuna a transcrição do seguinte trecho de autoria de Moreira (1997, p. 21), “[...] o que não podemos é ser desmedidamente ambiciosos. Acalentar expectativas altas demais expõe-nos ao perigo de cair com facilidade em negativismo extremado. Nutre-se o pessimismo, com frequência, da amargura causada pela decepção: convencidos de ser inatingível o ideal, que ingenuamente supuseramos ao alcance da nossa mão, passamos a descrever da possibilidade de dar quaisquer passos, pequenos que sejam, na direção daquele. A ilusão da onipotência torna-se a véspera do cepticismo integral. Destarte, não poucas vezes, o talento do progressista desencantado acaba paradoxalmente posto a serviço do mais empedernido conservadorismo”.

lidade nossa condição humana. Para começar, não aceitaremos mais com indiferença a infelicidade da idade avançada, mas sentiremos que é algo que nos diz respeito. Somos nós os interessados.

7. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2002.

ARENHART, Sérgio da Cruz. Ação Civil Pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 117, set./out. 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Tradução Maria Helena Franco Monteiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT/APMP, 2003.

BIDART CAMPOS, Germán J. Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia, el proceso e la legitimación. In: GOZAINI, Osvaldo A. *La legitimación en el proceso civil*. Buenos Aires: Edias, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 163.231-SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 29 de junho de 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 1.411/DF. Relator: Min. Edson Vidigal. Brasília, 6 de dezembro de 2004c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 49272-6/RS. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 17 de outubro de 1994.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 522827/MT. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de dezembro de 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 284614/RJ. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, 26 de abril de 2004a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 637332/RR. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 13 de dezembro de 2004b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 242643/SC. Relator: Min. Ruy Rosado. Brasília, 18 de dezembro de 2000a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 211019/SP. Relator: Min. Félix Fischer. Brasília, 8 de maio de 2000b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 439509/SP. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 30 de agosto de 2004a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 403599/PR. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 12 de maio de 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: CHAVES, Cristiano de Farias; DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coord.) *Procedimentos especiais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange; MELLO, Juliana Leitão. Como vive o idoso brasileiro. In: _____. *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direitos fundamentais e Poder Judiciário. In: _____. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à Justiça. *Revista de processo*, n. 62, abr./jun. 2001.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Adilson de Abreu. Limitações à atuação do MP na ação civil pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Coord.). *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DELGADO, Guilherme C.; CARDOSO JÚNIOR, José Celso. O idoso e a previdência rural no Brasil: a experiência recente da universalização. In: CAMARANO, Ana Amélia.

Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Tese (Doutorado) – PUC, São Paulo, 2003.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Estatuto do Idoso: Lei Federal 10.741/2003, aspectos processuais, observações iniciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 12, mar. 2004.

GONZÁLES PÉRES, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madri: Civitas, 2001.

GOUVÊA, Marcos Antônio Marelli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública e a defesa dos direitos individuais homogêneos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 5, jan./mar. 1993.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Ação civil pública*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.

MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação civil pública para defesa de direitos individuais disponíveis e divisíveis. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 75, jul./set. 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. (Primeira Série).

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984. (Terceira Série).

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1994. (Quinta Série).

_____. *Liquidação extrajudicial: pagamento integral dos credores, efeitos. Direito Aplicado II*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. (Pareceres).

NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Leud, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. A ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). *Ação Civil Pública – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

PAULA, Adriano Perácio de. Sobre a Lei 8.429, de 1992, e a atuação do Ministério Público nas ações de improbidade no processo civil. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Coord.). *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003.

REALE, Miguel. *Da ação civil pública: questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação em Reexame Necessário nº 70008257388. Relator: Des. Wellington Pacheco Barros. Porto Alegre, 26 de maio de 2004.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo:

Forense Universitária, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1996.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de planos e de seguros privados de assistência à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 51, jul./set. 2004.

SOUZA, Sérgio Ricardo. Ação civil pública e legitimidade no Estatuto do Idoso. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. (Coord.). *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Judiciário. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, n. 18, jul./ago. 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WALD, Arnoldo. (Coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

YARSHELL, Flávio Luiz. (s.d.) *Competência no estatuto do idoso: Lei n. 10.741/2003*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 7 abr. 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, n. 78, abr./jun. 1995.

_____. Ministério Público e defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 7, 1994.

2. JURISPRUDÊNCIAS

2.1 LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E O MUNICÍPIO NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS DE COMBATE AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO – LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA. 1. A falta de citação do Município interessado, por se tratar de litisconsorte facultativo, na ação civil pública declaratória de improbidade proposta pelo Ministério Público, não tem o condão de provocar a nulidade do processo. 2. Ainda que assim não fosse, permaneceria a impertinência subjetiva da alegação haja vista que o beneficiário somente poderia nulificar o processo se descumpridas garantias que lhe trouxessem prejuízo. Princípio da Instrumentalidade das Formas no sentido de que “não há nulidade sem prejuízo” (art. 244, do CPC) 3. A solução acerca da validade do contrato é uniforme para todos os partícipes do negócio jurídico inquinado de ilegal, por isso que, a defesa levada a efeito pelo Subsecretário e pelo próprio Prefeito, legitimados passivos, por força do pedido condenatório, serviu, também, à Municipalidade, em razão da “Unitariedade do Litisconsórcio” em função do qual a decisão homogênea implica em que os atos de defesa aproveitem a todos os litisconsortes. É o que se denomina de “regime de interdependência dos litisconsortes” no denominado litisconsórcio unitário. 4. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve alargamento do campo de atuação do *Parquet* que, em seu art. 129, III, prevê, como uma das funções institucionais do Ministério Público a legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos. 5. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 6. *In casu*, a ação civil pública foi intentada para anular contrato firmado sem observância de procedimento licitatório cujo objeto é a prestação de serviços de fiscalização, arrecadação e cobrança do IPVA, bem como reivindicar o ressarcimento causado ao erário. Nesses casos o que se pretende não é só a satisfação de interesses da coletividade em ver solucionado casos de malversação de verbas públicas, mas também o interesse do erário público. 7. O recorrente não apontou o dispositivo que entendeu violado, no que se refere ao alegado prejuízo a ele ocasionado restando, assim, deficiente a fundamentação desenvolvida, neste ponto, atraindo a incidência do verbete sumular n.º 284, do STF. 8. A alegação de que a atividade da contratada não se reveste de cunho fiscalizatório de tributo não tem o condão de legitimar a não observância do procedimento licitatório, vale dizer, o fato de existir previsão legal de formação de convênio entre Estado e Município para facilitar a atividade fiscalizatória do fisco, o que não ocorreu, conforme noticiado pelo Ministério Público, não significa afirmar que uma empresa pode ser contratada para prestação de serviços sem prévia licitação. 9. A averiguação de enquadramento da empresa recorrente em algum dos casos de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição (art. 25, da Lei n.º 8.666/93) demanda reexame de

matéria fático probatória, o que é defeso à esta Corte Superior, a teor do verbete sumular n.º 07/STJ, muito embora seja cristalina a ausência de notória especialização para os serviços in foco. 10. Recurso parcialmente conhecido, porém, desprovido.

DECISÃO: por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 408.219 /SP. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 24 de setembro de 2002).

2.2 CONDENAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DA FHEMIG A PORTADORES DE HANSENÍASE

Vistos, etc.

Ministério Público de Minas Gerais opôs Ação Civil Pública contra *Fundação Hospital do Estado de Minas Gerais e Estado de Minas Gerais*, todos qualificados nos autos, pleiteando a condenação dos requeridos à prestação de obrigações, para corrigir supostas irregularidades e falta de condições básicas para o regular funcionamento do Sanatório Santa Izabel – SSI, sob pena de multa. Juntou documentos às fls. 11/140 dos autos. A primeira requerida apresentou contestação, na qual arguiu preliminar de ausência de pressuposto da ação, sob a alegação de que não teria sido demonstrada a existência de dano a interesse difuso ou coletivo. No mérito, aduziu que algumas das obrigações já teriam sido cumpridas e que outras não seriam imprescindíveis para a SSI e que o inquérito civil não constitui meio probante. A segunda requerida apresentou contestação, arguindo preliminar de carência de ação, por ilegitimidade passiva, sob a alegação de que a primeira requerida possuiria regime jurídico idêntico à autarquia, sendo a única responsável pelas obrigações assumidas e por impossibilidade jurídica do pedido, alegando que a pretensão deduzida não se trata de um dos objetos mediatos da ação civil pública, a inexistência de lei ou contrato a obrigar o Estado à satisfação do pedido e a necessidade de análise de oportunidade e conveniência do ato administrativo, que poderia ser feito pelo Poder Judiciário. Mo mérito, alega que a primeira requerida estaria cumprindo as suas finalidades. O requerente apresentou impugnação, manifestando-se contrariamente às alegações produzidas nas contestações. Em despacho saneador, foram acolhidas as preliminares argüidas pelas partes, o que foi confirmado através de decisão proferida no agravo interposto pelo segundo requerido, perante o Eg. TJMG. Às fls. 333/494 dos autos, foi apresentado laudo pericial e foram produzidas alegações finais pelas partes. É o relatório.

Decido.

A preliminar de preclusão das alegações finais, data vênua, não tem qualquer razão de ser. Esqueceu-se o ilustre subscritor da peça de fls. 569 que as alegações finais do MP foram entregues na mesma data da audiência e dos documentos tiveram conhecimento todos, sendo inclusive motivo para a concessão de prazo para apresentação de alegações finais por parte dos requeridos. Rejeita-se, portanto, a referida preliminar.

A presente ação civil pública visa suprir as irregularidades e possibilitar condições básicas para o tratamento dos hansenianos do Sanatório Santa Izabel, por se tratar de interesse coletivo, em conformidade com o inciso IV do art. 1º da Lei nº 7.347/85. A supressão destas irregularidades trata-se de um direito de natureza indivisível, ou seja, caberá a todos os hansenianos sujeitos a tratamento no referido sanatório- SSI, não se podendo precisar individualmente o direito de cada um dos beneficiários do tratamento. Sendo que estes se tratam de uma categoria determinável de pessoas ligadas entre si.

O Ministério Público é parte legítima para propor a presente ação, conforme disposto a CF, no inciso III do art. 129: “A ação civil pública é procedimento adequado para prevenir riscos à saúde e está inserido na Constituição como função institucional do Ministério Público.”

A requerida, FHEMIG, fundação dotada de personalidade jurídica de direito público estadual, é responsável pela administração do Sanatório Santa Izabel, -(SSI), conforme dispõe a Portaria/SUPEGE nº 653, de 13/03 de 1991, às fls. 78/79 dos autos, e destinada, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, sendo, por esses motivos, parte legítima na presente ação.

O Estado também detém legitimidade passiva, pois tem responsabilidade pela manutenção da requerida, criada pela Lei Estadual nº 7.088, de 03/10/1977, cabendo-lhe destinar e repassar os recursos necessários à sua eficiente atuação, conforme dispõe o Dec.-Lei nº 200/67, alterado pela Lei nº 7.596/87.

Nas fundações, públicas ou privadas, instituídas pelo poder público, a autonomia da entidade não vai ao ponto de as desvincular inteiramente dos laços que a prendem ao ente instituidor, este se encarrega de manter essa vinculação por meio do controle interno (tutela) exercido pelos órgãos da Administração indireta.¹

A responsabilidade do Estado pelo cumprimento das obrigações assumidas pela requerida perante os hansenianos sujeitos a tratamento no seu estabelecimento, acima de tudo, é objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, nos termos da CF, em seu art. 37, § 6º, que a obriga a lograr a reparação do dano, provando-se apenas que este ocorreu no exercício de função pública.

No presente caso, objetiva-se tutelar, precipuamente, a vida dos hansenianos, o que constitui um interesse público, qualificado pelo ordenamento jurídico como tal, dominado pelos princípios da sua supremacia e indisponibilidade.

É um dever e responsabilidade do Estado preservar o direito à saúde dos indivíduos, conforme dispõe o art. 196 da CF/88, que o define como um direito social e confere supremacia a este interesse. Este direito se torna ainda mais latente, pois estas pessoas dependem

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 277.

da prestação de serviços específicos, como no presente caso.

Assim, é de responsabilidade fornecer os instrumentos, os trabalhadores, enfim, garantir todas as condições necessárias para a prestação destes serviços, que visam garantir a saúde e a vida das pessoas.

Enfim, como diz Stein, a administração da saúde pública é obra das modernas civilizações (*La scienza della pubblica amministrazione*, vol. I, p. 606), que compreenderam a importância de estabelecer normas para a proteção coletiva da população.

Triplíce, em essência, é o objeto da organização jurídica da saúde pública, assim explicado por Cammeo: (a) uma parte estritamente administrativa, que compreende a ação positiva e direta do Estado-administração, para promover a higiene pública e, portanto, o bem-estar social e para conservá-lo, como, por exemplo, a função de vigilância, a cura dos pobres mediante órgãos especiais (médicos, municipais e hospitalares), sepultura pública (cemitérios); (b) uma parte negativa, que tem o caráter de polícia, fazendo sua ação recair sobre as pessoas, dando ordens, proibindo e regulando-lhes os atos para a conservação da saúde pública, para esta que, sem dúvida alguma, é a mais importante e recebe o nome de polícia sanitária; (c) *uma parte de organização para aparelhar os órgãos, que atendem às duas funções supra-indicadas* (F. Cammeo, *Sanità Pubblica*, em *Primo Trattato de Orlando*, 1905, vol. IV, 2ª parte, os. 246/247).² (grifamos)

Os serviços prestados pelo Sanatório Santa Izabel - SSI são serviços públicos e essenciais, sendo prestados sob um regime jurídico administrativo, os quais devem atender aos princípios da conveniência, eficiência e regularidade.

Themístocles Brandão Cavalcanti, discorre a respeito do interesse público, aduzindo que o Poder Público está autorizado a apreciar, inclusive, o ato que envolve o interesse público, em todos os seus aspectos, inclusive conveniência e oportunidade, quando contrariar direitos fundamentais consagrados na Constituição, caracterizando como ilícita uma restrição tão profunda a preceitos constitucionais básicos, fundamentais.³

As irregularidades apontadas na administração do Sanatório Santa Izabel não se tratam de mera discricionariedade, pois dizem respeito à própria finalidade do ato.

Conforme salienta Maria Sylvia Zanella DiPietro: “É amplo o âmbito de atuação discricionária da Administração Pública. Só que a discricionariedade nunca é total, já que alguns aspectos são sempre vinculados à lei.”⁴

Salientando-se, também, que a situação em que se encontram os hansenianos atendidos

² CRETELA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4337.

³ CACCURI, Antônio Edving. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 814, p. 754, ago. 2003.

⁴ Di Pietro (1992).

no Sanatório Santa Izabel (SSI) fere o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente, o qual deve ser garantido pela ordem jurídica.

A jurisprudência já firmou orientação:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA—ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL—DIREITO À SAÚDE—PORTADORES DA DOENÇA DE GAUCHER—MEDICAMENTO IMPORTADO—TRATAMENTO DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO—INTERRUPÇÃO—PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA—CONFLITO—PONDERAÇÃO DE INTERESSES E RAZOABILIDADE—PODER JUDICIÁRIO E CONTROLE DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS—I - O HEMORIO é o hospital de referência no Estado do Rio de Janeiro para os portadores do Mal de Gaucher, fornecendo, aos pacientes cadastrados, o tratamento da doença, cujo único medicamento eficaz - CERZYME - de custo elevado, é produzido exclusivamente por um fabricante dos EUA e importado pela Secretaria de Estado de Saúde; II - Não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário. Inexistência de afronta à independência de poderes; III- Os atos da Administração Pública que importem em gastos estão sujeitos à reserva do possível, consoante a previsão legal orçamentária. Por outro lado, a interrupção do tratamento de saúde aos portadores do Mal de Gaucher importa em violação da própria dignidade da pessoa humana. Princípios em conflito cuja solução é dada à luz da ponderação de interesses, permeada pelo princípio da razoabilidade, no sentido de determinar que a Administração Pública mantenha sempre em estoque quantidade do medicamento suficiente para garantir 02 meses de tratamento aos que dele necessitem; IV - Recurso e remessa oficial desprovidos.⁵

Mutatis mutandis, a ementa supra aplica-se ao caso.

Ademais, a regra jurídica constitucional determina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art.196), assim, como, paralelamente, refere-se à educação, “direito de todos e dever do Estado”.

Para demonstrar o cabimento da intervenção de um Poder do Estado noutro, em matéria como a aqui ora decidida, vale transcrever a lição de J. Cretella Junior:

Tratando precisamente deste assunto (do mau funcionamento do serviço público é que resulta, quase sempre, a intervenção revisionista do Poder Judiciário). ROGER BONNARD ressalta que “na organização administrativa dos Estados modernos, diferentes meios são previstos para assegurar o bom funcionamento dos serviços públicos, assim como a proteção dos direitos e interesses dos particulares, quanto aos encargos que lhes são impostos e quanto às vantagens que lhe são proporcionadas, primeiro, mediante meios preventivos, que consistem nas forma e processos aos

⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal . 2ª Região. Apelação Cível nº 1998.51.01.028960-5. Relator: Des. Fed. Valmir Peçanha.

quais a atividade administrativa é obrigada a ajustar-se. Além desses meios *preventivos*, acrescentam-se outros de *natureza repressiva*, no sentido de que eles agem sobre as manifestações da atividade ,quando estas ocorrem, meios repressivos que resultam dos diferentes controles que se exercem sobre a atividade administrativa.

[...]

Entre esses controles, uns se realizam pela intervenção dos poderes hierárquicos e de tutela, outros pela intervenção da função jurisdicional. Neste último caso, estamos em presença de controle que é materialmente de ordem jurisdicional, controle que se contrapõe aos que são materialmente de ordem administrativa, porque os poderes hierárquicos e tutelares são poderes da ação administrativa.⁶

A alegação da FHEMIG de que se trata de ato discricionário e que estaria atrelado ao binômio oportunidade e conveniência, não tem aplicação ao caso. É que, nesta lide, o que se busca é o acerto de omissão do Estado e de sua Fundação, no que tange a conferir aos cidadãos usuários do Sanatório Santa Izabel, as mínimas condições de dignidade dos hansenianos que estão há mais de 10 anos, aguardando a tão falada e decantada oportunidade e conveniência, *data venia*.

Ora, se não for possível a atuação do Poder Judiciário, através do controle jurisdicional, é de se perguntar: Para que, então, a existência do artigo 196 da Constituição Federal que até hoje não foi cumprido?

Para nada, a seguir o entendimento da FHEMIG, pois, o administrador da Colônia confessa que necessita da implantação das obras, da aquisição de materiais e contratação de profissionais e etc., desde o ano de 1991 e até a presente data o Estado e sua Fundação, não encontraram a oportunidade e a conveniência.

A questão aventada na contestação do Estado de Minas Gerais, da impossibilidade jurídica do pedido inicial, *data venia*, pode ser entendida como manifesto equívoco.

Ora, afirmar que a ação civil pública não seria instrumento apropriado a obrigar o Estado de Minas Gerais a suprir as deficiências e necessidades do Sanatório Santa Izabel, não tem qualquer procedência.

O Superior Tribunal de Justiça permitiu que o Poder Judiciário analisasse questões de conveniência e oportunidade, como se vê a seguir:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.1. Na atualidade, o império da lei e o seu *controle*, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.3. Tutela específica para que seja incluída verba no

⁶ Cretella Júnior (1993, p. 67).

próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.4. Recurso especial provido.⁷

Demonstrada, desta forma, a responsabilidade do Estado para responder pelas obrigações que o Ministério Público pretende que sejam cumpridas.

E, pelas declarações do Dr. Procurador da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais, Dr. Gustavo de Sousa Henriques Santos, e do Diretor Hospitalar do Sanatório Santa Isabel, Dr. SHIGERU RICARDO SEKIYA, verifica-se que, de fato, “não tem interesse em acordo com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no que tange a implementar as cláusulas, as quais correspondem aos itens solicitados na peça inaugural da referida ação ainda não levados a efeitos ou realizados de forma parcial”(fls. 551/551)

O próprio Diretor do Sanatório Santa Isabel, às fls. 559/568, atesta que para a manutenção de tratamento dos hansenianos é necessário que “seja realizado de forma adequada, sendo os mesmos cuidados com dignidade”. Esclarecendo, ainda, que *há necessidade* de ser cumprido, pela FHEMIG, a compra de equipamentos, implementação de serviços, realização de obras e reforma, aquisição de veículos, contratação de profissionais e técnicos de saúde.

Salientou o Diretor que “[...] detalhamos, item por item, o que conseguimos nestes anos, desde 1991, e o que necessita-se hoje para que possamos oferecer uma assistência digna e humanizada aos nossos pacientes.”

Ora, só por isso é fácil concluir que muitas providências deixaram de ser cumpridas, apesar de já decorridos mais de 12 anos, o que, por si só, já demonstra o descaso do Estado para com a saúde dos enfermos que necessitam de tratamento prolongado, mesmo com o empenho dos diretores de hospitais, e, no caso, do próprio sanatório.

É certo, ainda, que a população não tem estrada, apesar de ser pago IPVA em quantias elevadas; não tem segurança, etc. e etc.

Mas, deixar ao léu os hansenianos, no mínimo, constitui ato de desumanidade, ato de omissão deliberada e, portanto, dolosa, *data venia*.

É sabido que no nosso ordenamento jurídico, temos a ação de finalidade condenatória, que substitui a antiga ação cominatória, e pode ser perfeitamente empregada sem restrição em casos como o dos autos, contra o Estado, a fim de que se processe o controle jurisdicional dos atos da Administração, para que o Poder Judiciário, sem que ocorra ilegalidade ou abuso de poder, ordene a prestação: a) de dar coisa certa, b) de dar coisa incerta, c) de fazer, d) de não fazer, conforme ensina Cretella Júnior.⁸

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2002/0169619-5. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 11 de novembro de 2003.

⁸ Cretella Júnior (1993, p. 510).

Tendo em vista a confissão do diretor do Sanatório, de que, para que se possa “oferecer uma assistência digna e humanizada aos nossos pacientes” necessário se faz a compra dos equipamentos, implementação de serviços, realização de obras e reformas, aquisição de veículos, contratação de profissionais e técnicos, procedem os pedidos iniciais.

Dúvida inexistente que o descumprimento dessas obrigações prejudicam o próprio funcionamento dos serviços públicos prestados pelo Sanatório Santa Izabel, constituindo-se em óbice, como afirmado pelo diretor, “oferecer assistência digna e humanizada aos nossos pacientes”.

Isto Posto, julgo procedente o pedido formulado na inicial e condeno a FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS e o ESTADO DE MINAS GERAIS, a incluírem nas suas dotações orçamentárias, verbas suficientes para que sejam adquiridos os seguintes equipamentos e materiais: equipamento oftalmológico, equipamentos para tratamento fisioterápico, equipamentos para oficina especializada em prevenção e reabilitação, incinerador para lixo e para lavagem, incinerador para lixo e para lavagem, carro térmico para distribuição de alimentos, estantes e arquivos para armazenamento, estufas, cronômetros, 01 (um) contador de cédula, banquetas para laboratório, estantes para laboratório, lavadora de roupa industrial, 02 (duas) secadoras de roupa industrial, “datashow”, 02 (dois) microscópios, esterilizador para vasilhames, calandra industrial para passar roupa e mesa telefônica, aparelho de raio-x, equipamentos e materiais para a oficina especializada em reabilitação com sapataria ortopédica; *a implementar os seguintes serviços*: reforma do equipamento odontológico, conforme exigências da vigilância sanitária, recuperação da câmara frigorífica, reparo do forno industrial do SND, implantação de serviço de pequenas e médias cirurgias, implantação de centro de estudo; *a realizar as seguintes obras*: construção de uma passarela coberta entre o dispensário e o HGDO, construção de um vestiário para os funcionários da Unidade (pavilhão e hospital), construção de uma sala para reunião e auditório, construção de um centro de estudos, construção de uma UTI, construção de um bloco cirúrgico; *a realizar as seguintes reformas*: reforma do dispensário localizado no prédio Souza Gomes, reforma das instalações da sessão de prontuário de pacientes, reforma das instalações do laboratório, reforma com ampliação e reestruturação do refeitório dos funcionários e do serviço de nutrição e dietética, conforme as exigências da vigilância sanitária, reforma e reaparelhamento do setor de prevenção e reabilitação de incapacidade, reforma das instalações dos pavilhões do dispensário Souza Gomes, Gustavo Capanema, administração e almoxarifado central, reforma da sala de curativos do Bairro de Fátima e da Rua Padre Damião, de acordo com as normas de vigilância sanitária, reforma do almoxarifado, construção de uma central de material esterilizado junto ao prédio do Hospital Dr. Orestes Diniz, reforma da lavanderia, reforma das cadeiras de rodas; *a adquirir os seguintes veículos*: automóvel Volkswagen modelo Kombi, para transporte de alimentação, atendendo às exigências da vigilância sanitária; ambulâncias para transportes internos nos limites do SSI e Citrolândia e veículos para serem utilizados em serviço administrativo; e *a contratar os seguintes profissionais*: médicos, 01 (um) dermatologista, 01 (um) anestesiológico, 02 (dois) psiquiatras, 01 (um) fisiatra, 01 (um) geriatra, 05 (cinco) enfermeiros, 02 (dois) psicólogos, 02 (dois) tera-

peutas, 02 (dois) fisioterapeutas, 02 (dois) bioquímicos, 01 (um) nutricionista, 03 (três) técnicos de laboratório, 08 (oito) técnicos de raio-x, 11 (oito) técnicos de enfermagem, 03 (três) cozinheiros, 51 (cinquenta) auxiliares de enfermagem e 04 (quatro) porteiros, tudo no prazo de 18 (dezoito) meses, prazo mais que suficiente para a inclusão no orçamento e a execução do mesmo, sob pena de multa diária de R\$.100.000,00 (cem mil reais), sendo que o prazo terá início a contar do trânsito em julgado desta decisão.

Não há que se falar em condenação em honorários e custas processuais, porque indevidos no caso.

P.R.I.

Betim, 12 de maio de 2004.

ANTÔNIO BELASQUE FILHO

Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS – O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

1. Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL N.º 1.0686.02.040293-5/001

COMARCA: Teófilo Otoni

RELATORA: Desembargadora Maria Elza – 5ª Câmara Cível

APELANTE: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

APELADO: Município de Teófilo Otoni

EMENTA: Constitucional. Omissão do Poder Executivo no fornecimento de serviço de relevância pública de transporte de doentes. Determinação do Poder Judiciário para cumprimento de dever constitucional. Inocorrência de ofensa ao princípio de separação de poderes e à Cláusula da Reserva do Possível.

O Ministério Público, como defensor dos interesses da sociedade perante o Estado, possui legitimidade para zelar pelo efetivo cumprimento dos serviços de relevância pública assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, inciso II cumulado com art. 197, da CF). Ademais, a sua atuação para assegurar a prestação de serviço de relevância pública encontra amparo no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e nos direitos sociais fundamentais à vida e à saúde. Um pedido, que concretiza objetivos, princípios e direitos fundamentais da República e que se harmoniza com o Estado Social e Democrático de Direito, consagrado pela Constituição da República de 1988, não pode ser considerado juridicamente impossível. A judicialização de política pública, aqui compreendida como implementação de política pública pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a Constituição de 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra a implementação de política pública, é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. A mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Teófilo Otoni de prestar serviço de relevância pública correlacionado com a área de saúde. Assim, a este caso não se aplica à cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do Município de Teófilo Otoni, seja porque a pretensão social de transporte público na área de saúde se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial. Louve-se a atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na defesa permanente dos

direitos sociais da população carente que, por ser menos favorecida do ponto econômico, social, político e cultural, é constante esquecida pelos donos do poder, sendo apenas lembrada em épocas eleitorais.

ACÓRDÃO:

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em dar provimento.

Data do julgamento: 28 de outubro de 2004.

2. Razões

Na decisão que se comenta, observa-se que a Quinta Câmara Cível, ao julgar a Apelação Cível n.º 1.0686.02.04293-5/001, entendeu que a determinação do Poder Judiciário para que o Município fornecesse o serviço de transporte de doentes não seria ofensiva ao princípio da separação dos poderes, na hipótese de injustificada omissão do Executivo. O Acórdão afastou, ainda, a aplicação da cláusula da reserva do possível, ao argumento de que a mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional de prestar serviço de relevância pública.

3. Justificativa

Escolheu-se para comentar decisão sobre o uso da ação civil pública para se questionar as políticas públicas, por se tratar de tema polêmico na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Por outro lado, o Acórdão, repercutindo decisão do STF proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45, Rel. Min. Celso Mello, *DJ* 04.05.2004, fez considerações valiosas a respeito da Cláusula da Reserva do Possível, segundo a qual o atendimento das pretensões formuladas em face do poder público estaria condicionado à existência de disponibilidade financeira. Finalmente, a escolha revela uma tendência moderna da jurisprudência do Tribunal de Justiça mineiro no sentido de admitir a implementação de política pública pelo Judiciário, na hipótese de injustificada omissão do Executivo.

4. Comentário

4.1 Descrição do Caso Julgado

Na Comarca de Teófilo Otoni, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, atuando em favor dos pacientes que necessitam de cuidados especiais e de transporte para outros centros de atendimento médico, intentou ação civil pública em face do Município, pleiteando que esse fosse condenado à obrigação de fornecer transporte gratuito com o devido acompanhamento por técnico de enfermagem. O Juízo *a quo* extinguiu o processo sem julgamento de mérito, ao argumento de que o pedido era juridicamente impossível

“[...] passando por cima dos Poderes Executivo e Legislativo e desconsiderando as leis orçamentárias”.

O Acórdão reformou a sentença argumentando que: a omissão do Município no fornecimento de transporte ambulatorial gratuito aos pacientes em estado grave de saúde importa em grave violação ao direito fundamental à saúde, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana; a efetivação do direito à saúde é dever inafastável do Estado, devendo ele empreender todos os esforços para a sua concretização, sob pena de violação ao direito fundamental maior que é a vida (art. 196 da CF); o Poder Judiciário deve e pode impor ao Executivo o cumprimento dessa disposição constitucional; o princípio da separação de poderes não pode ser invocado para justificar a burla à Constituição; a implementação de política pública, em regra, é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto; essa omissão autoriza o Ministério Público a pedir ao Poder Judiciário uma solução que coloque fim a essa agressão ao direito de toda uma população; a mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de prestar serviços de relevância pública correlacionado com a área de saúde; a este caso não se aplica a cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do ente público, seja porque a pretensão social de transporte público na área de saúde se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial.

4.2 As Normas Programáticas e os Direitos Sociais

Não há dúvida de que as prestações materiais decorrentes dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição dependem dos recursos públicos disponíveis. Em geral, a concretização do conteúdo desses direitos depende do Legislativo e do Executivo, sendo que muitos autores e magistrados são infensos à interferência do Judiciário nessa área por atentar contra o princípio da separação dos poderes. Esse entendimento desconsidera o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, negando-lhes aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

Cresce, no entanto, o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fontes de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em casos de omissões inconstitucionais. Já decidiu o STF que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Magna

[...] não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).

4.3 A Ação Civil Pública e as Políticas Públicas

Nota-se que o Acórdão admitiu a implementação de política pública pelo Judiciário, na hipótese de injustificada omissão do Executivo, bem como a adequação da ação civil pública para se questionar as políticas públicas. Não é preciso dizer que essa decisão, relatada pela Des. Maria Elza, navega nas águas daqueles que, tendo percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre os direitos sociais, aplicaram-lhes de forma adequada como princípios-condição da justiça social.

Com efeito, o art. 129 da Constituição da República prevê que são funções institucionais do Ministério Público: “[...] II. zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”. Essa norma autoriza o Ministério Público a discutir as políticas públicas, como ensina Mazzilli (2002, p. 108):

A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição. Com certeza não poderá o Ministério Público pedir ao Poder Judiciário administre no lugar do administrador; contudo, poderá cobrar em juízo a aplicação de princípios da Administração que possam estar sendo descurados, e, com isso, restaurar a legalidade.

Se o poder público é o responsável pelo dano, diante de sua conduta omissiva na prestação de serviço de relevância pública, necessário à garantia da dignidade da pessoa humana, o dever de agir não é ato discricionário, mas sim vinculado, porquanto, além de a opção prioritária pela defesa desse bem ter sido feita pelo legislador constituinte (mínimo existencial), a escolha que cabe ao administrador adotar é a tendente a alcançar soluções enquadradas na legalidade, com vistas postas no interesse público. Vale dizer: a execução do ato administrativo é vinculada à obrigação legal imposta ao poder público.

Nesse caso, o magistrado pode exercer o controle do ato administrativo atuando em conformidade com o princípio constitucional de que nenhuma lesão a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. A alegação de falta de recursos financeiros, normalmente destituída de comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao ente público de prestar serviço de relevância pública. Decidiu o Supremo Tribunal Federal que a cláusula da reserva do possível:

[...] não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004b).

Agindo dessa forma assume o Judiciário importante papel na concretização do texto constitucional, sem afrontar o princípio da separação dos poderes.

4.4 Outros Precedentes do TJMG e do STJ

Nesse sentido, admitindo a ação civil pública como meio adequado para a imposição de comandos ao Poder Executivo, a jurisprudência do TJMG caminha a passos largos. Na área da saúde, em sucessivos julgados, tem sido determinado o fornecimento de medicamentos, a realização de procedimentos cirúrgicos, o transporte de doentes e outros serviços (AC n° 288.512-7, Rel. Des. Schalcher Ventura; AC n° 207.886-3, Rel. Des. Francisco Bueno; AC n° 179.564-0, Rel. Des. José Antonino Baía Borges; AC n° 185.027-0, Rel. Des. Célio Paduani; AI n° 231.068-8, Rel. Des. Isalino Lisboa).

A 1ª Câmara Cível, no julgamento do Agravo de Instrumento n° 213.988-9, relatado pelo Des. Páris Peixoto Pena, manteve decisão liminar restabelecendo a concessão de subvenção a estabelecimento que presta atendimento pelo SUS. No julgamento da Apelação Cível n° 220.891-6, 2ª Câmara Cível, relatada pelo Des. Pinheiro Lago, foi determinada a correção de irregularidades por meio da realização de obras na cadeia pública.

No julgamento da Apelação Cível n° 280.735-2, relatada pela Des. Maria Elza, a 5ª Câmara Cível reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública na qual se questionava a omissão do Estado no provimento dos cargos da Polícia Militar dos Municípios de Andradadas e de Ibitiura, fato esse que vinha comprometendo a segurança das referidas localidades.

A 1ª Câmara Cível, por sua vez, no julgamento da Apelação Cível n° 218.556-9, relatada pelo Des. Orlando Carvalho, admitiu, por maioria, ação civil pública na qual se pediu a condenação do Município de São João Nepomuceno a demarcar, cercar e elaborar o regimento interno de área de reserva biológica, criada por lei municipal. De forma idêntica, a 7ª Câmara Cível, no julgamento do Agravo de Instrumento n° 264.792-3, relatado pelo Des. Wander Marotta, confirmou decisão antecipando a tutela requerida em ação civil pública para fins de determinar a imediata interdição das águas da Cachoeira Brumado.

A 3ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n° 1.0349.03.001.247-1/001, relatada pelo Des. Lucas Sávio V. Gomes, confirmou sentença que restabelecera o repasse de verbas ao Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente, as quais haviam sido suspensas pelo chefe do Executivo. A 6ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n° 1.0637.04.022390-0002, relatada pelo Des. Manuel Saramago, por maioria, determinou o restabelecimento do repasse de verbas orçamentárias a entidades de interesse social, suspenso por ato do chefe do Executivo.

Esses precedentes do Tribunal mineiro têm amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em Recurso Especial, admitiu-se a adequação da ação civil pública para se obrigar o Estado a realizar obra pública necessária à correção de dano ambiental. O acórdão tem a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE

CAUSADOS PELO ESTADO.

I - Se o Estado edifica obra pública – no caso, um presídio – sem dotá-la de um sistema de esgoto sanitário adequado, causando prejuízos ao meio ambiente, a ação civil pública é, sim, a via própria para obrigá-lo as construções necessárias a eliminação dos danos; sujeito também as leis, o Estado tem, nesse âmbito, as mesmas responsabilidades dos particulares.

II - Recurso Especial conhecido e provido. (BRASIL, 1997).

Em outro julgado, a mesma Turma deu provimento a recurso especial para que a Administração destinasse verba orçamentária própria para a realização de obras de recuperação do solo em prol do meio ambiente. A ementa foi assim redigida:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido. (BRASIL, 2004c)

Na área de proteção dos direitos da criança e do adolescente, é também da 2ª Turma a decisão proferida no RESp. nº 493.811-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, determinando a inclusão de verba no próximo orçamento do Município de Santos destinada a implantação de serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de toxicômanos, conforme deliberado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. O Acórdão tem a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.

Por sua vez, a 1ª Turma deu provimento para reformar decisão do TJSC que julgara extinta por impossibilidade jurídica do pedido ação civil pública na qual se pretendia regularizar o atendimento médico-cirúrgico prestado pelo Hospital Infantil Joana de Gusmão, “[...] deixando sem a assistência devida aproximadamente 6.600 pacientes infantis, muitos deles há quase ano e meio, sob a alegação de não conseguir vencer a demanda”. Na citada ação, foi deferida medida liminar estabelecendo um cronograma de atividades

tendentes a regularizar o atendimento das consultas e cirurgias já agendadas na lista de espera de referido hospital e das demais unidades da Secretaria de Estado e Saúde. Extraíse a seguinte parte da ementa do referido Acórdão:

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. [...] 6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. [...] 8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. [...] 10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito. (BRASIL, 2005).

5. Conclusão

O princípio da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado social vem sendo revisto, sempre que o comportamento omissivo do Poder Executivo estiver impedindo a efetivação de direitos previstos na Lei Fundamental.

Embora a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, essa

liberdade não se revela absoluta, porquanto a Carta de 1988, ao eleger como meta central a promoção do bem-estar do homem, acabou por definir como alvo prioritário dos gastos públicos aqueles necessários à garantia de condições mínimas de existência – o mínimo existencial –, de maneira que, apenas depois de atingi-lo, é que se poderá discutir a respeito da aplicação dos recursos remanescentes. Concorde-se, portanto, com o teor do Acórdão comentado.

Bibliografia

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 468891/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 5 de maio de 2004a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 88776/GO. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 19 de maio de 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 429570/GO. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 22 de março de 2004c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 577836/SC. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 2 de fevereiro de 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

4. TÉCNICAS

O DANO NACIONAL/REGIONAL E A COMPETÊNCIA TERRITORIAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA

Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

Nos últimos anos, na tutela dos interesses metaindividuais, nota-se a propositura de ações civis públicas de âmbito nacional ou regional nas comarcas do interior dos Estados, ao que parece, fundamentadas na nova redação dada ao art. 16 da Lei de Ação Civil Pública – LACP pelo art. 2º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997, segundo o qual a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do prolator.

Nessas ações, têm sido formulados pedidos com abrangência local, incluindo os municípios que integram a comarca, regional, atingindo todo o Estado ou determinada região, ou nacional, compreendendo todo o País. O equívoco desse procedimento é manifesto e contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver, de forma centralizada, os conflitos de interesses, ao invés de pulverizá-los em várias demandas, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente.

Com efeito, a competência territorial nas ações coletivas nas quais o dano for de âmbito regional ou nacional é a da Capital do Estado ou do Distrito Federal, nos termos do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Essa norma especial do CDC não foi alterada pelo citado art. 16 da LACP, como ensina o magistério de Grinover (2005, p. 921):

Afirmar que a coisa julgada se restringe aos ‘limites da competência do órgão prolator’ nada mais indica do que a necessidade de buscar a especificação dos limites legais da competência: ou seja, os parâmetros do art. 93 do CDC, que regula a competência territorial nacional e regional para os processos coletivos.

Da mesma forma, o art. 16 da LACP deverá ser lido em conjunto com os três incisos do art. 103 do CDC, que dispõem sobre a coisa julgada nas ações coletivas e não sofreram alteração (GRINOVER, 2005, p. 921). Não é por outra razão que o Superior Tribunal de Justiça – STJ, mesmo depois da alteração introduzida pela Lei nº 9.494/97¹ ao art. 16 da LACP, em sucessivos julgados, tem reconhecido a plena vigência do disposto no art. 93, II, do CDC nas hipóteses em que o dano tiver âmbito nacional ou regional.

A divergência, inicialmente existente no STJ no sentido de que o foro do Distrito Federal teria exclusividade para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional (BRASIL, 1999) restou superada, ao argumento de que o art. 93, II, do CDC, ao se referir à Capital

¹ Essa Lei é produto da conversão da Medida Provisória nº 1.570, de 26.03.1997.

do Estado e ao Distrito Federal, invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão considerando-se que a Capital do Estado e o Distrito Federal estão em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal (BRASIL, 2000a, 2000b, 2001a, 2002a, 2002b). No entanto, os dois posicionamentos reconhecem a eficácia do art. 93, II, do CDC.

A 4ª Turma, no entanto, refletindo a divergência existente no STJ sobre a exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional, no julgamento de recursos especiais (BRASIL, 2001c, 2002b) interpostos em ações civis públicas de âmbito nacional, limitou a eficácia *erga omnes* da sentença aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário. Da análise desses precedentes, extrai-se que o STJ tem sabido discernir entre competência e coisa julgada e tem julgado normalmente as ações civis públicas em que o dano é de âmbito regional ou nacional.² Aliás, com toda razão, Nery Júnior e Nery (apud MAZZILLI, 2002, p. 215) criticavam, há muito, a alteração promovida pela Lei nº 9.494/97 ao art. 16 da LACP:

Confundiram-se os limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes*, isto é, quem são as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada, com jurisdição e competência, que nada têm a ver com o tema. Pessoa divorciada em São Paulo é divorciada no Rio de Janeiro. Não se trata de discutir se os limites territoriais do juiz de São Paulo podem ou não ultrapassar seu território, mas quem são as pessoas atingidas pela sentença paulista.

Não é a descrição do dano na inicial ou a limitação do pedido a uma determinada comarca que caracterizam o dano como de âmbito local, regional ou nacional. Os danos locais são mais restritos, assevera a Grivover (2005, p. 878):

[...] em razão da circulação limitada de produtos ou da prestação de serviços circunscritos, os quais atingirão pessoas residentes num determinado local. Mas o produto ou serviço pode acarretar prejuízos de dimensões mais amplas, atingindo pessoas espalhadas por uma inteira região ou por todo o território nacional. Nesse caso, a determinação da competência territorial faz-se pelo foro da capital do Estado ou do Distrito Federal (inc. II do art. 93).

Aliás, essa limitação do âmbito do pedido, versando a espécie sobre dano regional ou nacional, configura hipótese de inépcia da inicial, porquanto a conclusão não decorrerá da narração dos fatos. (art. 295, I c/c parágrafo único, II, do CPC). O que significa dizer que o direito atua no mundo real. Os danos de âmbito regional ou nacional só poderão ensejar pedidos que alcancem pessoas espalhadas por uma determinada região ou por todo o território nacional.

Há, ainda, outro obstáculo intransponível ao ajuizamento dessas ações civis públicas,

² A jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais nunca limitou o alcance de sentença proferida em ação civil pública em que o dano era de âmbito nacional ou regional (MINAS GERAIS, 2004, 2001a, 2001b).

pleiteando a reparação do regional ou nacional, nas comarcas do interior dos Estados, qual seja: o art. 93, II, do CDC encerra regra de competência territorial, porém, absoluta. Com efeito, a determinação da competência territorial é feita pelo critério do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, o que vai coincidir, na maioria das vezes, com o domicílio das vítimas e da sede dos entes e pessoas legitimadas, facilitando-se o acesso à Justiça. Essa regra de competência territorial, no entanto, não se sujeita às regras do Código de Processo Civil – CPC, como aconteceria se se tratasse de competência relativa. É que o art. 2º da Lei nº 7.347/85, como ensina Grinover (2005, p. 879):

[...] as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa [...] aplicável ao CDC por força do art. 90 deste, confere a competência territorial natureza absoluta, ao disciplinar o gênero da competência funcional (uma das modalidades da competência absoluta).

No mesmo sentido, também afirmando se tratar de competência absoluta, Mazzilli (2002, p. 208) cita outros doutrinadores. Na citada jurisprudência do STJ, não há discrepância sobre esse posicionamento. (BRASIL, 1999, 2000a, 2001a). Aliás, a declaração de ofício dessa incompetência absoluta do Juízo Estadual de Comarca do interior para a ação civil pública, cujo dano era de âmbito nacional, verificou-se no julgamento do Recurso Especial (BRASIL, 2001b)³.

Ora, se a competência territorial prevista no art. 93, II, do CDC tem natureza absoluta, os juízos das comarcas de interior dos Estados são absolutamente incompetentes para processar e julgar essas ações civis públicas para a reparação do dano de âmbito regional ou nacional. Essas ações – e a própria investigação se o autor for o Ministério Público – deverão ser propostas nas comarcas da Capital dos Estados ou no Distrito Federal, aplicando-se as regras do CPC aos casos de competência concorrente.

Finalizando, registre-se que limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, repita-se, contrariando toda filosofia do processo coletivo. A ninguém interessa a disseminação de ações coletivas entre os diversos órgãos judiciários. Tem, portanto, procedência a crítica formulada no voto proferido no Conflito de Competência (BRASIL, 2000b):

Uma das críticas feitas ao Judiciário é a de que, ao surgir uma ação massificada, com interessados em diversos lugares do País, surgem ações em milhares de comarcas, com tutelas antecipadas, liminares, decisões interlocutórias deferidas, cassadas, uma no Rio, outra no Amazonas, é um festival. Às vezes, é um Juiz da Paraíba que dá uma decisão que vale para todo o País, etc. Essa é a realidade.

Quando temos uma lei a permitir interpretação que daria solução razoável para o caso, unificando o foro, deixamos a lei de lado, e perdemos a oportunidade de adaptá-la.

³ No mesmo sentido já decidiu o extinto TAMG (MINAS GERAIS, 2002).

Bibliografia

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 28003/RJ. Relator: Min. Nilson Naves. Brasília, 24 de novembro de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 17533/DF. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 13 de setembro de 2000a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 26842/DF. Relator: Min. César Asfor Rocha. Brasília, 10 de outubro de 2001a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 21338/DF. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 8 de maio de 2002a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 17532/DF. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 29 de fevereiro de 2000b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 218492/ES. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, 2 de outubro de 2001b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 253589/SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 16 de agosto de 2001c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 293407/SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 22 de outubro de 2002b.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentário pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Agravo de Instrumento nº 439.911-1. Relator: Juiz Roberto Borges e Oliveira. Belo Horizonte, 19 de outubro de 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Acórdão nº 321262-3. Relator: Juíza Jurema Brasil Marius. Belo Horizonte, 28 de março de 2001a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Acórdão nº 3314725. Relator: Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, 8 de maio de 2001b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Agravo de Instrumento nº 3670982. Relator: Juiz Alberto Vilas Boas. Belo Horizonte, 20 de outubro de 2002.

SEÇÃO V – DIREITO PÚBLICO**SUBSEÇÃO I – DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL****1. ARTIGOS****O PÓS-POSITIVISMO E A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS****FABIANO MENDES CARDOSO**Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. Evolução Histórica. 3. Distinção entre Regras e Princípios. 3.1. Considerações Iniciais. 3.2. A Teoria de Ronald Dworkin. 3.3. A Teoria de Robert Alexy. 4. Implicações de Ordem Prática. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

Entende-se hodiernamente que os valores ideológicos, filosóficos, humanitários, econômicos, sociais e outros encontrados nas constituições contemporâneas, não representam somente ideais ou utopias a serem alcançados, e sim, diretrizes e comandos direcionados a todos os operadores do Direito. Tais valores geralmente são incorporados nos textos constitucionais, através dos denominados princípios jurídicos, que de certa forma, evidenciam a existência de uma sociedade plural e aberta, onde interesses diferenciados ou até antagonísticos se apresentam. Assim, os juristas contemporâneos devem dedicar especial atenção a esses princípios, daí a importância do presente estudo, com vistas ao aprofundamento e equacionamento do tema. Sobre a relevância do caráter normativo dos princípios, cumpre destacar as brilhantes palavras de Bonavides (2003):

A importância do assunto é fundamental, ocupando cada vez mais a atenção dos juristas. Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.

É importante salientar que os princípios estabelecidos na Constituição, que é o fundamento de validade e norte interpretativo de outras normas jurídicas, são de capital importância para a hermenêutica constitucional. Objetiva, pois, o presente estudo demonstrar que os princípios constitucionais possuem normatividade, devendo, portanto, ser considerados e aplicados como normas jurídicas, com as características inerentes a elas, na esteira do entendimento doutrinário sobre o tema. A metodologia utilizada foi a pesquisa de doutrina e jurisprudência sobre o assunto enfocado, especialmente literatura especializada em Direito Constitucional, como a obra de Bonavides (2003), o estudo dos eminentes juristas Barroso (2003) e Heck (2003), além de imersão nas obras de Alexy (1992) e Dworkin

(2002), quando útil ao aprofundamento do tema.

2. Evolução Histórica

Para Bonavides (2003), a juridicidade dos princípios atravessou três fases distintas, a saber: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A primeira, denominada jusnaturalista, preconizava que os princípios possuíam uma normatividade quase inexistente e obscura, o que divergia de sua característica axiológica, inspiradora dos postulados de justiça. A partir do século XVI, visando afastar-se do dogmatismo medieval, da supremacia teológica cristã e do absolutismo dos reis, surge a base filosófica do jusnaturalismo moderno, permeada pelos ideais da justiça e da liberdade, e na crença de que o homem possui direitos naturais, independentemente de sua positividade nas leis escritas. Essa vertente perdurou por longo período, até o advento da Escola Histórica do Direito, nas últimas décadas do século XIX, precursora do positivismo jurídico. No início do século XX, através principalmente do filósofo do Direito italiano Del Vecchio, citado por Bonavides (2003), buscou-se uma retomada da idéia jusnaturalista, mediante uma reanálise da temática dos princípios. Esse ressurgimento do jusnaturalismo, no século passado, trouxe a produção de reflexões importantes, em especial na Alemanha, onde para os jusnaturalistas, o ideal de justiça constitui o cerne dos princípios gerais do Direito.

A segunda fase da teorização dos princípios, caracterizada pela codificação das leis e pelo declínio do Direito Natural clássico, vem a ser a juspositivista, através do advento da Escola Histórica do Direito. Para Bonavides (2003): “[...] o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supral legais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica [...]” Nessa fase, de acordo com Barroso (2003), caracterizada pela idéia da existência de um juiz imparcial e neutro, formulou-se um entendimento sobre o Direito, mediante algumas premissas básicas: “[...] a) caráter científico, b) emprego da Lógica Formal; c) pretensão da completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete [...]” Acrescenta ainda o jurista que o positivismo jurídico possui como características a aproximação quase plena entre Direito e norma; a afirmação da estatalidade do Direito; a completude do ordenamento jurídico e o formalismo. A superação do positivismo e a ascensão da etapa doutrinária seguinte podem ser assim explicadas:

[...] Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do Positivismo é emblematicamente associada à derrota do Fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei [...]. Ao fim da II Guerra Mundial a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido [...]. (BARROSO, 2003).

A terceira fase é a do pós-positivismo, relacionada diretamente com as novas constitui-

ções promulgadas, no último século. Esse movimento caracterizou-se principalmente pela prevalência valorativa dos princípios, constituídos como pilares sob os quais edificou-se o arcabouço jurídico dos novos sistemas constitucionais. Para o jurista Leite (2003):

Então, com o Pós-Positivismo, quando se afirma que determinadas normas encerram princípios – e com mais razão princípios constitucionais –, pretende-se sedimentar a idéia de que eles não são meros dizeres imbuídos de valores coletivos a serem perseguidos ou não pelos seus destinatários, a seu talante e conforme suas conveniências. Não são simples recomendações utilizáveis na ocasião de insuficiência regulatória dos diplomas legais [...].

Dworkin (2003) defende a necessidade de considerar os princípios como direito, refutando o velho positivismo legalista e ortodoxo e reconhecendo “[...] a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor uma obrigação legal [...]”.

É importante ainda salientar a contribuição decisiva de Alexy (1997) para a construção de uma teoria normativa dos princípios, erigidos, a partir de então, à categoria de normas jurídicas dotadas de congência e imperatividade, mediante uma reflexão profunda e aperfeiçoada. Assim, através da consolidação do Pós-Positivismo, que certamente não fica alheio a críticas, foram construídas as bases para destacar-se, no ordenamento jurídico, dentro do gênero *normas jurídicas*, duas espécies normativas, *os princípios e as regras*, cada qual com suas características e funcionalidade próprias.

3. Distinção entre Regras e Princípios

3.1. Considerações Iniciais

Diante de determinada situação concreta, colocada sobre a análise jurídica, pode ocorrer que dois ou mais princípios, mesmo de conteúdos colidentes, possam potencialmente ser aplicados, surgindo a necessidade de compatibilização entre eles, através de instrumentos próprios da interpretação constitucional. A utilização desses mecanismos, para a implementação dos princípios constitucionais, decorre da diferença ontológica e axiológica deles em relação às regras jurídicas, pois, ao contrário delas, os princípios constitucionais possuem alto teor de abstração, no sentido de não se referirem a uma determinada situação fática.

As regras jurídicas, por outro lado, conforme construção teórica elaborada, cujo expoente principal é Dworkin, possuem aplicação integral ou não (*applicable in all-or-nothing fashion*) e, portanto, a convivência entre elas é antinômica, extraindo-se a idéia de que, verificado o conflito entre elas, uma afasta a aplicação da outra. Diferentemente, em relação à aplicação dos princípios, permite-se o balanceamento do conteúdo, no momento da concretização pelo intérprete, através da ponderação dos valores neles inseridos, mesmo que conflitantes. Impõe enfatizar que, apesar dos diferentes critérios utilizados para efe-

tuar a distinção entre regras e princípios jurídicos, inclusive e precipuamente os constitucionais, ambos estão inseridos no conceito mais amplo de normas jurídicas.

Heck (2003), em proífico estudo sobre a teoria de Alexy, informa-nos que o autor alemão apresenta três teorias diferentes para a distinção entre regras e princípios. A primeira defende a tese da *semelhança de famílias*, sob o argumento de que a tentativa de dividir as normas jurídicas em duas classes é equivocada, em face da multiplicidade de contrastes e semelhanças encontradas no interior da classe de normas. A segunda tese, denominada *separação fraca*, seria aquela que considera possível a distinção das normas jurídicas em regras e princípios, mas não com a abrangência defendida pela terceira vertente, a *tese da separação forte*. Seu maior defensor é, sem dúvida, Dworkin, e, diante da magnitude e expressão, torna-se imprescindível dedicarmos especial atenção à sua teoria.

3.2. A Teoria de Dworkin

A teoria de Dworkin constitui-se em duas partes principais. A primeira fundamenta a diferenciação entre regras e princípios. As regras são aplicáveis de uma forma tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*), no sentido de que, havendo a possibilidade de aplicação de duas regras conflitantes para o mesmo caso concreto, somente uma é válida e, portanto, a outra é excluída. Diferentemente, no momento da aplicação dos princípios pelo intérprete, haveria a possibilidade de compatibilização entre eles.

A partir desta primeira consideração, adentra-se na segunda parte da teoria de Dworkin, através da qual o proeminente filósofo do direito considera que os princípios possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), que se apresenta quando existente uma colisão de dois ou mais princípios. Assim, diante de uma situação fática, ocorrente uma colisão de princípios, o de maior peso (importância de acordo com a estrutura e ideologia contidos no texto constitucional) decide, sem que o princípio de menor peso se torne inválido. Os princípios, diferentemente das regras que determinam forçosamente o posicionamento decisório, fundamentam as decisões possíveis de serem tomadas, mesmo que opostas, apresentando assim base para uma ou outra decisão. Entre os princípios, na verdade, não haveria contradição, e sim confronto, sendo que o Tribunal Constitucional alemão denominou esta circunstância de *situação de tensão*.

3.3. A Teoria de Alexy

Segundo Alexy (1997), a teoria de Dworkin, conquanto a sua profundidade e qualidade dogmáticas, precipitariam a afirmação de que, doravante, deveriam ser tiradas consequências também para a teoria da argumentação jurídica, funcionando como limite à discricionariedade jurisdicional e aos voluntarismos exacerbados. Deve-se então partir do entendimento de que os princípios são *mandados de otimização*, e, portanto, determinam que algo deve ser realizado da melhor forma e em mais alto grau possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios, em vista da sua abstratividade e grau de abertura, podem ser efetivados em diferentes graus, dependendo das possibilidades

existentes.

Elaborada então a distinção entre regras e princípios, conforme explicação de Heck (2003), adentrar-se-ia na necessidade de relacionar-se no interior de determinado ordenamento jurídico, os princípios existentes, bem como a primazia de uns em relação aos outros. Desta forma, segundo a concepção de Alexy (1997), os princípios, como mandamentos de otimização, possuem íntima ligação com aquilo que denominamos *valor*, e assim, o questionamento sobre a ordem de peso (primazia) entre princípios é uma questão de primazia também dos valores neles inseridos (sociais, humanitários, econômicos).

Para Alexy (1997), não é possível o escalonamento abstrato e prévio de valores (princípios), pois assim agindo, qualquer caso já estaria previamente decidido em prol do princípio que recebesse valor maior que o outro. Este resultado pode ser evitado se, além do escalonamento abstrato acima demonstrado, forem consideradas as intensidades de realização dos princípios, concluindo pela possibilidade de que os valores que eles expressam, sem determinar rigidamente determinado resultado, em dado caso, o influenciam. Extrai-se assim a ilação da existência de uma relação de primazia *prima facie* condicionada, sem que, entretanto, sob as mesmas condições, estatua-se sempre uma mesma decisão.

É o aspecto da otimização que explica o fato de, em determinada situação, um princípio tenha que recuar diante da aplicação de outro, sem que aquele tenha que ser considerado inválido e possibilita o reconhecimento da dimensão de peso da norma principiológica, diferentemente da dimensão de validade (pertinente às regras).

4. Implicações de Ordem Prática

Em que pese a profundidade e complexidade da teoria que reconhece a normatividade dos princípios constitucionais, já se percebe na prática jurídica em nosso país a sua aplicação em questionamentos judiciais sobre temas áridos e tormentosos, podendo-se antever inclusive a sua utilização futura. Em uma constituição de caráter prolixo, como a nossa, diversos princípios compõem a sua estrutura, muitos deles de sensível natureza ideológica contraposta.

Situações concretas e palpitantes como a implementação dos alimentos transgênicos, realização de aborto em caso de anencefalia, exame compulsório de DNA, a relativização da coisa julgada nas investigações de paternidade, reconhecimento de direitos aos homoafetivos, determinação de fornecimento pelo Estado de medicamentos gratuitos, transposição do Rio São Francisco, entre outras, podem (e devem) ser solucionadas mediante a aplicação de princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana, direito ao conhecimento à filiação, igualdade, universalidade da saúde, equilíbrio do meio-ambiente).

A aplicação desses princípios não deve importar na exclusão completa de outros princípios que lhe sejam contrapostos, existentes na própria Constituição Federal de 1988, devendo-se basear a decisão a ser tomada através da ponderação dos valores neles inseri-

dos, com o fim de estabelecer-se o peso (importância) relativo de cada um dos princípios, à vista do caso concreto. É essa ponderação de valores, através de parâmetros objetivos e técnicos, juntamente com a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, que impedem um voluntarismo exacerbado e desarrazoado no decisionismo judicial, para que não se tornem (a ponderação e a própria normatividade dos princípios constitucionais) fórmulas vazias e inaplicáveis.

É fundamental, portanto, explorar as potencialidades favoráveis da dogmática jurídica, cultivar a interpretação principiológica baseada em valores, na Ética e no humanismo, com o fim de aprimoramento do ordenamento jurídico e da própria realidade social.

5. Conclusão

Ao término da explanação acima realizada, algumas importantes ilações podem ser colacionadas, conforme exposição a seguir. O Pós-Positivismo, como contemporânea vertente filosófica do Direito, fundamenta a consolidação de uma nova hermenêutica constitucional, baseada no entendimento do caráter normativo dos princípios presentes nas constituições democráticas atuais, cultivando uma interpretação principiológica baseada em valores, no solidarismo e na dignidade da pessoa humana.

Superadas as posições ideológicas e filosóficas do jusnaturalismo clássico abstrato e do positivismo formalista e legalista, por outro lado, na esteira da doutrina de Hesse (1998), formulou-se o entendimento de que as constituições possuem caráter normativo, não se tratando somente de um sistema de idéias ou aspirações vagas, e assim, tanto as regras como os princípios nela inseridos devem obter normatividade, regulando (ou influenciando o regramento) do ponto de vista jurídico e, efetivamente modificando as relações da vida. A normatividade dos princípios possibilita a solução de casos de profunda complexidade, através da ponderação dos valores encontrados e pertinentes à situação estabelecida, mesmo que contrapostos, para que o valor de maior peso (importância), segundo a realidade de determinada sociedade, seja prevalecente, sem que isso imponha o sacrifício absoluto do princípio conflitante.

Em uma constituição pluralista e aberta como a nossa, em que interesses antagônicos de natureza diferenciada e subsistem no interior do sistema jurídico, é fundamental que eles possam conviver harmoniosamente, para que seja ultrapassada a idéia de que os princípios tenham somente função interpretativa subsidiária.

Não podem ser desconsiderados, na criação interpretativa dos juristas, princípios como o da dignidade da pessoa humana, do regime republicano, da democracia, da moralidade e eficiência administrativas, da liberdade de informação, da função social da propriedade, entre outros, visto que esses princípios possibilitam a construção de uma normativa constitucional consentânea e voltada para a consecução dos objetivos inseridos na Carta Magna de 1988, previstos no art. 3º (construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdade regionais e sociais e a promoção

do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceitos).

6. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-normatividade, teoria crítica e pós-positivismo. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo. (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão. (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Antônio Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão. (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

A Reforma do judiciário e processo constitucional

RENATO BRETZ PEREIRA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Poder. 3. Poder ou Função. 4. A Supressão de Garantias e sua Impossibilidade no Atual Estágio. 5. Pontos Positivos. 6. Súmula Vinculante. 7. Controle Externo. 8. Da Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos. 9. Conclusão. 10. Bibliografia.

1. Introdução

O presente artigo propõe-se a analisar os pontos polêmicos da Emenda Constitucional 45/04 que trata sobre a reforma do Judiciário, tomando-se por base garantias constitucionais que devem balizar toda e qualquer atividade jurisdicional. No desenvolvimento do trabalho em questão, optou-se por tecer, inicialmente, algumas concepções a respeito da idéia de poder advinda do Direito político. Posteriormente foi realizada breve releitura da teoria da Separação de Poderes de *Montesquieu*. Na oportunidade, aponta-se a impropriedade do termo *poder*, o qual é substituído, em constituições modernas, pela expressão *função*. Elucida-se ainda que o sistema de freios e contrapesos nasceu para evitar ataques do Estado contra direitos fundamentais do cidadão e não para criar órgãos estatais opressores. O trabalho em comento segue apontando pontos positivos da reforma do Judiciário e, em um segundo momento, destaca os pontos polêmicos da reforma, a saber: a súmula vinculante, o controle externo da magistratura e do Ministério Público e a federalização dos crimes cometidos contra os direitos humanos, procurando enfatizar as omissões do legislador constituinte, revelando temas cuja abordagem era essencial, na visão do autor, à modernização do Judiciário.

2. Poder

Qualquer introdução ao estudo do Direito político passa pela abordagem, senão de um conceito preciso, pelo menos da idéia do que venha a ser poder, uma vez que tal instituto é o objeto do Direito político. A abordagem do Direito político passa necessariamente pela análise não só da forma como o poder é exercido, como também da maneira como o cidadão comum pode se defender dos abusos cometidos por aquele que exerce o poder.

Brêtas (2002, p. 108) define poder como: “[...] relação sócio psicológica baseada no efeito recíproco das ações daqueles que o detêm e o exercem e das ações de seus destinatários, isto é, daqueles frente aos quais o poder é exercido”. O poder não só é inerente à idéia de Estado, como também condição à existência de tal instituto. A possibilidade de impor aos outros determinado comportamento, não obstante seja condição indispensável à existência do Estado, carece de restrições a serem estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Do contrário, reinariam o arbítrio e o abuso tão frequentes ao longo da história da humanidade. É em busca da garantia de liberdades fundamentais que o ordenamento jurídico impõe regras limitativas do exercício do poder.

Não há que se falar, portanto, em pleno século XXI, à luz do Estado democrático de direito, em exercício ilimitado de poderes, ou mesmo em poderes exercidos segundo preceitos de interpretação subjetiva e personalista do aplicador do Direito. Tal restrição do poder no âmbito das sociedades modernas é descrita por Brêtas (2002, p. 111), valendo-se dos ensinamentos de Goyard-Fabre da seguinte forma:

[...] potência é dado factual, que se expressa de maneira empírica e contingente, enquanto poder político é construção jurídica, razão pela qual seu exercício sofre restrições e limites, impostos por princípios e regras de direito. Acrescenta a autora que, se a potência pode ser considerada força e, por vezes, violência, o poder político, ao contrário, reflete a ordem do direito estabelecida por um conjunto de relações institucionais.

Nesta ordem de idéias, deve ser compreendida a função e organização do Poder Judiciário, sendo de curial importância a observância estrita de limitações ao exercício de tal poder, em prol de direitos fundamentais da pessoa humana. Tais limitações, se não exigem, tornam recomendável a substituição do termo *poder* por *função*, mesmo porque, à luz do Estado democrático de direito, o governo dos povos deve simplesmente espelhar, nos limites das falhas inerentes ao sistema democrático, a vontade dos jurisdicionados e não dos governantes.

3. Poder ou Função

A divisão dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário foi originalmente proposta por Montesquieu. Todavia, nos dias de hoje, a doutrina entende que as idéias do humanista em questão foram em muito deturpadas pelos pensadores que lhe sucederam. O primeiro equívoco consistiu em se presumir a possibilidade de divisão do poder do Estado, o qual é uno e indivisível. No mesmo sentido, a crítica de Brêtas (2004, p. 66):

Essas formulações teóricas acerca das funções jurídicas do Estado vêm sendo desenvolvidas e sustentadas pela esmagadora maioria dos mais renomados publicistas, em substituição à teoria da separação ou tripartição dos poderes estatais – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Essa teoria é atribuída com alguma deturpação de seu enfoque original a Montesquieu, o qual, por sua vez, inspirou-se nas idéias de Locke. Porém, de certa forma, aquela teoria deturpada restou revisada pelas manifestações doutrinária dos últimos cem anos, por sugerir a idéia de fragmentação ou divisão do poder e de fracionamento da soberania do Estado. Tal aspecto suscitou a moderna posição doutrinária tendente à substituição da expressão *separação de poderes do Estado* pela locução *separação de funções do Estado*.

Tomando-se por base a referida impossibilidade de divisão da soberania do Estado, a doutrina aponta a substituição do termo separação de poderes pela expressão separação de funções. Tal terminologia propicia uma noção mais apropriada da função jurisdicional como uma atividade do Estado que é melhor desenvolvida por uma estrutura formada por membros de uma instituição – Judiciário – especializada no desempenho de tal atividade.

Supera-se, desta forma, a noção de poder como mero instrumento de coerção. Mais do que um simples ganho de produtividade advindo da divisão do trabalho, a separação de funções do Estado visa (e visava em sua origem) a implementar um sistema de freios e contrapesos que assegurasse garantias ao cidadão em razão de abusos cometidos pelo Estado. Tal idéia se encontra contida expressamente na própria obra de Montesquieu (apud BRÊTAS, 2004, p. 68):

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que o cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo coro de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade / porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (Livro XI, Capítulo VI).

Baracho (1984, p. 32) encampa o mesmo entendimento, ao discorrer sobre a separação de funções do Estado:

Em sua condenação aos regimes autocráticos ou de poder absoluto, fica bem definida a idéia de que nos Estados em que todos os poderes estão reunidos em mãos de um titular único, seja um homem, ou uma assembleia, a liberdade pública está em perigo, pelo que aponta residir a solução do problema na separação das três funções estatais.

A separação de funções do Estado representa uma garantia do cidadão contra arbítrios de outro cidadão que esteja exercendo uma função estatal. O verdadeiro fundamento de tal assertiva nada mais é do que a idéia de que o poder deverá ser exercido sempre em nome do povo e, guardadas as imperfeições do sistema democrático, de forma a espelhar, tanto quanto possível, a vontade popular. Igual entendimento é esposado por Leal (2004, p. 25): “[...] com o advento do Estado moderno, torna-se arcaica a divisão da atividade estatal pela afirmação de Poderes, porque, em face do discurso jurídico-democrático avançado das sociedades modernas, a única fonte de poder é o povo”.

Nesta ordem de entendimento, constituições, como a Portuguesa da 1976, têm recepcionado a expressão funções do Estado ao longo de seu texto (v.g. o art. 22 da Carta em questão determina que o Estado português e as demais entidades públicas são responsáveis, em forma solidária como os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício de suas *funções*). O mesmo caminho foi trilhado pelo legislador constitucional italiano, o qual também optou pela substituição do superado termo *poder* pela locução *funções do Estado* (v.g. arts. 102, 111 e 113 da Constituição

italiana). O uso do termo *função* deixa bem claro que a prática de todo e qualquer ato de império pelo Estado, representado pelo órgão jurisdicional, deve ter por base tão-somente a vontade popular expressa pela lei promulgada através do devido processo legislativo.

4. A Supressão de Garantias e sua Impossibilidade no Atual Estágio

A seção anterior objetivou a delimitar o real alcance da denominada separação de funções do Estado como teoria desenvolvida para impedir o arbítrio do próprio Estado em detrimento de direitos individuais do cidadão, e não como institucionalização constitucional de privilégios de classe. Tal confusão de conceitos vem dando ênfase a um constante movimento de supressão de direitos individuais vistos como vilões e responsáveis pela demora na prestação jurisdicional. Registre-se que a morosidade do Judiciário foi, sem dúvida, o principal móvel político da Emenda Constitucional 45 (reforma do Judiciário). Todavia, o equívoco de se obter celeridade processual às custas de supressão de garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa é denunciado por autores como Fonseca (apud LEAL, 2004, p. 23):

Busca-se, incessantemente, a sumarização do processo de conhecimento, adequado ao accertamento do direito objeto da lide, principalmente através da abreviatura do contraditório, com a redução da oportunidade de participação dos interessados e com a atribuição de vantagens a um dos litigantes, quase sempre o outro da demanda (contraditório diferido).

A perniciosa busca da efetividade a qualquer preço atinge até mesmo o processo de criação de leis, o qual deverá, de igual forma, ser precedido de debates em contraditório, a fim de que o texto normativo espelhe de forma aproximada a vontade popular. Tal crítica é sustentada por Negri (2003, p. 86):

Vê-se, pois, que o objeto da referida efetividade atinge o processo de produção do Direito reduzindo as garantias constitucionais a uma instância autorizante de supressão da morosidade. Neste caso, salvo possibilidade de recurso plenário, encontra-se estranhamente a efetividade do provimento pela não exaustão de amplo contraditório.

Com efeito, é admissível que a supressão de garantias constitucionais do cidadão — ampla defesa, duplo grau de jurisdição, contraditório, fundamentação das decisões — possa vir a colaborar para a obtenção de uma Justiça célere. Inegável, pois, que o desenvolvimento de uma relação procedimental sem o direito de defesa, ignorando-se o direito das partes de se manifestarem sobre as alegações da parte adversa, eliminando-se por completo a possibilidade de recursos ou mesmo submetida a decisões desacompanhadas de qualquer fundamentação, dar-se-ia de forma infinitamente mais célere.

Todavia, igualmente inegável é a incompatibilidade de tais relações procedimentais com o atual estágio evolutivo da sociedade pós-moderna, pautada pelo Estado democrático de direito. Qualquer decisão proferida sem a observância de garantias individuais do cidadão, embora apta a pôr fim a um procedimento que versa sobre uma contenda deduzida

em juízo, em nada contribui para a solução do próprio conflito de interesses, que tende a ficar latente até mesmo pela ausência de legitimidade da decisão proferida. Atentos a tal crítica, autores da escola instrumentalista do processo apontam a necessidade de uma destinação liberal da Jurisdição como organismo protetor do cidadão em razão de abusos cometidos pelo Estado. Tal posicionamento é assim mencionado.

Revela a escola paulista, liderada por LIEBMAN, a tendência ao *abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas, além da destinação liberal da jurisdição, como meio de tutela do indivíduo em face de possíveis abusos ou desvios de poder pelos agentes públicos*, ou seja, como elemento de equilíbrio entre os valores poder e liberdade, bem como o reconhecimento do dever que o Estado tem, e mediante o processo exerce, de interferir na vida da própria sociedade e nas relações entre seus membros, em nome da paz social. (LEAL, 2004, p. 136, grifo nosso).

Ressalta-se, todavia, a existência de uma enorme contradição na idéia de uma jurisdição guardiã do cidadão, que abandona as fórmulas estritamente jurídicas em busca de efetividade na proteção deste mesmo cidadão em razão de abusos do próprio Estado. Assim sendo, se, por um lado, a jurisdição desvinculada de formas pode eventualmente levar a uma proteção do cidadão contra o arbítrio do Estado, de outro, essa mesma jurisdição descompromissada com a forma legal não se presta a evitar abusos cometidos também pelo Estado, *na pessoa do próprio órgão jurisdicional*, cuja prática tem-se revelado corriqueira. Via de consequência, a solução apresentada pela escola instrumentalista, embora em grau inferior àquela indicada por aqueles que se voltam contra garantias individuais do cidadão no processo, também se revela incompatível com o atual estágio evolutivo das instituições democráticas e é pautado pelo movimento constitucionalista desenvolvido no pós-guerra.

No Estado democrático de direito, o exercício da função jurisdicional só pode ser vislumbrado à luz do processo, instituto cujos princípios institutivos e definidores se encontram na própria Constituição federal. Não se concebe, desta forma, a figura do processo sem a observância estrita de princípios constitucionais como o contraditório, fundamentação das decisões, ampla defesa e isonomia das partes. De igual forma, não se admite o exercício de função jurisdicional desacompanhada do processo. Ainda versando sobre o mesmo equívoco cometido pelos instrumentalistas ao admitirem formas de arbítrio e discricionariedade no exercício da função jurisdicional, Leal (2004, p. 44) argumenta que tal posicionamento é fruto do uso deturpado dos termos *conveniência* e *oportunidade*, importados por processualistas do Direito administrativo:

O equívoco de se admitirem formas de livre arbítrio ou discricionariedade no exercício da jurisdição dimana de teorias do direito administrativo em que, ao dicotomizar a classificação geral dos atos administrativos em vinculados ou discricionários, enfatiza-se o critério da conveniência e oportunidade de que se utiliza a Administração Pública pela escolha de um comportamento dentre vários que a lei faculte, ainda que se advirta que tal não possa ocorrer com arbitrariedade.

Tal concepção de conveniência e oportunidade, segundo o autor acima citado, permite a colocação do processo como mero instrumento da jurisdição, o qual deverá ser manejado pelo juiz a serviço de conceitos vagos e imprecisos. Neste sentido, prossegue o autor:

Essa noção legal de oportunidade e conveniência, na esfera do direito administrativo, é que, numa visão retrógrada, propicia afirmações já freqüentes em manuais de Teoria do Processo, de que, em sendo o Processo mero instrumento da Jurisdição e estando esta embutida na Administração Pública, o Juiz deve manejar o processo a serviço do interesse público, do bem-estar do povo e da paz social em critérios meta-jurídicos em que só ele estria apto a dizer onde prevaleceriam o interesse social, a celeridade dos litígios, a conveniência das antecipações de tutela, das liminares e das cautelas em geral [...] (LEAL, 2004, p. 44).

A concepção exposta dissocia-se drasticamente dos mandamentos das constituições democráticas, uma vez que o processo não mais pode ser visto como instrumento a serviço do Estado-Juiz para consecução de objetivos meta-jurídicos, e sim como procedimento submetido a uma rigorosa principiologia constitucional de direitos e garantias do cidadão. Mais do que instrumento da jurisdição é o processo, pautado por princípios constitucionais, verdadeiro instituto balizador da prestação jurisdicional.

5. Pontos Positivos

Tendo em vista a nova visão do processo exposta no tópico anterior, passaremos a comentar os principais tópicos da Emenda Constitucional 45/2004. Cumpre observar que nem sempre a celeridade processual se coloca como inimiga dos princípios constitucionais que regem o processo (ampla defesa, contraditório, isonomia entre as partes). A correta análise do tema proposto indica que a solução para a morosidade do Judiciário aponta para o zelo e seriedade na condução dos trabalhos forenses. Nessa esteira, é imperioso reconhecer que, em alguns pontos, houve notório acerto do legislador constitucional. O art. 1º, LXXVIII, da Emenda Constitucional 45/2004 possui o seguinte texto:

Os arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

art. 5º.
LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Infere-se do dispositivo acima que o legislador manifesta, logo no primeiro item do texto da reforma, a preocupação com uma prestação jurisdicional célere, capaz de atender às expectativas do cidadão. Com efeito, o texto garante não só o acesso ao judiciário, como também impõe que a prestação jurisdicional se dê de forma célere, em tempo razoável para atender às expectativas da parte. A preocupação do constituinte com uma Justiça célere é compartilhada por outros ordenamentos constitucionais. Sampaio (2003, p. 64), ao discorrer sobre o princípio da razoabilidade, aponta a inserção, nas constituições da

África do Sul, Holanda, Hungria, Hong-Kong, Itália e Suíça, da obrigação estatal de fornecimento de uma prestação jurisdicional em tempo razoável. Neste sentido:

Do ponto de vista estritamente positivo, a razoabilidade tem sido empregada como pauta de avaliação da ‘justiça’ ou ‘correção’ da atividade dos agentes estatais, inclusive do legislador, em âmbito muito mais alargado e difundido do que o da proporcionalidade. Destacam-se dentre outros aspectos expressamente previstos em textos constitucionais: [...] c) como aspecto do devido processo em prazo ‘razoável’, especialmente no âmbito penal (África do Sul – 25.3, a; Holanda – art. 15.3; Hungria – art. 57.5; Hong Kong – art. 5.3; Itália – art. 111.2; Suíça – art. 29 e 31.3[....])

Brêtas (2004, p. 195), antes da promulgação da Emenda Constitucional 45/04, dava um passo adiante e já pugnava pela responsabilidade do Estado pelo atraso na prestação jurisdicional, mesmo diante da ausência da nova roupagem dada ao inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88. O autor fazia a distinção entre duas situações diversas, a saber: uma em que a demora pode ser imputada à negligência específica do agente público e outra em que é o próprio Estado que dá margem ao atraso ao não propiciar condições de trabalho adequadas a seus servidores. Não obstante se tratarem de causas diferenciadas para o atraso da prestação jurisdicional, em ambas as hipóteses, a demora é colocada como atividade estatal ilícita e danosa, dando margem, portanto, à obrigação do Estado para com a parte de indenizá-la pela demora. Neste sentido:

Essas costumeiras situações de anormalidade do funcionamento do serviço público jurisdicional têm origem na imperícia ou negligência (culpa em sentido estrito) dos agentes públicos julgadores (despreparo técnico, obtusidade, indolência, desídia, tudo ocasionando a baixa produtividade quantitativa ou qualitativa) ou na incúria, desleixo ou desordem do próprio Estado na manutenção e provimento adequados de recursos materiais e pessoais ou órgãos jurisdicionais, sem lhes proporcionar condições técnicas ao seu eficiente funcionamento, casos que traduzem a culpa anônima do serviço público. Não raro, a um só tempo, nos dois fatores contribuem para o retardo ou paralisia da prestação dos serviços públicos inerentes ao exercício da função jurisdicional, porque, parece-nos evidente, na medida em que os órgãos jurisdicionais estão desprovidos de recursos materiais e pessoais para o bom funcionamento de seus serviços, os agentes públicos julgadores sentem-se desmotivados ao exercício da função que o Estado lhes delegou, o que reduz sobremaneira seu bom desempenho funcional e produtividade, atingidos por apatia originada pelo enfado resultante do evento inevitável que se lhes depara, a falta de estruturação material e pessoal adequada.

No fundo, todas essas situações de funcionamento anormal ou de funcionamento defeituoso do serviço público jurisdicional decorrem da falta de cumprimento das normas jurídicas processuais, o que acarreta dilações indevidas no processo em que o provimento de mérito almejado pelas partes deverá ser obtido, tal significando atividade estatal omissiva, intempestiva, ineficiente, logo, *atividade estatal ilícita e potencialmente danosa aos particulares*, em franca violação aos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência que regem e estruturam o moderno Estado Democrático de Direito, orientando o exercício da função jurisdicional, ponto sobre

o qual já discorreremos amplamente. (grifo nosso).

Verifica-se que, mesmo antes do texto da reforma do judiciário, o qual impõe expressamente ao Estado o dever de fornecer uma prestação jurisdicional célere, a própria noção de culpa anônima do serviço público já fornecia elementos para que a parte exigisse dos órgãos do Judiciário um funcionamento em tempo razoável, sob pena de incidência do dever de indenizar do Estado. Com maior razão, a partir da modificação ocorrida no art. 5º, LXXVIII, o direito a uma prestação jurisdicional em tempo razoável, sem atrasos indevidos, e acompanhado da respectiva obrigação de indenizar do Estado em caso de descumprimento, torna-se ainda mais claro no ordenamento jurídico pátrio. Outro ponto positivo da reforma do Judiciário, em que o legislador manifesta sua preocupação com a celeridade dos procedimentos, diz respeito à nova redação dada aos arts. 93, XII e XV, e 129, parágrafo 5º. Com efeito, os dispositivos citados passaram a ter a seguinte redação:

Art. 93

 XII – a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente normal, juízes em plantão permanente;
 XV – a distribuição de processos será imediata em todos os graus de jurisdição.
 Art. 129.

 § 5º. A distribuição de processos no Ministério Público será imediata.

A distribuição imediata dos processos aos membros do Judiciário (art. 93, XV) e do Ministério Público (art. 129, parágrafo 5º.) visa a impedir o represamento de autos nas Secretarias dos órgãos em questão. A prática forense, notadamente na segunda instância, de maneira informal, adotou o vicioso ato de estabelecer cotas com um número limitado de processos a serem distribuídos semanalmente a Desembargadores e Procuradores de Justiça. Com isso, os autos vinham sendo represados injustificadamente nas secretarias, fazendo com que o Desembargador ou Procurador de Justiça que já tivesse cumprido sua cota naquele período permanecesse na ociosidade até a distribuição da próxima leva de feitos. A nova redação do art. 93, XV, e do art. 129, § 5º, acaba com tal prática viciosa e ilegal, visando a dar maior celeridade à tramitação dos processos e colocando em prática o princípio da eficiência, previsto expressamente no art. 37 da CF/88.

O legislador procurou dar ainda maior celeridade na tramitação dos processos ao vedar a adoção de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau. A justa preocupação legislativa, ao que parece, não encontrou acolhida junto aos tribunais pátrios, mesmo porque, em pleno mês de julho de 2005, mais de seis meses após a promulgação do texto da Emenda 45/04, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, seguido por inúmeros outros tribunais do país, concedeu férias coletivas à maioria de seus membros, em oposição frontal ao disposto no art. 93, XII.

6. Súmula Vinculante

A Emenda Constitucional 45/04 insere no texto da Constituição federal o art. 103-A, que institui a súmula vinculante:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício, ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Parágrafo 1º. A súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Parágrafo 2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Parágrafo 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

O dispositivo em questão prevê a possibilidade do Supremo Tribunal Federal – STF editar súmula com efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do judiciário e da administração pública a respeito da validade, interpretação e eficácia de normas jurídicas. Percebe-se inicialmente a preocupação do legislador com a celeridade dos feitos, uma vez que a súmula vinculante evitaria recursos e demandas sobre matéria já decidida pelo órgão jurisdicional máximo da nação. Diminui-se, desta forma, o número de processos em andamento. O dispositivo recebeu os aplausos inclusive de membros da cúpula do Judiciário, como Velloso (2004, p. 18):

O que ocorre, escrevi em artigo anterior, é que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante são considerados modos de aperfeiçoamento do sistema judicial, porque eliminam a massa inútil de recursos repetidos e impedem a eternização das demandas judiciais. O Supremo Tribunal Federal tem recebido grande número de recursos que repetem questões já decididas mais de uma centena de vezes. Isto não é racional e não ocorreria se existente a súmula vinculante.

Verifica-se, de outro lado, que a tão almejada celeridade processual não pode vir a ser obtida a qualquer preço. O sacrifício de garantias fundamentais do cidadão na esfera do Direito processual não se justifica em nome da tão aclamada celeridade processual que, sem sombra de dúvida, pode ser obtida por outros caminhos menos tortuosos e mais eficazes, alguns dos quais adotados na própria Emenda Constitucional 45/04. Exemplos de outros

meios de se obter celeridade na tramitação dos procedimentos são: o aumento do poder de fiscalização das corregedorias, fim das férias forenses, controle do número de decisões e despachos proferidos por magistrados, critérios de promoção por merecimento objetivos e baseados no controle aludido no item anterior, controle externo, proibição do repescamento de autos nas secretarias, maior rigor na aplicação das penalidades por litigância de má-fé. A súmula vinculante, tal como instituída, tem o condão de suprimir as partes do debate sobre o objeto litigioso, uma vez que o entendimento do órgão jurisdicional já foi definido em outro processo, no qual os litigantes não tiveram qualquer participação.

Para melhor entender a incompatibilidade da súmula vinculante com as concepções democráticas, necessária se faz uma análise do provimento. O provimento jurisdicional impõe às partes um pesado ônus a incidir sobre sua esfera de direitos. A título de exemplificação, mais precisamente na esfera penal, a sanção fruto do provimento, muitas vezes, ataca um dos bens jurídicos mais preciosos da pessoa humana, a saber, a própria liberdade. Obviamente que o provimento, como ato advindo do poder de império do Estado a provocar tão pesado gravame sobre a parte sucumbente, deve ser precedido de um procedimento. Tal procedimento, justamente por adentrar na esfera de direitos e liberdades das partes, deve ser precedido da participação das mesmas, devendo haver uma necessária dialeticidade entre os litigantes, mesmo porque serão eles os afetados pelo provimento. Cada parte poderá até mesmo exercer seu direito de não contradizer as alegações do oponente, todavia, deverá ser assegurado ao litigante o direito aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. Igual posicionamento é sustentado por Fonseca (apud LEAL, 2004, p. 20):

O provimento estatal põe fim à controvérsia entre os litigantes, imperativamente, aplicando o direito ao caso concreto. Com isto seus sujeitos são afetados por ele, produzindo resultados patrimoniais e pessoais, muitas vezes interferindo na personalidade do litigante, v.g., nas denominadas ações de estado.

Tal imperatividade, em um Estado Democrático de Direito, pode gerar insatisfações em seus destinatários, posto que atinge sua liberdade. Isto significa dizer que os direitos dos cidadãos só podem ser afetados com a observância do devido processo legal. Requisito este que, como já se demonstrou, impõe a observância do direito-garantia constitucionalizado do processo, onde são protegidos a ampla-defesa, o contraditório e a isonomia.

Vê-se, desta forma, que o contraditório é um direito-garantia constitucionalizado, o qual não poderia ser suprimido ainda que por Emenda Constitucional, tendo em vista a sua natureza de cláusula pétrea. Neste sentido, o entendimento de Leal (2001, p. 93): “É o contraditório conquista histórica juridicamente constitucionalizada em direito-garantia que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no Processo”. Gonçalves (1992, p. 120), de igual forma, eleva o contraditório à verdadeira garantia do cidadão:

O contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos do processo’. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as

partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.

O atropelo da garantia constitucional do contraditório é combatido por Cattoni (2001, p. 213). Ao discorrer sobre o Direito continental europeu tradicional, o autor aponta o absurdo de se vedar a possibilidade de discussão da constitucionalidade ou não das leis aos juízes de tribunais inferiores e, principalmente ao cidadão:

No Direito continental europeu tradicional, o juiz comum, assim como o cidadão, deve presumir a constitucionalidade dos atos normativos e das leis e guiar-se pelo entendimento da Corte Constitucional. Em termos Kelsenianos, o Legislativo e a Corte são autorizados a interpretar autenticamente a Constituição, o cidadão e o juiz comum não. Questões sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade não devem ser explicitamente tratadas através dos processos comuns, nenhum cidadão pode argüi-las (pelo menos no modelo clássico) e nenhum juiz ordinário pode pronunciar-se sobre elas. Como diria Peter Harbele, trata-se de uma sociedade fechada a intérpretes da Constituição.

Verifica-se que a súmula vinculante estabelece um entendimento pré-determinado a ser imposto às partes que não participaram do processo que deu margem à edição da súmula em questão. Suprime-se, por completo, a possibilidade de exercício do contraditório. Tal concepção autoritária vai de encontro à concepção do processo como meio de participação democrática do cidadão na aplicação do direito, defendida por Araújo (2003, p. 120):

Em primeiro lugar, inserto no conceito de direito democrático (em sua aplicação ou justificação), o processo assegura um espaço de participação política a seus sujeitos. Não se presta, tão-somente, ao exercício jurisdicional do Estado. Os cidadãos (no processo judicial) ou seus representantes (no processo legislativo) utilizam-no para fim diverso à jurisdição: nesse aspecto, o processo é meio de implementação da democracia, permitindo-se uma comunidade de intérpretes do direito.

Obviamente que tal comunidade de intérpretes do direito jamais poderia excluir justamente as partes, que são os maiores interessados na edição do provimento, na qualidade de pessoas diretamente afetadas pelo mesmo. Lado outro, é justamente essa exclusão que foi adotada pelo legislador constituinte ao estabelecer a súmula vinculante, motivo pelo qual tal instituto *não* merece aplausos.

7. Controle Externo

A reforma do Judiciário inseriu ainda no texto da Carta Magna, por intermédio do art. 103-B e art. 130-A da CF, o controle externo do Judiciário de do Ministério Público. Prescrevem os dispositivos em questão:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I – um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;

II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo Tribunal;

IV – um desembargador de Tribunal de Justiça indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V – um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI – um desembargador federal de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII – um desembargador federal do Trabalho de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI – um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII – dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Parágrafo 1º. O conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

Parágrafo 2º. Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Parágrafo 3º. Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo 4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; [...]

O dispositivo dispõe sobre o controle externo do Judiciário, ao passo que o art. 130-A contém disposições semelhantes quanto ao controle externo do Ministério Público. Inicialmente, os incisos I a XIII do art. 103-B e I a XIII do art. 130-A, passam a falsa impressão de que tal controle *não* teria o caráter externo. Com efeito, se, dos 15 integrantes do Conselho de Justiça, nove são magistrados e se, dos 15 integrantes do Conselho do Ministério Público, nove são membros do MP, não haveria que se falar em controle externo.

Todavia, o dispositivo em questão deve ser analisado tomando-se por base a forma de

provimento dos cargos nos tribunais superiores. Desta forma, os ministros de todos os tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal - STF, Tribunal Superior do Trabalho - TST e Superior Tribunal de Justiça - STJ) são nomeados pelo executivo. Ao se assegurar que um ministro de cada um destes tribunais ocupe uma cadeira no Conselho da Magistratura, de antemão, já se assegura ao Poder Executivo a indicação de três integrantes. Outros seis integrantes são indicados pelo STF, STJ e TST, ou seja por tribunais compostos por pessoas escolhidas pelo chefe do executivo. Por fim, outros dois integrantes do Conselho Nacional de Justiça são nomeados pelo Procurador-Geral da República, o qual, por sua vez, é nomeado pelo Presidente da República. Resta evidenciado que, dos 15 integrantes do Conselho Nacional de Justiça, 11 são escolhidos sob a influência direta ou indireta do executivo. Igual raciocínio é desenvolvido por Osório (2000, p. 108), ao analisar o Projeto de Reforma do Judiciário:

O Executivo Federal, aparentemente modesto em suas atribuições, pois apenas nomearia as autoridades indicadas (poderia não nomeá-las?), seria o grande vencedor nesse projeto. Além de indicar diretamente o Procurador-Geral da República, que pode ser, inclusive, um homem da sua confiança, desde que oriundo dos amplos quadros do Ministério Público Federal (ou da União?), o Executivo indica e na prática determina a nomeação de todos os membros dos Tribunais Superiores da Nação. O Ministério Público poderá ter uma fraca ou até nula representação no Conselho, dependendo de quem seja o Chefe do Ministério Público da União. O representante do MP poderá ser um representante (informalmente) direto do Executivo. Quanto aos Ministros dos Tribunais Superiores, seria o caso de se observar, desde o ângulo da sociologia jurídica, qual tem sido a tradição de efetiva independência de Julgadores diante da autoridade que os havia nomeado e indicado à vaga no respectivo Tribunal. Há alguma espécie de lealdade institucional? Existem dados a respeito do assunto?.

Desta forma, constata-se que o controle externo cria, na prática, um órgão de submissão do Poder Judiciário aos interesses do Poder Executivo. Sua carcaça democrática com a participação de inúmeros setores sociais cai por terra quando se analisa a forma de provimento dos tribunais superiores e do cargo de Procurador-Geral da República. Em que pese ser justa a criação de um órgão de controle externo formado por diversos segmentos da sociedade, que cobra do Poder Judiciário um melhor desempenho, não se pode admitir tamanha subordinação ao Poder Executivo determinada pela forma como foi constituído o Conselho Nacional de Justiça. Os conselhos nacionais de Justiça e do Ministério Público representam, tal como concebidos, verdadeira ameaça ao princípio da separação de funções. A necessidade de que órgãos essenciais à estrutura do Estado mantenham sua independência é apontada por Favoreu (2004, p. 27), ao discorrer sobre os órgãos de controle de constitucionalidade:

A condição para essa independência é a existência de um ordenamento constitucional da Corte, que defina a organização, o funcionamento e as atribuições, colocando-os fora do alcance dos poderes públicos que a Corte está encarregada de controlar. Isto supõe portanto a inscrição das disposições estatutária administrativa e financeira da instituição e garantias de independência para os seus membros.

Não obstante essas considerações, observa-se que outros aspectos do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho do Ministério Público vêm sendo questionados junto ao Supremo, que concedeu liminar na ADIn 3.472-3, reconhecendo, por existência de vício formal, a nulidade do dispositivo que confere atribuições ao Procurador-Geral da República para indicar os integrantes do Conselho Nacional do Ministério Público, quando os mesmos não forem indicados pelas entidades legitimadas. Já na ADIn 3.367, a Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB aduz que o Conselho Nacional de Justiça, composto por membros não integrantes do Judiciário, seria uma afronta ao princípio da separação dos Poderes e ao pacto federativo. Os argumentos da AMB não foram aceitos pelo Supremo, o qual indeferiu o pedido formulado pela requerente, concluindo pela constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, tal como constituído.

8. Da Federalização dos Crimes Contra os Direitos Humanos

O art. 109 da CF/88, sem seu parágrafo 5º, com redação dada pela emenda constitucional 45/04 prescreve:

Parágrafo 5º. Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

O dispositivo causa verdadeiro arrepio ao estudioso do Direito. Com efeito, o princípio do juízo natural determina que qualquer cidadão deverá ser julgado por um tribunal com competência previamente atribuída para tanto, ou seja, com atribuições fixadas em data anterior à prática do ato em julgamento. Igual posicionamento é sustentado por Leal (2004, p. 115):

Daí se fala no requisito do juízo natural que estabelece, para a garantia de direitos fundamentais de liberdade, dignidade e ampla defesa, a coexistência do Estado Democrático de Direito e de seus órgãos jurisdicionais, com competências pré-definidas, ante os atos ou fatos a serem julgados.

Preleciona ainda Baracho (1997, p. 107) que o juízo natural é garantia constitucional do cidadão: “O direito ao juiz competente, o direito ao juiz natural e a imparcialidade do julgador são garantias de caráter constitucional e judicial. São elas de significado genérico, que atingem a todo tipo de processo.” O parágrafo 5º do art. 109 da CF/88, com redação dada pela EC 45, prevê a possibilidade de deslocamento de uma competência previamente determinada, mediante requisição do Procurador-Geral da República formulada junto ao STF. De início, atenta-se para uma certa insegurança a incidir sobre o cidadão que comete um crime e se vê sujeito a uma alteração brusca na competência para seu julgamento baseado em critérios altamente subjetivos a saber: o entendimento do Procurador-Geral da República a respeito do que venha a configurar uma grave violação aos direitos humanos.

Registre-se que, ao longo da história, graves violações aos direitos humanos já justificaram uma guinada radical no entendimento a respeito de garantias elementares do cidadão. Mesmo a criação de tribunais para julgamento de crimes de guerra na Alemanha se deu após o cometimento dos mencionados crimes, o que não condiz com a garantia do juízo natural. A tipificação do crime de genocídio se deu após os massacres nazistas e, não obstante, foi utilizada para julgamento dos responsáveis, o que também ofenderia o princípio da anterioridade em matéria penal. No entanto, é inegável que a existência de seis milhões de cadáveres não pertencentes à *raça ariana* é um argumento significativo. Lafer (2003, p. 181) discorre com propriedade sobre o tema:

É certo que a um tribunal internacional – como foi o de Nuremberg – poder-se-ia objetar que decidiria com base numa lei retroativa. Entretanto, num caos como o genocídio o não-cumprimento do *nullum crimen, nulla poena sine lege* é uma exigência da justiça, pois é justamente o ineditismo do delito – O Milagre Negro da ruptura com a tradição – que não permitiu a sua prévia tipificação em lei. Daí o consenso da comunidade internacional quanto ao tema da retroatividade, ao fazer da repressão ao genocídio um imperativo de ordem pública [...].

Todavia, quase vinte anos após a promulgação da Constituição Federal, não se justifica, em plena vigência do Estado democrático de direito, tamanha ofensa ao princípio do juízo natural, o qual representa também uma garantia do cidadão. O texto do art. 109, parágrafo 5º, permite que, segundo mero critério subjetivo do Procurador-Geral da República, homem de confiança do chefe do executivo e nomeado por ele, se possa alterar uma competência previamente fixada em lei. O momento histórico que justificou a criação de tribunais de guerra e a tipificação do crime de genocídio para julgamento de fatos anteriores à criação do tribunal e do próprio crime é diametralmente oposto ao momento atual brasileiro, em que foi criada a federalização dos crimes contra os direitos humanos, em notória ofensa ao princípio do juízo natural.

Registre-se que o dispositivo em comento parte do princípio de que a Justiça federal é superior à Justiça estadual. A assertiva é altamente questionável considerando-se demora na tramitação dos feitos na Justiça federal e o pífio desempenho no combate a crimes de contrabando e tráfico internacional de drogas realizado na esfera federal. Deparamo-nos, desta forma, com uma grave ofensa ao pacto federativo, uma vez que não há qualquer hierarquia entre os Ministérios Públicos federal e estadual (ou entre as Justças dessas duas esferas) que permita ao primeiro avocar atribuições previamente atribuídas à esfera estadual, com base em critérios altamente subjetivos.

9. Conclusão

Abordados os pontos mais relevantes da reforma do Poder Judiciário, percebe-se a preocupação crescente do legislador constitucional com a celeridade processual. Tal preocupação, como nos casos da súmula vinculante, não raro, promoveu verdadeiro atropelo de direitos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa.

A indignação social com o corporativismo das instituições, de igual forma, foi cooptada pelos responsáveis pela reforma, resultando na criação dos Conselhos Nacionais do Judiciário e do Ministério Público. Não obstante a necessidade de controle, vislumbra-se a existência de dois equívocos. O primeiro, já mencionado, diz respeito à excessiva influência do Executivo na indicação dos integrantes dos Conselhos. O segundo equívoco revela-se através do tratamento igualitário dado a instituições de perfis diametralmente opostos. Com efeito, o Poder Judiciário tem voltado suas baterias para o combate à morosidade, procurando desenvolver técnicas que visem a diminuir o número de demandas propostas e aumentar o número de feitos julgados. Tal proposição se comprova pela importância dada aos juizados especiais, bem como pela eventual realização de mutirões de férias para julgamento de causas pendentes.

O Ministério Público tem voltado seus interesses para a atuação em demandas coletivas. Verifica-se, na esfera administrativa dos Ministérios Públicos, a crescente criação de Centros de Apoio Operacionais às Promotorias do Meio Ambiente, Patrimônio Histórico Cultural, Patrimônio Público e outras que envolvam interesses da coletividade. Esses centros possuem estrutura técnica de apoio aos órgãos que atuam nas áreas estratégicas acima mencionadas. Paralelamente, constata-se uma tendência da instituição em simplificar a atuação na defesa de interesses individuais, ainda que indisponíveis, em que se verifica que a parte se encontra suficientemente defendida pela atuação do procurador habilitado.

Via de consequência, verifica-se que duas instituições com perfis tão diversos e preocupações quase que antagônicas jamais poderiam ter um tratamento igualitário como foi dado na questão da criação dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público. Não obstante se defenda a existência desses conselhos, a atividade de condução de inquéritos civis públicos não raro causa insatisfações no Executivo, órgão controlador dos conselhos. Embora seja louvável a intervenção do Conselho Nacional do Ministério Público no que diz respeito à inércia, inoperância e análise de condutas criminosas, a forma de condução dos inquéritos civis públicos jamais poderia ter sido objeto de apreciação pelo Conselho, sob pena de se inibir a atuação dos membros do MP em área de suma relevância social. Assim, caberia ao legislador constituinte inserir dispositivos que evitassem a interferência do Conselho do Ministério Público em questões atinentes à independência funcional. Por fim, cumpre registrar uma série de omissões do legislador constitucional responsável pela reforma do Judiciário. Pontos importantes, como o combate ao nepotismo, tiveram sua redação aprovada pela Câmara e alterada pelo Senado, motivo pelo qual ainda não foram objetos de reforma constitucional.

A concessão ilimitada de foros privilegiados sequer foi objeto de consideração dos responsáveis pela reforma. Registre-se a recente aprovação, via medida provisória, sem que haja qualquer requisito de relevância e urgência, de foro privilegiado para o Presidente do Banco Central. A Lei n.º 10.628/02, que cria o foro por prerrogativa de função vitalícia (ainda que o agente público tenha abandonado o cargo) também não foi objeto das considerações do legislador constituinte. Salienta-se que tal legislação, ao deslocar o centro

das investigações de inquéritos civis públicos para as procuradorias, com sede na capital do Estado, inviabiliza qualquer investigação em comarcas do interior, algumas das quais ficam a doze horas da capital. Tal circunstância fática torna quase impossível a colheita de provas, mesmo que através da utilização de carta precatória, porque a ausência de contato direto com testemunhas e a dificuldade de acesso direto ao local em que ocorreu o dano não permite que o responsável pela condução das investigações formule um juízo a respeito das diligências a serem tomadas.

A composição do STF e da Procuradoria-Geral da República, através de um critério pessoalíssimo do chefe do Executivo, que tem o poder de nomear tanto a pessoa que eventualmente o acusaria como os membros do tribunal que o julgariam em caso de crime comum, de igual forma, sequer foi objeto de considerações na reforma. A regularização da questão dos precatórios, a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, a crescente contratação de servidores sem concurso público pelo Poder Judiciário, dentre outros pontos relevantes cuja introdução no ordenamento jurídico pátrio sequer necessitaria de reforma à Constituição, foram ignorados pelo legislador.

Conclui-se, desta forma, em que pese os equívocos apontados nos dispositivos comentados ao longo deste trabalho, que as maiores falhas da reforma do Judiciário, texto que se propõe a promover verdadeira revolução na magistratura, residem em suas omissões sobre pontos relevantes. Percebe-se, desta forma, que ainda há um longo caminho a ser percorrido a fim de que se alcance um Judiciário capaz de atender às expectativas do povo, verdadeiro titular da função exercida em nome do Judiciário.

10. Bibliografia

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p.105-123, jan./mar. 1997.

_____. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Uma introdução ao estudo do direito político. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 8, p.107-122, 2002.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.) *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

_____. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Síntese, 2004.

NEGRI, André Del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público: divisão ou concentração de poderes. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 95-125, jul./set. 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 26, p. 13-18, 2004.

2. JURISPRUDÊNCIAS

EDUCAÇÃO INFANTIL COMO DIREITO CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

DECISÃO: conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º - A), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo magistrado de primeira instância (fls. 73 a 76).

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 436996/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 7 de novembro de 2005).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

O PODER JUDICIÁRIO E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

WELLINGTON PEREIRA

Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Acadêmico de Direito

1. Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1. 0325. 05. 930764 – 6 / 001 – COMARCA DE ITAMARANDIBA – APELANTES(S): MUNICÍPIO CARBONITA PRIMEIRO (A), MUNICÍPIO ITAMARANDIBA SEGUNDO(A) (S) – APELADO(A) (S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – RELATOR: EXMO. SR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI

EMENTA:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – MUNICÍPIOS – PROGRAMA DE AUXÍLIO À FAMÍLIA, À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE E ABRIGO EM ENTIDADE – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) – OFENSA AO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES – IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL – NORMA DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO – DEVER DO PODER PÚBLICO NA MEDIDA DE SUAS POSSIBILIDADES. Não compete ao Poder Judiciário interferir no âmbito discricionário da Administração Pública na IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, que resultem sempre e necessariamente de exame de conveniência, oportunidade. A Administração Pública deve estabelecer metas a serem alcançadas paulatinamente, segundo as previsões programáticas e orçamentárias, com a participação do Poder Legislativo, não podendo ser atropelado por ordem judicial.

2. Razões

Na decisão escolhida para o comentário, observa-se que a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar a Apelação Cível nº 1. 0325. 05. 930764 – 6 / 001 – Comarca de Itamarandiba, deu provimento às apelações propostas pelos municípios de Carbonita e de Itamarandiba. Os referidos municípios apelaram da decisão que deu provimento ao pedido do Ministério Público através de Ação Civil Pública que exigia dos suscitantes a implementação de políticas públicas com o escopo de melhorar o atendimento das crianças e dos adolescentes dos municípios. No entanto, o relator, Des. Célio César Paduani, deu provimento a ambos os recursos julgando totalmente improcedente a ação civil pública em apreço, sob a alegação de que não compete ao Poder Judiciário interferir no âmbito discricionário da administração pública na implementação de políticas públicas, por entender que violaria o princípio da separação dos Poderes.

3. Justificativa

A decisão escolhida para ser comentada trata da implementação de políticas públicas por meio do Poder Judiciário. O tema é polêmico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. No entanto, é assunto de extrema relevância, já que no Estado democrático de direito o Poder Judiciário tem a função de fazer cumprir as diretrizes constitucionais sociais, através da implementação de políticas públicas, mesmo que para isto tenha que interferir na esfera de outros poderes.

4. Finalidade

O comentário tem por finalidade demonstrar para a comunidade jurídica que a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário é uma necessidade quando ocorre a inércia injustificada ou quando a justificativa da administração pública não é satisfatória. Visa demonstrar que os princípios da discricionariedade da administração pública e o princípio da Tripartição dos Poderes não podem ser evocados para justificar a inércia quanto à implementação de políticas públicas.

5. Comentário

A problemática relativa à eficácia dos direitos fundamentais (SARLET, 1988) é notadamente mais evidente em relação aos direitos fundamentais sociais (SILVA, 2001), pois as suas prestações materiais dependem dos recursos de que o Estado dispõe. No entanto, a Constituição determina ao legislador que viabilize o conteúdo desses direitos (KRELL, 2000).

A pergunta que se faz é: seria possível a implementação dos direitos fundamentais sociais por meio do Poder Judiciário? A questão é polêmica, encontrando como argumento para sua negativa a alegação de ilegitimidade do Poder Judiciário para a conformação do conteúdo desses direitos, por se entender que seria afrontado o princípio da Separação de Poderes (ANDRADE, 1976). Por sua vez o poder público invoca o princípio da *reserva do possível*, para escusar-se de concretizar as políticas públicas de implementação do conteúdo dos direitos sociais.

Em relação ao argumento de ilegitimidade do Poder Judiciário¹ em exigir a implementação do conteúdo dos direitos sociais, quando não realizado ou não realizado satisfatoriamente pelo poder público, de afrontar o princípio da separação de Poderes, deve ser revisto quando se tratar de prestações de serviços sociais, pois esse princípio não pode ser invocado para justificar injustiças sociais e causar inércia social (CAPPELLETTI, 1999).

Parece-nos cada vez mais necessária à revisão do vetusto dogma da Separação dos

¹ Almeida (2001) apresenta o novo escopo do Judiciário no Estado democrático de direito.

Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (KRELL, 2000, p. 29).

O citado princípio deve ser submetido a uma releitura, não para possibilitar a ingerência de um Poder sobre o outro, mas para possibilitar uma reformulação funcional do Estado, objetivando uma melhor distribuição de suas funções e um efetivo controle de *freios e contrapesos*. No paradigma do Estado democrático de direito, os princípios devem ser viabilizados para a construção de uma sociedade mais justa, sendo interpretados sob o método hermenêutico da adequabilidade. Assim, o argumento de que o princípio da separação de Poderes deve prevalecer a qualquer custo deve ser superado em prol de se reduzirem os obstáculos que impedem a materialização do conteúdo dos direitos sociais fundamentais, não importando se a materialização do conteúdo destas normas programáticas seja feita pelo poder público ou implementadas por meio do Poder Judiciário.

Quando os preceitos constitucionais não são cumpridos por omissão do legislativo ou do administrador, pode ter como consequência uma inconstitucionalidade permanente (visto que os preceitos constitucionais são vinculantes e servem como princípios orientadores) gerando instabilidade política e um sentimento de descrédito nas instituições democraticamente instituídas. É incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara o Estado em mora por não implementar preceitos constitucionais econômicos, sociais e culturais, sentenças dessa natureza tornam-se importantes veículos canalizadores das reivindicações sociais, por expressarem o sentimento social de inconformismo com a inércia do Poder Público. Com tais sentenças, o judiciário não está controlando o administrativo e sim exercendo sua função de fiscalizá-lo e cumprindo seu papel na dinâmica de freios e contrapesos. (FARIA, 1998).

O princípio da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) foi desenvolvido na Alemanha, fruto de uma decisão da Corte Constitucional germânica, que entende que a prestação dos serviços públicos pelo Estado está condicionada à disponibilidade dos recursos necessários para a implementação de tais serviços. “Segundo a Corte Constitucional Alemã, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. (KRELL, 2000, p. 40). De acordo com essa teoria não é permitido exigir do Estado acima de um limite básico social.

A doutrina e a jurisprudência alemãs sempre influenciaram os juristas brasileiros, por fazerem parte da família romano-germânica, e por isso muitos preceitos e teorias daquele país foram transportados para o Brasil. Entretanto, o mesmo preceito ou teoria aplicados em contextos sociais diferentes assumem feições também diferentes. O Brasil, com toda sua diversidade cultural e sua desigualdade social, não pode importar conceitos jurídicos de uma sociedade desenvolvida como a alemã sem a devida adaptação. O próprio significado de *possível* no contexto alemão tem outra conotação comparada com o contexto

brasileiro. Naquele país, o desenvolvimento humano atingiu um estágio ainda não experimentado pelo Brasil. Em nosso contexto, a implementação dos direitos fundamentais é cada vez mais dependente do Estado. Assim, conclui-se que a reserva do possível pode ser fruto de um direito comparado equivocado, porquanto foi importado de uma sociedade que em nada se aproxima da nossa, principalmente na definição do que seja a garantia mínima de direitos (FREIRE JÚNIOR, 2005). Nesse sentido, baseando-se no princípio da reserva do possível, é alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária para o cumprimento imediato de decisão judicial que verse sobre políticas públicas. Entretanto, não é razoável aceitar qualquer alegação de falta de recurso, fundamentando-se apenas nesse princípio. Como esclarece o Min. Celso de Melo em ADPF nº 45:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado na Carta Política.

Não se mostra lícito, no entanto, ao poder público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Assim a escassez de recursos deve ser investigada, no caso concreto, pois, do contrário, de nada adianta a norma constitucional se esse argumento fosse sempre invocado. Também deve ser salientado que o sistema de planejamento orçamentário não é feito com a total liberdade do legislador. Tanto o legislador quanto o administrador não possuem discricionariedade para dispor dos recursos como bem entenderem (SCAFF, 2005, p. 213-226). A norma do art. 3º da Constituição Federal enumera os direitos sociais que devem ser perseguidos pelos governos que se sucedem. O Estado deve disponibilizar toda sua estrutura para servir à obtenção destes desígnios. Em voto recente, na ADI nº 29251, o Min. Carlos Velloso demonstrou a vinculação entre os objetivos constitucionais e a obrigatoriedade de se realizarem despesas que foram previamente definidas, em voto que tratou do uso dos recursos arrecadados com a CIDE.

Não deve ser apenas limitada à reserva do possível a aplicação dos recursos necessários, e sim aplicá-los buscando efetivamente transformar em realidade as conquistas formais dos direitos fundamentais. Conclui-se que a questão de cumprir as tarefas sociais não está relegada somente ao governo e à administração, mas encontra seu fundamento no próprio texto constitucional sobre os direitos sociais. A sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder judiciário.

6. Conclusão

Os princípios da discricionariedade e da separação de Poderes não podem ser usados como justificativa para a omissão da administração pública quanto à implementação de políticas públicas. A falta de dotação orçamentária alegada pela administração pública não pode ser aceita sem uma comprovação objetiva quando se tratar de direitos sociais. O Poder Judiciário como órgão legitimado constitucionalmente para promover transformação social não pode ficar alheio às omissões da administração pública. Diante do exposto, não se concorda com o teor da decisão comentada.

7. Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Poder Judiciário brasileiro como instituto de transformação *positiva* da realidade social. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho, 5ª Região*, Campinas, n. 15, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *A Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

KRELL, Andréas Joachin. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1988.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, jul./ago. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

4. TÉCNICAS

RECOMENDAÇÃO DE AUTO-CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

ELAINE MARTINS PARISE

Procuradora-Geral de Justiça Adjunta Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais
Especialista em Direitos Difusos e Coletivos – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais
Mestre em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Doutorando em Direitos Difusos – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RENATO FRANCO DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Especialista em Direito Público – FADIVALE – Governador Valadares/MG
Mestre em Direito e Instituições Políticas – FUMEC – Belo Horizonte
Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais – *Universidad del Museo Social Argentino*
Professor – UNIPAC – Belo Horizonte

JÚLIO CESAR LUCIANO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais
Mestre em Direito Constitucional – Universidade Clássica de Lisboa

MODELO

O ÓRGÃO DE EXECUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, com atribuição junto à XXX Promotoria de Justiça, Promotor de Justiça XXXX, no uso de suas funções constitucionais, *representou* a esta PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA, solicitando o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, a fim de que venha a ser *declarada a inconstitucionalidade da parte final* do inciso VIII do art. 155 da Lei Complementar municipal nº 55, de 27 de maio de 2004, que institui o CÓDIGO AMBIENTAL MUNICIPAL DE XXX.

Alega o representante, em síntese, que a parte final do inciso VIII do art. 155 da Lei Complementar municipal nº 55, de 27 de maio de 2004, Código Ambiental Municipal de XXX, é inconstitucional, pois, contrariando o próprio *caput* do dispositivo, feriu regras de distribuição de competências previstas na Constituição Federal e na Constituição do Estado de Minas Gerais. O mesmo dispositivo também é inconstitucional ao estabelecer

a permissão para a emissão de poluição sonora sem limites e em qualquer horário nas situações que arrolou, de forma que é evidente a afronta ao disposto no art. 225 da Constituição Federal e também no art. 214 da Constituição do Estado de Minas Gerais.

No final, pede o representante providências no sentido de se viabilizar a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo em questão. Por força do despacho de fl. 15, foi solicitada cópia integral da Lei Complementar municipal nº 55/2004, junto à Câmara Municipal, o que somente veio a ser atendido após expedição, na sequência, de ofícios requisitórios. Informam os autos que o dispositivo questionado foi vetado pelo chefe do Executivo (fl. 74); contudo, tal veto foi derrubado pela Câmara Municipal, conforme se depreende do documento de fl. 101. À fl. 103 foi juntada certidão da Presidência da Câmara Municipal, informando que nos registros constantes dos arquivos da Secretaria da Câmara Municipal não consta alteração e ou revogação da Lei Complementar nº 55, que está em vigor desde a publicação até a presente data.

Sendo esse o sucinto relato, entendido necessário, esta PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA, antes de se utilizar da via do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos perante o EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, resolve *expedir* a presente RECOMENDAÇÃO à COLEND A CÂMARA MUNICIPAL DE XXX, objetivando, com isso, que se busque primeiramente uma solução perante o próprio Poder elaborador da norma impugnada, dentro do seu poder de autocontrole da constitucionalidade, tudo nos termos abaixo.

1. Da Inconstitucionalidade da Parte Final do Inciso VIII do Art. 155 da Lei Complementar Municipal nº 55, de 27 de maio de 2004, Código Ambiental Municipal de XXX

Estabelece o art. 155, VIII, da Lei Complementar municipal nº 55, de 27 de maio de 2004 (Código Ambiental Municipal de XXX):

Artigo. 155. São expressamente proibidos, independentemente de medição de nível sonoro, os ruídos:

.....
VIII. provocados por ensaios ou exibição de escolas-de-samba, torcidas organizadas ou quaisquer outras entidades similares, no período compreendido entre as 0 (zero) horas e as 07 (sete) horas, *salvo aos domingos e feriados, nos 30 (trinta) dias que antecedem o tríduo carnavalesco municipal e nos dias de eventos que fazem parte do Calendário Oficial do Município, quando o horário e níveis sonoros serão livres*, (grifo nosso).

Inicialmente, nota-se que é evidente, na espécie, a inconstitucionalidade formal, tendo em vista que, já existindo norma estadual disciplinando a matéria, não poderia o Município de XXX, por intermédio do seu poder legiferante, disciplinar a questão, em sede de competência formal ou legislativa, em sentido diverso do já fixado pela Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, ainda mais quando a norma municipal, contrariamente à

estadual, permite a violação, sem controle, das normas constitucionais e infraconstitucionais sobre o controle da poluição. A competência legislativa ou formal do Município, em matéria ambiental, é somente para assuntos de natureza local (art. 30, II, da Constituição Federal) e, mesmo assim, de ordem supletiva, de forma que sua incidência é limitada aos casos não disciplinados por leis federais e estaduais. No caso em questão, há disciplina em sede de lei estadual, emitida no plano da competência suplementar do Estado de Minas Gerais. É o que dispõe o inciso VII do art. 3º da Lei estadual nº 7.302/78, abaixo transcrito.

Art. 3º. São expressamente proibidos, independentemente de medição de nível sonoro, os ruídos:

.....
VII. *provocados por ensaio ou exibição de escolas-de-samba ou quaisquer outras entidades similares, no período compreendido entre 0 (zero) hora e 7 (sete) horas, salvo aos domingos, nos dias feriados e nos 30 (trinta) dias que antecedem o tríduo carnavalesco, quando o horário será livre,* (grifo nosso).

Com efeito, a parte final do inciso VIII do art. 155 da Lei Complementar estadual nº 55/2004 contraria o já estabelecido no dispositivo da Lei Estadual nº 7.302/78, de sorte que o Município de XXX não tinha competência para elaborar norma, com menor vigor, contrariando lei estadual, já estabelecida, referente à tutela do meio ambiente. O que se nota é que o dispositivo questionado (inciso VIII, art. 155) da Lei Complementar nº 55/2004 do Município de XXX *autoriza, sem qualquer controle, níveis sonoros livres*, aos domingos e feriados, nos trinta dias que antecedem o tríduo carnavalesco municipal e nos dias de eventos que fazem parte do Calendário Oficial do Município, provocados por ensaios ou exibição de escolas-de-samba, torcidas ou quaisquer outras entidades similares. Já a Lei estadual nº 7.302/78, em sentido contrário, somente estabelece, nas hipóteses que mencionada, que livre será o horário, mas não os níveis sonoros. Assim, é evidente o ponto de tensão, sendo que, nesses casos, deve prevalecer a lei estadual, seja por ser competência já exercida, seja por ser disposição legal mais protetiva ao ambiente sonoro. É essa a orientação doutrinária:

O Município, em matéria ambiental, exerce competência administrativa em comum com a União e o Estado, e tem competência legislativa concorrente, ou seja, suplementar. Consequentemente, suas normas devem conformar-se com as da União e do Estado, não podendo ignorá-las ou dispor contrariamente a elas. Sua ação administrativa também não afasta a dos Estados e da União. Competência concorrente é, essencialmente, não excludente. (O município e o meio ambiente na Constituição de 1988. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, v. 1, p. 98, 1996.).

No mesmo diapasão é o entendimento da Corte Constitucional do Estado de São Paulo:

A esse respeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou inconstitucional lei do Município paulista de Pradópolis que, a pretexto de disciplinar a queima da palha de cana-de-açúcar, cuidou da matéria em desacordo — e com menor rigor — com a legislação própria do Estado (Ação Direta de Inconstitucionalidade 17.747-0/8, j.

15.09.1993, v.u., relator César de Moraes, em JTJ-Lex 155:253/268). No mesmo sentido o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 17.197-0/7, j. 02.02.1994, v.u., relator Nelson Schiesari, declarando viciada lei do Município da Estância Turística de Barra Bonita (SP), sobre permissão de queima de cana-de-açúcar, por patente conflito com lei estadual que vedava conduta por ela autorizada. (MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 350.).

Há, até aqui, *inconstitucionalidade formal*, em decorrência da incompetência do Município de XXX para criar dispositivo de lei ambiental que contrasta com lei estadual já estabelecida. Também é evidente a *inconstitucionalidade material*, pois a parte final do inciso VIII do art. 155 da Lei Complementar municipal nº 55/2004, veio a dispor sobre assunto ambiental de forma a mitigar princípios constitucionais fixados tanto no âmbito da Constituição Federal (art. 225), quanto no âmbito da Constituição do Estado de Minas Gerais (art. 214), neste caso em repetição aos ditames principiológicos da CF/88. Com efeito, estabelecem os artigos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (CF/88).

Art. 214. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, ao Estado e à coletividade é imposto o dever de conservá-lo para as gerações presentes e futuras. (Constituição do Estado de Minas Gerais).

Observa-se, assim, que, dentre outros, no mínimo três princípios constitucionais foram flagrantemente desrespeitados pela norma municipal impugnada. O primeiro princípio desrespeitado é o *princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana*, o qual foi elencado como um novo direito da pessoa humana. Esse princípio, como explica Milaré (2004, p. 136), relaciona-se ao desfrute de adequadas condições de vida em um ambiental saudável e ecologicamente equilibrado. No caso em questão, a lei municipal impugnada, ao permitir níveis de poluição sonora sem qualquer controle, afronta o mencionado princípio constitucional presente na própria *Lei Orgânica do Município de XXX* (arts. 200 e 2001), também desrespeitada.

O segundo princípio igualmente mitigado pela norma municipal impugnada é o *princípio da natureza pública da proteção ambiental*, já que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é tido como bem público, já que de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Esse princípio faz com que a proteção e a preservação ambiental se sobreponham a outros interesses, especialmente sobre os de natureza privada ou os de natureza coletiva mais limitada. Tem incidência aqui a supremacia do interesse público sobre o particular. (MILARÉ, 2004). Esse princípio também está presente na *Lei Orgânica do Município de XXX* (arts. 200 e 2001), mais uma vez também desrespeitada.

O terceiro princípio violado é o *princípio do controle do poluidor pelo poder público*. Por esse princípio, o poder público tem o dever de controlar todos os tipos de poluição ambiental e assim o faz especialmente por intermédio do seu poder de polícia. Esse princípio decorre do dever constitucional de preservação e de proteção do ambiente pelo poder público, o qual também está presente no inciso V, § 1º, do art. 225 da CF/88, bem como, conforme abaixo transcrito, no art. 214, § 1º, III e VII, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Art. 214.
§ 1º. Para assegurar a efetividade do direito a que se refere este artigo, incumbe ao Estado, entre outras atribuições:

.....
III. *prevenir e controlar a poluição, a erosão, o assoreamento e outras formas de degradação ambiental*; (grifo nosso).

.....
VII. controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que importem riscos para a vida, a qualidade de vida, o meio ambiente, bem como o transporte e o armazenamento dessas substâncias em seu território.

Esse terceiro princípio igualmente encontra-se presente na Lei Orgânica do Município de XXX, conforme arts. 9º, VI, 200 e 201, III. Dentre esses dispositivos da Lei Orgânica do Município de XXX, o art. 9º, VI, expressamente estabelece:

Art. 9º. É de competência administrativa comum do Município, da União e do Estado, observada a lei complementar Federal, o exercício das seguintes medidas:

.....
VI. proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; [...].

A parte final do inciso VIII do art. 155 da Lei Complementar municipal nº 55/2004 (Código Ambiental do Município de XXX), é de nítida e inaceitável inconstitucionalidade, já que, ao permitir níveis sonoros livres, nas hipóteses nele mencionadas, impede, em tais casos, qualquer controle da poluição sonora pelo poder público, o que contraria a Constituição Federal (arts. 23, VI, e 225), a Constituição do Estado de Minas Gerais (arts. 10, V, 11, VI e 214, § 1º, III) e a própria Lei Orgânica do Município de XXX (arts. 9º, VI, 132, 200, 201, § 1º, III). É importante frisar, conforme estudos da Organização Mundial da Saúde – OMS, que níveis de sons e ruídos fora de determinados limites, acabam por gerar inúmeros malefícios à saúde humana, seja no aspecto físico, seja no aspecto psicológico, seja até mesmo no aspecto mental. Nesse sentido, a Revista Veja do dia 14.08.91, esclarece que a *poluição sonora* passou a ser considerada pela OMS como uma das três prioridades ecológicas para esta nova década, estando logo depois da poluição atmosférica e da poluição da água:

No interior do ouvido humano existe uma espécie de caracol, imerso num ambiente aquoso, envolvendo o nervo responsável pela captação de ondas sonoras. O som entra pela orelha em ondas transmitidas pelo ar. Para atingir esse caracol, as ondas

líquidas sensibilizam cílios microscópicos que ondulam e transmitem a sensação auditiva para as células. Qualquer ruído acima de 85 decibéis provoca lesões irreversíveis nos cílios, posto que o barulho elevado produz ondas que varrem-nos até sistematicamente arrancá-los. Uma vez arrancados eles jamais serão repostos pelos organismos.

É o que muito bem destaca Andrade (1999), que, como base em estudos científicos já realizados, enumera os efeitos nocivos à saúde decorrentes dos ruídos sonoros, tais como:

- perturbação do sono;
- fadiga;
- diminuição da acuidade auditiva;
- dor;
- palpitação cardíaca;
- estresse;
- aumento da pressão sangüínea;
- alterações no funcionamento do sistema gastrointestinal;
- aumento e mudanças na cortisona;
- reações musculares;
- aumento da produção de hormônios na tiróide;
- associação de medo e ansiedade;
- irritabilidade;
- mudança na conduta social etc. (BENJAMIN, Antônio H. (Org.); SICOLI, José Carlos M.; ANDRADE, Filipe Augusto Vieira de. *Manual prático da Promotoria De Justiça do Meio Ambiente*: legislação ambiental, textos básicos. 2. ed. São Paulo: IMESP, 1999).

Com efeito, o dispositivo impugnado viola também o direito à saúde como direito constitucional (art. 196 da CF; art. 186 da CE/MG), que também está presente no art. 156 da Lei Orgânica do Município de XXX. A preservação de valores culturais, relacionados especialmente com eventos festivos referentes à comunidade local e outros eventos similares, não são valores absolutos que tenham força para permitir níveis de poluição sonora sem qualquer controle pelo poder público competente, sob pena de serem desrespeitados de valores constitucionais maiores, relativos especialmente à saúde e à vida do ser humano.

Como muito bem enfatiza o Doutor XXX (fls. 07 e 08), Promotor de Justiça ora representante, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, em seu art. 3º, III, prevê que *poluição* é a degradação da qualidade ambiental, resultante de atividade que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população.

Sendo certo que a poluição sonora é uma das espécies de poluição que mais prejudicam a saúde e o bem-estar da população, o seu controle e a sua limitação, tanto no plano abstrato, que é o da legislação, quanto no plano concreto, que é da competência material ou de implementação, decorrem de exigência constitucional que não pode ser desconsiderada por parte de qualquer Poder, legislativo ou não. É inadmissível a manutenção da redação

do inciso VIII do art. 155 da Lei Complementar nº 55/2004, do Município de XXX, sendo evidente a sua inconstitucionalidade tanto no plano formal, quanto no plano material.

2. Do Poder de Recomendação do Ministério Público e da sua Adequação como Instrumento Útil para Provocar o Autocontrole da Constitucionalidade pelo Poder Legislativo Competente

O Ministério Público, por força da CF/88, assumiu função nuclear no contexto da tutela dos interesses magnos da sociedade brasileira e passou a ser Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, encarregada da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (art. 127, *caput*, da CF/88).

O Estado democrático de direito, que está estatuído no art. 1º da CF/88, é o Estado da Justiça material e o seu compromisso primordial é a transformação, com justiça, da realidade social. A transformação da realidade social, que deve seguir o caminho da busca da igualdade material, não é possível sem que haja efetiva proteção preventiva, especialmente no plano do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos em geral. Pelo controle concentrado e abstrato da constitucionalidade, garantem-se a supremacia e a rigidez constitucionais, impedindo que leis e atos normativos infraconstitucionais possam colocar em risco os valores primaciais da sociedade brasileira, já consagrados constitucionalmente. Um desses valores primaciais é o relacionado com a proteção e a preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, na sua dimensão de direito da geração presente e das futuras gerações.

O Ministério Público passou a ser, com a CF/88, uma das Instituições fundamentais para a proteção ambiental, seja no plano do controle abstrato da constitucionalidade, seja no plano da proteção concreta. No plano da proteção em abstrato da constitucionalidade, a CF/88 prevê expressamente um sistema de controle concentrado que é exercido perante o STF (art. 102, I, “a”, § 1º, § 2º, e 103, ambos da CF/88), na sua condição de Corte Constitucional Nacional, ou perante os Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, os quais funcionam como Cortes Constitucionais Regionais (art. 125, § 2º, da CF/88). Esse mecanismo processual de proteção em abstrato contra a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, o qual é exercido perante as cortes constitucionais, não exclui a existência de outros mecanismos de controle, tais como os exercidos pelos próprios *poderes legiferantes*, por intermédio de autocontrole da constitucionalidade, ou pelo chefe do Poder Executivo, neste caso por intermédio do exercício do *poder do veto*. Ele também não exclui o mecanismo do controle difuso ou incidental da constitucionalidade, que possui inclusive natureza de garantia constitucional fundamental. (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Sendo possível e até mesmo o mais recomendável o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio poder legiferante — seja por intermédio do instituto da revogação, seja por intermédio do instituto da alteração para adequação ao sistema constitucional da lei ou

ato normativo apontado como inconstitucional —, nada mais razoável do que se provocar primeiramente, nas hipóteses em que as circunstâncias venham a comportar, a atuação do Poder elaborador da norma apontada como inconstitucional, deixando para depois, em caso de recusa do autocontrole da constitucionalidade pelo poder competente, a via do controle abstrato e concreto da constitucionalidade perante a corte constitucional competente.

O Ministério Público é também um dos principais legitimados ativos para controle abstrato e concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos perante as cortes constitucionais pátrias, consoante se extrai dos arts. 103, VI, e 129, IV, ambos da CF/88 e dos arts. 6º, I, II e III, da Lei Complementar Federal nº 93, 25, I, da Lei Federal nº 8.625/93, 66, I e II, da Lei Complementar do Estado de Minas Gerais, nº 34, de 12 de setembro de 1994) e, ainda, do art. 120, IV, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Contudo, essa atribuição do Ministério Público não exclui a utilização de outros mecanismos pela mesma Instituição, especialmente quando voltados para assegurar o respeito aos direitos assegurados constitucionalmente. Quando desrespeitados direitos constitucionais, especialmente os de dimensão social, não há dúvida que é dever do Ministério Público promover as medidas necessárias à garantia desses direitos (art. 129, III, e IX, da CF/88). Um dos fortes mecanismos de atuação do Ministério Público, que decorre da CF/88 e está previsto expressamente no plano infraconstitucional, é o mecanismo da recomendação, o qual poderá ser dirigido ao poder público em geral, a fim de que sejam respeitados os direitos assegurados constitucionalmente. Nesse sentido, estabelece o art. 6º, XX, da Lei Complementar federal nº 75, de 20 de maio de 1993, que:

Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:

.....
XX. expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, *bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.* (grifo nosso).

O dispositivo transcrito tem plena aplicabilidade ao Ministério Público dos Estados por força do art. 80 da Lei federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. A Lei nº 8.625/93, em seu artigo 27, I, parágrafo único, IV, também prevê a *recomendação* como instrumento útil que poderá ser dirigido aos poderes públicos, estaduais ou municipais, nos termos abaixo:

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:
I. pelos poderes estaduais e municipais;

.....
Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

IV. promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no “caput” deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Como se vê, não há limites constitucionais e infraconstitucionais ao exercício do poder de recomendação para a tutela dos direitos assegurados constitucionalmente, sendo perfeitamente compatível e até razoável o seu exercício perante o Poder Legislativo, a fim de que seja provocado o autocontrole da constitucionalidade perante o próprio Poder responsável pela elaboração da norma inconstitucional. A recomendação, apesar de não ter o condão de vincular a atuação do poder público, pode servir para a reflexão do administrador, do legislador, enfim, dos agentes públicos a quem ela se dirige, e, com isso, contribuir para a proteção em abstrato e a efetivação em concreto de direitos constitucionais, especialmente os de dimensão coletiva. A respeito da recomendação, aduzimos:

Embora as recomendações, em sentido estrito, não tenham caráter vinculante, isto é, a autoridade destinatária não esteja juridicamente obrigada a seguir as propostas a ela encaminhadas, na verdade têm grande força moral, e até mesmo implicações práticas. Com efeito, embora as recomendações não vinculem a autoridade destinatária, passa esta a ter o dever de: a) dar divulgação às recomendações; b) dar resposta escrita ao membro do Ministério Público, devendo fundamentar sua decisão. (MAZZILLI, Hugo Nigri. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 337.).

A utilização da via da *recomendação*, que de nenhum modo descarta a via constitucional do controle abstrato ou concentrado, é um reforço útil e eficaz ao controle abstrato da constitucionalidade no País e sua utilização contribui inclusive para a diminuição da sobrecarga das cortes constitucionais pátrias.

3. Conclusão

ANTE O EXPOSTO, *considerando* que é evidente a inconstitucionalidade tanto formal quanto material da parte final do inciso VIII do art. 155 da Lei Complementar Municipal nº 55, de 27 de maio de 2004, Código Ambiental Municipal de XXX; que o dispositivo impugnado afronta inclusive a Lei Orgânica do Município de XXX; que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, sendo seu dever constitucional o combate às leis e atos normativos inconstitucionais; que há a possibilidade do autocontrole da constitucionalidade pelo próprio poder legiferante, na sua condição de canal legítimo para a adequação do sistema infraconstitucional aos ditames constitucionais; e considerando, por fim, que o instituto da *recomendação* é um dos mais úteis instrumentos de atuação do Ministério Público, esta PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA *expede* a presente *RECOMENDAÇÃO* ao PODER LEGISLATIVO DO MUNICÍPIO DE XXX, nos termos e condições abaixo fixados:

1. Excelentíssimo Senhor Vereador Presidente, XXX, e Excelentíssimos Senhores Vereadores integrantes da EGRÉGIA CÂMARA MUNICIPAL DE XXX, esta PROCU-

DORIA-GERAL DE JUSTIÇA, valendo-se das suas atribuições constitucionais e infra-constitucionais, RECOMENDA a Vossas Excelências a alteração da parte final do inciso VIII do art. 155 da Lei Complementar Municipal nº 55, de 27 de maio de 2004, Código Ambiental Municipal de XXX, a fim de que seja especialmente excluída do dispositivo impugnado a expressão *níveis sonoros serão livres*, com a sua perfeita adequação à Lei Estadual nº 7.302/78 (art. 2º, 3º, VII, e 4º), à CF/88 (art. 225) e à Constituição do Estado de Minas Gerais (art. 214).

2. Fixa-se, nos termos do inciso IV, parágrafo único, do art. 27, da Lei federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, o prazo de sessenta dias, a contar da data da notificação pessoal do Vereador Presidente desta Colenda Casa Legislativa, para que Vossas Excelências cumpram, sendo esse o entendimento, a presente Recomendação, nos termos da disposição anterior.

3. Na ocasião, também nos termos do disposto no inciso IV, parágrafo único, do art. 27, da Lei federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, requisita-se diretamente ao Excelentíssimo Senhor Vereador Presidente da Câmara Municipal de XXX, Senhor XXX:

- a) a divulgação adequada e imediata da presente recomendação;
- b) informações por escrito, no prazo de dez dias, contados a partir do vencimento do prazo de sessenta dias acima fixado, sobre o cumprimento ou não da presente Recomendação.

Para que seja viabilizado o cumprimento desta Recomendação, determina-se à Secretaria da Procuradoria-Geral de Justiça que a instrua com a cópia integral do expediente XXX.

Por fim, solicite-se, mediante ofício, ao Promotor de Justiça da Comarca de XXX, ora representante neste expediente, diligências para a *notificação pessoal* do Senhor XXX, Vereador Presidente da Câmara Municipal de XXX, sobre o teor desta Recomendação e do expediente que a instrui.

Cumpra-se.

SUBSEÇÃO II – DIREITO INSTITUCIONAL**1. ARTIGOS****ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA E O CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

MARCOS PEREIRA ANJO COUTINHO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Administração Pública Democrática. 3. Controle da Administração Pública pelo Ministério Público: a questão dos interesses transindividuais x interesses públicos. Ação civil pública. Prevenção x repressão. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução

O princípio democrático é o alicerce do Estado brasileiro e, caracterizando-se como elemento fundante, representa fator diretivo do legislador e do aplicador da lei. A Constituição da República instituiu o regime político democrático como princípio fundamental logo no artigo 1º, buscando sua materialização como “[...] meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, sendo um processo de convivência social em que o poder, exercido direta ou indiretamente, emana do povo, pelo povo e para o povo” (SILVA, 2005, p. 40).

Especial atenção, nesse sentido, merece a outorga ao Ministério Público da relevante função constitucional de zelador do regime democrático.¹ A prioritária atuação ministerial, como órgão responsável pela fiscalização e fomentação do aprimoramento estatal, encontra-se indissociavelmente ligada à exigência de um sistema administrativo não apenas democrático em sua composição e estruturação, mas especialmente em seu funcionamento e exteriorização.

A engrenagem da máquina administrativa deve se pautar, invariavelmente, pela fórmula que melhor atenda o interesse público², assim exigindo a Lei Maior que, por outro lado, condiciona, de forma imperativa, a atuação do *Parquet* na cobrança dessa expectativa social: uma administração pública democrática, consequência lógica de um Estado democrático de direito. É nesse contexto que serão consignadas breves reflexões sobre o controle da administração pública pelo órgão ministerial, através do paradigma do regime democrático.

¹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

² Público. adj. 1. relativo ou pertencente a um povo (HOUAISS, 2001).

2. Administração Pública Democrática

Conceituar administração pública não é tarefa simples. Moreira Neto (1992, p. 81) conceitua administração pública como “[...] o conjunto de atividades preponderantemente executórias, praticadas por pessoas jurídicas de direito público ou por suas delegatárias, gerindo recursos total ou parcialmente públicos, na prossecução dos interesses legalmente cometidos ao Estado”.

A função administrativa, examinada como uma das atividades estatais ou funções do Estado, traz em si pluralidade de nuances, podendo ser estudada sob o prisma subjetivo ou organizacional³ e, ainda, sob o ângulo objetivo ou funcional.⁴ A diversidade de matizes faz com que, por vezes, utilize-se a denominada caracterização residual da administração pública: o “[...] conjunto de atividades que não se enquadram na legislação, nem na jurisdição” (MEDAUAR, 1999, p. 47), não obstante haver incontestável unidade sistêmica entre as vertentes conceituais, inexistindo antagonismos, sim complementações.

Tais conceitos, antes de externarem a complexidade temática enfrentada, buscam registrar a magnitude da função de Estado consubstanciado na administração pública, tamanho o grau de competências e diversidade de atuações nela incrustadas. E por representar um conjunto de funções de singular importância na materialização do bem comum, dada sua natureza predominantemente executiva, deve, com maior razão, pautar-se nas balizas do princípio democrático, vetor central do Estado brasileiro.

Não é possível conceberem-se os rumos concretos de uma administração pública vinculados, tão-somente, à legitimidade formal ou presumida que decorre da escolha de seus chefes maiores pela sociedade. Absoluto *nonsense* surgiria com a incidência do princípio democrático relegado à etapa meramente eleitoral, distanciando-se, assim, da função executiva propriamente dita – indispensável para o atingimento das finalidades sociais.

A obviedade da assertiva, entretanto, não condiz com a realidade vivenciada no Brasil, ainda sendo detectado, em termos de efetividade constitucional, o modelo estrito de democracia, consubstanciado na *democracia de investidura*, caracterizando-se, nessa esteira, cristalina burla ao comando constitucional e contundente exemplo de *insinceridade normativa*. Segundo Medauar (1999, p. 27):

O componente democrático traz à mente, de imediato, a idéia de ‘governo do povo para o povo’. Ou seja, o termo democrático é habitualmente associado aos aspectos

³ “O conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo” (MEDAUAR, 1999, p. 48).

⁴ “Conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população [...]” (MEDAUAR, 1999, p. 47).

de formação do governo, ao modo pelo qual são escolhidos aqueles que tomam as decisões em nome do povo. A esse enfoque ligam-se os diversos mecanismos pelos quais se ampliam as possibilidades de participação do povo na escolha dos governantes: extensão do direito de voto, formação de partidos políticos, igual acesso aos mandatos representativos, por exemplo. Esta é a chamada *democracia de investidura*.

Barroso (1996, p. 61) assevera que:

Por mais de uma razão determinada disposição constitucional deixa de ser cumprida. Em certos casos, ela se apresenta desde o primeiro momento irrealizável. De outras vezes, o próprio poder constituído impede sua concretização, por contrariar-lhe o interesse político. E, ainda, um preceito constitucional frustra-se em sua realização por obstáculos opostos por injunções de interesses de segmentos econômica e politicamente influentes [...]. A Constituição transforma-se, assim, em um mito, um mero instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não serão honradas [...]. Captando esta realidade com amarga ironia, afirmou Celso Antônio Bandeira de Mello que, se um ser extraterrestre, dotado de inteligência, aportasse no Brasil e decidisse desvendar os usos e costumes nativos à luz da Constituição de 1969, especialmente no título 'Da Ordem Econômica e Social', ficaria surpreso e embevecido com o elevado padrão de civilização que logramos erigir.

Contra essa limitada expressão do regime democrático é que se prega a denominada *democracia de funcionamento ou operacional*:

A partir da metade da década de 50 do século XX começa a surgir a preocupação com uma democracia mais completa, com a democracia que transpõe o limiar da eleição de representantes políticos para expressar-se também no modo de tomada de decisão dos eleitos. Emergiu a idéia de que o valor da democracia depende também do modo pelo qual as decisões são tomadas e executadas. Verificou-se que havia, com frequência, grande distanciamento entre as concepções políticas de democracia vigentes num país e a maneira com que ocorriam as atuações da Administração [...]. Passou a haver, então, uma pregação doutrinária em favor da democracia administrativa, que pode ser incluída na chamada democracia de funcionamento ou operacional [...]. Isso porque, o caráter democrático de um Estado declarado na Constituição, deve influir sobre o modo de atuação da Administração, para repercutir de maneira plena em todos os setores estatais. (MEDAUAR, 1999, p. 27).

Frisa-se que, pelo fato de a Constituição de 1988 haver adotado o princípio democrático, sem quaisquer restrições expressas, outra interpretação não pode haver senão aquela que permita a mais ampla incidência do princípio fundante, certo de que é dever jurídico do administrador público moldar-se a tal determinação, para atingimento do *Estado de Justiça material*. Segundo Almeida (2003):

O *princípio democrático*, o alicerce fundamental do Direito e da própria organização social, constitui o mais importante eixo que *alimenta e sustenta a transformação social com justiça* [...]. Seria, no dizer de Canotilho, princípio estruturante. Por isso,

nele se fundamentam todos os demais princípios e regras constitucionais, principalmente os que estão inseridos no contexto de direito processual coletivo [...] é, assim, *a democracia no seu sentido dinâmico, a base constitucional que vincula e inspira o processo de transformação positiva da realidade social*. Informa, para tanto, o agir do Estado e da própria sociedade [...]” (ALMEIDA, 2003, p. 567, grifo nosso).

O ato da administração pública, portanto, deve guardar obediência ao princípio examinado, de modo sempre motivado, atender às expectativas da população, destinatória substancial da função administrativa. Segundo Mello (2005, p. 102):

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naquele outros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível a motivação detalhada. O fundamento constitucional da obrigação de motivar está - como se esclarece de seguida - implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo [...]. Por isso Ramón Real (*La fundamentación del acto administrativo*, Alberto Ramón Real) disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática.

Sendo um poder-dever ministerial o zelo pelo cumprimento e respeito ao princípio democrático, conforme preceitua o artigo 127 da Carta da República, inúmeras possibilidades, *de lege lata*, mostram-se presentes ao aplicador do direito, na retificação de cursos porventura tortuosos, mediante o auxílio dos princípios jurídicos que condicionam, de forma superior, o juízo de validade dos atos da administração. Mello (2005, p. 99) assevera ainda que:

Com efeito, o fato da lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda.

E aqui reside a noção maior de controle⁵ da administração, sob a visão ou enfoque democrático.

⁵ Controle. S.m. ato ou efeito de controlar. 1. Monitoração, fiscalização ou exame minucioso, que obedece a determinadas expectativas, normas, convenções etc. (HOUAISS, 2001).

3. Controle da Administração Pública Democrática pelo Ministério Público: a questão dos interesses transindividuais x interesses públicos. Direito subjetivo público. Ação civil pública. Prevenção x repressão

Neste ponto, é oportuno traçar a identificação dos interesses tuteláveis pelo Ministério Público, especialmente sobre a temática referente aos interesses públicos e interesses transindividuais (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), como forma de se delimitar a extensão e legitimidade do controle da administração pública pelo órgão ministerial. Os direitos ou interesses transindividuais, entendidos como direitos de terceira dimensão ou geração, têm raízes na Revolução Industrial do século XVIII, com berço na Inglaterra.

O surgimento da classe operária, conseqüência do mundo industrial, juntamente com os denominados *corpos intermediários* (inicialmente os sindicatos dos operários e, posteriormente, as associações e demais entes e órgãos de tutela supra-individual) representaram o nascimento dessa nova realidade conhecida através dos *conflitos massificados*, contribuindo para a coletivização (em sentido lato) de interesses e demandas.

A doutrina italiana, especialmente através do jurista Cappelletti (1977) e Grinover (1984), interpretando tais fenômenos, trouxe para o cenário jurídico a essência de uma tríplice divisão conceitual entre interesse público (interesse decorrente da relação indivíduo-Estado), privado (inter-relação entre os indivíduos) e transindividual (interesses massificados ou coletivos em sentido amplo).

A *divisão tricotômica*, entretanto, não se apresenta pacífica na doutrina brasileira, havendo outras correntes de pensamento (LENZA, 2005): a *dicotômica pura*, que adota a divisão entre interesses públicos e privados, e a *dicotômica mitigada*, onde os interesses difusos estariam contidos no gênero interesse público. Fazer essa sintética abordagem é relevante, conforme será exposto, porque influência concreta na atuação ministerial pode existir, relativamente ao juízo de adequação da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), como instrumento de auxílio ao controle de uma administração pública democrática.

Para o segmento doutrinário que abraça a corrente tricotômica, por exemplo, o combate à improbidade administrativa estaria ligado a *interesse público*, não incidindo a Lei da Ação Civil Pública, cujo escopo maior seria a proteção dos *direitos ou interesses transindividuais* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). A ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, prevista na Lei nº 8.429/92, seria, nessa linha, instrumento incompatível com a ação civil pública.

A Constituição de 1988, em relação à gama de atribuições do Ministério Público, apresentou magnitude até então não verificada na história republicana, optando por delegar ao *Parquet* a responsabilidade de tutelar interesses fundamentais (arts. 127 e 129 da CF/88) para a estruturação e desenvolvimento do Estado democrático, não havendo, em momen-

to algum, por vontade constitucional, a segmentação, separação ou distinção formal entre interesses públicos ou transindividuais a serem protegidos pelo Ministério Público,⁶ de modo a obstaculizar suas atribuições.

Não bastasse o exposto tratamento constitucional no artigo 129, inciso III, a análise do conteúdo substancial dos interesses difusos⁷ também se afigura harmoniosa com a essência do interesse público, existindo inúmeras situações indicativas da presença simultânea e simétrica de interesses públicos e interesses transindividuais, em que a satisfação de um traz o adimplemento de outro, em exatidão matemática: são os exemplos de um dano ambiental⁸ ou de uma lesão ao Erário público⁹.

Segundo Mazzilli (2005, p. 50), “São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”.

Ontologicamente, sob paradigma de um Estado democrático, portanto, não é palpável a distinção entre as categorias de direitos difusos e públicos, de modo a se impedir ou abortar, no nascedouro, a solução de conflitos de interesses que estejam situados no âmbito do coletivo *lato sensu* e do público, o que destoaria inclusive da própria conceituação clássica de Estado. De acordo com Dallari (1998, p. 118), “A ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.

Importante destacar, por outro lado, que o *interesse comum* na ordem democrática deve ser examinado com redobrada atenção, não sendo apenas o *interesse geral da coletividade*. É interesse jurídico do Estado a proteção do hipossuficiente, do idoso, dos índios etc, sem necessariamente haver repercussão direta na esfera dos direitos individuais de toda a população.

A certeza legal da homogeneidade de tratamento conferida a interesses transindividuais e interesses públicos, por sua vez, está contida na própria *ampliação do objeto* da ação civil pública implementada através da Lei nº 8.625/93 (artigo 25, inciso IV, alíneas “a” e “b”)¹⁰, como esclarece Carvalho (2001, p. 75):

⁶ O artigo 129, inciso III, dispõe ser função institucional do *Parquet* a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

⁷ Contido no gênero *interesse transindividual*.

⁸ Sua eliminação atende igualmente ao Estado e à população, em proporções idênticas.

⁹ A reparação do dano à Fazenda satisfaz, em simetria, interesses públicos e difusos.

¹⁰ IV. promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem; [...].

O objeto mediato da ação civil pública é a tutela aos interesses difusos ou coletivos – utilidade jurídica que o autor vai desfrutar no caso de acolhimento de seu pedido. O objeto imediato da ação consiste na natureza da prestação jurisdicional requerida, consubstanciando-se na modalidade de tutela jurisdicional a ser obtida pelo autor, como bem averba Frederico Marques. No que tange a ação civil pública, vimos que a providência alvitada pelo autor é de conteúdo condenatório, seja para condenar o réu a pagamento em dinheiro, seja para obrigá-lo ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. A evolução jurídico-formal do instrumento desse tipo especial de ação pode, contudo, admitir a ampliação desse objeto imediato em ordem a alcançar outra modalidade, muito embora tendo em mira sempre os interesses difusos e coletivos a serem protegidos no processo. [...]. A Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, ampliou o objeto da ação civil pública, que na Lei 7.437 era apenas condenatório – Art. 51, §4º, do CDC. [...]. Outra ampliação do objeto ocorreu com a Lei nº 8.625, de 12.02.93 – a Lei Orgânica do Ministério Público. Com efeito, ao dispor sobre as funções gerais do Ministério Público, além das demais constantes nas Constituições e nas leis, estabeleceu o estatuto no art. 25, IV, caber ao órgão o ajuizamento de ação civil pública: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; b) para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem. No sentido do que foi dito, é de se destacar a grande relevância e sensibilidade jurídica da decisão proferida pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator o eminente Des. Rubens Xavier Ferreira, que analisou com precisão o tema. Diz o acórdão: Ação civil pública. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública visando à anulação de atos administrativos irregulares e lesivos ao erário [...].

Exame diferenciado, através da história constitucional brasileira, também produz similar conclusão: a Constituição brasileira de 1934, ao consagrar pela primeira vez a ação popular, já conferia pioneira demonstração de que a tutela dos direitos difusos relacionados ao patrimônio público repousam em interesses públicos, havendo, portanto, harmonia e homogeneidade sistêmica entre as referidas categorias: “Art. 113, n. 38 – Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos actos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

A Carta de 1988, com muitos avanços, manteve similar orientação. Pertence, como se disse, à tradição constitucional democrática brasileira o tratamento não diferenciado conferido aos direitos difusos e interesses públicos, equiparados a verdadeiros *direitos subjetivos públicos*.

Segundo Mazzilli (2005, p. 185), “[...] seria de todo ilógico que a Constituição e as leis legitimassem um único cidadão para defender o patrimônio de todos, mas negassem essa possibilidade ao Ministério Público, encarregado que é de defender toda a coletividade”. Carvalho Netto (1997) faz proveitosa análise para o raciocínio desenvolvido, ao abordar os requisitos pragmáticos da interpretação jurídica, sob o paradigma do Estado democrá-

tico de direito:

Com o final da 2ª Guerra Mundial, o modelo do Estado Social já começa a ser questionado, conjuntamente com os abusos perpetrados nos campos de concentração e com a explosão das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki, bem como pelo movimento hippie na década de sessenta. No entanto, é no início da década de setenta que a crise do paradigma do Estado Social manifesta-se em toda a sua dimensão. A própria crise econômica no bojo da qual ainda nos encontramos coloca em xeque a racionalidade objetivista dos tecnocratas e do planejamento econômico, bem como a oposição antiética entre a técnica e a política. O Estado interventor transforma-se em empresa acima de outras empresas. As sociedades hipercomplexas da era da informação ou pós-industrial comportam relações extremamente intrincadas e fluidas. Tem lugar aqui o advento dos direitos da 3ª geração, os chamados interesses ou direitos difusos, que compreendem os direitos ambientais, do consumidor e da criança, dentre outros. São direitos cujos titulares, na hipótese de dano, não podem ser clara e nitidamente determinados. O Estado quando não diretamente responsável pelo dano verificado, foi no mínimo, negligente no seu dever de fiscalização ou de atuação criando uma situação difusa de risco para a sociedade. A relação entre o público e o privado é novamente colocada em xeque. Associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra o Estado privatizado ou omissor. Os direitos de 1ª e 2ª geração ganham novo significado. Os de 1ª são retomados como direitos (agora revestidos de uma conotação sobretudo processual) de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e seu Direito participativo, pluralista e aberto [...] no paradigma do Estado Democrático de Direito é de se requerer do Judiciário que tome decisões que [...] satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto. (CARVALHO NETO, 1997, p. 473).

A jurisprudência atual, de forma congruente, não verificando obstáculos constitucionais à homogeneidade de tratamento entre os conceitos de interesses públicos e difusos, deixa de adotar a teoria tricotômica:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, *a fortiori*, difuso. 2. A característica da ação civil pública está exatamente no seu objetivo difuso que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão. 3. A lei de improbidade administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas *contra legem*, sua exegese e sanções correspondentes. 4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local [...]. 8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do código de defesa do consumidor e do

estatuto da criança e do adolescente e do idoso, compõem um micro-sistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se [...]. 10. Recurso Especial desprovido. (BRASIL, 2004).

Os horizontes constitucionais de controle da administração pública, dessa forma, mediante a aplicação do princípio democrático, mostram-se compatíveis com a expectativa social de uma gestão pública que se mostre eficiente e legalista, binômio de conjugação obrigatória. Segundo Di Pietro (2002):

Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados no topo dos princípios que devem conduzir a função dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais [...]. O princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriado este último, nunca se justificando atuação administrativa contrária ao direito [...]. Não se deve esquecer que o Direito administrativo deve garantir simultaneamente os interesses gerais e os direitos e interesses individuais, não sendo razoável seu abandono em prol da sacralização de uma lógica eficiente, que não consegue ver na legalidade pública outra coisa senão insuperáveis obstáculos que devem ser eliminados a todo custo. (DI PIETRO, 2002, p. 299-300).

A gestão pública democrática, como se evidencia, é matéria de extrema importância e responsabilidade na condução dos destinos coletivos e, por essa razão, exige fiscalização contínua da sociedade, como reflexo do sistema de pesos e contrapesos imposto constitucionalmente. Oportuno registrar, em fecho, que, sob o paradigma estudado, deve ser procurada sempre a correção dos vícios administrativos antes da produção de resultados socialmente nocivos, apesar da inegável dificuldade prática vivenciada por todos os aplicadores do direito nessas hipóteses.

Tais dificuldades, em parte, decorrem dos incipientes mecanismos de *controle interno* das administrações públicas, fazendo com que o controle *a posteriori* das administrações ganhem, muitas vezes, feições repressivas, objetivando-se a extirpação do mal já concretizado.

A partir dessas reflexões é que surgiu a temática do *controle de políticas públicas*, como genuíno mecanismo democrático de prevenção de vícios de gestão em detrimento da Constituição. Ficaria o implemento das políticas públicas condicionado ao imotivado talante dos gestores da coisa pública? Almeida (2003, p. 342), conferindo a prevalência do controle preventivo sobre o repressivo, em sintonia com o princípio democrático, ensina que:

A Constituição Federal não restringe o objeto material da ação civil pública (art. 5º, XXXV, e 129, III), tanto que consagra [...] o princípio da não-taxatividade da

ação civil pública [...] a implantação de políticas públicas, especialmente as exigidas constitucionalmente, nunca pode ser considerada como questão pertencente à seara da mera conveniência e oportunidade do administrador. A implantação de políticas públicas é dever do administrador, que se não as realizar conforme manda a Constituição e a legislação poderá ser acionado jurisdicionalmente [...].

Esse posicionamento, hoje, começa a ser materializado pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2003).

4. Conclusão

As reflexões sobre o papel do Ministério Público na observância de uma administração pública democrática buscam alimentar a discussão em área de estudo ainda bastante ampla: a exequibilidade do princípio democrático no campo da gestão pública e a efetividade dos mecanismos de controle administrativos. Intimamente gravada no espírito do Estado de Justiça material reside a noção da limitação dos poderes, lastreada na própria falibilidade humana, buscando o equilíbrio democrático desejado pela sociedade, com a finalidade de alcançar o bem comum.

Imperativamente distintos, na atualidade, portanto, devem ser os papéis dos Poderes Judiciário, Executivo, Legislativo e do Ministério Público, em confrontação com as formas outrora moldadas sob diferentes paradigmas políticos, como o do liberalismo, cuja orientação principiológica, por vezes, até os dias de hoje, colabora por embotar a crítica democrática.

O Direito deve compatibilizar a exigência da segurança jurídica com os anseios de Justiça, certo de que é através da administração pública, dada sua natureza executiva, que importante carga de problemas sociais pode ser mitigada; o que colabora por exteriorizar a magnitude da função administrativa e faz volver à reflexão objeto do trabalho, balizado no princípio democrático, umbilicalmente vinculado à existência de mecanismos de controle independentes, como garantias para o atingimento das finalidades estatais.

Para isto, a interpretação constitucional deve privilegiar e conferir efetividade a tais mecanismos, sejam instrumentais ou materiais, como forma de auxiliar a concretização dos vetores de uma sociedade democrática.

5. Bibliografia

GRINNOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: CAPPELLETTI, Mauro. (Org.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. São Paulo: Renovar, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 000789572003. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 de fevereiro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 493811/SP. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 11 de novembro de 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça civil. *Revista de Processos*, São Paulo, n. 5, 1977.

CARVALHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2001.

CARVALHO NETO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 1, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: RT, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS NAS ÁREAS DA EDUCAÇÃO E SAÚDE

GLAUBER TATAGIBA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Regimes Políticos. 3. A Democracia Constitucional. 4. O Ministério Público na Defesa da Democracia Constitucional. 5. Implementação dos Direitos Socioeconômicos e a Aplicação de Recursos Financeiros. 6. Problema Técnico da Atuação Repressiva do Ministério Público. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. Introdução

Nestas poucas linhas tecemos considerações sobre a natureza e a legitimidade da atuação do Ministério Público brasileiro, tendo em vista sua regulamentação constitucional, na fiscalização da aplicação dos recursos financeiros volvidos para as áreas sociais, mormente os direcionados para as áreas da educação ou ensino e saúde. Para isto, mister uma incursão sobre o conceito e a abrangência das expressões *regimes políticos* e *democracia* utilizados pelo constituinte ao se referir ao Ministério Público.

2. Regimes Políticos

O artigo que inaugura a regulamentação da Instituição na Constituição Federal tem o seguinte teor: “Art.127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Não há unanimidade entre os doutrinadores na conceituação de regimes políticos. Duverger (apud SILVA, 2000, p. 127), em sua célebre obra *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, publicada pela primeira vez em 1951 na França, fonte de ensinamento para grandes doutrinadores nacionais e estrangeiros, ensina-nos que o regime político é um “[...] conjunto de instituições políticas que, em determinado momento, funcionam em dado país, em cuja base se acha o fenômeno essencial da autoridade, do poder, da distinção entre governantes e governados”.

O italiano Romano (1977, p. 187) elucida que as expressões *regime* e *governo* são empregadas constantemente como sinônimos, mas que:

Isto, porém, é verdadeiro até certo ponto [...]. Por regime entende-se o governo, não num dos vários significados da palavra a que já aludimos, mas quando se pretende ressaltar com uma fórmula sintética o princípio político fundamental (por exemplo, o princípio liberal, o princípio democrático, o princípio socialista, etc.) que informa

todas as instituições do Estado e constitui também uma suprema direção da sua atividade.

Franco Sobrinho (1984, p. 48), dissertando sobre regimes políticos, explica que: “[...] o regime decorrente de uma Constituição, conseqüente de poder constituinte, não visa apenas destacar o papel de governantes e governados. Objetiva, antes de mais nada, organizar a nação, dar sentido ao poder e realizar exigências sociopolíticas”. Caetano (1987, p. 410) alerta ainda que:

[...] será errônea uma cisão epistemológica absoluta entre os termos ‘sistemas de governo’ e ‘regimes políticos’: ‘o conhecimento e o enunciado’ de ambos torna-se necessário à definição da forma política de um Estado. O sistema de governo dá-nos uma identificação mais estável, mais de estrutura; o regime político completa-a com a visão do espírito que domina a funcionamento do sistema.

Por fim, em irretocável lição, Loewenstein (1956, p. 32) doutrina:

Como concepto genérico, el término ‘sistema político’ abarca por lo general una serie de tipos de gobierno que están unidos por la identidad de sus ideologías y de las instituciones que a éstas corresponden. Así, el sistema político del constitucionalismo democrático incluye diversos tipos de gobierno que, según queda conformada la interacción de los diferentes detentadores del poder en la formación de la voluntad estatal, se institucionalizan como presidencialismo, parlamentarismo con supremacía de la asamblea o del gabinete, gobierno de asamblea, gobierno directorial, democracia directa o semidirecta. Todos estos tipos de gobierno están inspirados por una misma ideología, esto es, por aquella concepción que considera la voluntad popular como el poder supremo.

Desta forma, todos os sistemas ou regimes políticos estão edificados sobre determinadas ideologias e instituições. No nosso caso, o constituinte, consciente ou não, vinculou o Ministério Público à defesa do nosso regime democrático, vale dizer, seja qual for nossa forma ou tipo de governo ou regime, mas sempre de índole democrático, o *Parquet* terá como função visceral a defesa da democracia assegurada pela Constituição. Mas qual o significado dessa democracia?

3. A Democracia Constitucional

A palavra *democracia*, etimologicamente, advém do grego *dēmokratía*, que significa governo do povo (*Demos* = povo e *Kratos* = força, poder). Apesar disso, é grande a confusão do seu significado, sendo empregada em diversas acepções¹.

¹ Para Maihofer (1996, p. 219-220), afamado jurista alemão deste século: “Existe una pluralidad de concepciones, a menudo contrapuestas, sobre lo que significa el término ‘democracia’. La razón se puede encontrar, entre otras cosas, en el hecho de que ya el concepto clásico de democracia – en sentido literal: gobierno del pueblo – tiene diferentes significados, según a cuál de las diferentes vertientes del objeto de la democracia haga referencia: al titular del gobierno en el Estado: el pueblo (democracia como gobierno por el pueblo); o bien a la finalidad de ese gobierno para la Sociedad: el bien del pueblo (democracia como gobierno para el pueblo);

Apesar da infinidade de significados, certo é que a democracia repousa sobre dois pilares básicos: liberdade e igualdade. Enquanto no Estado liberal valorizava-se mais a liberdade, até mesmo como resposta ao absolutismo, no Estado social, inaugurado no século passado², prioriza-se a igualdade. A democracia não é um conceito político abstrato e estático, mas um processo de afirmação de um povo e de garantia dos seus direitos fundamentais no decorrer da história. Aristóteles afirmava que tanto mais pronunciada será a democracia quanto mais se avança na igualdade. Por conseguinte, podemos considerar a democracia um processo dialético que vai avançando na história para, a cada passo da evolução, incorporar conteúdo novo, enriquecendo-se de novos valores.

Em uma acepção mais ampla, a democracia é considerada hoje um direito fundamental, como se depreende da lição de Bonavides (1999, p. 525), ao tratar da teoria dos direitos fundamentais:

Os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturas, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.

O sentido da expressão *regime democrático* empregado pelo legislador constituinte prenunciador do século XXI, não é aquele mitigado do Estado liberal, arraigado ao primado do individualismo racionalista, onde a igualdade era sacrificada em prol da liberdade e não era considerado um direito oponível ao Estado; hoje ela assume feições muito mais extensas e aquilatada. O Estado social, intervencionista, fez com que se alargasse a proteção e a atividade estatal, que a partir daí adentra em uma nova ordem, a econômica e social, trazendo novas obrigações não só para com os indivíduos, mas, sobretudo, para com a sociedade, tentando manter um padrão mínimo social e econômico entre os cidadãos.

Para propiciar bem-estar e possibilitar uma igualdade material e real entre os cidadãos, foi preciso que o princípio democrático se alastrasse para outras áreas além da liberdade. Assim, o Estado passou a intervir em outras esferas, como a econômica e social, alargando os horizontes das constituições. Os títulos VII (Da ordem econômica e financeira) e VIII (Da ordem social) da Constituição Federal de 1988 corroboram tal assertiva, contemplando importantes obrigações dirigidas aos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) no sentido de desenvolverem uma atividade transformadora das estruturas so-

pero también al procedimiento para la determinación de la voluntad del pueblo; la mayoría (democracia como gobierno de la mayoría); o incluso al parámetro a aplicar en la configuración del bien del pueblo: la igualdad (democracia como gobierno de la igualdad)”.

² Com o desenvolvimento cada vez maior da indústria a partir da segunda metade do século XIX, surgiu para o Estado um novo problema: o do proletariado industrial e agrícola, que culminou com a crise da Primeira Grande Guerra. A partir daí todas as constituições estabeleceram normas que regulassem a nova ordem econômica e social, declarando e garantindo os direitos econômicos e sociais e que pressupunham a limitação do poder econômico do patronato, das indústrias, do mercado e do próprio Estado.

cioeconômicas, dando mais um passo, rompendo barreiras, avançando-se na igualdade.

A democracia constitucional³ é aquela em que a vontade da maioria estaria sempre de acordo com os desígnios do constituinte, dos direitos e garantias postos na Constituição⁴. Essa democracia constitucional se tornou mais perceptível e inconcussa a partir do início do século passado, com o surgimento do Estado social, quando as constituições passaram a regular um grande número de matérias, muitas volvidas à seara econômica e social (*verbi gratia*, educação, saúde, previdência e trabalho), impondo obrigações positivas, até então inexistentes, ao Estado. Esse aspecto da democracia denota que os órgãos constituídos, encarregados da concretização político-constitucional, (Legislativo e Executivo) devem adotar as medidas necessárias à evolução da ordem constitucional, cumprindo as determinações fixadas pelo constituinte.

Maihofer (1996, p. 238) conceitua democracia constitucional como “[...] *un gobierno mayoritario limitado, pero también vinculado por principios constitucionales de garantía de los Derechos fundamentales, protección de las minorías, división de poderes y vinculación jurídica de todo poder estatal*”⁵. Nesta direção, Hesse (apud MAIHOFFER, 1996, p. 98), ao dissertar sobre o significado dos direitos sociais fundamentais e a necessidade de sua implementação pelo Estado, doutrina que eles “[...] *requieren de antemano, y en cualquier caso más que en los derechos fundamentales tradicionales, acciones del Estado tendentes a realizar el programa contenido en ellos. No sólo exige esto regularmente un actuar del legislador; sino también el de la Administración*”

De acordo com esse ideário, os Títulos VII e VIII da nossa Constituição impõem aos órgãos do Estado a criação de pressupostos materiais para a realização dessa democracia constitucional (socioeconômica). Ao Executivo cabe implementar, por meio de ações concretas, os direitos sociais e econômicos conclamados na Lei Maior; ao Legislativo impõe-se, simultaneamente, um limite e um impulso (CANOTILHO, 1999; HORTA, 2002). Como limite, o legislador não pode executar uma política socioeconômica de sinal contrário ao imposto pelas normas constitucionais; como impulso, exige positivamente do legislador a persecução de uma política em conformidade com as normas constitucionais.

É lógico que essas atividades socioeconômicas estatais, que implicam uma obrigação

³ Aliás, esse termo não é tão novo entre nós. Woodburn (apud LEAL, 1925, p. 20), ainda no começo do século passado, comentando o art. 1º da primeira Constituição republicana, referiu-se à democracia constitucional como “[...] um governo em que o poder do povo é exercido por meio de representantes, sujeitos a restrições constitucionais [...]”.

⁴ É bom lembrar que existe uma tensão natural entre democracia e constitucionalismo, no sentido de que o primeiro significa o exercício do poder pela maioria, enquanto o constitucionalismo contemporâneo está atrelado à limitação do poder, ao respeito irrestrito aos preceitos constitucionais. Assim, a vontade política de uma maioria governante provisória (Legislativo e Executivo) não pode prevalecer sobre a vontade de uma maioria constituinte.

⁵ E, em outra oportunidade, diz “[...] *trata de enfrentarlas para siempre la democracia en libertad de hoy, como la democracia constitucional que simultáneamente es, mediante la vinculación constitucional de todo poder estatal al respecto y la protección de la dignidad humana como supremo fin del Estado y suprema virtud de sus ciudadano*”. (Maihofer, 1998, p. 238).

ativa do Estado, estão vinculadas aos próprios objetivos traçados pelo constituinte⁶. Esses objetivos se irradiam por todo texto constitucional e devem orientar toda a atividade estatal (constitucional e infraconstitucional). Assim, a ordem econômica constitucionalmente definida tem por fim “[...] assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170) e a ordem social constitucionalmente definida tem por objetivo “[...] o bem-estar e a justiça social” (art. 193).

Esses objetivos prescritos constitucionalmente devem gozar de preferência perante objetivos meramente políticos. Em consequência, são fatores de observância obrigatória para os órgãos de direção política. Nesse sentido, também Hesse (1998, p. 170):

Ao fim e ao cabo, direitos fundamentais mal se diferenciam, por isso de determinações de objetivos estatais, isto é, normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura. Os estabelecimentos de objetivos fixados jurídico-constitucionalmente obtêm, com isso, primazia sobre estabelecimento de objetivos políticos.

Por derradeiro, Silva (1998, p. 132) esclarece que a democracia, que convencionamos denominar constitucional, também constitui escopo do nosso Estado:

A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestações sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura). A democratização desses prestações, ou seja, a estrutura de modos democráticos (universalização e participação popular), constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º. Resta, evidente, esperar que essa normatividade constitucional se realize na prática.

4. O Ministério Público na Defesa da Democracia Constitucional

Para a concretização das normas direcionadas aos direitos socioeconômicos e o cumprimento dos objetivos traçados pelo constituinte na defesa dos interesses da sociedade, foi necessário um órgão estatal desvinculado dos Poderes do Estado para atuar com autonomia e independência. Compreendendo essa necessidade, o constituinte redefiniu o Ministério Público e alargou sobremaneira as suas funções a fim de possibilitar a implementação democrática do nosso Estado.

Assim, o legislador constituinte previu uma série de instrumentos e mecanismos que auxiliassem o novo Ministério Público na concretização dos direitos fundamentais prescritos na Constituição. Constituem exemplo disso a ação de inconstitucionalidade e a

⁶ O artigo 3º da Constituição Federal preceitua os objetivos da República Federativa brasileira: I – construção da sociedade livre justa e solidária; II – garantia do desenvolvimento nacional e III – erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem comum, sem preconceitos; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

representação interventiva, para assegurar a prevalência dos princípios democráticos, o inquérito civil e a ação civil pública, especialmente para cobrar o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes públicos e dos serviços de relevância pública *aos direitos assegurados na Constituição*, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. (art. 129, II, III e IV, da Constituição Federal).

Agora, o *Parquet* assume papel ímpar na estrutura política do Estado, de órgão agente, de defensor da Constituição⁷, dos interesses sociais, promovendo as medidas para tanto necessárias. O Ministério Público promove o elo entre a sociedade e o Estado. Os escopos estatais relacionados à diminuição das desigualdades sociais e a uma justiça social (objetivos do nosso Estado, *ex vi* do art. 3º da CF/88) estão hoje, de forma mais profunda, sob a responsabilidade do Ministério Público⁸.

Com a independência e a autonomia assegurada pela nossa Carta Magna, o Ministério Público tem a possibilidade e a responsabilidade de influir na modernização e na condução dos negócios do Estado, tendo como maior desafio pugnar para que as decisões dos órgãos de direção políticas (Legislativo e Executivo) não sejam norteadas por interesses vinculados ao sistema capitalista multinacional e ao mercado financeiro, que sempre clamam por medidas como a flexibilização das leis trabalhistas, a eliminação de barreiras comerciais, as privatizações e a *desconstitucionalização* de matérias atinentes aos mercados, sobrepujando os interesses sociais e nacionais, os objetivos prescritos em nossa Constituição, em prol de um pseudodesenvolvimento.

Como bem observou Lopes (2000, p. 203), com a independência e a autonomia do Ministério Público romperam-se definitivamente seus laços institucionais de subordinação com os poderes constituídos, produzindo dois efeitos importantíssimos para a instituição: o seu fortalecimento em razão de pressões de natureza política e econômica, e a imprescindibilidade da busca de legitimidade na sociedade, como fundamento de sua existência institucional. Com a independência institucional, a legitimidade deixou de ser dada, tornando-se necessário construí-la no exercício diário de suas funções perante a sociedade.

Não olvidamos que essa legitimidade depende da capacidade do *Parquet* em enfrentar esse verdadeiro górdio, a concretização dos direitos socioeconômicos prescritos pelo constituinte, com criatividade e coragem, diante do ceticismo e da ausência de instrumentos jurídicos próprios, além da forte resistência daqueles grupos de interesse repre-

⁷ “A defesa da Constituição hodiernamente é muito mais do que meramente retirar do ordenamento jurídico normas contrárias à Constituição. A amplitude da defesa denota não apenas zelar para que a Constituição não seja violada, mas, sobretudo, garantir que ela seja integralmente cumprida por meio de uma atuação ampla, dinâmica e eficaz, exigindo um respeito total e completo a sua vontade” (CARMO, 2001, p. 205-219).

⁸ Assiste razão ao colega ao escrever que “[...] a defesa de interesses coletivos e difusos implica, em regra, interferência em relações estruturais, portanto, nas relações de produção (o mundo da economia), de poder (o mundo da política) e de saber (o mundo da cultura). Realça as contradições sociais e, por isso, apresenta potencial transformador. Ou seja, se bem trabalhada, a defesa de interesses coletivos e difusos pode abrir caminho para mudanças de caráter estrutural, que cumulativamente contribuem para a transformação da sociedade” (GOULART, 2001).

sentados politicamente que, desertando de seus deveres constitucionais, concorrem com a tomada de medidas que transformam o Brasil em Estado servil, à mercê dos interesses econômicos sempre apartados dos anseios sociais.

5. Implementação dos Direitos Socioeconômicos e a Aplicação de Recursos Financeiros

A implementação desses direitos volvidos para seara socioeconômica passa necessariamente por questões de aplicação de recursos financeiros, de ações governamentais a cargo dos órgãos de direção política e que precisam estar – mas raramente estão – consentâneos com os mandamentos constitucionais. Assim, *verbi gratia*, os arts. 198, §§ 2º e 3º, e 212, da Constituição Federal determinam a vinculação de receita pública na aplicação de saúde e educação (ensino) e o art. 79 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, estabelece a aplicação de recursos em “[...] ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social”.

Como já observamos acima, os órgãos de direção política não gozam de discricionariedade na consecução de algumas políticas públicas, devendo priorizar os objetivos constitucionais. E as implementações dessas políticas pelos poderes constituídos devem estar sujeitas a controles, não havendo mais que se falar em atos exclusivamente políticos, despojados de qualquer forma de controle⁹. No mesmo sentido, afirma Comparato (2003, p. 244):

Daí decorre, como primeira consequência lógica, que as verbas vinculadas à realização dos programas de ação, em cada um dos setores reconhecidos pela Constituição como de direitos sociais – basicamente aqueles mencionados no art. 6º –, devem ser discriminadas, de modo a permitir o controle do cumprimento desse dever constitucional. O Poder Executivo, ao qual incumbe a iniciativa exclusiva das leis orçamentárias (art. 165, *caput*), não é livre de fazer ou deixar de fazer essa previsão de despesas financeiras, pela boa razão de que se trata de um dever constitucional de primeira ordem, que suplanta todos os demais deveres impostos aos Poderes Públicos no Estado de Direito.

E com o objetivo de controlar essa atividade política, o legislador constituinte armou o Estado com uma instituição com essa função. Desta forma, permitiu que o Ministério Público atuasse em questões tradicionalmente reservadas aos agentes políticos, como a saúde, educação, trabalho, etc. É certo que esse tipo de atuação do Ministério Público tem caráter político porque diz respeito à interferência no modo de conduzir os assuntos de

⁹ O princípio do Estado de direito consiste exatamente em enquadrar em um sistema legal toda e qualquer conduta capaz de influir direta ou indiretamente na vida e nos direitos do cidadão. A principal característica do Estado de direito é justamente a transmutação dos fenômenos do poder em Direito. Se negarmos esse fato, estaríamos afirmando que o poder prima sobre o Direito e, em consequência, que não cabe controle algum sobre a atividade política. Se assim fosse, estaria em questão a própria realidade histórica do Estado de direito, cujo processo de desenvolvimento consiste na redução crescente das esferas imunes ao Direito.

interesse do Estado e da sociedade, mas, sobretudo, objetiva garantir a preponderância da vontade do poder constituinte sobre a manifestação dos órgãos de direção política, exercidos pelos poderes constituídos.

Por intermédio de instrumentos jurídicos próprios, como a ação civil pública ou a recomendação, deve o Ministério Público pugnar para que seja discriminada a aplicação de receitas nas políticas voltadas para áreas sociais, com a finalidade de permitir um controle efetivo do seu cumprimento, inclusive pela sociedade organizada, além de evitar que os entes federativos apliquem menos do que deveriam nessas áreas, evitando futuras irregularidades. Sobreleva notar que o Poder Executivo não está autorizado a suspender a liberação de tais recursos¹⁰, nem sob o argumento de que as despesas ultrapassam os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), pois essa mesma lei exclui da regra geral limitadora de despesas aquelas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente federado (§ 2º do art. 9º).

Tanto é assim, que os Tribunais de Contas, após os julgamentos das contas do Executivo e Legislativo municipal, remetem os autos para que o Ministério Público tome as providências necessárias diante de eventuais irregularidades apontadas, entre as quais a falta de aplicação de percentual mínimo nas áreas de saúde e educação.

6. Problema Técnico da Atuação Repressiva do Ministério Público

Apesar de sua destinação constitucional, o Ministério Público tem encontrado resistência na concretização dos direitos socioeconômicos, mesmo aqueles cuja aplicação de recursos financeiros é vinculada constitucionalmente, como no caso da educação e da saúde.

Quanto à aplicação da receita municipal destinada ao ensino inferior a 25% da arrecadação de impostos, a Emenda Constitucional nº 24, de 1º de dezembro de 1983, acrescentou o parágrafo 4º no artigo 176 da Constituição Federal de 1967/1969, estabelecendo que: “Anualmente, a União aplicará nunca menos de 13% (treze por cento), e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25% (vinte e cinco por cento), no mínimo, da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino”. Posteriormente, o dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 7.348, de 24 de setembro de 1985, conhecida por Lei Calmon.

¹⁰ É bom lembrar que no direito comparado existem importantes decisões acerca das obrigações socioeconômicas do Estado, levando em consideração o princípio da proibição do retrocesso social, como a do Tribunal Constitucional Português, que no seu Acórdão nº 39/84, prescreveu que: “[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”. Nessa mesma direção, o Conselho Constitucional francês inaugurou a jurisprudência do denominado *effet cliquet* precisamente no domínio das liberdades fundamentais, na sua Decisão nº DC 83-165/84, considerando que não é possível a revogação total de uma lei, em tais matérias, sem substituí-la por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente (LOUIS; PHILIPPE, 1999, p. 581).

A referida lei, após explicitar como e em que se aplicar o referido percentual, impôs no parágrafo 4º do seu art.4º que: “As diferenças entre a receita e a despesa previstas e as efetivamente realizadas, que resultam no não atendimento dos percentuais mínimos obrigatórios, serão apurados e corrigidos no último trimestre do exercício e, ainda havendo ao seu término diferença, esta será compensada no exercício seguinte”.

A atual Constituição Federal repetiu em seu art. 212, parte do teor do § 4º do art. 176 da Constituição de 1967/69, mantendo o percentual de 25% quanto aos municípios, corroborando a recepção do § 4º do art. 4º da Lei Calmon que determina que a diferença a menor na aplicação de recursos na área da educação seja *compensada no exercício seguinte*.

A despeito da existência deste preceito, o Ministério Público vem enfrentando certa dificuldade na sua concretização por dois motivos básicos: primeiro porque a lei determina que a diferença seja compensada *no exercício seguinte*, e não nos exercícios seguintes; segundo, porque a própria Constituição Federal estabeleceu uma sanção para a falta de aplicação do mínimo exigido da receita municipal no ensino (e também para a saúde): a intervenção estadual (art.35, III, da Constituição Federal e art.11 da Lei Federal nº 9.424/96).

Quanto ao primeiro argumento, tem-se entendido que a Lei Calmon exige somente que se faça a compensação no exercício seguinte, e não nos subsequentes, sob pena de se inviabilizar as administrações públicas, alcançando até outros administradores que não o responsável pela aplicação a menor.

Com base no segundo argumento, o Superior Tribunal de Justiça negou ainda a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública com a finalidade de compensar aplicação a menor de recursos na área da educação:

[...] previsão constitucional expressa, que é a intervenção estadual, provocada por quem de direito, o que afasta de plano, a ação civil pública como meio processual adequado à consecução do objetivo de repor a gestão financeira municipal no seu devido lugar, como, igualmente, se torna ilegítima a participação do Ministério Público *domo dominus litis* da ação. (BRASIL, 2000).

Ora, quanto ao primeiro argumento faria letra morta a previsão da Lei nº 7.348/85, já que os Tribunais de Contas dificilmente julgam as contas do exercício imediatamente anterior, além da necessidade da aprovação ou não pela Câmara Municipal, o que tornaria inaplicável referida lei. Além disto, os Tribunais de Contas vêm hesitando em oficiar ao Governador do Estado para os fins de intervenção no município, aguardando que nas contas dos exercícios subsequentes os administradores compensem por livre e espontânea vontade a aplicação a menor.

Igualmente, não resiste a alegação da existência prévia de uma sanção constitucional, a intervenção estadual, para a falta de aplicação de recursos vinculados à educação e saúde.

Esta sanção é uma penalidade política cuja eficácia depende da conveniência e oportunidade do chefe do Executivo estadual e que não vem intimidando os administradores infratores na observância dos preceitos supra citados.

Com a atuação preventiva do Ministério Público, os administradores ficarão cientes previamente da irregularidade e terão a possibilidade de evitá-la. Caso isso não ocorra, o ato poderá ser comunicado ao Tribunal de Contas antes mesmo do julgamento das contas, facilitando a caracterização, *a posteriori*, de atos de improbidade administrativa.

Na verdade, o Ministério Público deve antes pelejar para que o Judiciário altere seu entendimento e compreenda que são necessárias medidas eficazes para asseverar o cumprimento de exigências constitucionais dirigidas aos órgãos de direção política, permitindo um controle repressivo e efetivo sobre a atuação desses órgãos.

Na prática, a conduta preventiva do *Parquet*, de fiscalização e exigência de aplicação dos percentuais determinados constitucionalmente nas áreas de educação e saúde, é extremamente eficaz e estará garantindo o cumprimento de alguns dos objetivos da República Federativa do Brasil: “[...] construir uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza, reduzindo as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, I, II e III da Constituição Federal).

7. Conclusão

A expressão *defesa do regime democrático* a que se refere o art. 127 da Constituição Federal é, na verdade, o regime democrático constitucional, ou seja, aquele regime em que o governo, exercido pela maioria provisória (Legislativo e Executivo), está limitado e vinculado pela vontade da Constituição.

O legislador constituinte originário moldou o Ministério Público e munuiu-o de instrumentos que o auxiliem na manutenção da vontade constituinte, impedindo que a vontade de eventuais maiorias governantes (provisórias) preponderem sobre a vontade constitucional.

O Ministério Público tem a responsabilidade de implementar a vontade do constituinte originário na concretização dos direitos socioeconômicos, na defesa do regime democrático constitucional, pugnando pela discriminação e aplicação dos recursos financeiros pelo Executivo nas áreas sociais, o qual tem o seu âmbito de discricionariedade reduzido pela observância dos preceitos constitucionais.

Com esta conduta preventiva o Ministério Público estará cumprindo sua destinação constitucional: a defesa do regime democrático e dos interesses sociais, uma vez que sem saúde e educação não há condições para uma distribuição justa de renda, erradicação da pobreza nem da diminuição das desigualdades sociais.

8. Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 255444. Relator Min. Nancy Andrighi. Brasília, 25 de setembro de 2000.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARMO, Glauber Sérgio Tatagiba. A defesa da Constituição pelos poderes constituídos e o Ministério Público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 36, p. 205-219, jul./set., 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo. (Coord.) *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DUVERGER, Maurice. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris, 1951.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Regimes políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GOULART, Marcelo Pedro. Ministério Público: objetivos estratégicos e princípios institucionais. In:

CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 14., 2001, Recife.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Antônio Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LEAL, Aurelino. *Theoria e prática da Constituição federal brasileira*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1925.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitar. Barcelona: Ariel, 1965.

LOPES, Júlio Aurélio Viana. *O novo Ministério Público brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LOUIS, Favoreu; PHILIPPE, L. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MAIHOFFER, Werner et al. *Manual de derecho constitucional*. Tradução de Antonio López Pina. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 1996.

2. JURISPRUDÊNCIAS

ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DOS DIREITOS DE DIGNIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

EMENTA: PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTALAÇÃO DE PROGRAMA SÓCIO-EDUCATIVO DESTINADO À ADOLESCENTE EM REGIME DE SEMI-LIBERDADE NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. DIREITO SUBJETIVO À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA, À EDUCAÇÃO, À DIGNIDADE, AO RESPEITO, À LIBERDADE E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA, ENTRE OUTROS. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Controvérsia gravitante em torno da possibilidade jurídica do pedido formulado em ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, que objetiva a criação e instalação, no município de Ribeirão Preto, de programa sócio-educativo destinado a adolescentes em regime de semi-liberdade previsto no artigo 90, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Alegação de que o prazo exíguo para o cumprimento da obrigação de fazer caracteriza a impossibilidade jurídica do pedido, em virtude da sujeição dos entes públicos às Leis de Licitações e de Responsabilidade Fiscal, no que aludem à necessidade de previsão orçamentária para a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa. 3. A possibilidade jurídica do pedido, uma das condições da ação, cuja ausência enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito, abrange não apenas a previsão legal da pretensão do autor, mas, antes, que a mesma não se encontre “vetada” pela ordem jurídica. 4. Causa de pedir consubstanciada na inobservância, pela FEBEM/SP, da política básica de atendimento dos direitos da criança e do adolescente estabelecida pelo ECA, frustrando a concretização dos direitos fundamentais garantidos pelo artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988, *verbis*: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” 5. O pleito ministerial não se encontra vedado pelo ordenamento jurídico, constituindo tentativa de assegurar o efetivo respeito ao direito subjetivo do adolescente no município de Ribeirão Preto. 6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo do adolescente. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegure, sendo certo que todos os adolescentes, nas condições estipuladas pela lei, encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 7. Ademais, o magistrado não fica adstrito ao prazo, para o cumprimento da obrigação de fazer, indicado pelo Ministério Público, sendo-lhe defeso, contudo, a prolação de sentença que incorra em um dos vícios de julgamento elencados no artigo 460, do CPC. 8.

Recurso especial desprovido.

DECISÃO: À unanimidade, negar provimento ao recurso especial.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 630.765 / SP. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 23 de agosto de 2003).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL QUE REGULA TEMPO DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS – LEI DOS QUINZE MINUTOS

RENATO FRANCO DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Especialista em Direito Público – FADIVALE – Governador Valadares/MG

Mestre em Direito e Instituições Políticas – FUMEC – Belo Horizonte

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais – *Universidad del Museo Social Argentino*

Professor – UNIPAC – Belo Horizonte

1. Razões

A decisão sobre a qual iremos tecer alguns comentários, não obstante ter sido proferida em sede de Recurso Extraordinário – encerrando, portanto, método de controle de constitucionalidade difuso e concreto, revela-se de inimaginável importância no que toca ao conflito aparente de princípios e a opção, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, de adotar, como aquele prevalecente, o *princípio da dignidade da pessoa humana*, traduzido na sua vertente da defesa do consumidor (homem-consumidor). O acórdão foi unânime e encontra-se pendente de publicação. Entretanto, pelas utilíssimas informações colhidas no *Informativo STF* Nº 392, pode-se visualizar detalhes significativos a ponto de tentarmos ressaltar a sua devida importância para o Direito Econômico, especificamente para o Direito do Consumidor.

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo PROCON de Criciúma (SC) em demanda proposta em face do Banco do Brasil. Segundo o noticiado no *Informativo STF* nº 392, esse Órgão de Defesa do Consumidor aforou demanda na qual pleiteava o cumprimento da Lei nº 4.188/2001, do Município de Criciúma-SC, de acordo com a qual se estabelece o tempo máximo que os usuários dos serviços bancários podem ficar na fila, à espera de atendimento, no interior das respectivas agências. Além disso, a norma municipal obriga as agências a colocarem banheiros para os seus clientes. Frente ao descumprimento dos termos legais pelo Banco do Brasil, aquele Órgão municipal deflagrou o processo judicial com o objetivo de ver a legislação municipal cumprida. O Banco-Réu, de seu turno, como de resto em todas as demandas desse jaez, que envolvem instituições financeiras, alegou estar o Município legislando sobre *sistema financeiro*, o que seria de competência legislativa da União e somente através de lei complementar poderia ser regulado, e, portanto, inconstitucional, sob o aspecto formal, a Lei municipal sob comento. A decisão de 1º grau de jurisdição reconheceu a constitucionalidade da lei, sob o argumento de que a norma municipal havia respeitado a pessoa humana e sua dignidade, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República. O Tribunal catarinense, por sua vez, acolheu a argumentação de inconstitucionalidade da lei, o que resultou na interposição do apelo extremo ao Excelso Pretório, cuja relatoria coube ao ilustre Ministro Eros Grau.

2. Justificativa

Dentre outros motivos, escolhemos comentar essa decisão do Supremo Tribunal Federal por encerrar verdadeira mudança de paradigma, até então utilizado pela nossa Corte Constitucional no que concerne à adoção de princípios que divergem do fundamento principiológico inserido no texto constitucional, qual seja, o antropológico-axiológico (CANOTILHO, 2002). Como se tentará demonstrar na seqüência, o STF vinha, desde a promulgação da Carta de 1988, com raras exceções, negligenciando os dispositivos nela inseridos que tratam da ordem econômica e financeira, acolhendo, via de regra, o *princípio da eficiência econômica* em detrimento, até mesmo, do princípio da dignidade da pessoa humana. Podemos citar como exemplos evidentes desse posicionamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4 – que tratou da aplicabilidade imediata do revogado § 3º do artigo 192 do texto constitucional, onde se determinava a aplicação de 12% ao ano de juros reais a título de remuneração do capital mutuado – e a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 9 – na qual se discutiu a compatibilidade com a Constituição das normas que instituíram a racionalização de energia elétrica (apagação). Nesses processos objetivos visualiza-se que a Corte tendeu a preservar a eficiência econômica dos agentes econômicos, públicos ou privados, em detrimento das cláusulas constitucionais prospectivas concernentes à ordem econômica e financeira e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Daí que o aresto proferido pela 1ª Turma do STF, ora sob comento, contém uma mudança de paradigma, como já mencionado, na medida em que inverte a tábua de valores até então observada na sua jurisprudência da Corte para privilegiar os fundamentos da ordem econômica e financeira, bem como os antropológico-axiológicos previstos no nosso diploma de magnitude constitucional.

3. Comentário

3.1 Aspectos Introdutórios e Delimitação da Questão

Os Municípios brasileiros vêm, em sua grande maioria, há alguns anos, editando leis, no âmbito de sua competência, que determinam, dentre outras coisas, o tempo máximo de espera para atendimento pelo consumidor em agências bancárias. Em regra, tais normas jurídicas estabelecem, como limite máximo, o tempo de quinze minutos para a espera no atendimento, daí a denominação de *lei dos quinze minutos*. Ante o desrespeito pela unanimidade das instituições financeiras, notadamente as bancárias, aos dispositivos legais, os órgãos componentes do Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, assim como o Ministério Público, pelas suas Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor e da Ordem Econômica, aforam demandas que têm como objetivo o cumprimento das normas municipais, sob pena de aplicação de multa diária (*astreintes*).

No exercício do seu direito de defesa, aquelas instituições, em síntese, aduzem que os Municípios não possuem competência legislativa para tanto, como ocorreu no acórdão

sob comentário, uma vez que o assunto de que tratam as referidas leis diz respeito ao *sistema financeiro*, que, por determinação constitucional (art. 192 CR/88), deve ser regulamentado por lei complementar de competência privativa da União (art. 22, VII CR/88).

Neste ponto, impõe-se delimitar a *vexata quaestio* estabelecida, reconhecendo que ela reflete um conflito aparente de princípios constitucionais. Com efeito, subjacentes estão a toda celeuma o princípio da dignidade humana e, *prima facie*, a repartição de competências formais legislativas previstas na Constituição. Dizemos à *primeira vista* pois toda essa discussão encerra uma conflituosidade principiológica muito mais profunda que alcança não só os limites do exercício das competências legislativas pelas entidades federadas, senão o velho e inexpugnável embate entre classes sociais, adequadamente obscurecido pelo manto da ideologia (CHAUÍ, 2003). No cerne da argumentação das instituições bancárias, radica o inconfessável objetivo de concentração de renda, através da obtenção de maior lucro possível. Com efeito, ao cogitarem da incompetência constitucional do *tertius genus* para legislar sobre a matéria em exame, as instituições financeiras, precipuamente as bancárias, uma vez acolhida tal assertiva, eximir-se-ão, v. g., da necessária contratação de um maior número de trabalhadores (funcionários) – sem a qual não prestarão os seus serviços dentro do prazo previsto nas leis municipais – e, via de consequência, não precisarão pagar mais salários (forma tênue de repartição de renda em sistemas econômicos capitalistas). Mas não é só. Adotada, ainda, tal postura (acolhimento da argumentação de defesa), forçoso reconhecer que, ao menos provisoriamente, aquelas instituições ficam a cobro da intervenção estatal no seu modo de proceder, ratificando e fomentando a idéia do primeiro capitalismo segundo a qual o Estado é um mero *guarda noturno*, e, *pari passu*, desprezando as cláusulas constitucionais referentes à ordem econômica e financeira, de teor flagrantemente *intervencionista* (GRAU, 2003). Resta cristalino, portanto, que, livre para atuar no mercado, as instituições financeiras, considerado seu enorme poder econômico, obterão maiores ganhos, e, conseqüentemente, concentrarão maiores riquezas em seu poder. Somente por esses básicos motivos, podemos enxergar que a argumentação sobre a incompetência legislativa dos Municípios para regulamentar os serviços bancários e financeiros se traduz em falácia, facilmente desconstituída, como fez o acórdão sob exame, se colocada sob o enfoque correto. Mister evidenciar que o conflito principiológico radicar-se-á, em verdade, no embate existente entre os princípios da dignidade humana e da livre iniciativa.

3.2 Do Conflito Aparente de Princípios Constitucionais

Delimitada a questão, bem como os verdadeiros princípios subjacentes, procederemos à análise, mesmo que perfunctória, do problema do conflito aparente de princípios, designadamente os constitucionais.

Inicialmente, mister fazer a exata distinção entre os efeitos produzidos pelo conflito entre princípios e por aquele existente entre regras. No que concerne à regra, o conflito tem por objetivo reconhecer válida uma quando incompatível com outra, restando somente a regra que, por diversos critérios, mostrar-se válida em determinado ordenamento. No

conflito entre princípios, não se invalidará aquele preterido para o caso em consideração, mas tão-somente afastará sua aplicabilidade à hipótese concreta, uma vez que cederá em razão do maior *peso* daquele nela aplicável. Não há aqui uma questão exata de validade ou invalidade e, sim, de aplicabilidade ou não, dentro dos padrões a serem considerados para a resolução do problema posto, na linha da hierarquia de princípios. De fato, como argumenta Dworkin (2002, p. 39):

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Entretanto, no que concerne aos princípios jurídicos, o mesmo não ocorre, como oportunamente mencionamos. É que, segundo, ainda, as lições de Dworkin (2002, p. 42):

Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.

Já as regras não têm essa dimensão de maior peso ou não. Inserem-se no sistema da validade, isto é, ou são válidas ou não, expurgando-se o ordenamento jurídico daquela com ele incompatível. É o pensamento do jusfilósofo estadunidense (2002, p. 43), que mais uma vez ensina:

Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida.

Seguindo essa linha de raciocínio e considerando que estamos, na hipótese sob comentário, frente a conflito de princípios, resta reconhecer qual deles possui maior *peso* na dimensão própria pela qual são ordenados os princípios jurídicos no nosso documento constitucional positivo. Podemos afirmar, de início, que a livre iniciativa e seus valores sociais cogitados nos artigos 1º, inciso IV e 170 da Constituição da República não passam de mero *princípio político constitucionalmente conformador*, não constituindo, outrossim, direito fundamental (GRAU, 2003, p. 184). O princípio da dignidade da pessoa humana se traduz, como alerta Grau (2003, p. 176):

A *dignidade da pessoa humana* comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º como *princípio político constitucionalmente conformador* (Cano-tilho); no art. 170, caput, como *princípio constitucional impositivo* (Canotilho) ou

diretriz (Dworkin) – ou, ainda, direi eu, como *norma-objetivo*.

Somente pelas lições transcritas, podemos perceber que o fundamento antropológico-axiológico (CANOTILHO, 2002) materializado no princípio da dignidade da pessoa humana possui maior *peso* no cotejo com o da livre iniciativa, além de constituir aquele, de forma mais concreta, em direito fundamental à vida, sem embargo de outras vertentes que comporta.

Mister afirmarmos, ainda, que tal princípio norteador de todo documento constitucional brasileiro – princípio da dignidade da pessoa humana – por constituir o fundamento mesmo do constitucionalismo positivado em 1988, não sucumbirá a nenhum outro princípio, por mais importante que seja, quando em aparente conflito, sendo certo que encerra um princípio absoluto.

Daí merecer todo aplauso e nossa veemente adesão o acórdão proferido pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal que, ao decidir pela compatibilidade da norma municipal com a Constituição da República, o fez privilegiando o princípio da dignidade da pessoa humana – na vertente de homem-consumidor – em detrimento do princípio da livre iniciativa que, como vimos acima, traduz-se tão-somente em *princípio político constitucional conformador* e, não, em *princípio impositivo*.

Resulta, ainda, que, ao valorar aquele princípio-fundamento, quando menciona o *decisum* de 1º grau de jurisdição, o inigualável Relator, um dos maiores juristas e pensadores sociais do país, conferiu à decisão toda carga prospectiva que possuem as cláusulas de uma constituição dirigente, eis que, a toda evidência, nossa atual Constituição é dirigente (GRAU, 2003). É neste sentido que o Direito modifica e direciona a realidade social, plasmando cláusulas de direcionamentos sociais, culturais e econômicos em seus documentos constitucionais, cuja primazia impede que o cumprimento delas seja olvidado pelo Estado, por quaisquer de seus Poderes.

4. Conclusão

Alguns pontos devem ser evidenciados: primeiramente, a argumentação exposta, como matéria de defesa, pelas instituições financeiras, obscurece a real intenção na obtenção de maiores lucros, fomentando a concentração de renda. Segundo, no conflito aparente de princípios, não há a declaração de invalidade de um deles, senão a adequação a uma tábua de valores hierarquicamente organizados pelo texto constitucional. Terceiro aspecto é a Constituição que, por ser dirigente, possui cláusulas cuja prospecção modifica e direciona a realidade social. Quarto aspecto: a Constituição de 1988, por consequência, trouxe a lume um Estado intervencionista. Por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana prevalece perante qualquer outro, uma vez que se traduz no fundamento mesmo do constitucionalismo inaugurado em 1988.

Concluimos que a declaração da constitucionalidade da lei do Município de Criciúma ex-

posta no julgado encerra uma real disposição do nosso Tribunal Constitucional, notadamente pelas mãos daquele que ainda escreverá a sua história, em diminuir paulatinamente o abismo existente entre a realidade constitucional e a realidade social, concretizando efetivamente os princípios, fins e imposições inseridos nesse documento de liberdade e igualdade materiais. Percebe-se que, pela sua nova formação, nossa Corte começou, gradativamente, a se afastar da cláusula da *reserva do possível*, pondo em evidência a *reserva da Constituição*. Com isso, concordamos inteiramente com o teor da decisão comentada.

5. Bibliografia

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

4. TÉCNICAS

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça

Mestre em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MODELO DE PARECER

PARECER Nº
PROCESSO Nº

Versa o presente parecer sobre conflito de atribuição suscitado pelo Promotor de Justiça da Comarca de XXX, Dr. XXX, em face do Promotor de Justiça, Dr. XXX, também oficiante perante aquela Comarca, nos autos de ação penal pública ajuizada em face de XXX, cujo processo encontra-se em trâmite na XX Vara Criminal da Comarca de XXX e atualmente encontra-se em fase de interposição de recursos (fl. XX).

Verifica-se que, após ser proferida sentença perante aquele juízo (fls. XX), o Promotor de Justiça XXX manejou petição de interposição de recurso de apelação, com fulcro no art. 593, I, do Código de Processo Penal – CPP (fl. 472). Importa destacar que os acusados também interpuseram os seus respectivos recursos.

Recebidas as apelações, determinou-se a abertura de vista ao órgão do Ministério Público para que ele apresentasse contra-razões aos demais recursos bem como as razões da sua própria apelação. (art. 600 do CPP). Todavia, nos termos da Resolução 47/2005, foram alteradas as atribuições das Promotorias de Justiça da Comarca de XXX, ocasião em que o Dr. XXX passou a atuar no feito em questão.

Ao receber vista dos autos para a apresentação das razões de apelação, manifestou “[...] que o ilustre colega que oficiou no processo apelou da r. sentença, sem indicar, no termo, o objeto do recurso”. (fl. XX).

Fundamentou o presente conflito no sentido de que o Ministério Público não pode desistir do recurso, nem tampouco restringi-lo nas razões. “Portanto, se um órgão do Ministério Público não concorda com um recurso aviado por outro, e se, de outro lado, o Ministério Público não pode desistir do recurso, cria-se um conflito entre duas normas: uma, infra-constitucional, qual seja, o artigo 576 do CPP, e outra, constitucional, qual seja, o artigo 127, par. 1º, da CF”. (fl. 511).

Além disso, invocou a aplicação do princípio da independência funcional (fl. 513), razão porque não poderia arrazoar um entendimento do qual discorda. Veja-se:

Arrazoar o recurso implicaria, para este Promotor, em verdadeira renúncia à independência funcional, em obséquio à indivisibilidade/unidade do *Parquet*. [...]

Assim sendo, para que este Promotor de Justiça arrazoasse o apelo, seria necessário curvar-me ao entendimento — que não foi por mim externado — no sentido de que os acusadores devem ser condenados pelos citados *furtos e pelo delito de formação de quadrilha*. Ocorre, contudo, que *não é esta minha posição*. (grifo do autor).

O colega suscitado absteve-se de tecer qualquer manifestação sobre o conflito, sugerindo o encaminhamento de cópia do processado ao Procurador-Geral de Justiça para os fins de direito. Os autos encontram-se com este assessor especial para parecer.

É o breve relato.

Passo a opinar.

1. Preliminarmente

Trata-se de conflito de atribuição sobre atuação entre membros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. É discutida se a atribuição é do membro do Ministério Público oficiante perante a XX Promotoria de Justiça Cível ou perante a XX Promotoria de Justiça, ambas da Comarca de XXX. Assim, a atribuição para dirimi-lo é do Procurador-Geral de Justiça, conforme se extrai de previsão expressa no art. 10, X, da Lei Federal nº 8.625/93 e no art. 18, XXII, da Lei Complementar estadual nº 34/04.

Já houve a manifestação expressa dos dois colegas do Ministério Público, tratando-se de conflito negativo de atribuição. Correto o encaminhamento do conflito de atribuição, estando presentes, portanto, os seus requisitos de admissibilidade.

2. Mérito

Inicialmente, transcrevemos o entendimento de Nucci (2005) – com o qual concordamos – a respeito da matéria em questão. Observa-se que a lição exarada amolda-se *perfeitamente* ao caso concreto presente neste conflito de atribuição.

18. Impossibilidade de desistência do recurso do Ministério Público: no contexto da obrigatoriedade do ajuizamento da ação penal, que vige no processo penal, para os crimes de ação pública incondicionada, não pode o representante do Ministério Público, uma vez interposto o recurso, dele desistir. Logicamente, não é obrigatório o oferecimento do recurso, mas, feita a opção, desistência não haverá. É possível, no entanto, que um promotor apresente a petição de interposição do apelo, abrindo-se, depois, vista a outro representante do Ministério Público para oferecer razões. Este último, não concordando com o recurso em andamento, dele não pode desistir, mas suas razões podem espelhar entendimento diverso do que seria compatível com o

desejo de recorrer. Trata-se da independência funcional do membro do Ministério Público. Imagine-se que o réu tenha sido absolvido por falta de provas. O promotor toma ciência e apresenta apelação, sem as razões. Posteriormente, quando o outro representante do Ministério Público recebe os autos para oferecer os fundamentos do apelo, aceita os argumentos do magistrado e, não podendo desistir, apresenta razões concordantes com os fundamentos da sentença. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 880).

Ocorre que no processo penal cada ato processo é visto de forma isolada, autônoma e independente em relação aos demais atos praticados anteriormente pelas partes. Trata-se do *princípio da autonomia dos atos processuais*. A sistemática de interposição de apelação criminal é dividida em duas fases: a do manejo da petição de interposição e a da apresentação das efetivas razões.

Assim, a petição de interposição do recurso manejada pelo Promotor suscitado vincula o Promotor suscitante no que diz respeito à impossibilidade de desistência da apresentação das razões recursais; entretanto, os motivos que fundaram a feitura do primeiro ato podem não ser os mesmos que irão embasar a realização do segundo. Por isso que é permitido ao Dr. XXX expressar o entendimento que lhe parecer adequado, o que aliás prestigia verdadeiramente o princípio da independência funcional.

De fato, nos termos em que se encontra a petição de interposição do recurso (fl. 472), está claro que o Promotor de Justiça suscitado apelou da sentença em seus termos amplos e ilimitados, uma vez que não explicitou de que parte reside o seu inconformismo. O Promotor de Justiça que agora possui atribuições para atuar no feito não pode deixar de apresentar as razões, mas o fato de apresentá-las em conformidade com outro entendimento não significa desistência.

Mesmo que a apelação tenha sido interposta em seus termos amplos, o princípio da *tantum devolutum quantum appellatum* vincula o órgão jurisdicional *ad quem* quanto ao conhecimento da apelação e sua amplitude temática, e não o órgão do Ministério Público no que diz respeito ao seu entendimento. O fato de não apresentar as suas razões de inconformismo a todos os pontos da sentença não significa, por si só, em desistência parcial.

A desistência ocorre quando o apelante mantém o entendimento inicialmente firmado no termo de interposição, mas não o ratifica na apresentação das razões recursais. Diversa é a hipótese em que a parte apela sem apresentar os pontos que deseja atacar e, depois, após uma melhor análise, resolve concordar com os fundamentos exarados na própria sentença.

Logo, se o Promotor de Justiça suscitante não vislumbra a presença de *error in iudicando* na sentença impugnada, que justifique o recurso na amplitude interposta (fl. 514), certamente ele não deverá abrir mão de suas convicções nem atentar contra a sua independên-

cia funcional: simplesmente ele deverá arrazoar o seu entendimento, já que ele não pode deixar de assim fazê-lo, ou do contrário estar-se-ia ofendendo outros princípios também constitucionalmente consagrados, como o do promotor natural (CF, art. 5º, LIII), o da unidade do Ministério Público (CF, art. 127, § 1º) e, ainda, o da indisponibilidade do recurso interposto. (CPP, art. 576).

Ressalta-se, por fim, que não há qualquer conflito entre esses princípios, mas antes, uma verdadeira simbiose ou perfeitamente harmonia entre todos eles, agindo-se da maneira proposta.

3. Conclusão

Diante do exposto, entendemos que o conflito de atribuição em análise deve ser dirimido no sentido de que a atribuição para o oferecimento das razões recursais na respectiva ação penal pública em trâmite perante a XX Vara Cível da Comarca de XXX é do XX Promotor de Justiça daquela comarca, XXX.

É o parecer.

SUBSEÇÃO III – DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO**1. ARTIGOS****DIREITO À EDUCAÇÃO – UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA**

GLÁUCIA BALERONI PACHECO

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais
Especialista em Direito Processual Civil – UNIC – Cuiabá

“A natureza e a instrução são semelhantes; a instrução transforma o homem, ao mesmo tempo em que cria a sua natureza”. (Demócrito)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Formação do Ser Humano e o Direito. 2.1. Contextualização Social. 2.2. A Família na Formação do Ser Humano. 2.3. A Terminologia da Palavra ‘Direito’. 2.4. A Acepção do Direito no Contexto Filosófico. 2.5. O Direito em Concepções Históricas. 2.6. Da Complexidade da Concepção de um Direito. 2.8. A Educação e a Ética na Esteira do Desenvolvimento do Ser Humano. 3. A Educação e a Justiça Social. 3.1. Noção de Bem. 3.2. O Vocábulo *Justiça*. 3.3. A Justiça em Normas. 3.4. A Justiça e o Direito Natural. 3.5. A Justiça e a Igualdade entre os Seres Humanos. 3.6. As Influências do Pensamento Social na Concepção de Justiça. 3.7. O Valor Tutelado numa Norma de Justiça. 3.8. A Educação na Ordem Social. 4. O Direito à Educação na Ordem Jurídica. 4.1. Uma Convenção Social. 4.2. O Direito à Educação no Histórico Constitucional Brasileiro. 4.3. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 4.4. Objetivos Fundamentais do Estado Brasileiro. 4.5. A Educação como Direito Fundamental. 4.6. A Educação na Ordem Social Constitucional Federativa. 4.7. O Direito à Educação na Legislação Infraconstitucional Pátria. 4.8. Mecanismos Jurídicos de Garantia ao Direito à Educação no Brasil. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

A análise da educação como um todo sempre demonstrou ser um grande desafio para aqueles que estudam o ser humano como indivíduo e como ator social. A conduta humana deve ser avaliada sob a ótica da produção de efeitos considerados em si mesmos e em relação ao todo. Nesse aspecto é indubitável que a educação seja, por vezes, palco de uma notória discussão filosófica acerca de uma provável conceituação que possa não somente delimitar seu objeto, como também determinar os parâmetros que sejam suficientes para a sua adequada caracterização.

Percebe-se a grande missão dos estudiosos do tema que, desde as épocas mais remotas, debruçaram-se sobre os mais diversos fenômenos sociais e muito asseveraram com relação ao verdadeiro papel do Estado para resolver questões ligadas à educação, ora numa

tentativa de conceituá-la, ora caracterizá-la e, até mesmo, demonstrar sua necessidade na vida do ser. Desse esforço restam grandes obras, no que diz respeito ao seu conteúdo, que sempre incentivaram os operadores do direito a concentrarem os seus esforços no sentido da busca por tal conhecimento.

De forma muito arraigada nessa proposta, a disciplina de Direito Educacional proporciona momentos de profundas reflexões sobre o verdadeiro papel da convivência em sociedade, considerando os mais elevados valores intrínsecos e extrínsecos quando da tentativa de caracterizar o papel do Estado frente à formação do ser humano, privilegiando um instrumental teórico e doutrinário para a concepção dos mais nobres aspectos do tema ora em apreço. Estudar o direito não é somente estudar normas, princípios e leis. É, também, entender os valores que cercam os ideais de justiça, quase sempre compreendidos no célebre brocardo de *dar a cada um o que é seu*. Mais que isso, os ensinamentos do que seja ser justo começam desde tenra idade, com o aprendizado, para posterior treinamento, das virtudes que devem conduzir o homem ao trato com a natureza e, principalmente, com o seu semelhante.

Talvez a mais nobre missão seja a de amar o próximo como a si mesmo, como um dia nos ensinou o nazareno Jesus Cristo. Essa parece ser a grande aproximação entre direito e justiça, qual seja, orientar-se pela norma do amor para atingir o justo respeito ao semelhante na medida de suas ações. Assim, a educação mostra-se como o motor de propulsão que se confunde com o próprio sentido da vida, permitindo ao homem criar os seus valores morais, sociais e entender o seu verdadeiro papel em seu tempo.

Evoca-se a figura do Estado como a entidade que existe para, fundamentalmente, assegurar direitos e observar o cumprimento de deveres dos seus gerenciados. A educação como direito de todos e dever do Estado, conforme disposição expressa na Constituição da República de 1988, passa a ser questão de justiça em sua implementação. A ausência ou omissão do Estado nessa temática provoca gravames de injustiça social. O vertente trabalho é uma singular proposta de analisar alguns dos parâmetros que cercam a educação como esse norte condutor dos caminhos de formação contínua e ininterrupta, aproximando-a aos ideais de justiça, considerando sempre o ser humano como núcleo principal. Afinal, analisar a educação é analisar o ser.

Ao estudar a formação do ser humano e o direito, insere-se a idéia nuclear de família e seu papel na formação do ser humano para atingir discussões acerca da concepção e das principais dificuldades existentes nas obras pesquisadas para elaborar um conceito de direito que possa ser único, abrangente e, ao mesmo tempo, refletir de modo adequado o que se pretende ao utilizá-lo na expressão 'direito à educação'. Para tanto, visões tradicionais do direito são destacadas nesse contexto.

O desafio da educação frente à justiça social se faz no sentido de elencar alguns dos pontos caracterizadores da justiça, os critérios adotados para tanto, além de registrar a sua essência e seu valor social. Ao defender a idéia de que a educação deve ser vislumbrada

como questão de justiça, requerem-se abordagens pontuais do que venha a ser o conceito de justiça e quais as possibilidades de sua abrangência no contexto temático. Na ordem jurídica, o direito à educação deve ser vislumbrado na relação direta entre os termos educação e justiça, ressaltando algumas das mais severas críticas existentes nesse contexto. Destaca-se o papel do Estado no enfrentamento do tema, disciplinado tanto no plano constitucional, quanto em patamares infraconstitucionais.

2. A Formação do Ser Humano e o Direito

2.1. Contextualização Social

Entender o ser humano e sua grandeza é missão por demais enobrecedora. Desde os primórdios de sua existência, o ser humano busca razão para sua vida, procura uma forma de aprimorar suas virtudes e anseia, principalmente, pela excelência e justificativa para suas ações. As atividades humanas, de plano, podem ser analisadas sob o prisma de sua exteriorização, que, por sua vez, ocorre com relação aos seus semelhantes ou de acordo com sua ação sobre os bens materiais ou imateriais que lhe proporcionam os recursos de conservação e de desenvolvimento. Em grupos sociais, os conflitos mostram-se mais ou menos intensos na razão do poder de compreensão que os homens têm acerca dos seus problemas.

O que se percebe é que a família recebe importante destaque como instituição única capaz de abarcar todas as possibilidades de acompanhamento do desenvolvimento do ser humano presente na sua individualização. É a célula social por excelência no que tange a qualquer projeto educacional, e isso, em boa parte dos casos cai no vazio. É pretensão destacar algumas abordagens acerca da importância do processo educacional na formação do ser humano e da responsabilidade que o Estado tem de criar meios para que a participação da família no âmbito da educação do indivíduo seja a mais satisfatória e completa possível.

2.2. A Família na Formação do Ser Humano

Antes de adentrar na contextualização do presente item, por mais simples que seja, mister se impõe uma conceituação do vocábulo *família*. O professor Ferreira (2004, p. 318) proporciona tal desiderato, ou seja: “[...] pessoas aparentadas que vivem, geralmente, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos. Pessoas do mesmo sangue. Reunião de gêneros. Na antropologia, família é a que é constituída pelo casal e seus filhos”. É indiscutível que a família é a mais destacada e fundamental célula social. Recebe destaque não somente no corpo da redação constitucional, como em grande parte da legislação infraconstitucional. Entender o processo educacional é entender a família como motor principal de apoio e sustentáculo ao aluno. E isto não se faz somente com a participação em meras reuniões de pais e mestres, mas, fundamentalmente no cotidiano, ao incentivar o aluno em suas ações diárias, no auxílio material, moral, nas suas alegrias e suas frustrações, demonstrando todo o afeto necessário em tudo o que envolva o seu aprendizado

e formação para a vida. Importante observar que a escola, por maior que seja a sua pretensão, jamais pode suprir a falta que pode fazer uma família. A ausência dela conduz a uma lacuna intransponível. Neste sentido adverte o professor Chalita (2001, p. 17) que a família tem a responsabilidade de formar o caráter e de educar seu integrante para os desafios da vida, de fazer com que perpetuem os valores éticos e morais do ser.

Por melhor que seja uma escola, por mais bem preparados que sejam seus professores, nunca a escola vai suprir a carência deixada por uma família ausente. Pai, mãe, avó ou avôs, tios, quem quer que tenha a responsabilidade pela educação da criança deve participar efetivamente sob pena de a escola não conseguir atingir seu objetivo. A família tem de acompanhar de perto o que se desenvolve nos bancos escolares.

O que se compreende quando se trata do tema educação é que a família, como núcleo formador do ser humano, deve participar ativamente do processo de sua capacitação intelectual, moral e também espiritual. Os valores vêm de berço, já diz o ditado popular. Apartar a participação da família do desenvolvimento do aluno é sufragá-lo ao fracasso. Devem ser proporcionadas à família plenas condições para que entenda o seu papel e interaja no processo educacional de modo contínuo, ativo e eficaz. Não bastam somente palavras de incentivo, mas, principalmente ações.

Seguindo tal raciocínio, impõem-se ao Estado políticas rígidas de investimento em mecanismos práticos que possam atuar, possibilitando maior interação da família no processo de realização educacional. Isso não se faz somente com propostas do tipo *bolsas-família* e *vales-educação*, por exemplo. A atuação do Estado deve ser determinante como órgão gerenciador das práticas enaltecedoras do *espírito familiar*, num amplo contexto de incentivo por meio de medidas práticas adotadas na comunidade.

Assim como o processo educacional deve ser contínuo na vida do ser humano, a família o deve ser na formação dele. Não há como separar tal célula social do principal processo de capacitação para a vida. Boaventura (1984, p. 25), ao analisar o delineamento das políticas de educação e cultura, aduz que a formação do ser humano torna-se objetivo primordial dos sistemas educacionais existentes, sendo que qualquer visão política no tema requer um empenho no sentido de proporcionar meios para que tal objetivo seja alcançado.

A formação do homem, cidadão e produtor de bens e serviços, é o objetivo maior dos sistemas educacionais, sendo, para tanto, necessário aumentar as oportunidades educacionais para as crianças e programar a educação de adultos, inclusive a superior, numa perspectiva de educação permanente.

2.3. A Terminologia da Palavra *Direito*

Das inúmeras acepções ofertadas à palavra direito, em vasta literatura, busca-se, no presente contexto, destacar algumas daquelas consideradas significativas para a abordagem corrente. Não se trata de esgotar, em todas as línguas, a busca terminológica para o verbe-

te, mas, tão-somente, à guisa de ilustração, invocar algumas selecionadas, e consideradas como fundamentais nas obras pesquisadas no presente trabalho. A palavra *direito* origina-se do latim *directum*, para significar o que está conforme a regra. Em inglês, adota-se o termo como sendo *right*. Na língua alemã, *recht*. No idioma espanhol, *derecho*. Na sua aceção em italiano observa-se o *diritto*, sendo que em francês analisa-se o termo como *droit*. Derivadas de *rectum* (*de* + *rectum* = linha reta).

Observa-se que em latim dois outros termos devem ser considerados sob esse contexto. O termo *jus* representa propriamente mais o senso de direito, enquanto o verbete *rectum* designa um sentido mais afeto à moral do que ao direito. Registra-se que o termo *jus* fora trazido para as línguas de origem latina como elemento formador de diversos vocábulos como, por exemplo, jurisconsulto, juiz, júri, jurisdição, julgamento, jurisprudência, jurídico, dentre outros. Também pode ser registrado o termo *legitimum* como derivado de uma *lex*.

2.4. A Aceção do Termo *Direito* no Contexto Filosófico

Abbagnano (2003, p. 278) entende que o termo *direito* pode ser estudado de acordo com um sentido geral e como técnica, sendo que o Direito é:

[...] em sentido geral e fundamental, a técnica da coexistência humana, isto é, a técnica que visa a possibilitar a coexistência dos homens. Como técnica, o Direito se concretiza em conjunto de *regras* (nesse caso leis ou normas), que têm por objeto o comportamento inter-subjetivo, ou seja, o comportamento dos homens entre si..

Ressalta ainda que, na história do pensamento filosófico e jurídico, quatro fundamentais concepções sobre a validade do Direito se entrelaçaram ou se sucederam:

[...] 1ª. a que considera que o Direito positivo (conjunto dos Direitos que as várias sociedades humanas conheceram) baseia-se num Direito natural eterno, imutável e necessário; 2ª. a que julga o Direito fundado na moral e o considera, portanto, numa forma diminuída ou imperfeita de moralidade; 3ª. a que reduz o Direito à força, ou seja, a uma realidade histórica politicamente organizada; 4ª. a que considera o Direito como uma técnica social. (ABBAGNANO, 2003, p. 278).

A concepção que reduz a noção do Direito à força, surge a partir da negação do Direito natural e da ligação da noção de Direito com a de coerção externa ou sanção. Nesse contexto, a corrente de pensamento que assim o aduz, entende que a característica essencial da força é garantir a realização da norma estatuída de modo que o Direito realizado seja o Direito força. “O pressuposto dessa corrente é a negação do Direito como dever-ser, aliás, do próprio dever-ser: é a identificação entre norma e realidade, entre dever-ser e ser”. (ABBAGNANO, 1998, p. 279). Para aqueles que admitem o Direito como técnica social, há uma aproximação da idéia do Direito positivo como um meio para atingir determinados fins:

O Direito positivo nada tem de perfeito ou de transcendente, não inclui nenhum valor último e absoluto. É simplesmente um instrumento para alcançar certos fins; e, como todo instrumento, pode ser julgado em termos da eficiência, da capacidade de garantir uma ordenação (qualquer) da sociedade humana. Sob esse aspecto, o Direito deve ser reconhecido como um dever-ser, como uma regulamentação do comportamento humano, com a qual esse comportamento pode até não se ajustar. (ABBAGNANO, 2003, p. 278).

A problemática para os seguidores do Direito como técnica social está na razão de sua incrementação, uma vez que toda técnica quando revista não se altera substancialmente a ponto de perder sua eficiência. E nisso, parece haver quase que uma unanimidade na bibliografia pesquisada.

Toda técnica eficaz deve ser auto-retificável; essa é, na verdade, a única vantagem que a técnica da ciência experimental, desde Galileu até hoje, possui sobre as outras. Desse ponto de vista, o juízo técnico sobre determinado sistema de Direito é o juízo sobre a sua capacidade de corrigir ou eliminar suas próprias imperfeições, de tornar-se mais ágil e, ao mesmo tempo, mais rigoroso. Não é um juízo que se refira à mera coerência de sistema, nem um juízo de valor resultante do confronto do sistema com um ideal prévio de justiça. É um juízo concreto e diretivo, capaz de influir na evolução histórica do direito. (ABBAGNANO, 2003, p. 288).

No vocabulário técnico e crítico de Lalande (1999, p.264), o verbete *direito* é estudado no sentido de oposição ao fato e como conjunto dos direitos que regem as relações dos homens entre si. “O Direito, em oposição ao Fato, é em toda ordem de coisas o legítimo, em oposição ao real, na medida em que este pode ser ilegítimo”. Como conjunto dos Direitos, aspecto tido como relevante em seu raciocínio, o autor destaca três acepções que determinam a característica da palavra. Como Direito positivo, “[...] aquele que resulta das leis escritas ou dos costumes passados com força de lei. Ex: Direito civil; Direito romano [...]” (LALANDE, 1999, p. 264). Em síntese conclusiva, o autor entende ser o Direito um conjunto de condições ligadas à liberdade. “O Direito é o conjunto das condições sob as quais a vontade individual se pode unir e associar à vontade individual de outrem conforme uma lei universal da liberdade” (LALANDE, 1999, p. 264).

2.5. O Direito em Concepções Históricas

A larga abrangência do termo *direito*, assim como em relação ao que ocorre com a educação, sempre incomodou muitos dos filósofos desde a Antiguidade. Como forma de realçar essa assertiva, é salutar registrar algumas dessas inquietudes.

Nas lições ministradas ao filho Nicômacos, o criador da ética como ciência e discípulo de Platão, o macedônio Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.) aproxima o conceito de direito ao de ética, e os dois ao de política. Sempre pautou seu raciocínio pela qualidade das obras praticadas pelos homens e pela virtude disto. O método desenvolvido por Aristóteles era o método da busca do conhecimento pela *práxis*. Importava o *como fazer*. “O direito é

aquilo que cria e faz conservar, no todo e nas partes, a felicidade para a comunidade política” (FRANÇA, 1997, p. 60).

Como a tradição dos jurisconsultos romanos era a de definir as partes do direito, nunca o direito como uma unidade (totalidade), não há como extrair uma definição clara do termo. No entanto, célebre é o pensamento do romano Ulpiano consubstanciado na noção de que o direito consistia em dar a cada um o que é seu. O Bispo de Hipona e sucessor de Valério, Santo Agostinho (354 – 430) é considerado como um buscador inquieto da verdade. Sua vida e obra é o retrato de suas angústias em entender a potencialidade do homem, compreendendo que o direito é um fenômeno advindo das relações sociais, destas dinâmicas e em constante processo de desenvolvimento. Admitia que a tranquilidade era um dado espiritual, um verdadeiro estado de espírito, ao passo que a ordem social é dinâmica.

O direito é um fenômeno de ordem coexistencial, postulado da ordem universal, que se irradia como tendência à coesão, à unidade e à concórdia. A ordem social é uma construção humana, algo dinâmica, e nunca estática. Razão por que o direito não seria jamais a paz dos cemitérios, a tranquilidade das catacumbas, mas a paz das consciências e a tranquilidade da compreensão e da convivência humana. (FRANÇA, 1997, p. 61).

Santo Tomás de Aquino, por sua vez, entendia o direito (*jus*) como norma *agendi* (*jus objectivum*). Para o filósofo, o conceito de *lei* não estava na razão do sentido físico, mas no sentido de ato de império. Para o filósofo santo, a lei era a *ratio juris*, ou seja, a razão que promovia qualquer tipo de justiça a ser alcançada pelo ser humano. Para o criador do *Leviatã*, um dos precursores da concepção do Estado, tal qual hoje é entendido, Tomas Hobbes associava dois elementos (socialidade e razão) para integrar a noção de direito. Vislumbrava uma interpretação antropocêntrica do direito, a qual excluía a intervenção de um determinante supra-humano. Percebia a necessidade da criação de um ente maior que pudesse gerenciar as relações mantidas entre os homens. “A socialidade é um princípio natural, princípio do direito, ditado pela razão natural” (FRANÇA, 1997, p. 61).

Leibnitz analisou o direito como um potencial de moral, a forma mais elevada do conhecimento (sabedoria – *sapientia*). É a visão considerada por boa parte dos filósofos e estudiosos do tema, como uma das mais sublimes, um dos mais altos níveis de captação humana. Isso é inegável dentro do campo das concepções do direito. “A justiça é a forma mais elevada de conhecimento – *Sapientia* – *Sophia* – Sabedoria, e a forma mais elevada de consentimento que é a *Charitas* = amor sacrificial. O direito é esse poder moral, que realiza a justiça” (FRANÇA, 1997, p. 61). O ponto nodal da concepção de Immanuel Kant para o direito é a idéia de liberdade. Fazia parte do contexto em que vivia o filósofo, no século XVIII, quando a luta dos homens pelas realizações sociais era a tônica. Kant, no entanto, advertia que os juristas ainda procuravam uma definição de direito e isso era salutar. Ainda nos tempos atuais são percebidas certas angústias para encontrar uma noção que possa apreender a magnitude do verbete. “O direito é o conjunto das condições sob as quais a liberdade de um se harmoniza com a liberdade de outrem mediante uma lei

geral chamada Liberdade” (FRANÇA, 1997, p. 61).

2.6. Da Complexidade da Concepção de um Direito

A dificuldade de extrair uma definição para o verbete *direito* está nas diversas considerações que são realizadas em torno de objetos distintos, cada qual condicionado pela posição de cada investigador e pelos procedimentos metódicos de que se vale para tanto. Há que se destacar que o método utilizado influi na definição do objeto. Como o direito é um objeto polivalente, suscita definições, com certa amplitude, genéricas, sendo que cada qual assume uma pretensão totalizante. As considerações acerca da natureza do direito tornam-se complexas, quando delas se utilizam para referir-se a algo que é próprio do ser humano e que se possui, ou quando se quer mostrar uma realidade objetiva, e, ainda, quando se denota uma avaliação de conduta humana.

Como corolário, alguns entendem que o direito é o que é justo, enquanto outros atestam que deve haver uma independência entre o direito e o ser justo, havendo ainda pensamento no sentido de que deve haver uma subordinação entre ser justo ao direito. Percebe-se que o sentimento de boa parte dos indivíduos reflete na razão de que o direito corresponde ao que deve ser cumprido, aproximando-o muito de uma norma de conduta social.

O Professor França (1975) parte da consideração de que o verbete *direito* deriva diretamente do latim *directum*, sendo que no direito romano a derivação se dá por *jus*, *juris*. Dessa forma, em primeiro plano, o direito para França é aquilo que está em conformidade com as leis. Por outro lado, adverte o mestre que a palavra *regra*, derivada de *regula*, permite entender o direito como uma régua. Em relação às acepções para o vocábulo direito, admite ter uma infinidade de acepções, destacando as que se seguem:

[...] disciplina social, que se impõe à comunidade humana; b) conjunto de regras e instituições jurídicas; c) conjunto de formas pelas quais as regras e instituições se exteriorizam; d) ciência que estuda essas regras e instituições; e) ideal de justiça, meta colimada pelas normas jurídicas; f) equidade, palavra igualmente de sentido variado; g) conjunto dos direitos de que as pessoas desfrutam. (FRANÇA, 1975, p. 76).

E arremata com a seguinte síntese:

À face do que já se considerou sobre o direito, embora sucintamente, parece ser possível formular-lhe um conceito, que, não obstante estar longe de ser completo, talvez seja suficiente para objeto deste verbete. Seria ele o seguinte: Direito é o conjunto das regras sociais que disciplinam as obrigações e poderes referentes à questão do ‘meu’ e do ‘seu’, sancionadas pela força do Estado e dos grupos intermediários. Nesse conceito encontram-se quatro aspectos fundamentais do direito: a) a *norma agendi* – ‘conjunto de regras sociais’; b) a *facultas agendi* – ‘que disciplina as obrigações e poderes’; c) o direito como o justo – referente à questão do *meu* e do *seu*; d) a *sancção de direito* – sancionada pela força do Estado e dos grupos intermediários. (FRANÇA, 1975, p. 76).

Os argumentos de Ráo (1952), visando à construção da noção de direito, partem da idéia do homem vivendo em agrupamentos sociais com outros seres da mesma espécie. Adota a visão de ser o direito um regulador das relações sociais tendentes a buscar a harmonia, razão maior do equilíbrio necessário, assim como o equilíbrio da natureza:

Sintetizando essas noções, podemos dizer: é o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana, que estabelecendo, nas relações entre os homens, uma proporção de reciprocidade nos poderes e nos deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais e evolucionais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público. (RÁO, 1952, p. 43).

E arremata o professor na seguinte idéia:

Essa noção não parte da sociedade, menos ainda do Estado, para atingir o homem. Ao contrário, partindo da natureza humana, alcança a organização social e visa a disciplina das condições de coexistência e de aperfeiçoamento dos indivíduos, dos grupos sociais e da própria sociedade. E assim fixa o conceito unitário e básico sobre (sic) o qual toda (sic) a estrutura do direito se ergue. (RÁO, 1952, p. 43).

Ferraz Júnior (2003) adverte que o direito para as pessoas leigas representa um complicado mundo de contradições e coerências, invocando-o tanto para respaldar a crença de uma sociedade organizada como para provocar a revolução e a desordem.

O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião. O direito, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda argumentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 31).

O autor entende ser muito difícil definir o direito com rigor. Percebe que o direito representa uma série de símbolos e ideais reciprocamente incompatíveis. Por outro lado, forçosamente reconhece que o direito não deixa de vincular uma certa estabilidade social, já que admite um cenário comum em que os diversos anseios podem encontrar uma aprovação e uma paz social. Nesse entendimento, o direito à educação está inserido.

A palavra ‘direito’, em português (e as correspondentes nas línguas românicas), guardou, porém, tanto o sentido do *jus* como aquilo que é consagrado pela Justiça (em termos de virtude moral), quanto o de *derectum* como um exame da retidão da balança, por meio do ato da Justiça (em termos do aparelho judicial). Isso pode ser observado pelo fato de que hoje se utiliza o termo tanto para significar o ordenamento vigente – “o direito brasileiro, o direito civil brasileiro” –, como também a possibilidade concedida pelo ordenamento de agir e fazer valer uma situação – ‘direito de alguém’

–, não podendo-se esquecer ainda o uso moral da expressão, quando se diz ‘eu tinha direito à defesa, mas a lei não mo concedeu’. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 31-32).

Assevera o autor no sentido de que compreender o que seja o direito não é missão das mais fáceis, porque o verbete *direito* possui diferenças significativas que não podem ser desprezadas, devendo-se então mergulhar em muitos eixos de cunho filosófico e social que permitam uma melhor elucidação.

Ora, o termo direito, em seu uso comum, é sintaticamente impreciso, pois pode ser conectado com verbos (meus direitos não valem), com substantivos (o direito é uma ciência), com adjetivos (este direito é injusto), podendo ele próprio ser usado como substantivo (o direito brasileiro prevê...), como advérbio (fulano não agiu direito), como adjetivo (não se trata de um homem direito). [...] Dadas essas características do uso da palavra direito, é evidente que, do ponto de vista da concepção convencionalista da língua, uma definição meramente lexical do conceito é muito difícil. Restar-nos-ia, pois, ou o caminho da redefinição¹ ou, então, de uma pura estipulação. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 37-38).

A própria complexidade da conceituação do vocábulo está associada ao fato de que a linguagem é regada por emoções. A carga emotiva da palavra produz definições persuasivas reduzindo quase que à nulidade uma definição neutra, em que não se observasse mais qualquer tipo de emoção (FERRAZ JÚNIOR, 2003). É o mesmo que se observa quando se busca compreender o vocábulo *educação*. Montoro (2000) vislumbra uma diversidade de conceitos do vocábulo direito dentre as inúmeras abordagens filosóficas, além do fato de que isso representa uma certa imprecisão terminológica devido às várias possibilidades de utilização dos signos formulados pela linguagem dos povos em diferentes épocas de suas existências. Para formular um entendimento a esse respeito, reserva duas espécies de definição para o termo.

[...] a palavra ‘direito’ não designa apenas uma, mas várias realidades distintas; b) em consequência, não é possível formular uma definição única do direito; devem ser formuladas diferentes definições, correspondentes às diversas realidades; c) o estudo feito demonstra que o vocábulo ‘direito’ não é unívoco, nem equívoco, mas análogo². (MONTORO, 2000, p. 31-32).

Uma, *nominal*, consistente em dizer o que uma palavra ou nome possa significar. Outra, *real*, em que se reserva em atestar o que é uma determinada coisa ou realidade. Dessa forma, assevera que o direito pode ser considerado como norma, como faculdade, como justo, como ciência ou como fato social (MONTORO, 2000), e não há que se falar em

¹ Redefinir é um problema de natureza teórica, mas também prática. A proposta de um conceito envolve seu conhecimento, mas este conhecimento tem sempre repercussão na própria vida jurídica (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 39).

² Como sabemos, a lógica divide os termos em unívocos, equívocos e análogos. Unívoco é o termo que se aplica a uma única realidade. [...] Equívoco é o que se aplica a duas ou mais realidades radicalmente diversas. [...] Análogo é o termo que se aplica a diversas realidades que apresentam entre si certa semelhança. O termo análogo é, assim, intermediário entre o unívoco e o equívoco (MONTORO, 2000, p. 42).

posições contraditórias, uma vez que representam pontos de vista sobre diferentes ângulos com que se observa um mesmo objeto. Servem apenas para revelar a orientação doutrinária ou filosófica de cada autor e da época em que ocorreu o seu estudo. Revelam o caráter analógico do direito.

Ainda aduz que boa parte dos autores modernos, Kelsen, por exemplo, serve-se do vocábulo direito para representar o direito-norma, enquanto outros o associam ao direito-faculdade, ao direito-fato social e ao direito-ciência. No entanto, os juristas clássicos reservam o termo para a designação como direito-justo (o direito é o devido por justiça). Montoro (2000, p. 33) apresenta uma pluralidade de significações para o Direito. Parte de cinco premissas essenciais para associar o Direito à norma, à faculdade, à justiça, à ciência e ao fato social.

Mas, direito, na acepção de norma ou lei, indica realidades diferentes, quando se refere: a) ao direito positivo e ao direito natural; b) ao direito estatal e ao direito não-estatal (ou social). [...] O vocábulo direito, com frequência, é empregado para designar o poder de uma pessoa individual ou coletiva, em relação a determinado objeto. [...] A palavra 'direito', como dissemos, é ainda suscetível de outra significação, claramente distinta das anteriores, que coloca o direito em outra perspectiva e o relaciona com o conceito de justiça. Trata-se do direito na acepção de justo. [...] Num plano inteiramente diferente dos anteriores, a palavra 'direito' é, com frequência, empregada para designar a 'ciência do direito'. [...] Finalmente, numa perspectiva distinta das anteriores, a palavra 'direito' é empregada principalmente pelos sociólogos, mas também pelos juristas, no sentido de fato social. [...] O direito é, então, considerado um setor da vida social, independentemente de sua acepção como norma, faculdade, ciência ou justo. E, como setor da vida social, deve ser estudado sociologicamente. É dentro dessa perspectiva que se situa a Sociologia do Direito.

O filósofo admite que as cinco concepções que formula são as que mais interessam para qualquer estudo jurídico. Muito embora tenha realizado tal delimitação, entende que existam outras menos importantes que são de uso corrente.³

2.7. A Necessária Educação

Partindo do estudo e da terminologia do direito, são necessárias algumas considerações sobre o momento em que surge o direito à educação como tema pautado de regramento normativo. Na formação do ser humano, a educação sempre foi uma obrigação natural da sua família, como condição essencial e fundamental para o seu desenvolvimento e qualificação, não somente para o trabalho, mas para a vida como um todo. A educação deveras assume conceitos e significados das mais variadas ordens, de acordo com sociedade e época considerados. No sentido etimológico, o vocábulo educação tem sua raiz nos verbos latinos *educare* (alimentar, amamentar, criar), com sentido de “algo que se

³ Outros sentidos: a palavra direito usada no sentido de tributo, taxa, reto, uma operação certa, um homem direito, o oposto de esquerdo, por exemplo (MONTORO, 2000, p. 41).

dá a alguém”, e *educere*, com sentido de “conduzir para fora, fazer sair e tirar de”. No dicionário da língua portuguesa, o termo aparece sempre vinculado a um processo de desenvolvimento humano: “Ato ou efeito de educar (-se). Processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano. Civilidade, polidez” (FERREIRA, 2004, p. 256). Bastos (1998, p. 411) conceitua a educação como um processo de desenvolvimento do ser humano.

A educação consiste num processo de desenvolvimento do indivíduo que implica a boa formação moral, física, espiritual e intelectual, visando ao seu crescimento integral para um melhor exercício da cidadania e aptidão para o trabalho.

Ao comentar a Constituição da República de 1988, o professor Ferreira (1995, p. 50) confirma a educação como um fenômeno sociocultural de ordem universal.

A educação é um fenômeno sociocultural de caráter universal e manifesta-se como um processo estruturado em todas as sociedades, desde as civilizações primitivas até as organizações humanas modernas, diversificando-se de acordo com a especificidade de cada estrutura social.

Monteiro (1999) observa que na Grécia antiga havia um direito à educação acobertado de leis, onde se exigia do Estado o dever de obrigar as crianças a instruírem-se. Destaca que é no helenismo em que se nota tal segurança a esse direito. Questiona o autor a importância de trazer-se à baila o momento em que, pela primeira vez, se reconheceria verdadeiramente o direito à educação. E o faz observando-se um grande legado nas cartas constitucionais de diversas nações, bem como em documentos históricos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Olmeda, depois de observar que for necessário chegar ‘até ao nosso século bem entrado, para ver explicitamente acolhida em muitos textos constitucionais a expressão ‘direito à educação’, considera que, no último parágrafo do preâmbulo da Constituição francesa de 1848 se encontra já ‘um programa de direitos sociais, entre os quais se inscreve o direito à educação’. [...] No entanto, de todos esses textos, apenas a Constituição soviética de 1936 reconhece formalmente um ‘direito à instrução’- expressão utilizada no Direito constitucional pela primeira vez, talvez. A expressão ‘direito à educação’ apenas aparece – talvez pela primeira vez também, no Direito constitucional – no Artigo 38 da Constituição italiana de 1947, que aliás a utiliza apenas para reconhecer aos ‘inaptos e àqueles que sofrem de uma inferioridade’ o ‘direito à educação e à preparação profissional’, ao passo que declara expressamente que a ‘República protege a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade’. (MONTEIRO, 1999, p. 39).

Destaca o autor, com muita ênfase, que o caráter de afirmação e internacionalização de um direito do ser humano à educação somente ocorrerá após a segunda grande guerra mundial. Para Teixeira (2001, p. 23) o verdadeiro marco para a história da educação, em âmbito mundial, foi a Revolução Francesa, pois durante séculos a educação foi tida como apenas mais um tema de reflexão filosófica e um encargo para famílias e organizações

religiosas.

Um grande marco para a história da educação foi a Revolução Francesa, pois, a partir dela, as escolas públicas passaram a ser oferecidas a todas as classes sociais. A democratização das escolas públicas, com o objetivo de formar o homem, independentemente da classe social a que pertencia, só ocorreu, no entanto, no séc. XX. [...]. Historicamente, a educação tem assumido significados e conceitos que variam de acordo com as características de cada povo e com o pensamento de cada um dos estudiosos desse tema.

2.8. A Educação e a Ética na Esteira do Desenvolvimento do Ser Humano

O vocábulo *ética*, cujo sentido geralmente é confundido com *moral*, apresenta-se atualmente como uma regra imperativa nas relações sociais e prepondera quando o assunto é educação. Segundo Abbanano (2003, p. 308), a palavra ética ganha duas concepções fundamentais.

Em geral, ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: 1ª. a que a considera como ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos meios para atingir tal fim, deduzindo tanto o fim quanto os meios da natureza do homem; 2ª. a que a considera como a ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta.

Na linha desse entendimento, resume-se a ética na morada do ser, ou seja, no estudo do ser, numa ciência preocupada com as normas de conduta; parte da filosofia que estuda condutas e estuda os vários tipos de moral existentes no mundo para eleger dentro de um plano de escolhas possíveis, dentro das particularidades de cada grupo. Como ciência que estuda comportamento humano, a ética entrelaça-se com a educação à medida que a última representa a formação do ser humano para agir de forma consciente dentro de normas previamente estabelecidas. Chalita (2001, p. 119) entende que a preparação do ser humano visando ao equilíbrio e ao conhecimento passa necessariamente pelos crivos da ética na educação.

A educação para a ética prepara o ser humano para o equilíbrio de aceitar que não devem prevalecer as vontades individuais e que o bom senso determinará o ponto consensual. Isso é ética – um código, uma opção comum, um interesse de todos para que o que é de todos seja preservado, que o bem seja buscado e cada um entenda que acima de seus caprichos há uma humanidade.

As atividades do ser humano, no seu cotidiano, desde as mais simples, como obedecer a uma fila, até as mais complexas, como guiar um automóvel no trânsito, devem ser orientadas pelos padrões éticos e de educação. Enfim, o pensar sobre a vida é um ato que merece o crivo da ética. Aparentemente não há como separar os conceitos destes dois arquétipos. Um modelo ético é um modelo educacional e vice-versa. Os atores do processo educacional devem orientar-se por ambos. Assim como o desenvolvimento humano tem que atravessar longas etapas que passam necessariamente por um critério biológico e

psicossocial, a ética também é atingida com a prática das virtudes e do amadurecimento do ser no seu ambiente social. No âmbito escolar, a análise da questão da ética frente aos ideais de justiça, dizem respeito à vida de uma comunidade. Nas observações de Estêvão (2004, p. 77),

[...] a escola é incapaz de ser neutral do ponto de vista axiológico, na medida em que toda a educação assenta numa base normativa e a escola tem a ver com valores sociais básicos; conseqüentemente (*sic*), a justiça está intimamente ligada ao posicionamento ético relativo ao modo como se pensa e actua (*sic*) na escola e, por isso, com as próprias concepções e práticas de pedagogia.

O norte proporcionado pelo legislador constituinte em 1988 é o da prática de uma filosofia pública pautada nos ideais democráticos de igualdade e de ampla liberdade. Igualdade entre todos os seres humanos e igualdade para escolha e, fundamentalmente, para optar, decidir. Nessa esteira:

Trata-se, enfim, de uma filosofia que recentra a justiça entendida como realização dos ideais de liberdade e de igualdade, de uma justiça radical, devendo os educadores assumir uma postura ética que se concretize num protesto contra as práticas ideológicas e sociais da sociedade capitalista “que privam a vida pública de um discurso ético crítico”, mas devendo igualmente ir mais além, ou seja, devendo desenvolver uma visão do futuro contra-hegemônica, virada para a melhoria da qualidade da vida humana. (ESTÊVÃO, 2004, p. 79).

Ganha destaque a nobre missão do educador. Em primeiro plano, ao conscientizar acerca do direito à própria educação. Em seqüência, em conduzir ao conhecimento norteado pelos salutares valores de respeito ao próximo e do valor à vida, além do conhecimento científico. O educador é o condutor de um processo de desenvolvimento. Finalmente, cumpre ao educador observar a garantia do acesso à educação no caso prático, invocando-o como um ator preocupado com a realização da justiça social, visando ao resgate da plena cidadania. Sempre a educação há de ser lembrada quando o exercício de direitos e deveres de cada qual (e de todos) for invocado.

O grande desafio do educador é convencer o educando a deixar de lado os prazeres e gostos individuais em benefício do bem comum, da boa convivência, da responsabilidade partilhada, na esperança de um mundo cada vez melhor para esta e para as gerações que virão. [...] Eis o princípio básico da construção da cidadania, educar para a convivência pacífica, harmônica, feliz. Educar para o respeito, para a troca de experiências, para o exemplo no trato com o outro e consigo mesmo. Educar para que todas as vicissitudes sejam enfrentadas com galhardia. Essa responsabilidade não é apenas da escola, é de toda a sociedade, a começar pela família, primeiro espaço de convivência em que os pais se tornam modelos, mitos, exemplos. (CHALITA, 2001, p. 120).

Sem sombra de dúvidas é um momento de proporcionar ao educador condições para que o mesmo possa desenvolver um trabalho de conscientização do aluno frente ao seu papel

a ser assumido socialmente.

Na verdade, apesar da pluralidade de mundos escolares e de justiças, os actores (*sic*) educativos têm de optar eticamente. A opção pelos princípios superiores do mundo cívico é [...] aquela que mais de acordo está com [...] a experiência da justiça entendida como institucionalização da igualdade e da liberdade. (ESTÊVÃO, 2004, p. 79).

A relação entre ética e educação na formação do indivíduo é elemento de análise fundamental quando se aborda a educação no prisma de garantia de uma justiça social. A formação do ser humano passa por um claro processo de apreensão de valores que lhe permitem observar o mundo a sua volta e vivenciar seu próprio crescimento. Forma esse entendimento as lições de Bicudo (1982, p. 22), segundo a qual, é de modo imediato que ocorre a apreensão dos valores nas experiências vivenciadas pelo ser humano.

O 'situar-se no mundo' envolve todo um processo de valoração e de avaliação em relação ao qual as ações do homem adquirem significado. Os valores interpenetram todos os campos de realizações das pessoas. Para os seres humanos, eles são manifestos nas suas ações. [...] A apreensão dos valores dá-se de modo imediato nas experiências vividas e sentidas pelo indivíduo. [...] A essência dos valores [...] é apreendida através do sentimento. Este não se refere a dados superficiais sensíveis, mas a algo realmente vivido e, portanto, passível de ser conhecido diretamente apenas pela pessoa que o experiencia.

Nas lições de Bicudo (1982, p. 39), está claro que o grande mote da educação não é a simples transmissão das normas e de padrões de comportamento, mas, acima de tudo, dotar o ser humano dos instrumentos necessários para que o mesmo possa realizar um verdadeiro juízo de valor acerca dos elementos que capta do seu convívio social.

[...] a educação que se preocupa com a formação moral da pessoa não pode se restringir à transmissão das normas e dos padrões comportamentais tidos como certos pelo grupo. Deve procurar levar o estudante a valorizar as análises sobre os julgamentos morais emitidos e os estudos dos princípios que lhes conferem validade moral. [...] Nesse sentido, a Educação Moral deve envolver um trabalho com valores abrangendo as experiências do sentir os sentimentos. Deve envolver, também, um trabalho com juízos de valor emitidos em julgamentos éticos. [...] Nessa perspectiva é que se julga que ela deva ser orientada pelos princípios de Justiça e de Benevolência.

3. A Educação e a Justiça Social

3.1. Noção de Bem

Nos estudos basilares de Sócrates e de Platão, percebe-se que o homem recebe motivação fundamental para o seu agir na busca e no entendimento do bem. Assim, a noção ética de bem é a que envolve a idéia de conveniência, de utilidade e de justiça. Pode-se imaginar que seres racionais e irracionais estejam ligados à noção do bem, à medida que a natureza é harmônica e proporciona o equilíbrio a todo e qualquer objeto ou ser vivente. É, portan-

to, indissociável o conteúdo da busca do bem através do que pode ser entendido por *justo*. E nas hastes de uma sociedade regrada por normas de conduta, o direito intercepta a noção de justiça. Antes de entender as razões que sustentam a educação como uma questão de justiça, mister se faz analisar o que se entende por justiça social.

3.2. O Vocábulo *Justiça*

As principais obras especializadas em filosofia identificam o vocábulo justiça como a conduta daquele que se ajusta a uma norma. Destaca-se um primeiro entendimento de justiça:

Em geral, a ordem das relações humanas ou a conduta de quem se ajusta a essa ordem. Podem-se distinguir dois significados principais: 1º. Justiça como conformidade da conduta a uma norma; 2º. Justiça como *eficiência* de uma norma (ou se um sistema de normas), entendendo-se por eficiência de uma norma certa capacidade de possibilitar as relações entre os homens. No primeiro significado, esse conceito é empregado para julgar o comportamento humano ou a pessoa humana [...] No segundo significado, é empregado para julgar as normas que regulam o próprio comportamento. (ABBAGNANO, 1998, p. 593-594).

A associação do que venha a ser justiça com os ideais de felicidade parece que sempre foram pauta dos filósofos estudiosos do tema:

Aristóteles diz: ‘As leis promulgadas sobre qualquer coisa visam à utilidade comum a todos ou à utilidade de quem se destaca pela virtude ou por outra forma; desse modo, com uma só expressão definimos como justas as coisas que propiciam ou mantêm a felicidade ou parte dela na comunidade política’. (ABBAGNANO, 1998, p. 595).

Percebe-se que para os sofistas a Justiça foi identificada com a utilidade como forma de expressão máxima do objeto envolvido:

A utilidade e o fim da justiça é propiciar a felicidade e a segurança, mantendo a ordem na sociedade. A redução da justiça à utilidade, e não à felicidade, tem a característica de eliminar o caráter de fim último ou valor absoluto, levando a considerá-la como solução (às vezes a menos pior) de determinadas situações humanas. É o que pensa Hume, corrigindo nesse aspecto o jusnaturalismo racionalista de Grócio, que à justiça atribuía valor absoluto, e às normas que a garantem, absoluta racionalidade, pois para ele ‘as relações mútuas de sociedade’ possibilitadas por tais normas eram fins em si mesmas, porque objeto último do desejo. (ABBAGNANO, 1998, p. 595).

A aproximação da noção de justiça com a de liberdade fora realizada com maestria por Kant. Para essa posição, registra-se que o Iluminismo é o pressuposto que poderá eliminar os entraves que se opõem à liberdade do indivíduo.

‘A tarefa suprema da natureza em relação à espécie humana’ é uma sociedade em

que a liberdade sob leis externas esteja unida, no mais alto grau possível, a um poder irresistível, o que é uma constituição civil perfeitamente justa [...]. Segundo esse ponto de vista, o iluminismo é a condição que derivará da progressiva eliminação dos obstáculos opostos à liberdade da espécie humana. (ABBAGNANO, 1998, p. 595).

Um dos critérios utilizados para a caracterização da justiça de um ordenamento jurídico é a paz. Nesse sentido, destaca-se Hobbes (apud ABBAGNANO, 1998) para quem a paz é a única forma de aproximar os homens afastando os conflitos e constantes estados de guerra.

Esse parâmetro foi introduzido por Hobbes: para ele, é justa a ordenação que garanta a paz, afastando os homens do estado de guerra de todos contra todos, em que vivem no “estado natural”. De fato, para Hobbes a primeira lei da natureza, a primeira das normas que permite afastar o homem do estado de guerra é a que prescreve perseguir a paz. ‘Para a igualdade de forças e de todas as outras faculdades humanas, os homens que vivem no estado natural, isto é, no estado de guerra, não podem pretender que sua conservação seja duradoura’. (ABBAGNANO, 1998, p. 595).

Nas considerações de Montoro (2000, p. 125), o conceito de justiça apresenta uma certa variedade de significações. Assinala duas significações fundamentais para o conceito de justiça, quais sejam: uma de cunho subjetivo e outra de cunho objetivo:

Muitas vezes falamos da justiça como uma qualidade da pessoa, como virtude ou perfeição subjetiva. Fulano é um homem justo. O senso de justiça é fundamental ao magistrado. É nesse sentido que nos referimos à ‘justiça’, à prudência, à temperança e à coragem como virtudes humanas. Outras vezes, empregamos a palavra justiça para designar objetivamente uma qualidade da ordem social. Nesse sentido, falamos da justiça de uma lei ou instituição. A circunstância de ser o conceito de justiça utilizado por juristas e moralistas explica essa diferença. Ocupando-se da atividade pessoal do homem, o moralista vê na justiça uma qualidade subjetiva do indivíduo, o exercício de sua vontade, uma virtude. O jurista tem outras preocupações; interessa-lhe fundamentalmente a ordem social objetiva. Por isso, ele vê na justiça, em primeiro lugar, uma exigência da vida social.

Assevera Montoro (2000), ainda, que a palavra justiça pode ser empregada no sentido extensivo para realçar o Poder Judiciário e seus órgãos, incumbidos de dar solução justa aos casos que lhe sejam submetidos, assim como se estende também ao sentido de legislação. O sentido fundamental do conceito de justiça para Montoro deve partir de um conceito análogo, ou seja, por analogia de relação ou atribuição, não deixando de esquecer que em sentido próprio e direto a justiça significa a virtude, a vontade constante de dar a cada qual aquilo que parece ser o seu direito. Nesse sentido, para o filósofo, somente as ações humanas podem ser justas ou injustas.

Mas o sentido fundamental é o de virtude. E a razão é importante. A justiça, como o direito, não é uma simples técnica da igualdade, da utilidade ou da ordem social. Muito mais do que isso, ela é virtude da convivência humana. E significa fundamen-

talmente, uma atitude subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens. Nas relações com outros homens, podemos ter uma atitude de *dominação*, como fazemos com os animais e demais seres inferiores, ou de *respeito*, como se impõe entre pessoas humanas. Esta última é a que caracteriza a *justiça*. [...] Definida como vontade ou disposição do espírito, a justiça exige uma atitude de respeito para com os outros, uma presteza em dar ou deixar aos outros aquilo que tenham o direito de receber ou conservar. 'Este elemento intersubjetivo na idéia de justiça é de caráter verdadeiramente universal e válido de modo geral'. (MONTORO, 2000, p. 125).

Não há como existir justiça sem que o ser humano venha a se libertar das amarras do egoísmo, uma vez que ao reivindicar o que seja seu, como bens, por exemplo, o indivíduo egoísta afeta a órbita de interesses de outrem. O querer para si demonstra a intenção de estar à frente do próximo. Destaca Montoro (2001) que a justiça se opõe ao egoísmo, exigindo que sejam respeitados os direitos e as pretensões das demais pessoas. Não se atingem os fins da justiça sem a vontade de ser equânime, sem se preocupar com o semelhante. Assumindo a justiça como vontade ou disposição do espírito, ela exige uma atitude de respeito para com o próximo. Assim, a formação educacional do ser é uma questão de respeito com o ser humano. A justiça não é o sentimento que cada qual tem do seu próprio bem-estar ou felicidade, mas trata-se do reconhecimento de que cada qual deve respeitar o bem e a dignidade dos outros, implicando um valor absoluto do indivíduo. Não pairam dúvidas quanto a isso. Aristóteles (2001, p. 92) associa a justiça à virtude, ou seja, à prática das boas ações. Destaca que a justiça é a forma perfeita de excelência moral uma vez que ela é a prática efetiva da excelência moral perfeita.

[...] considera-se que a justiça, e somente ela entre todas as formas de excelência moral, é o 'bem dos outros'; de fato, ela se relaciona com o próximo, pois faz o que é vantajoso para os outros, quer se trate de um governante, quer se trate de um companheiro da comunidade. O pior dos homens é aquele que põe em prática a sua deficiência moral tanto em relação a si mesmo quanto em relação aos seus amigos, e o melhor dos homens não é aquele que põe em prática sua excelência moral em relação a si mesmo, e sim em relação aos outros, pois esta é uma tarefa difícil.

O filósofo macedônio entende que justiça e excelência moral são a mesma coisa, tendo distanciamento somente quanto à sua essência.

A diferença entre a excelência moral e a justiça nesse sentido é óbvia diante do que já dissemos: elas são a mesma coisa, mas sua essência não é a mesma; a disposição da alma que é a justiça praticada especificamente em relação ao próximo, quando é um certo tipo de disposição irrestrita, é a excelência moral. (ARISTÓTELES, 2001, p. 92).

Com tal raciocínio de que a justiça e a excelência moral confundem-se, pode-se admitir que a formação educacional é também excelência.

3.3. A Justiça em Normas

Para Montoro, a teoria da justiça é entendida como um dos pontos fundamentais do estudo da Ciência Jurídica. Entende que o pilar fundamental de apoio da ordem jurídica é a noção do justo. Defende o autor que um dos modos pelos quais atinge-se o significado do vocábulo direito é o de considerá-lo como exigência da justiça, muito embora ressalve que a visão de Kelsen restringe o direito a um sistema de normas positivas que regem a vida de determinada comunidade:

Os latinos o chamavam *jus* e não o confundiam com *lex*. Nesse sentido, direito é propriamente aquilo que é ‘devido’ por justiça a uma pessoa ou a uma comunidade: o respeito à vida é direito de todo homem, a educação é direito da criança, o salário é direito do empregado, a habitação é direito da família, o imposto é direito do Estado. A essa aceção corresponde a expressão clássica “dar a cada um o seu direito”. (MONTORO, 1998, p. 123-124).

Bobbio (2000, p. 19) atesta que não há teoria da justiça que não analise alguns dos critérios mais comuns de justiça, que habitualmente são apresentados como especificações da máxima “dar a cada um o que é seu”:

Embora a escolha desse ou daquele critério seja em parte determinada pela situação objetiva, depende freqüentemente – e, por vezes, em última instância, ainda que nem sempre conscientemente – das diversas concepções gerais da ordem social, como é plenamente demonstrado por disputas ideológicas [...]. Nas situações concretas, os vários critérios são freqüentemente temperados uns com os outros [...].

3.4. A Justiça e o Direito Natural

No sentido de evidenciar algumas críticas na relação entre direito natural e justiça, o pensamento esboçado por Ross (2003, p. 313) aduz que nessa linha é pertinente admitir que:

O direito natural insiste que em nossa consciência reside uma idéia simples e evidente, a idéia de justiça, que é o princípio mais elevado do direito em oposição à moral. A justiça é a idéia específica do direito. Está refletida em maior ou menor grau de clareza ou distorção em todas as leis positivas e é a medida de sua correção.

O filósofo dinamarquês destaca que na filosofia antiga o significado da justiça significou a virtude suprema que abrangia a qualquer coisa, não sendo possível, assim, diferenciar direito e moral. Perfazia o seu conceito o amor a Deus e ao bem. No caminho de seu pensamento, registra que por volta do século IV a.C. a justiça identificou-se com a igualdade. Princípio então formulado pelos seguidores de Pitágoras.

Como princípio do direito, a justiça delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade. Uma vez adotada a idéia de que todos os problemas jurídicos são problemas de distribuição, o postulado de justiça equivale a uma exigência de igualdade na distribuição ou partilha de vantagens ou cargas. A justiça é igualdade. Esse pensamento foi formulado no século IV a.C. pelos

pitagóricos, que simbolizaram a justiça com o número quadrado, no qual o igual está unido ao igual. A idéia da justiça como igualdade, desde então, tem se apresentado sob inúmeras variantes. (ROSS, 2003, p. 313-314).

3.5. A Justiça e a Igualdade entre os Seres Humanos

Para Bobbio (2000) o conceito e o valor da igualdade mal conseguem distinguir-se do conceito e do valor da justiça em boa parte de suas acepções. A aproximação de ambas está diretamente relacionada à similitude que as identifica com a expressão *liberdade e igualdade*. Constrói o seu amplo entendimento a partir dos ideais de justiça aceitos por Aristóteles e, desse modo, formula o encadeamento de sua lógica, sempre tendo por base os preceitos de igualdade:

Dos dois significados clássicos que remontam a Aristóteles, um é o que identifica justiça com legalidade, pelo que se diz justa a ação realizada em conformidade com a lei (não importa se leis positivas ou naturais), justo o homem que observa habitualmente as leis, e justas as próprias leis (por exemplo, as leis humanas) na medida em que correspondem a leis superiores, como as leis naturais ou divinas; o outro significado é, precisamente, o que identifica justiça com igualdade, pelo que se diz justa uma ação, justo um homem, justa uma lei que institui ou respeita, uma vez instituída, uma relação de igualdade. (BOBBIO, 2000, p. 14).

Os dois significados de justiça (como ação e como lei) não são facilmente distinguidos, observa Bobbio (2000, p. 14):

[...] uma ação seria justa quando conforme a uma lei e uma lei seria justa quando conforme ao princípio de igualdade: tanto na linguagem comum como na técnica, costuma-se dizer – sem que isso provoque a menor confusão – que um homem é justo não só porque observa a lei, mas também porque é equânime, assim como, por outro lado, que uma lei é justa não só porque é igualitária, mas também porque é conforme a uma lei superior.

O referencial que une justiça e igualdade é o sentido de ordem, ou equilíbrio, ou harmonia, ou concórdia das partes de um todo. A representação de justiça está figurada na virtude (o reino da harmonia no universo):

Assim, a instauração de uma certa igualdade entre as partes e o respeito à legalidade são as duas condições para a instituição e conservação da ordem ou da harmonia do todo, que é – para quem se coloca do ponto de vista da totalidade e não das partes – o sumo bem. Essas duas condições são ambas necessárias para realizar a justiça, mas somente em conjunto é que são também suficientes. Em uma totalidade ordenada, a injustiça pode ser introduzida tanto pela alteração das relações de igualdade quanto pela não-observância das leis: a alteração da igualdade é um desafio à legalidade constituída, assim como a não-observância das leis estabelecidas é uma ruptura do princípio de igualdade no qual a lei se inspira. (BOBBIO, 2000, p. 15).

Bobbio deixa claro que a igualdade representa um patamar desejado pelo homem, na medida em que é considerada como justa, ou seja, como uma ordem a instituir, um parâmetro de harmonia das partes de um todo. A idéia do todo está intrinsecamente ligada à durabilidade. De nada adianta a harmonia passageira. Preza-se pelo caráter duradouro desse equilíbrio. Para Bobbio (2000, p. 16) a relação entre liberdade e justiça contorna valores supremos a serem conquistados pelo ser humano. O primeiro, liberdade, deve ser entendido como um bem individual. O segundo, justiça, um bem social, ou seja, considerado frente às partes de um todo que deve ser harmônico.

[...] a liberdade é o valor supremo do indivíduo em face do todo, enquanto a justiça é o bem supremo do todo enquanto composto de partes. Em outras palavras, a liberdade é o bem individual por excelência, ao passo que a justiça é o bem social por excelência [...] Se se quer conjugar os dois valores supremos da vida civil, a expressão mais correta é liberdade e justiça e não liberdade e igualdade, já que a igualdade não é por si mesma um valor, mas o é somente na medida em que seja uma condição necessária, ainda que não suficiente, daquela harmonia do todo, daquele ordenamento das partes, daquele equilíbrio interno de um sistema que mereça o nome de justo.

A igualdade não pode ser tomada no sentido absoluto, ou seja, no sentido de que todos, independentemente das circunstâncias que os cerquem, devem ser tidos exatamente na mesma posição que os demais. A relativização do sentido de igualdade é o desiderato do que se entende geralmente por justiça. Nesse sentido, afirma Ross (2003, p. 314):

Tal falta de reconhecimento de todas as diferenças reais significaria de fato que todos ocupariam uma posição jurídica idêntica, sem considerar a idade, o estado civil, se cometeu um assassinato ou não, se celebrou um contrato ou não. Está claro que ninguém jamais pretendeu atribuir esse significado àquela idéia.

Haver distinções entre seres, situações, posições de domínio, por exemplo, são requisitos da justiça, de modo a vislumbrarem-se direitos, deveres e obrigações levando-se em conta as circunstâncias que nos condicionam.

O requisito de igualdade encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão suficiente para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer outra pessoa. A exigência de igualdade deve ser compreendida, portanto, num sentido relativo, isto é, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira. Isto significa que, como um pré-requisito para a aplicação da norma de igualdade e com independência dela, é preciso que haja algum critério para determinar o que será considerado igual; em outras palavras, a exigência de igualdade contida na idéia de justiça não é dirigida de forma absoluta a todos e a cada um, mas a todos os membros de uma classe determinados por certos critérios relevantes. (ROSS, 2003, p. 315).

O filósofo dinamarquês pretende que as diversas formulações de justiça voltada para grupos ou diversos contextos deve incluir um padrão de avaliação, além da igualdade, que deve ser aplicado como condição para a definição da categoria cujos membros devem ser

tratados com igualdade. Isso mostra que a pura exigência formal de igualdade não significa em si muito, mas o conteúdo prático da exigência de justiça depende de pressupostos que estão localizados externamente ao princípio da igualdade (critérios que determinam as categorias às quais se deve aplicar a norma de igualdade).⁴ A consciência do homem é um parâmetro avaliável no sentido do que se deve entender por justiça. Para o professor Chalita (2003, p. 108) “[...] enganar o outro é enganar a sociedade”. Lembra do contrato que existe para que haja harmonia no mundo.

Por isso, em sentido mais elevado, a justiça é a disposição da alma que conduz as ações do indivíduo segundo as formas mais completas da excelência moral. Toda ação virtuosa, afinal, é necessariamente justa, e a justiça poderia ser o nome que damos à prática costumeira e firme de realizar tudo conforme o meio-termo de nossas disposições interiores. Sem exageros. Sem excesso. A prática da excelência moral é sobretudo um processo individual, uma prática que estabelece os limites da vida e das ações de cada pessoa. É uma atitude frente a todas as ocasiões, os desafios que a vida apresenta. É ação ou omissão. E apequena ou engrandece a natureza humana, dependendo da disposição do agente. No caso de justiça, o valor é vislumbrado fundamentalmente nessa busca da excelência moral voltada para o bem do próximo.

Chalita admite que não há possibilidade do homem ser feliz sem ser justo. São realidades indissociáveis. A justiça é exercitada à medida que se praticam descobertas na relação com o outro ser. Percebe a relação existente entre o bem social e a ética frente ao conceito de justiça. E nisso parece que a disciplina é um parâmetro fundamental para o êxito.

O bem social se relaciona intimamente com o conceito de justiça, assim como a ética, mas a busca por essa finalidade é exercitada de forma diversa. Em termos gerais, a justiça social é promovida pelas leis, que determinam as condutas individuais e grupais da comunidade e definem, assim, o que é justo e o que é injusto. Embora possamos dizer que o objetivo de todas as leis seja estabelecer uma convivência equilibrada e igualitária entre todas as pessoas, o bem (e a justiça) que elas podem promover não ocupa o mesmo lugar do bem e da justiça na ética. (CHALITA, 2003, p. 109).

E conclui numa clareza de doer os olhos ao associar o bem ao semelhante com o maior sentido de justiça: “Uma disposição da alma em fazer o bem ao próximo recebe o nome de justiça; se esta disposição é irrestrita, generalizada e perene, ela é a própria excelência moral. É o caminho e o encontro com a felicidade.” (CHALITA, 2003, p. 111).

3.6. As Influências do Pensamento Social na Concepção de Justiça

O bem é tido, de modo genérico, como um parâmetro que atrai todas as coisas para a realização da natureza delas, possuindo um primeiro significado físico, nesse contexto.

⁴ Atesta os critérios de: a cada um segundo seu mérito; a cada um segundo sua contribuição; a cada um segundo suas necessidades; a cada um segundo sua capacidade; a cada um segundo sua posição e condição (ROSS, 2003, p. 315).

Para o homem, em específico, o bem é a motivação fundamental na prática de suas ações. Já se tem relacionada a prática do bem a um fundamento de ética. Por seu turno, a ética também se encontra extremamente vinculada à idéia de justiça. Enquanto seres minerais, vegetais e animais irracionais buscam o bem e tendem a realizá-lo, somente ao homem é proporcionado realizar o justo. Parece que a relação entre bem e justiça é inconteste, porque “[...] o vínculo entre a moral e o direito é a justiça. Através da justiça – do *bom-porque-justo* – ligam-se um ao outro os dois grandes domínios do agir humano: o moral (interior) e o jurídico (exterior)” (MACHADO, 1986, p. 31).

Ao analisar os patamares que se entrelaçam no tema, o professor Montoro (2000) indaga aos seus leitores até que ponto o direito pode identificar-se com o que seja justo? Até que ponto seria possível sustentar que todas as exigências do direito sejam baseadas nos critérios de justiça? Sustenta em seu trabalho que para alguns autores, como Carnéades e Epicuro, o direito é simples convenção não tendo relação nenhuma com os ideais de justiça. Já para os seguidores do positivismo jurídico, firma-se o entendimento de que o direito está reduzido a uma imposição de força social enquanto que a justiça é considerada como um elemento estranho à sua formação e validade. Montoro (2000) cita Kelsen, para o qual os critérios de justiça são simplesmente emocionais e subjetivos, sendo que sua determinação deve ser reservada para a religião ou metafísica. Nesse sentido percebe-se um nítido distanciamento entre a justiça e os parâmetros do sentimento humano. A justiça pode ser vislumbrada como a prática de um hábito, o modo de ser justo, de assumir a justiça, o caráter social, de cunho comunitário. Assume contornos visíveis de ser um valor, um ideal:

Com a virtude, o valor, o ideal de justiça, dá-se uma singularidade: o seu objeto não se refere à pessoa que a pratica, mas ao outro. Justo é quem dá o seu a seu dono, é quem dá a cada um o que lhe é devido. Este seu que incumbe à justiça e a quem a pratica dar a outro, essa COISA-DEVIDA que importa por justiça, que seja dada ‘a quem de direito’, segundo se diz na linguagem vulgar, esse seu, esse *debitum* (o-que-é-devido) constitui, precisamente, o que chamamos direito. (MACHADO, 1986, p. 32).

3.7. O Valor Tutelado numa Norma de Justiça

Kelsen (2003) ao analisar a envergadura da justiça frente aos questionamentos sociais, firma o pressuposto de que a justiça tem que significar uma virtude dos indivíduos. Enquadra a justiça como pertencente ao domínio da moral. Para tanto, estatui que a qualidade ou virtude da justiça atribuída a um indivíduo ganha materialidade em sua conduta frente aos demais indivíduos. Destarte, pode-se falar em conduta justa ou injusta:

A conduta social de um indivíduo é justa quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, isto é, que a põe como devida e, assim, constitui o valor justiça. A conduta social de um indivíduo é injusta quando contraria uma norma que prescreve uma determinada conduta. A justiça de um indivíduo é a justiça a sua conduta social; e a justiça da sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que cons-

titui o valor justiça e, nesse sentido, ser justa. (KELSEN, 2003, p. 3).

Entende o filósofo alemão que a norma de justiça é uma norma moral e considera como norma de justiça somente aquela que prescreva um determinado tratamento de um indivíduo por outro indivíduo. E destaca como tal o tratamento dos indivíduos por parte do legislador ou do juiz.

A justiça é, portanto, a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração de conduta. (KELSEN, 2003, p. 4).

Kelsen (2003) traz à baila uma problemática pautada na contradição que pode haver com o fato de a justiça (ou injustiça) ser também afirmada como uma qualidade de normas, com o fato de também as normas serem apreciadas como boas ou más, justas ou injustas.

Parece, com efeito, que ao proceder assim, comparamos as normas do direito positivo com uma norma de justiça, que, portanto, avaliamos uma norma através de outra norma e, por essa via, elaboramos um juízo segundo o qual a norma do direito positivo é justa quando corresponde à norma de justiça – na medida em que estatui o que a norma de justiça prescreve – ou segundo o qual ela é injusta quando não corresponde à norma de justiça – na medida em que estatui o contrário do que a norma de justiça prescreve. (KELSEN, 2003, p. 5).

Para o mestre alemão, há aqui uma pressuposição de que a norma de justiça e a norma do direito positivo sejam consideradas como simultaneamente válidas e isso não é possível, se as duas normas estão em contradição, ou seja, entram em conflito uma com a outra. Pelo raciocínio esboçado, claro está que somente uma das duas normas pode ser considerada válida. Importante no contexto ora em destaque, registrar o conceito de validade.

Por ‘validade’ deve entender-se aqui validade objetiva. Dizer que uma norma do direito positivo, isto é, do direito posto por meio de atos humanos, ‘vale’ significa que o sentido subjetivo do ato – sentido segundo o qual as pessoas devem conduzir-se de determinada maneira – é interpretado como sendo também o seu sentido objetivo. (KELSEN, 2003, p. 6).

Quando Kelsen (2003) considera o direito natural, aduz que o direito positivo somente pode ser válido quando estiver em consonância com o jusnaturalismo. Isso leva a uma incongruência, conclui o mestre, a de que somente o direito natural pode assumir o contorno de validade. O direito positivo não. Se ao estatuir-se a norma do direito positivo busca-se a norma de justiça, logo o valor jurídico constituído pela norma do direito positivo coincide com o valor de justiça estatuído pela norma de justiça. Daí a falar-se que a norma de direito positiva é justa.

No caso de haver contrariedade entre o estabelecimento da norma do direito positivo

com a aplicação da norma de justiça, conclui-se que os dois valores não podem coincidir (valor de justiça e valor jurídico). Conclui Kelsen (2003) que a norma de direito positivo somente pode ser injusta sob esse ângulo. Aí há que se diferenciar o ato de sua qualidade. A justiça e a injustiça ponderadas devem ser consideradas como qualidades do ato e não como qualidades da norma.

Se, por exemplo, uma norma de justiça pressuposta como válida preceitua que todos os homens devem ser tratados igualmente, então um ato legislativo pelo qual sejam postas normas que prescrevam um tratamento desigual dos indivíduos, estatuidando que os tribunais apenas devem punir aqueles que cometeram um delito e não os outros e que devem punir os ladrões com a privação da liberdade ao passo que os assassinos devem ser castigados com a privação da vida, e os atos dos tribunais que aplicam a lei são injustos. [...] a norma geral da lei e as normas individuais das decisões judiciais que aplicam a lei são injustas. A sua injustiça reside no fato de os atos que as estabelecem contradizerem uma norma de justiça, quer dizer, no fato de, segundo esta norma, não deverem ser postas. (KELSEN, 2003, p. 9).

Ao percorrer esse campo de raciocínio, ele afirma que se houver orientação segundo o campo do direito positivo, a norma geral da lei e as normas individuais que compõem as decisões judiciais que aplicam a lei, e tidas por injustas, devem ser consideradas. E questiona como algo deva ser e não deva ser ao mesmo tempo.

Quando está em questão a validade de uma norma do direito positivo, temos de abstrair da validade de uma norma de justiça que a contradiga; quando está em questão a validade de uma norma de justiça, temos de abstrair da validade de uma norma do direito positivo que se oponha a ela. Não podemos considerá-las simultaneamente válidas. [...] Por isso, nem de um ponto de vista nem de outro pode valer uma norma injusta do direito positivo. (KELSEN, 2003, p. 9-10).

Para o filósofo alemão, quando se afirma que uma norma do direito positivo é justa ou injusta, isso somente pode significar que o ato cujo sentido subjetivo é esta norma, é justo ou injusto conforme corresponda ou não à norma de justiça. Admitindo-se as normas que fornecem sustentáculo para a política educacional, percorrendo tal raciocínio, poder-se-ia questionar acerca de obter-se justiça sempre ao aplicarem-se tais normas. Parece claro que a resposta não será sempre positiva, haja vista que tais normas jurídicas não são sempre felizes ao tratar de temas como critérios de seleção de vagas em escolas públicas de ensino superior, estabelecer paridades entre o tratamento das etnias, estabelecer diretrizes curriculares, dentre tantos outros. O que se vislumbra é que as normas que constituem o sistema educacional, em boa parte dos casos, são ambíguas e conflitantes.

3.8. A Educação na Ordem Social

Com o assentamento das diversas acepções do vocábulo *justiça*, bem como da contextualização no plano da sua problemática, analisa-se, de modo sintético, a educação no contexto de uma construção social voltada para as garantias fundamentais do ser humano.

Analisar a educação dentro de um processo de justiça social é sempre uma tarefa que envolve também uma análise no contexto da sociedade, seus padrões culturais e tradições, as normas vigentes à época, o papel do Estado e o compromisso político assumido frente ao tema. A educação sempre esteve arraigada na vida em sociedade.

Teixeira (2001, p. 172) adverte que a sociedade, ao realizar uma análise nos preceitos da educação, o faz com base nas suas necessidades. Para a autora, entender a educação sempre envolve uma metodologia de análise da sociedade em que se está operando tal processo. Aduz, ainda, que a educação é operação complexa que envolve complexas variáveis. Somente com a compreensão de que a educação é um parâmetro que envolve um alargado comprometimento das instituições sociais, é que se pode conceber a educação como garantia de justiça social: “A partir da institucionalização da educação e da organização do ensino nas escolas, esse fenômeno social passou a ter relação direta com a cidadania, cujo significado é a garantia dos direitos civis e políticos, sendo a educação um desses direitos.” Em plena consonância com essa abordagem está Marcuse (1998, p. 172) que inclui a educação como meta a ser assegurada nas bases de um processo de justiça, inclusive para aprimorar os ideais de ciência, visando o desenvolvimento social:

Notoriamente, a nova orientação da ciência encerra transformações sociais e políticas, isto é, o nascimento de uma sociedade essencialmente diferente, cuja subsistência possa renunciar às instituições de defesa e intimidação agressivas. [...] Se a proposição de Kant, segundo a qual não se deveria educar para a sociedade atual mas sim para uma sociedade melhor, ainda conserva algum sentido, então a educação precisa alterar também (talvez antes de tudo) o lugar da ciência nas universidades e no domínio conjunto de ‘investigação e desenvolvimento’. [...] Evidentemente, o conceito de uma educação na sociedade existente para uma sociedade melhor no futuro é uma contradição sem dúvida que deve ser resolvida se o progresso deve se realizar.

Ainda nesse processo de garantia da justiça social, a educação é avaliada de acordo com os direitos sociais. Há que se ressaltar que a história tem mostrado que a incorporação da educação no grupo dos direitos humanos e sociais ocorreu de modo lento.

A relação entre o nascimento e o crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade por outro é inteiramente evidente. Prova disso é que as exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas quanto mais rápida e profunda foi a transformação da sociedade. Cabe considerar, de resto, que as exigências que se concretizaram na demanda de uma intervenção pública e de uma prestação de serviços sociais por parte do Estado só podem ser satisfeitas num determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico. (BOBBIO, 1992, p. 76).

Nas lições do constitucionalista Silva (1998), os direitos sociais correspondem a normas gerais que proporcionam o atendimento de condições para que haja o completo desenvolvimento do homem. Os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização

de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Nessa esteira, os direitos sociais, fundamentos do Estado democrático de direito⁵, são equacionados como direitos fundamentais do homem a serem observados obrigatoriamente pelo Estado social de direito, e que visam à melhor condição de vida do ser humano tendo por uma de suas metas o resgate da igualdade social. No plano da ordem social, a Constituição da República de 1988 faz referência à educação no rol dos direitos sociais arrolados no corpo do seu artigo 6º. Já na locução do inciso IV do artigo 7º da mesma Carta Magna de 1988, o legislador constituinte arrolou a educação como direito dos trabalhadores, visando a uma melhoria na sua condição social, e qualificou-a como necessidade elementar.

A educação nem sempre esteve elencada como direito social nas constituições brasileiras. Na realidade, o direito à educação deve ser considerado como direito social que não deve ser vinculado apenas àqueles que mantêm um vínculo de emprego, mas também aos profissionais liberais e, até mesmo, aos empresários. Enfim, não deverá ser restrita a uma classe especificamente, a uma camada restrita da sociedade, e sim a toda sociedade que, através de sua organização e em prol de seus interesses, criou o Estado como organismo forte, tendo por finalidade atender aos interesses desta. (TEIXEIRA, 2001, p. 38).

Parece claro que a mera previsão constitucional da educação como direito social, seja do trabalhador ou não, carece de atenção do poder público para que todos os esforços sejam realizados no sentido de garantir-se a materialização de tal direito. Ocorre que a previsão da educação na ordem social constitucional representa uma grande convicção do legislador no sentido de orientar-se nela como referencial e meio para o desenvolvimento pleno das capacidades humanas, assegurando-se, com isso, a permanente busca pela construção de um verdadeiro Estado democrático de direito em que iguais condições sejam disponibilizadas a todos. Na ordem social, a educação representa não somente uma garantia, mas um verdadeiro meio para que se tornem reais as possibilidades do ser humano desenvolver-se, não só aprendendo como se qualificando para o mercado de trabalho cada vez mais competitivo.

4. O Direito à Educação na Ordem Jurídica

4.1. Uma Convenção Social

A formação do Estado, tal qual é conhecido na atualidade, remonta aos princípios das denominadas teorias *contratualistas*, as quais são bem representadas por Hobbes, Locke e Rousseau. Boa parte da concepção do Estado como ente gerenciador dos interesses da sociedade, para aqueles que assim o têm, é feita no sentido de se admitir a existência de

⁵ Artigo 1º., IV, da Constituição (1988).

uma gama de direitos e garantias que não podem ser abstraídas, portanto, fundamentais.

O direito à educação insere-se no presente contexto não somente como mais uma garantia do extenso, porém não taxativo, rol de direitos existentes no corpo da Constituição da República do Brasil. Faz parte do patamar essencial dos direitos fundamentais que devem ser priorizados pelo Estado. Depura-se desse sentimento a noção de que o direito à educação é uma questão que envolve justiça, como forma de preservar a existência do ser. Se a justiça realmente diz respeito aos pilares essenciais de cidadania, igualdade e liberdade, pode-se admiti-la como sendo um outro nome para a educação (ESTÊVÃO, 2004).

Então não é possível pensar a escola, a sua autonomia, a formação dos actores educativos, a experiência escolar dos alunos, a ética profissional docente, a qualidade e modernização do sistema educativo, a cidadania, entre muitos outros aspectos, sem apelar, explícita ou implicitamente, à noção de justiça, ainda que ela adquira vários sentidos. Logo, torna-se urgente colocar na agenda da educação, de um modo claro e sem tibiezas, a problemática da justiça para que, no final, a democracia fique a ganhar. (ESTÊVÃO, 2004, p. 8).

O que é pretendido no presente contexto é desenvolver uma linha de raciocínio em que reste comprovada a indissociável noção que há entre o direito do ser humano a inserir-se no processo educacional e a segurança jurídica a esse direito, como contrapartida da atuação estatal.

4.2. O Direito à Educação no Histórico Constitucional Brasileiro

No Brasil Colônia, o ensino recaiu significativamente sobre a responsabilidade dos jesuítas, sendo que a primeira escola brasileira ficou a cargo do Padre Manoel da Nóbrega, que a fundara na Bahia, em 1549. Todo financiamento do ensino estava a cargo então desses jesuítas, que o faziam por conta dos dízimos recebidos de doações dos nobres e das missões que faziam inserções por esta e outras colônias. O sistema educacional brasileiro começou a ser organizado a partir de 1822, com a independência do Brasil. A primeira Constituição brasileira foi a do Império, de 11 de março de 1824. Teixeira destaca que houve uma grande ebulição no processo de fusão étnica, cultural e lingüística no Brasil, nessa época, conduzindo a uma realidade de redução da população indígena, ao passo em que se observava o aumento da língua e cultura portuguesas.

O que vingou, contudo, foi o projeto do crescimento da elite pela miscigenação com as duas raças oprimidas e a assimilação pela população resultante das três culturas do complexo cultural brasileiro, a cultura luso-católica, a negra e a indígena. A despeito da promiscuidade e miscigenação racial, a elite branca luta e consegue firmar-se contra os esforços da Coroa e da Igreja Católica relativamente opostos à discriminação racial. As circunstâncias em que se forma o povo brasileiro geram permanentemente ambigüidades, senão pluralidades, de planos existenciais, com o choque entre veleidades e propósitos diversos da Coroa portuguesa dos jesuítas a quem fora entregue o poder espiritual e educativo, da elite colonizadora e da própria elite nativa que assimilava, por vezes acentuando, os valores da elite colonizadora. (TEIXEIRA, 1989, p. 57).

Tendo por base essa nova orientação na formação da cultura do Brasil Colônia, observou-se o surgimento de uma espécie de Estado eclesiástico, sem a presença do povo propriamente dito. A carreira eclesiástica constituía-se praticamente na única carreira dominante, tornando-se a educação sob forte influência da igreja católica, primado que permaneceria ao longo de muito tempo. Nessa esteira, as observações de Teixeira (1989, p. 58):

A educação era ministrada em latim, latim da Igreja e da ordem eclesiástica do Estado. [...] Era uma educação predominantemente escolástica e imóvel, idêntica na Metrópole e na Colônia, que somente no fim do século XVIII vem a sofrer o primeiro choque com as reformas *revolucionárias* de educação do período do Marquês de Pombal.

A educação era regulada pela Constituição do Império, no seu Título VIII (das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros). E o fazia garantindo a instrução primária a todos os cidadãos (artigo 179, inciso XXXII), sendo excluídos destes os escravos, os que viessem a adquirir nacionalidade estrangeira, os que fossem banidos por sentença, os que aceitassem emprego, pensão ou condecoração de qualquer nação estrangeira ao Brasil sem pedir licença ao imperador. Nessa época registram-se dois pontos. O primeiro é o que diz respeito à criação do curso jurídico. O segundo refere-se à falta de estrutura organizacional e pedagógica para implementação da instrução primária.

Em 24 de fevereiro de 1891, o Congresso promulgou a nova Constituição (primeira da República), onde as normas encontravam-se agrupadas por títulos (divididos em seções e capítulos). A educação estava prevista na Seção I, Capítulo IV (das atribuições do Congresso), art. 34, item 30; art. 35 § 2º, § 3º e § 4º, Título II, art. 65, item 2 e art. 67, Título IV, Seção II (declaração de direitos), art. 72, § 6º. A educação não constituía um objetivo final, consubstanciando apenas um meio de garantir os direitos de liberdade, de segurança individual e de propriedade, cabendo ao Congresso Nacional, de modo privativo, legislar sobre o ensino superior.

Em 16 de julho de 1934 estava promulgada a Constituição de 1934 e a educação ganhara, pela primeira vez, um Título apartado, que lhe dava o patamar de direito social. Fixou-se a competência da União para estabelecer as diretrizes da educação nacional. A redação dada ao artigo 149 da Constituição de 1934 proporcionou à educação a qualidade de direito de todos, sendo que o artigo 152 estatuiu o Plano Nacional de Educação, reservando competência ao Conselho Nacional de Educação para a sua elaboração.

A Constituição Republicana de 1937 trouxe a educação disciplinada junto à cultura. Esta Carta constitucional, nas redações dos seus artigos 128 e seguintes, trouxe o ensino primário como obrigatório, primou pela liberdade do ensino a instituições particulares, buscou adequar o ensino às tendências vocacionais das crianças e jovens que não dispusessem de recursos suficientes, além de atribuir ao Estado uma carga maior de deveres em matéria de educação. Tornou-se uma Carta arrojada na matéria ora tratada.

Promulgada em 18 de setembro de 1946, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil disciplinou a educação juntamente com a cultura, no Título VI, Capítulo II. Rezava seu artigo 166 que a educação era direito de todos, sendo proposta a liberdade de ensino no artigo 167, sendo permitido ao Estado intervir, promover, fiscalizar, dirigir e orientar a educação. Os princípios voltados à educação estavam arrolados no artigo 168 da Carta de 1946. Tratou, dentre outros, do ensino primário obrigatório, do ensino relativo aos trabalhadores, do ensino religioso como parte da grade curricular nas escolas públicas, da liberdade de cátedra e do concurso público para provimento de vagas de docência. Coube à União organizar o sistema federal de ensino e o dos territórios (art. 171).

Em 24 de janeiro de 1967 foi promulgada a Constituição da República sob a influência do governo militar. A educação estava disciplinada no Título IV, juntamente com a família e a cultura. Continuou-se a ofertar tratamento e qualidade de “direito” à educação. O artigo 166 da Carta Magna de 1967 indicou que a educação deveria orientar-se pelo princípio da unidade nacional, pautada nos lastros de solidariedade humana e de liberdade, impedindo, assim, a possibilidade de diferentes conteúdos a serem ministrados nas escolas do país.

A Constituição de 1967 impôs ao Estado a responsabilidade por todos os níveis de ensino, indicando para a família a responsabilidade pelo ingresso do indivíduo em idade escolar no ensino. Assegurou, no corpo do seu artigo 168, princípios e normas da legislação para ensino infraconstitucional, idade mínima e máxima na qual o ensino seria obrigatório a todos, o ensino religioso não obrigatório, concurso público de provas e títulos para a docência em instituições públicas, reforçando a liberdade de cátedra, dentre outros.

A Emenda Constitucional nº 1/1969 alterou significativamente a Constituição de 1967, sendo considerada por alguns autores como verdadeira Constituição. Coube à União a competência para executar os Planos Nacionais de Educação (art. 8º) e, pela primeira vez, ao município foram asseguradas a autonomia e as responsabilidades quanto ao ensino (art. 15). Pela referida Emenda de 1969, ampliou-se a concessão de bolsas de estudo aos ensinos médio e superior, restringiu a liberdade de ensino ao mesmo tempo em que determinou a liberdade de desenvolvimento das ciências, letras e artes, responsabilizando quaisquer abusos em festas públicas. Essas breves referências às Constituições brasileiras mostram o destaque dado à educação no plano constitucional. Os destaques em relação à Constituição de 1988 merecem atenção mais detalhada a seguir.

4.3. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O artigo 1º da Constituição da República de 1988, inserido no Título I (dos princípios fundamentais), é claro ao asseverar que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana. Um olhar mais atento observa que a inclusão desse desiderato no corpo constitucional demonstra que o Estado se erige à luz da noção da dignidade da pessoa humana.

Em conformidade com tal assertiva, encontra-se a doutrina sempre viva do inigualável

professor e saudoso constitucionalista Bastos (1998), para o qual a dignidade da pessoa humana é conglobante: “A referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social. “[...] o que ele está a indicar é que é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas”. (BASTOS, 1988, p. 425). Lembra ainda o autor que a dignidade humana pode ser ofendida por muitas formas. Não é presunçoso admitir-se que o impedimento ao acesso à educação cabe muito bem nesse raciocínio.

Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido. Essa é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar esta tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade. (BASTOS, 1998, p. 425).

Nesse compasso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, em qualquer tempo de sua existência, estatui a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental e condição essencial para a existência do ser humano e de sua preservação e o faz tendo em vista, dentre outros, os ideais do ensino e da educação:

Considerando que *o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana* e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]. A Assembléia Geral proclama: A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, *através do ensino e da educação*, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (grifo nosso).

Cretella Júnior (1992) entende que o princípio da dignidade da pessoa humana permanentemente repele qualquer tipo de agressão ao ser humano, devendo, de pronto, ser afastada qualquer interpretação em sentido oposto. Ressalta que a integridade humana é alcançada num plexo de respeito aos valores de dignidade, devendo o Estado cercar-se de todos os meios para que tal propósito seja realmente atingido.

O ser humano, o homem, seja de qual origem for, sem discriminação de raça, sexo, religião, convicção política ou filosófica, tem direito a ser tratado pelos semelhantes como *pessoa humana*, fundando-se, o atual Estado de direito, em vários atributos, entre os quais se inclui a *dignidade* do homem, repellido, assim, como aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que atente contra esse apanágio do homem. (CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 139).

4.4. Objetivos Fundamentais do Estado Brasileiro

É possível pensar no sentido de serem as relações existentes entre Estado e justiça estreitas. No entanto, inegável está que a interpretação ofertada à justiça alterna à medida que modifica a qualificação do Estado. Nesse sentido, Estêvão (2004, p. 11) avalia o Estado liberal:

No liberalismo, o Estado era concebido como devendo preocupar-se fundamentalmente com o privilégio da liberdade individual, pouco lhe interessando, por isso, a questão da igualdade a não ser que essa fosse entendida de um modo formal, ou seja, como igualdade perante a lei. Do mesmo modo, a justiça, assente no contrato individualista, tinha sobretudo a ver com a protecção (*sic*) do direito individual de propriedade e não com qualquer princípio redistributivo; tratava-se, portanto, de uma justiça meramente processual, da qual estavam afastados, por conseguinte, os aspectos substantivos do bem.

No Estado social, por sua vez, a justiça adquire um sentido mais substantivo, nas continuadas observações do autor:

Na verdade, o que vulgarmente caracteriza o Estado social é o facto (*sic*) de apresentar-se essencialmente como um Estado baseado na ideia de uma justa distribuição dos benefícios sociais e que se legitima na medida em que propõe e defende um padrão de justiça comum que vai mitigar o conflito social entre grupos com interesses nem sempre compatíveis [...]. O Estado social visava, de facto (*sic*) compensar as desigualdades e as injustiças e assegurar sobretudo os direitos sociais. Isso não significava, porém, que houvesse necessariamente mais justiça social. (ESTÊVÃO, 2004, p. 11).

Estêvão (2004, p.13) finda seu raciocínio na visão atual de Estado, comumente denominado de Estado neoliberal:

Com a evolução do Estado para a sua fórmula mais actual (*sic*) (...) os conceitos de bem comum, de igualdade e de justiça retrocedem na sua essencialidade, situando-se agora no livre jogo dos mercados internacionais, definindo-se a própria justiça especificamente como 'justiça fundada na troca' (Habermas).

O que se percebe claramente é que, como os ideais de justiça alternam-se na medida em que pode flutuar a essência da atuação do Estado, a educação como direito pode ser vislumbrada como regra pragmática inserida, com maior ou menor amplitude, e de forma direta ou indireta, dentro dos objetivos fundamentais do Estado. No Brasil atual, a locução ofertada ao artigo 3º da Constituição da República de 1988 assevera os objetivos fundamentais da República:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sendo o Estado uma organização, deve atuar sempre pautado nas regras de direito, seja na perseguição dos seus fins, seja no estabelecimento das condições para o alcance deles. Ao estabelecer objetivos fundamentais, a Constituição da República almeja o norte de que os fins devem ser mais do que somente uma enunciação de princípios. Deve haver ação. Bastos colaciona que os objetivos são metas que visam a tornar concretas as mesmas idéias ou propósitos assegurados em forma de princípios pela Constituição da República. Destaca o professor:

A Justiça é um dos valores fundamentais, transcendendo o próprio direito. Tem ela na verdade razões ético-religiosas. [...] As desigualdades humanas, a distinção entre governantes e governados, entre ricos e pobres, entre poderosos e desvalidos, entre fortes e fracos têm sido uma constante. Daí ter o Estado um papel importante na restauração destes desequilíbrios e destas desigualdades. Mas o que o Texto Constitucional impõe não é aquela igualdade acenada pelos países autoritários, mas sim a igualdade compatibilizada com a liberdade. Isso significa que um valor não pode ser obtido pelo esmagamento do outro. (BASTOS, 1988, p. 444).

Com a simplicidade de um grande observador social, Bastos admoesta o Estado para o fato de que as injustiças sociais sejam vencidas, já que a própria Constituição agrega o valor de solidariedade aos de justiça e dignidade da pessoa humana. Vislumbra-se o direito à educação nesse sentido como um valor inerente ao alcance dessa nobre missão, sem o qual, não se pode ventilar cidadania. A Constituição da República de 1988 assegura a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, a liberdade de aprender, de ensinar, de opinar, enfim, a consagração do princípio da pluralidade num país heterogêneo. “Por seu turno, esta solidariedade não poderá limitar-se a um estado interior, a um sentimento, ao amor dos nossos irmãos. Haverá de traduzir-se em formas efetivas de aproximação, em que ao conflito se faça substituir a confraternização e a colaboração.” (BASTOS, 1988, p. 445).

4.5. A Educação como Direito Fundamental

A Constituição da República de 1988 encarta, ao longo do seu Título II, os denominados *direitos e garantias fundamentais*. Subdivide tais direitos e garantias em cinco capítulos, quais sejam: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos; partidos políticos. Para Moraes (2000, p. 59) são direitos constitucionais porque estão insertos no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que ela mesma depende de legislação ulterior para a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, estes engendrados entre o rol dos direitos fundamentais. Como pode parecer, à primeira vista, não são ilimitados tais direitos.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna. Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

A redação ofertada ao *caput* do artigo 5º da Constituição cidadã (1988) garante a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer espécie, sendo o direito à vida o mais fundamental de todos os direitos. Nesse sentido, adverte Moraes (2000) que o princípio constitucional referente à igualdade opera em duas frentes: para o legislador ou para o próprio executivo, impedindo a edição de diplomas legais que possam criar tratamento diferenciador abusivo; para o Judiciário, garantindo a aplicação da lei em níveis igualitários, ressalvadas as diferenciações justificadas e imperativas ao caso concreto.

Nesse ponto assenta-se uma crucial questão. O tratamento dado pela Constituição, no *caput* do artigo 5º, é no sentido de garantia ampla à vida, ao seu desenvolvimento equilibrado e harmônico. Concebe-se a educação como direito de todos, portanto um imperativo ao Estado, como forma de proporcionar a própria vida do ser humano através do seu desenvolvimento. É, então, o direito à educação um direito fundamental? A resposta não é direta e merecem destaque alguns entendimentos. Em primeira mão, infere-se que os direitos fundamentais podem estar ou no rol do artigo 5º da Constituição da República de 1988 ou dispersos nos demais artigos da própria Carta Magna. É sempre oportuna a lição do constitucionalista luso Canotilho, resgatando uma visão do que venha a ser um direito fundamental e o seu papel na ordem jurídica constitucional.

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1993, p. 541).

A Constituição e a lei possuem uma estruturação genérica comum, sendo que a Carta Maior corresponde à lei fundamental da nação. A lei fundamental deve seguir a três orientações básicas, quais sejam: (1) deve ter origem, fonte e fundamento; (2) deve constituir o verdadeiro fundamento de outras leis, ou seja, dar validade a outras leis; (3) deve ser necessária à existência de outras leis. Portanto, o direito fundamental tem que ser básico e deve atender ao princípio da necessidade.

A partir desse posicionamento, pode-se inferir que no corpo do artigo 5º da Constituição

da República de 1988 existem cinco direitos fundamentais básicos (vida; liberdade; igualdade; segurança; propriedade). Externamente ao corpo do artigo 5º, deve-se analisar se o direito à educação vincula-se diretamente a um dos direitos fundamentais. O professor e educador Chalita (2001, p. 106), ao analisar o artigo 5º da Lei Fundamental do Brasil, entende que o direito à educação encontra-se permeado plenamente nos direitos ali elencados, sendo fundamental portanto.

A proteção aos direitos e às garantias fundamentais do cidadão se estende desde a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações, até a liberdade de pensamento, credo e ideologia e ao veto à pena de morte. O objetivo é garantir à pessoa humana seu pleno desenvolvimento sem injustiça ou agressão por parte de quem quer que seja, inclusive do Estado. De nada adiantaria todo esse elenco de salvaguardas se não houvesse a obrigatoriedade da educação, que se constitui como garantia de que o cidadão terá consciência de seus direitos a partir da aquisição de conhecimento, da instrução. Se assim não fosse, tudo ficaria apenas no papel.

Conforme restou demonstrado que a família é a essência no suporte à educação, o direito a ela é fundamental como garantia ao pleno desenvolvimento do ser humano visando à integralização de sua cidadania participativa. Arremata ainda o professor Chalita (2001, p. 107), nesse sentido:

O pleno desenvolvimento da pessoa humana significa o desenvolvimento em todas as suas dimensões, não apenas do aspecto cognitivo ou da mera instrução, mas do ser humano de forma integral. [...] A Constituição deu primazia ao preparo do cidadão para o exercício da cidadania [...]. A palavra cidadania carrega uma carga ideológica que traz a exigência de direitos e garantia de uma participação efetiva na sociedade.

Teixeira (1930) muito bem resume a finalidade da educação como primado de direito, ou seja, “[...] a única finalidade da vida é a vida. [...] A finalidade da educação se confunde com a finalidade da vida”.

4.6. A Educação na Ordem Social Constitucional Federativa

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (CF/1988).

À guisa de orientar melhor o presente, cumpre destacar um conceito de educação. Na visão do constitucionalista Mello Filho (1986, p. 533), a educação perfaz um conceito amplo e abrangente.

O conceito de educação é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) prepará-lo para o exer-

cício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático.

A participação da sociedade deve-se ao fato de assegurar que os projetos educacionais sejam efetivamente desenvolvidos, assegurando os plenos debates e a discussão participativa, prevalecendo o consenso ao final. Nunca se deve esquecer que o desenvolvimento da pessoa humana significa o desenvolvimento em completude de suas dimensões. A Constituição de 1988 proporcionou primazia ao preparo do cidadão para o exercício pleno da cidadania, uma vez que não poupou esforços em determinar de forma inquestionável a liberdade como um dos direitos fundamentais. A locução ofertada ao artigo 206 demonstra a clara preocupação do legislador constituinte com os princípios afetos ao ensino no Brasil, visando à formação do cidadão.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar, divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V – valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
- VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII – garantia do padrão de qualidade.

Cretella Júnior (1993, p. 4.405), ao comentar a Constituição de 1988, assegura que no direito brasileiro vislumbram-se alguns princípios norteadores do regime jurídico da educação, embutidos nas várias cartas constitucionais existentes, dentre os quais, destacam-se: (1) a inspiração da educação no princípio da unidade nacional, na liberdade e na solidariedade humana; (2) a liberdade de ensino em todos os graus; (3) o incentivo à pesquisa e ao ensino científico e tecnológico.

Cabe, em primeiro lugar, ao Estado, aos poderes públicos, proporcionar a educação a todos, promovendo e incentivando o ensino em todos os graus, mas não se dispensa, de modo algum, supletivamente a colaboração da sociedade.

Na análise de Chalita (2001, p. 108), o corpo do artigo 206 da Constituição da República de 1988 é claro ao equacionar princípios que determinam uma educação libertadora.

[...] uma Constituição que, além de assegurar o direito de todos à educação, prevê e exige a garantia do padrão de qualidade. [...] Além de garantir escola para todos os alunos, o Estado tem de assegurar escola de qualidade, de excelência, que prepare a criança para a vida, para a cidadania e para o mercado de trabalho. [...] O grande avanço da Constituição de 1988 foi colocar em um mesmo espaço os desiguais.

Aduz Cretella Júnior (1993, p. 4.406) que o legislador constituinte fixou três metas específicas para educação, quais sejam: (1) a pessoa humana; (2) seu preparo para o exercício da cidadania; (3) sua qualificação para o trabalho.

Pleno desenvolvimento da pessoa – eis o primeiro objetivo real da educação. A pessoa do educando é, com efeito, posta em plano especial por todo sistema educacional [...] Preparo da pessoa para o exercício da cidadania – eis o segundo alvo a que deverá visar a educação, tornando apto o indivíduo para o exercício da cidadania. [...] Cidadania é a capacidade política, idoneidade, possibilidade ou aptidão para o exercício dos direitos ativos (eleger) e passivos (ser eleito ou, pelo menos, ser candidato às eleições. [...] Qualificação do educando para o trabalho – eis, por fim, a terceira meta a que deverá visar o processo educacional, preparando a pessoa para a vida, integrando-a e adaptando-a à sociedade.

4.7. O Direito à Educação na Legislação Infraconstitucional Pátria

O direito à educação sempre foi tratado na legislação brasileira de forma ampla em vários diplomas legislativos. O objetivo do presente item se resume em registrar, de modo breve, os principais diplomas legislativos que, de um modo ou de outro, asseveram quanto ao supracitado direito, inserindo-o como um dos primados de justiça social. Conforme resta demonstrado, a educação recebe a guarita constitucional ao ser expressamente disciplinada no Título referente à ordem social. Também é vislumbrada como direito fundamental.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. O Título II (dos direitos fundamentais), Capítulo IV (do direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer), conta com disposição expressa da matéria na redação dos artigos 53 a 59. Dispõe a redação do artigo 53 do ECA que a criança e o adolescente têm direito à educação, cujo objetivo visa ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Esse dispositivo do ECA assegura, ainda, a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, bem como o direito de ser respeitado por seus educadores, podendo contestar critérios avaliativos e até organizarem-se e participarem de entidades estudantis. Por outro lado, preceitua o § 1º do artigo 54 do ECA que o Estado tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente amplos direitos como, por exemplo, o ensino fundamental obrigatório e gratuito, considerado como direito público subjetivo, além do atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência.

No dia 12 de setembro de 1996, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram a Emenda Constitucional nº 14, que modificava os artigos 34, 208, 211 e 212 da Constituição da República. Dessa forma, com entrada em vigor da supracitada Emenda Constitucional a aplicação dos recursos previstos na área da educação tornou-se princípio sensível (MORAES, 2000, p. 641-642) da Constituição da República, possibilitando inclusive a intervenção federal no Estado membro ou no Distrito Federal se houver inobservância do estatuído no diploma. A Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996,

disciplinou o denominado Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental, em atendimento ao preceituado na redação dada ao § 1º do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 14/96, criando a obrigatoriedade de sua instituição no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal.

A concretização dos ideais e princípios constitucionais teve um dos seus ápices com a sanção da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB. A espinha dorsal desse diploma legislativo é, sem dúvida, a preocupação com uma educação ampla pautada na aprendizagem continuada. Na esteira da LDB/96 resgata-se a idéia da cidadania em que a educação não é apenas um emblema da escola, mas, sobretudo, uma ocorrência em todos os níveis sociais possíveis em que ocorre o processo de aprendizagem continuada.

Art. 1º. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Reiterando o disposto no artigo 205 da Constituição de 1988, a redação do artigo 2º da LDB/96 expressa o seu sentimento quanto aos estreitos laços que unem o direito à educação aos princípios de liberdade e de solidariedade humana. Observa-se, mais uma vez no ordenamento jurídico, disposição expressa no sentido de ser a educação dever equacionado entre Estado e família, pautada na liberdade e solidariedade humana.

Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Finalmente, o artigo 214, do texto constitucional, assegura que a lei deverá estabelecer o Plano Nacional de Educação, com duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do poder público. Em atendimento ao comando constitucional, fora sancionada a Lei nº 10.172, em 9 de janeiro de 2001, que disciplinou o plano nacional de educação. Nesse sentido, também o imperativo do § 1º do artigo 87 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

4.8. Mecanismos Jurídicos de Garantia ao Direito à Educação no Brasil

Está assegurado no art. 58 da Lei nº 8.069 (ECA) que todos os valores culturais, artísticos e históricos, inseridos dentro do contexto social da criança e do adolescente, devem ser respeitados na consideração do processo educacional, sendo garantida a liberdade de criação e o acesso às fontes de cultura. Infelizmente o desrespeito com os direitos e garantias fundamentais parece ser uma herança genética amaldiçoada que transcende gerações e administrações públicas no Brasil. O descaso é tamanho que sempre se apóia na falsa assertiva de que nada pode ser feito, pois não há recursos para a implementação de

ações. Para que tais direitos não fiquem na mera formalidade, mas ganhem alma e saiam do papel, alguns mecanismos jurídicos propriamente ditos são postos à disposição no ordenamento jurídico para serem acionados na garantia do direito à educação, como forma de garantir-se a conquista da justiça social.

Cumprе destacar, em primeiro plano, que o próprio texto da alínea *a* do inciso XXXIV do artigo 5º, inserto na Carta Maior do Brasil, assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Ainda, no âmbito do artigo 5º, a Lei Maior garante que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, como adverte a redação dada ao inciso XXXV.

Ora, assumindo a educação como direito de todos, independentemente de qualquer circunstância de caráter pessoal, e sendo a promoção do bem-estar de todos um dos objetivos da República Federativa do Brasil, como quer a Lei Fundamental, o próprio ordenamento jurídico indica os mecanismos que podem ser utilizados quando há omissão ou inércia do poder público, bem como de qualquer particular responsável pela materialização daquele direito. A utilização de tais meios judiciais visa assegurar a educação como direito.

No âmbito do artigo 5º da Constituição da República de 1988, no inciso LXXI, tem-se o Mandado de Injunção, ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do poder público, com o objetivo claro de viabilizar o exercício de um direito previsto na Constituição da República.

Os requisitos para o mandado de injunção são: falta de norma reguladora de uma previsão constitucional (omissão do Poder Público); inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania – o mandado de injunção pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa. [...] O mandado de injunção poderá ser ajuizado por qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude da falta de norma reguladora da Constituição Federal. [...] O sujeito passivo será somente a pessoa estatal, uma vez que no pólo passivo da relação processual instaurada com o ajuizamento do mandado de injunção só aquelas podem estar presentes, pois somente aos entes estatais pode ser imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos. (MORAES, 2000, p. 171).

Ainda na seara do artigo 5º da Constituição da República de 1988, o inciso LXXIII trata da denominada ação popular, que constitui uma forma de exercício da soberania popular, pela qual é permitido ao povo exercer diretamente a função de agente fiscalizador da atuação do poder público, com base no conceito de coisa pública (*res pública*) e na esteira do princípio da legalidade dos atos administrativos. Também disciplina a ação popular a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

O art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal proclama que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. [...] a finalidade da ação popular é a defesa de interesses difusos, reconhecendo-se aos cidadãos *uti cives* e não *uti singuli*, o direito de promover a defesa de tais interesses. [...] O objeto da ação popular é o combate ao ato ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público, sem contudo configurar-se a *ultima ratio*, ou seja, não se exige o esgotamento de todos os meios administrativos e jurídicos de prevenção ou repressão aos atos ilegais ou imorais e lesivos ao patrimônio público para seu ajuizamento. (MORAES, 2000, p. 171).

A LDB/96, prevê na redação do seu artigo 5º, *caput* e § 3º, que qualquer cidadão está apto a entrar com a ação judicial própria para o caso de descumprimento de preceito estabelecido ao longo da lei, especialmente no que diz respeito a qualquer transgressão a direitos ali estabelecidos. Trata-se de uma ação judicial com rito sumário e procedimento ditado na lei. No âmbito mais específico da criança e do adolescente, o ECA assegura na locução do seu artigo 212, § 2º, uma ação judicial de caráter mandamental, regida pelas normas referentes ao mandado de segurança, previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República de 1988 e disciplinado na Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

.....
§ 2º - Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

Finalmente, a redação ofertada ao artigo 201 do ECA, inciso V, estabelece que compete ao Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência. Entre os direitos indisponíveis de crianças e adolescentes encontra-se a educação, conforme resta comprovado na análise dos artigos 53 e 54 do ECA.

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplina a ação civil pública. Na redação do seu artigo 1º, inciso IV, o legislador faz constar o cabimento da ação civil pública por danos morais ou patrimoniais causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo que não esteja textualmente nela disciplinada. O direito à educação de crianças e adolescentes é entendido, nessa ótica, como direito indisponível, portanto, acobertado pela destacada ação civil pública, como instrumento de garantia judicial de seu abrigo.

5. Conclusão

É inegável que o estudo sobre a educação seja apaixonante, pois desperta os mais elevados valores de questionamento acerca da própria razão de viver do ser humano. Verdadeiros adágios como *conhecimento, cidadania e dignidade da pessoa humana*, além

das variantes conceituais para direito e justiça, permeiam a doutrina jurídica e as obras filosóficas antigas e contemporâneas. Estudar a educação é, sem sombra de dúvidas, estudar a justiça.

Das mais diversas lições extraídas para a elaboração do vertente trabalho, importantes pontos emergem de um verdadeiro oceano de conhecimentos, frutos de árduos trabalhos de pesquisa e das experiências de vida dos seus autores. Cumpre destacar alguns pontos em conclusão apertada, porém não totalizantes. A educação deve ser entendida como um conceito muito mais amplo do que simplesmente transmissão de conhecimentos culturais. É formação da personalidade do homem, aspecto essencial para que o mesmo possa compreender seu significado e apreender o seu papel social.

A Constituição da República de 1988, ao instituir um Estado Democrático de Direito, assegura de forma preemptória o desenvolvimento do ser humano como um dos valores supremos para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, conforme assevera seu preâmbulo. Não pode ser dissociada a idéia de alcance desse preceito sem que a educação esteja inserida como início, meio e fim do Estado. Corolário lógico desse ensinamento, sem dúvida alguma, impõe a educação como uma garantia de que a formação do ser humano e sua preparação para a vida deve ser assegurada pelo Estado, tornando-se uma obrigatoriedade para ele, além de implicar ao administrador uma gama de responsabilidades para implementar em todos os níveis tal desiderato. É o que se pode inferir da redação do artigo 205 da nossa Constituição cidadã que impõe a educação como direito de todos, sem qualquer distinção, e como dever do Estado brasileiro.

Quando é analisado o corpo do seu artigo 5º, que traz os direitos e garantias fundamentais, vislumbra-se a educação como decorrência direta dos preceitos ali estabelecidos, seja de modo direto ou indireto, uma vez que se vincula a boa parte dos direitos fundamentais textualmente assegurados naquele corpo estrutural. Diante do princípio maior da valorização da dignidade humana, entende-se que não há como assegurar o pleno desenvolvimento do ser humano se ocorre omissão ou falha do Estado nas questões relativas à educação no seio social. Atuação política para alcance de metas sociais e a própria educação em si são noções siamesas.

Indiscutível, também, é a identificação da justiça com a virtude da convivência humana. Trata-se de uma atitude subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens, de respeito no trato com o semelhante. É muito pouco reduzir o sentido de justiça para ordenamento ou órgãos do Poder Judiciário, pois a palavra justiça apresenta-se em outras acepções. Sendo a educação o pilar destacado pela Carta Constitucional como essencial à formação do cidadão, estatuiando-se a ela direito fundamental, são garantidos mecanismos jurídicos propriamente ditos para ser acionado o Poder Judiciário a fim de fazer valer a garantia do direito a ela.

Outro aspecto tratado na seara do direito educacional é o que diz respeito à finalidade da educação, qual seja, o conhecimento, que resulta da apreensão do objeto da realidade,

ou seja, ciência. A consciência do ser humano interage com o mundo, alimentando-se da informação. Dessa forma, é inegável que o conhecimento envolve experiência de vida. Nessa esteira é de se concordar com a assertiva de que a formação do ser humano é alcançada no contato dele com o seu cotidiano e, principalmente, na troca de informações que ele obtém para a construção de um perfil de atuação no meio em que vive.

A educação pode ser entendida como um processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano. É dinâmico, progride juntamente com a vida do indivíduo, ajustando-o ao seu grupo social. A educação visa ao seu desenvolvimento integral. Defende-se aqui a idéia de que a educação é uma questão de justiça social. Com toda limitação admitida com relação a profundos pensamentos sociológicos, permite-se arriscar que a educação transcende qualquer fronteira acerca dos ideais de justiça, para confundir-se com eles. E somente fala-se em justiça quando há o ser humano. Não poderia ser diferente com a educação.

6. Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1 e 8.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. *Pela causa da educação e cultura*. Salvador: Secretaria da Educação e Cultura, 1984.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BICUDO, Maria Aparecida Viggiani. *Fundamentos éticos da educação*. São Paulo: Cortez, 1982.

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

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova

Fronteira, 2003.

_____. *Educação: a solução está no afeto*. São Paulo: Gente, 2001.

COSTA, Cláudio Ferreira. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

CRETELA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 3.

ESTÊVÃO, Carlos Alberto Vilar. *Educação, justiça e democracia: um estudo sobre as geografias da justiça em educação*. São Paulo: Cortez, 2004.

_____. *Justiça e educação: a justiça plural e a igualdade complexa na escola*. São Paulo: Cortez, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 6. ed. rev. amp. Curitiba: Posigraf, 2004.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7.

FRANÇA, R. Limongi. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 25 e 47.

_____. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 1.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MACHADO, Edgard de Godoi da Mata. *Elementos de teoria geral do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

MARCUSE, Herbert. *Cultura e sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MONTEIRO, A. Reis. *O direito à educação*. Lisboa: Livros Horizonte, 1999.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEIXEIRA, Anísio. *Ensino superior no Brasil: análise e interpretação de sua evolução até 1969*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1989.

TEIXEIRA, Anísio. Porque “Escola Nova”. *Boletim da Associação Bahiana de Educação*. Salvador, n. 1, 1930. p. 2-30. Disponível em: <www.prossiga.br/anisioteixeira/index.html>. Acesso em: 23 set. 2005.

TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. *O direito à educação nas constituições brasileiras*. Belém: Unama, 2001.

2. JURISPRUDÊNCIAS

2.1 ATO DE IMPROBIDADE CONSISTENTE EM CONTRATAÇÃO DIRETA SEM A PRÉVIA LICITAÇÃO – PRESUNÇÃO DE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO

EMENTA: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. As disposições da Lei nº 8.429/92 são aplicáveis, no que couber, ao beneficiário do ato de IMPROBIDADE. recurso apelatório improvido. contrato de concessão de serviço público. celebração sem prévia licitação. nulidade. art. 4º, III, “a”, da Lei 4.717/65. lesão ao patrimônio público presumida. por conseguinte, a conduta se enquadra nas sanções previstas no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, bem como no “caput” do art. 11, da mesma legislação, já que a conduta também atenta contra os princípios da administração pública. apelação improvida.

DECISÃO: À unanimidade de votos, rejeitaram preliminares e negaram provimento aos apelos.

(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.00.201987-5/000-Manhuaçu. Relator: Des. Isalino Lisboa. Belo Horizonte, 22 de novembro de 2001).

2.2 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA O COMBATE DE ATOS QUE IMPORTEM EM LESÃO PARA A MORALIDADE PÚBLICA

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LESÃO À MORALIDADE PÚBLICA. 1. O Ministério público, por força do art. 129, III, da CF/88, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Destarte, nas hipóteses em que não atua na condição de autor, deve intervir como *custos legis* (LACP, art. 5º, § 1º; CDC, art. 92; ECA, art. 202 e LAP, art. 9º). 2. A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um micro-sistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 4. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 5. A lógica jurídica sugere que legitimar-se o Ministério Público como o mais perfeito órgão intermediário entre o Estado e a sociedade para todas as demandas transindividuais e interditar-lhe a iniciativa da Ação Popular,

revela *contraditio in terminis*. 6. Interpretação histórica justifica a posição do MP como legitimado subsidiário do autor na Ação Popular quando desistente o cidadão, porquanto à época de sua edição, valorizava-se o *Parquet* como guardião da lei, entrevendo-se conflitante a posição de parte e de *custos legis*. 7. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. 8. Os interesses mencionados na LACP acaso se encontrem sob iminência de lesão por ato abusivo da autoridade podem ser tutelados pelo *mandamus* coletivo. 9. No mesmo sentido, se a lesividade ou a ilegalidade do ato administrativo atingem o interesse difuso, passível é a propositura da Ação Civil Pública fazendo as vezes de uma Ação Popular multilegitimária. 10. As modernas leis de tutela dos interesses difusos completam a definição dos interesses que protegem. Assim é que a LAP define o patrimônio e a LACP dilargou-o, abarcando áreas antes deixadas ao desabrigo, como o patrimônio histórico, estético, moral, etc. 11. A moralidade administrativa e seus desvios, com consequências patrimoniais para o erário público enquadram-se na categoria dos interesses difusos, habilitando o Ministério Público a demandar em juízo acerca dos mesmos. 12. Recurso especial desprovido.

DECISÃO: Negar provimento ao recurso.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 427.140/RO. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 20 de maio de 2003).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

EXIGÊNCIA DE ILEGALIDADE E DE LESIVIDADE AO ERÁRIO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO POPULAR

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça

Mestre em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade de São Paulo

Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos – Pontifícia Universidade de São Paulo

1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 250.593 – SÃO PAULO (registro nº 2000/002176-1).

Relator: Min. Garcia Vieira

Recte: Lair Alberto Soares Krailenbuhl

Advogado: Sidnei Beneti Filho e outro

Recdo: Aldaiza de Oliveira Sposti

Advogado: John Rohe Gianini e Outros

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO POPULAR – LESIVIDADE – PROVA – NECESSIDADE. Na propositura da ação popular, não basta a afirmativa de ser o ato ilegal, é necessária a prova da lesividade. Recurso provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordão os Exm^{os}. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exm^o. Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Exm^{os}. Ser. Ministros Himberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

Ausente, justificadamente, o Exm^o. Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 13 de julho de 2000 (data do Julgamento).

Ministro JOSÉ FALCÃO, Presidente.

Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO: O Sr. Ministro GARCIA VIEIRA: — Lair Alberto Soares Krahenbunhl, lastreado na Constituição Federal, artigo 105, inciso III, letra “a”, interpõe recurso especial (fls. 279), aduzindo tratar-se de apelação interposta em face de decisão da Primeira Instância que indeferiu inicial de ação popular por falta de interesse processual, eis que não caracterizado o requisito da lesividade aos cofres públicos.

Em segundo grau foi a r. sentença reformada, firmando-se o entendimento segundo o qual não há necessidade de prova do dano quando da distribuição da inicial.

Aduz violação à Lei nº 4.717/65, artigo 1º e ao CPC, artigo 3º.

Requer reforma do venerando aresto combatido.

Despacho (fls. 379).

É o relatório.

VOTO: O Sr. Ministro GARCIA VIEIRA (Relator): — Sr. Presidente: — Aponta a re-

corrente, como violados, os artigos 1º da Lei nº 4.717/65 e 3º do CPC, versando sobre questão devidamente prequestionada.

Conheço do recurso pela letra “a”.

Pretende a autora sejam anuladas as Concorrências nºs. 02/93, 03/93 e 04/93 que têm como objeto a urbanização de favelas e assentamentos urbanos de baixa renda do Município de São Paulo, sustentando que os editais não obedeceram ao disposto na Lei nº 8.666/93 e na Lei Municipal nº 10.544/88. O MM. Juiz singular, em sua respeitável sentença de fls. 150/155, indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem apreciar o mérito, porque a autora não informou qual é a lesão sofrida pelo patrimônio público. De fato, não basta afirmar que os atos atacados são ilegais. É preciso dizer que eles são lesivos ao patrimônio público. No caso, em momento algum, se disse que estes atos eram lesivos e não se fez nenhuma prova de sua lesividade aos cofres públicos. No Recurso Especial nº 111.527-DF, julgado no dia 17/02/98, do qual fui relator, entendeu esta Egrégia Turma que:

‘Para ensejar a propositura de ação popular, não basta ser o ato ilegal, deve ser ele lesivo ao patrimônio público’.

A Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXXIII) deixa claro que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que visa anular ato lesivo ao patrimônio público. Também o artigo 1º da Lei nº 4.717/65 prevê a anulação de ato lesivo. A questão já é conhecida do Superior Tribunal de Justiça que exige a prova da lesividade do ato impugnado para a propositura da ação popular, sendo insuficiente a sua ilegalidade. Nesse sentido, os Recursos Especiais nºs. 15.463-0-RS, DJ de 25/04/94, relator Ministro Hélio Mosimann; 96.241-ES, DJ de 23/08/99, relator Ministro Peçanha Martins; 94.244-RS, DJ de 01/02/99, relator Ministro Edson Vidigal e 213.994-MG, DJ de 27/09/99, do qual fui relator.

Assim sendo,

Dou provimento ao recurso para reformar o venerando acórdão recorrido e restabelecer a sentença de fls. 150/155¹.

1. Razões

O presente comentário pretende fazer uma abordagem crítica em torno de uma decisão recente do STJ, que entendeu insuficiente a afirmativa de *ilegalidade* como fundamento único para a admissibilidade da ação popular e exigiu prova da *lesividade ao Erário*.

Para facilitar a compreensão das idéias apresentadas em torno deste comentário, teve-se por bem dividi-lo em tópicos: o *primeiro*, composto desta abordagem introdutória, pretende facilitar a compreensão metodológica e sistemática do comentário, em seu contexto geral; o *segundo* traz uma abordagem geral, porém sucinta, da ação popular, especialmente no que tange aos seus fundamentos constitucionais, à sua dignidade constitucional e conseqüências jurídicas derivantes, bem como sobre seu objeto material no contexto da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; o *terceiro*, mais específico

¹ Publicação no DJU, 4 set. 2000, p. 126.

e direto, destina-se a mostrar, seja nas vozes de alguns doutrinadores de renome, seja com base em decisão anterior, porém também recente, da Suprema Corte brasileira, a *prescindibilidade* da *lesividade* ao Erário para o ajuizamento de ação popular e, seguidamente, apontar o equívoco da decisão do STJ, objeto do comentário; o *quarto* e último tópico contém conclusões objetivas sobre a questão em ordem de silogismo.

Por fim, registra-se que a escolha de questão referente à ação popular deve-se ao fato de pretender-se contribuir para a compreensão e para o aperfeiçoamento deste instrumento fundamental ao exercício dos direitos políticos da cidadania no Estado democrático de direito brasileiro, que é a ação popular.

3. A ação Popular

3.1. Fundamentos Constitucionais (material e processual)

No prisma constitucional, a ação popular merece dupla concepção: uma *material*, em que é concebida como *direito político de participação na fiscalização direta da administração pública*, o que se fundamenta no art. 1º, parágrafo único, segunda parte, da CF/88:

Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (grifou-se)²; outra processual, a ser extraída do art. 5º, inciso LXXIII, da CF, onde está estabelecido: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

É da conjugação desse duplo aspecto constitucional da ação popular que se deve extrair a sua importância ao exercício pleno da cidadania como forma de efetivação, via jurisdicional, do Estado democrático de direito.

3.2. Consequências Derivantes da Dignidade Constitucional da Ação Popular

Como se observou no tópico anterior, a ação popular deve ser concebida como *direito de participação política na fiscalização direta da administração pública* (art. 1º, parágrafo único, do CF) e, ao mesmo tempo, como *garantia instrumental fundamental do cidadão de comparecer em juízo na tutela dos direitos e interesses difusos* arrolados no art. 5º, inciso LXXIII, da CF. Portanto, a *dignidade constitucional* da ação popular tem fundamentação *dupla*: de um lado, como direito político fundamental do cidadão; de outro,

² É o que escreve Silva (2001, p. 464): “Trata-se de um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição [...]. Mas ela é também uma ‘ação judicial’ porquanto consiste num meio de invocar a atividade jurisdicional, visando a correção de nulidade de ato lesivo [...]”.

como garantia processual constitucional fundamental. Em razão dessa dupla dignidade constitucional, conferida pelo legislador constituinte brasileiro à ação popular, algumas consequências jurídicas interpretativas derivantes são extraídas.

A primeira é a de que não é compatível com a ação popular qualquer interpretação restritiva, sob pena de mitigar a aplicação de direito e garantia constitucionais fundamentais do cidadão, o que seria flagrantemente inconstitucional e atentaria contra o Estado democrático de direito brasileiro, consagrado no art. 1º da CF. A segunda consequência é extraída do art. 5º, § 1º, da CF, no sentido de que as disposições constitucionais relativas à ação popular têm aplicação imediata — não dependem e não necessitam de qualquer regulamentação.

Uma terceira consequência interpretativa conduz à aplicabilidade na ação popular de todos instrumentos previstos às tutelas jurisdicionais ordinárias, desde que compatíveis com sua finalidade e não restrinjam a sua efetividade. Por exemplo: são perfeitamente aplicáveis à ação popular, as *medidas de apoio* estabelecidas, em rol meramente exemplificativo, no art. 461, § 5º, do CPC. Todas e quaisquer disposições legais infraconstitucionais sobre a ação popular, principalmente as previstas na Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), devem ser interpretadas em conformidade com a Lei Maior, de sorte a se aferir a sua compatibilidade constitucional³. Caso contrário, corre-se o risco de raciocínio restritivo que contrarie o texto constitucional e, ao mesmo tempo, mitigue um dos canais mais legítimos de efetivação do Estado democrático de direito brasileiro: a ação popular.

3.3. O Objeto Material da Ação Popular

O constituinte de 1988 ampliou, de forma significativa, o *objeto material* da ação popular. Agora, são também tuteláveis via ação popular, o *meio ambiente* e a *moralidade administrativa*, além do patrimônio público em seus aspectos *econômico, artístico, estético, histórico* ou *turístico*, já tuteláveis anteriormente à novel Carta Magna, via ação popular, conforme já se extraía do § 1º do art. 1º da Lei nº 4.717/65⁴. Portanto, pela ação popular podem ser tutelados não só o patrimônio material do poder público (o Erário), como também o patrimônio moral, o cultural, o histórico⁵ e o ecológico. É o que escreve Barroso (2001):

Como visto, a ação popular, na sua caracterização constitucional presente, pode ter por objeto a anulação de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII). Intuitivamente, a Lei 4.717/65, promulgada sob o regime de 1946 e recepcionada

³ Ensina Barroso (1999, p. 156): “Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental [...]”.

⁴ A respeito dessa ampliação significativa, Mancuso (2001, p. 70).

⁵ Nesse sentido, Brasil (1999).

pelos ordenamentos subsequentes, não contempla as hipóteses de lesão à moralidade administrativa e ao meio ambiente, figuras de positivação mais recente. Mas, desde sua origem, graças ao conceito elástico de patrimônio público adotado, já era possível demandar a invalidação de atos que lesassem bens imateriais ou insuscetíveis de uma avaliação precisa em termos monetários. (BARROSO, 2001, p. 208).

Pode-se sustentar, ainda, a admissibilidade da ação popular para tutelar relações de consumo, o que poderá ocorrer quando esteja em jogo prestação de serviços públicos essenciais e contínuos, a teor da conjugação do art. 5º, LXXIII, da CF, com os artigos 6º, X, e 22, ambos do CDC.

4. A Prescindibilidade da Lesividade ao Erário na Ação Popular

4.1. A Questão na Visão de Alguns Doutrinadores

A *lesividade ao Erário público* não pode ser elencada como fundamento de admissibilidade da ação popular, sob pena de violação do texto constitucional, que não protege somente o patrimônio em seu sentido econômico ou material (Erário). Os bens imateriais ou insuscetíveis de uma avaliação precisa em termos monetários já eram tuteláveis, via ação popular, antes mesmo da Constituição Federal atual. É o que muito bem esclarece Barroso (2001, p. 208), em citação constante no tópico anterior. Não fosse isso, o patrimônio moral também passou a ser objeto autônomo da ação popular, consoante ensina Mancuso (2001, p. 1.000):

[...] se a causa da ação popular for um ato que o autor reputa ofensivo à moralidade administrativa, sem outra conotação de palpável lesão ao erário, cremos que em princípio a ação poderá vir a ser acolhida, em restando provada tal pretensão, porque a atual CF erigiu a ‘moralidade administrativa’ em fundamento autônomo para a ação popular [...].

Silva (2001, p. 465) vai mais longe ainda ao sustentar que o ato poderá ser formalmente legal, mas portar, por outro lado, uma *imoralidade*. Assim, como esclarece esse brilhante constitucionalista, uma lei pode ser cumprida *moral* ou *imoralmente*.

[...] A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, p. ex., com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por ser se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa [...].

Nesses casos, mesmo diante de uma *imoralidade pura*, em que não exista, em tese, lesão ao patrimônio público, será admissível ação popular. Esse também é o entendimento de Barroso (2001, p. 209):

Anteriormente à Constituição de 1988, era consolidado o entendimento de que a declaração de nulidade ou anulação de atos pela via da ação popular fundava-se em dupla ocorrência: ilegalidade e lesividade ao ato que se desejava invalidar. A ten-

dência dos últimos anos, todavia, tem sido a de admitir que cada um desses vícios, individualmente, legítima a propositura da ação. Ademais, a proteção da moralidade administrativa importa necessariamente na revisão da doutrina tradicional, de vez que ela poderá ser vulnerada sem que haja, diretamente, violação da lei ou lesão ao patrimônio.

4.2. O Posicionamento Atual do STF

O Pretório Excelso entendeu *dispensável* a demonstração, em ação popular, de prejuízo *material aos cofres públicos*. A ementa do Acórdão contém o seguinte teor:

EMENTA: Ação Popular. Abertura de conta em nome de Particular para movimentar recursos públicos. Patrimônio Material do Poder Público. Moralidade Administrativa, art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal.

O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a administração pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII, art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico. (BRASIL, 1999).

É elogiável essa decisão, pois, na esteira do texto constitucional, consagra a *moralidade administrativa* como *objeto autônomo* da ação popular, ao mesmo tempo em que dispensa a lesividade aos cofres públicos como um dos fundamentos dessa ação constitucional. Com efeito, o STF, ao interpretar literal e substancialmente a Constituição, afirmou ser possível a tutela jurisdicional coletiva, pelo cidadão, de outros bens imateriais, fundamentais à coletividade. Nesse sentido, também já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (AC 1459161. Relator: Des. Campos Mello): “AÇÃO POPULAR: Requisito. Lesividade à moralidade administrativa. Ocorrência. Suficiência para acarretar a procedência da ação. Arts. 5º, LXXIII, e 37, da CF. Irrelevância da eventual existência de interesse público e ausência de lesividade ao patrimônio público. Recurso provido”.

4.3. O Equívoco da Decisão do STJ, Objeto de Comentário, e Outra Decisão Recente, em Sentido Contrário, do Mesmo Tribunal

O grande equívoco do STJ, na decisão em comento, é o de fazer uma interpretação divorciada do texto constitucional e contrariar princípios e regras de interpretação constitucional, como o que impõe a interpretação aberta e flexível das garantias constitucionais fundamentais ⁶. Nem mesmo a Lei da Ação Popular, fundamento da interpretação do

⁶ A respeito da técnica da interpretação conforme à Constituição, pondera Bastos (1999, p. 169): “Esta é uma técnica a que deve obediência o intérprete da lei infraconstitucional, sempre que isso for possível. Portanto, já não se está mais no campo do Direito Constitucional, e sim no das demais leis, sobre as quais se aplica esta orientação [...]”.

STJ, exige, para todas as hipóteses de ação popular, lesão ao patrimônio público em seu aspecto econômico. Isso facilmente se extrai da leitura literal do § 1º do art. 1º da Lei nº 4.717/65. Com efeito, é fundamental que o STJ, como Instituição *intérprete* do direito nacional infraconstitucional, repense sua decisão e imprima interpretação às novas hipóteses fáticas a ele submetidas sem distanciamento do texto constitucional e em consonância com as diretrizes do Estado democrático de direito. É de consignar que, em decisão mais recente, o STJ já chegou a firmar entendimento, todavia, no sentido de que a moralidade administrativa poderá ser objeto autônomo da ação popular:

Recurso especial. Ação popular. Julgamento antecipado da lide. 1. O julgamento antecipado da lide (art. 330, I do CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória. (precedentes). 2. O art. 131, do CPC consagra o princípio da persuasão racional, habilitando-se o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto constantes dos autos, rejeitando as diligências que delongam desnecessariamente o julgamento, atuando em consonância com o princípio da celeridade processual. 3. O influxo do princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 do Constituição Federal, traduz-se como fundamento autônomo para o exercício da ação popular, não obstante estar implícito no art. 5º, LXXIII da *Lex Magna*. Aliás, o atual micro-sistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje composto pela Lei da ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, o Código de defesa do consumidor e o Estatuto da criança e do adolescente, revela normas que se interpenetram, nada justificando que a moralidade administrativa não possa ser veiculada por meio de ação popular [...]. (BRASIL, 2003).

5. Conclusão

A ação popular tem dignidade constitucional, *formal e materialmente*. Assim, não lhe é compatível interpretação restritiva, especialmente, no que se refere ao seu objeto material. No que se extrai do novo texto constitucional, poderá ser objeto material de ação popular não só o patrimônio público em seu aspecto econômico (erário), mas também os patrimônios cultural, histórico, ecológico e moral. O STJ, ao exigir prova da lesividade ao Erário, limitou o campo de aplicabilidade da ação popular, de forma a ferir o texto constitucional, que admite a tutela do patrimônio público em seu sentido material (erário) e imaterial (patrimônio moral; cultural; histórico), conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Com essa decisão divorciada do texto constitucional, o STJ põe-se na contramão do processo histórico de evolução e ampliação do objeto material da ação popular, de sorte a desprestigiar, inclusive, decisão anterior, mas também recente, do STF.

6. Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 474475/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 16 de dezembro de 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1707682/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 13 de agosto de 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros 2001.

4. TÉCNICAS

TUTELA INIBITÓRIA EM SEDE DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça

Mestre em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade de São Paulo

Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos – Pontifícia Universidade de São Paulo

Tutela significa proteção, amparo. Portanto, quando falamos em tutela jurídica como gênero, estamos a falar sobre toda espécie de proteção decorrente do Direito. A tutela jurídica poderá ser tanto material, que é a que se volta para a disciplina das condutas em suas relações intersubjetivas, quanto processual. Nesse caso, poderá ser administrativa (processo administrativo) ou jurisdicional (processo jurisdicional).

A tutela inibitória é espécie do gênero tutela jurídica. Trata-se de tutela jurídica preventivo-satisfativa voltada para atacar o ilícito em três dimensões: para evitar a sua prática; para evitar a sua continuidade; para evitar a sua repetição. A tutela inibitória, portanto, é tutela que não ataca o dano. Este é objeto, em regra, da tutela ressarcitória na forma específica (reparação do dano *in natura*) ou da tutela ressarcitória por conversão em espécie (reparação do dano pela conversão em espécie). O ilícito é toda ação ou omissão contrária ao Direito. O dano é consequência do ilícito.

No Estado democrático de direito, a tutela inibitória é uma das mais genuínas formas de proteção jurídica, já que decorre do princípio constitucional da prevenção geral (artigos 1º e 5º, XXXV, da CF/88) e tem como parâmetro material o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88). Trata-se de forma de proteção jurídica que se volta especialmente para os denominados *novos direitos*, que seriam aqueles decorrentes do *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF/88) ou do *princípio da solidariedade coletiva* (art. 3º, I, da CF/88).

Os estudos a respeito da tutela inibitória geralmente se voltam para o plano jurisdicional. Todavia, nada impede a realização da tutela inibitória no plano extrajurisdicional. Com efeito, é possível e até recomendável que se busque fixar a tutela inibitória em sede de termo de ajustamento de conduta, que é forma legítima de proteção dos direitos massificados.

No termo de ajustamento de conduta, a tutela inibitória é fixada por cláusula que vise evitar a prática do ilícito, a sua repetição ou continuidade. Poderá decorrer da fixação de obrigação de fazer (tutela inibitória positiva), quanto da obrigação de não fazer ou de se abster (tutela inibitória negativa). A cláusula tipificadora de tutela inibitória, em obriga-

ção de fazer, poderá ser fixada como condição para que determinada empresa venha a funcionar em certa localidade, sendo para tanto necessário que ela tome medidas para a obtenção de licenciamento ambiental, evitando-se assim a prática do ilícito.

Já a fixação de cláusula tipificadora de tutela inibitória em obrigação de não fazer ou de se abster (tutela inibitória negativa) poderá ocorrer, por exemplo, para que determinada empresa cesse suas atividades e não volte a funcionar sem autorização dos órgãos competentes, evitando-se assim a continuidade e a repetição do ilícito.

Seguem abaixo modelos de cláusulas para a fixação de tutela inibitória em sede de termo de ajustamento de conduta:

a) a Empresa XXX compromete-se a apresentar nesta Promotoria de Justiça, no prazo de trinta dias, a contar da presente data, licenciamento ambiental, abstendo-se, enquanto isso, de dar início às suas atividades empresariais sem autorização ambiental legalmente exigida, tudo sob pena de multa de valor fixo de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e também, na forma cumulada, de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para o caso de atraso quanto ao cumprimento da presente cláusula, sem prejuízo de outras medidas cíveis, administrativas ou criminais. As multas serão revertidas para o Fundo XXX.

b) a Empresa XXX compromete-se a cessar suas atividades na área residencial em que está situada, no prazo de trinta dias, a contar da presente data, evitando-se assim a continuidade do ilícito, sob pena de multas de valor fixo de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e, na forma cumulada, de valor diário de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), tudo sem prejuízo de outras medidas cíveis, criminais e administrativas. As multas serão revertidas para o Fundo XXX.

c) a Empresa XXX compromete-se a não mais repetir o ilícito, de forma a abster-se de iniciar qualquer atividade empresarial, no local em que está situada ou em qualquer outra localidade, sem autorização dos órgãos ambientais competentes, sob pena de multas de valor fixo de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) pela repetição do ilícito e, na forma cumulada, de valor diário de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nesse caso pela continuidade do ilícito, tudo sem prejuízo de outras medidas cíveis, criminais e administrativas. As multas serão revertidas para o Fundo XXX.

d) Fulano de Tal, na condição de Prefeito do Município de XXX, compromete-se a não praticar a conduta XXX, tendo em vista a sua evidente ilicitude, sob pena de multas que lhes incidirão pessoalmente de valor fixo de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) pela prática do ilícito e, na forma cumulada, de valor diário de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nesse caso pela continuidade do ilícito, tudo sem prejuízo de outras medidas cíveis, criminais, administrativas e, especialmente, as decorrentes de possível improbidade administrativa a ser configurada. As multas serão revertidas para o Fundo XXX.

SEÇÃO VI – INFORMAÇÕES VARIADAS

1. INDICAÇÃO DO LIVRO *TEORIA CRÍTICA DO DIREITO*

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Este importante livro aparece depois de dez anos da segunda edição ter se esgotado, tempo que o autor levou para atualizar o texto e repensar alguns conceitos, para torná-los mais condizentes com o estado atual da Ciência do Direito.

Proposta corajosa de reconstrução do saber jurídico, mediante a revelação do uso ideológico das leis e das instituições e denúncia dos mitos em que se assenta a concepção dogmática do Direito, superando a tradicional separação entre o jurídico, o político e o social. Para essa tarefa de reconstrução real e conceitual do Direito, o autor propõe novos fundamentos, nova metodologia e novos princípios, em contraposição àqueles dimanados da mitologia jurídica tradicional.

Para tanto, o autor faz uma releitura dos princípios jurídicos à luz da teoria crítica do direito. Nesse sentido são apresentadas as principais referências teóricas que serviram de fundamento para esta teoria. A idéia apresentada neste livro tem como objetivo suscitar um pensamento crítico acerca da ciência do direito que, como é apresentado ao longo desta obra só é possível através da dialética da participação, pois *a teoria crítica do direito é uma teoria construtiva e prospectiva do direito como instrumento de transformação social* (p. 189).

A transformação social a que se propõe tal teoria pressupõe que antes ocorra uma transformação cognitiva do jurista para que atue consciente em sua construção, reconstrução e transformação. Como ensina Coelho (2003, p. 190):

Em suma, o jurista situado na dimensão crítica é ao mesmo tempo um político consciente, que, conhecedor das mazelas e do grau de manipulação a que estão sujeitas as leis e os próprios valores que as informam, em favor dos privilegiados da sociedade e contra reais interesses do povo, luta contra o *status quo*, também denominado *establishment*, e faz de seu lugar profissional uma trincheira nessa batalha ingente contra as injustiças sociais. O lugar profissional é o do jurista, teórico e prático, desde o estudante e o professor de direito até o advogado, o juiz, o promotor, o delegado etc., como também o político profissional e o parlamentar.

O autor da obra é um dos mais eminentes pensadores brasileiros, sendo indispensável a sua leitura por aqueles que, como o autor, vêem no Direito um meio de transformação social.

Wellington Pereira

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES

1. Os trabalhos para publicação nos periódicos editados pela Revista de Jure serão preferencialmente inéditos.

2. Os trabalhos deverão ser enviados por e-mail para o endereço eletrônico: dejure@mp.mg.gov.br com o nome completo do autor (ou autores), endereço, telefone, e-mail, situação acadêmica, títulos e instituições às quais pertença. Caso o envio do texto se dê por meio postal, pede-se o envio conjunto de cópia impressa e de disquete devidamente identificado, contendo os arquivos do texto. Endereço: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, Avenida Álvares Cabral, 1690, 10º andar, cep: 30.170-001, Belo Horizonte, Minas Gerais.

3. Os artigos deverão ter até 20 laudas. Os parágrafos deverão ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos com a régua, não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar parágrafos: o próprio <ENTER> já os determina automaticamente. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 10. Os parágrafos devem ter entrelinha simples; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

4. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética. Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto, como no exemplo a seguir:

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo:RT, 1999.

5. Os trabalhos deverão ser precedidos de um breve sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.2. Normatização

6. Todo destaque que se queira dar ao texto deverá ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha. Citações de textos deverão ser feitos com recuo esquerdo de 4,0 cm e tamanho de fonte 9.

7. As notas de rodapé devem ser feitas com fonte *Times New Roman*, corpo 8. As notas de rodapé deverão conter somente anotações concernentes ao texto mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste. Referências bibliográficas devem ser colocadas ao final

conforme modelo mostrado no item 4.

8. Será prestada uma contribuição autoral pela licença da publicação dos trabalhos e nos-
sas revistas correspondente a um exemplar da revista em cujo número o seu trabalho
tenha sido publicado.

9. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da
revista.

